

UNIVERSITE ROBERT SCHUMAN
STRASBOURG III
FACULTE DE DROIT, DE SCIENCES POLITIQUES ET DE GESTION

ORDRE PUBLIC ET LOIS DE POLICE
EN DROIT INTERNATIONAL PRIVE

THESE POUR LE DOCTORAT EN DROIT
Nouveau régime
Mention « droit international »

*Présentée et soutenue publiquement
le 26 juin 2003 par*

Nicolas NORD

DIRECTEUR DE RECHERCHE :

Monsieur Jean-Marc BISCHOFF, Professeur émérite de l'Université Robert Schuman (Strasbourg III)

JURY :

Madame Danièle ALEXANDRE, Professeur à l'Université Robert Schuman (Strasbourg III)

Monsieur Jean-Marc BISCHOFF, Professeur émérite de l'Université Robert Schuman (Strasbourg III)

Monsieur Andreas BUCHER, Professeur à l'Université de Genève

Monsieur Paul LAGARDE, Professeur émérite de l'Université Paris-Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Pierre MAYER, Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Sorbonne (Paris I)

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Sommaire

(Les numéros renvoient aux pages)

INTRODUCTION GENERALE	1
 PREMIERE PARTIE : LA DIFFICILE DISTINCTION ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE	 17
 TITRE I-LA DISTINCTION GENERALE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE.	 18
CHAPITRE I-LA DISTINCTION CLASSIQUE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE : AFFIRMATION ET NUANCES.	19
Section I-Affirmation et nuances de la distinction dans l'ordre juridique étatique.	19
Section II-Affirmation et nuances de la distinction dans les conventions internationales.	81
 CHAPITRE II-LA POSSIBLE REMISE EN CAUSE DE LA DISTINCTION CLASSIQUE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE.	 105
Section I-La possible remise en cause de la distinction dans le domaine général du droit international privé.	105
Section II-La possible remise en cause de la distinction dans le domaine particulier de l'arbitrage international.	130
 TITRE II-LA DISTINCTION PONCTUELLE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE.	 159
CHAPITRE I-LA DISTINCTION PONCTUELLE ENTRE EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LOIS DE POLICE : L'ANALYSE CLASSIQUE.	160
Section I-Les lois de police et la rigidité isolationniste.	160
Section II-L'exception d'ordre public international et la souplesse conflictuelle : l'exemple des droits fondamentaux.	185
 CHAPITRE II-LA DISTINCTION PONCTUELLE ENTRE EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LOIS DE POLICE : LA POSSIBLE REMISE EN CAUSE DE L'ANALYSE CLASSIQUE PAR L'INTRUSION DES DROITS FONDAMENTAUX.	 207
Section I-Les risques de bouleversement de l'analyse classique par l'intrusion des droits fondamentaux.	207
Section II-Les perspectives d'évolution des droits fondamentaux : une approche nouvelle sans bouleversement.	228

SECONDE PARTIE : LA NECESSAIRE COMPLEMENTARITE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE..... 251

TITRE I-LA COMPLEMENTARITE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE : LA CREATION DE SOLUTIONS CONFLICTUELLES NOUVELLES. 253

CHAPITRE PRELIMINAIRE-LA CREATION DE SOLUTIONS CONFLICTUELLES PAR DES SUBTERFUGES : L'EXEMPLE AMERICAIN..... 254

- Section I – La Public Policy, élément destructeur de solutions conflictuelles. 254
- Section II – La Public Policy, élément constructeur de situations conflictuelles. 256

CHAPITRE I-LA CREATION DE REGLES DE CONFLIT BILATERALES PAR LE JEU DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET DES LOIS DE POLICE. 263

- Section I-Le bilatéralisme classique 264
- Section II-Le bilatéralisme orienté ou à connotation matérielle. 283

CHAPITRE II-LA CREATION DE SOLUTIONS CONFLICTUELLES PAR LE JEU DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET DES LOIS DE POLICE : LES METHODES MINORITAIRES. 299

- Section I-La création de règles de conflit unilatérales par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police. 299
- Section II-La création de règles matérielles de droit international privé par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police. 314

TITRE II-LA COMPLEMENTARITE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE : LES LOIS DE POLICE ETRANGERES ET L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ETRANGER. 327

CHAPITRE I-L'ADMISSION DU JEU DES LOIS DE POLICE ETRANGERES ET LE REJET DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ETRANGER : PRESENTATION CLASSIQUE. 327

- Section I-L'admission apparente des lois de police étrangères..... 328
- Section II-Le rejet de principe de l'ordre public international étranger. 353

CHAPITRE II-LA POSSIBLE INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ETRANGER : LA COMPARAISON AVEC LES LOIS DE POLICE ETRANGERES. 363

- Section I-Ordre public international étranger et application d'une règle de conflit étrangère. 363
- Section II-Ordre public international étranger et méthodes visant à éliminer les conflits entre ordres juridiques. 378
- Section III-L'intervention de l'ordre public international étranger à l'état pur. 397

CONCLUSION GENERALE 410

Liste des principales abréviations

A. 2d :	Atlantic Reporter, Second Series
A. C. :	Law Reports, Appeal Cases
AFDI :	Annuaire français de droit international
aff. :	affaire (s)
A.J.C.L. :	American Journal of Comparative Law
AJ Fam. :	Actualité juridique famille
al. :	alinéa
All ER :	All England Law Reports
Arch. Phil. Dr. :	Archives de philosophie du droit
art. :	article
Ass. plén :	Assemblée plénière de la Cour de cassation.
ATF :	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse
B. :	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
BayObLG :	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BerGes VR :	Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGH :	Bundesgerichtshof
BGHZ :	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Buffalo L. R. :	Buffalo Law Review
Bull. ASA :	Bulletin de l'association suisse de l'arbitrage
BVerfG :	Bundesverfassungsgericht
C.A. :	Court of Appeal
Cal. L. R. :	California Law Review
Cass. :	Cour de cassation
CCI :	Chambre de commerce internationale
CE :	Conseil d'Etat
CEDH :	Cour européenne des Droits de l'Homme
Ch :	Law Reports, Chancery.
CIEC :	Commission internationale de l'état civil
CIJ :	Cour internationale de justice
Civ. :	Cour de cassation, Chambre civile
CJCE :	Cour de justice des Communautés européennes
Col. L. R. :	Columbia Law Review
Com. :	Cour de cassation, Chambre commerciale
Comm. EDH :	Commission européenne des Droits de l'Homme
Concl. :	Conclusions
Cons. Const. :	Conseil constitutionnel
CPI :	Code de la propriété intellectuelle
CPJI :	Cour permanente de justice internationale
Crim. :	Cour de cassation, Chambre criminelle

D. :	Recueil Dalloz
DC :	Dalloz, Recueil critique
DH :	Dalloz, Recueil hebdomadaire
DP :	Dalloz, Recueil périodique et critique
D.P.C.I. :	Droit et pratique du commerce international
Dr. fam. :	Droit de la famille
Dr. & Patrim. :	Droit & Patrimoine
Dr. Soc. :	Droit social
éd. :	édition
EGBGB :	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
FamRZ :	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
F. 2d :	Federal Reporter, Second Series
F. 3d :	Federal Reporter, Third Series
Fasc. :	Fascicule
F. Supp. :	Federal Supplement
GA :	Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
GADT :	Les grands arrêts du droit du travail
Gaz. Pal. :	Gazette du Palais
Harv. L. R. :	Harvard Law Review
Hastings L. J. :	Hastings Law Journal
IDI :	Institut de droit international
IPRax :	Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrecht
IR :	Informations rapides
JAAC :	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
Jel Dr. Int.:	Jurisclasseur droit international
JCP :	La Semaine juridique (Jurisclasseur périodique), édition générale
JCP, éd. E. :	La Semaine juridique, édition entreprise
JDI :	Journal du droit international (Clunet), « Journal du droit international privé » jusqu'en 1914
JO :	Journal officiel de la République française
J.O.C.E. :	Journal officiel des Communautés européennes
JT :	Journal des Tribunaux
JW :	Juristische Wochenschrift
JZ :	Juristenzeitung
KB :	Law Reports, King's Bench
LDIP :	Loi de droit international privé
n. :	note
N. E. 2d :	North Eastern Reporter, Second Series

NJW :	Neue Juristische Wochenschrift
NW 2d :	North Western Reporter, Second Series
N.Y.U.L.R. :	New York University Law Review
N.Y.S. 2d :	West's New York Supplement, Second Series
obs. :	observations
OGH :	Oberster Gerichtshof
OLG :	Oberlandesgericht
<i>op. cit.</i> :	Dans l'ouvrage cité
p. :	page
P. 2d :	Pacific Reporter, Second Series
Pas. :	Pasicrisie
PJA :	Pratique juridique actuelle/Aktuelle Juristische Praxis
Préc. :	précité
PUS :	Presses universitaires de Strasbourg
QB :	Law Reports, Queen's Bench Division
RabelsZ :	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (jusqu'en 1961 : « Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht »)
RBDI :	Revue belge de droit international
RCADI :	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
RCJB :	Revue critique de jurisprudence belge
RDIPP :	Rivista di diritto internazionale privato e processuale
Rec. :	Recueil
Rép. Dalloz, Dr. Int. :	Répertoire Dalloz de droit international
Rép. Defrénois :	Répertoire du notariat Defrénois
Rev. arb. :	Revue de l'arbitrage
Rev. crit. :	Revue critique de droit international privé, (« Revue de droit international privé et de droit pénal international » jusqu'en 1921 ; « Revue de droit international privé » jusqu'en 1933 ; « Revue critique de droit international » jusqu'en 1946)
Rev. Dr. Bancaire :	Revue de droit bancaire et de la bourse
Rev. dr. com. belge :	Revue de droit commercial belge
Rev. sc. crim. :	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RG :	Reichsgericht
RGAT :	Revue générale des assurances terrestres
RGZ :	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RHDI :	Revue hellénique de droit international
RIDA :	Revue internationale du droit d'auteur
RIDC :	Revue internationale de droit comparé
RIW :	Recht der internationalen Wirtschaft
RJ com. :	Revue de jurisprudence commerciale
RTD civ. :	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. :	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTDH :	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH :	Revue universelle des droits de l'homme

S. :	Recueil Sirey, Recueil général des lois et arrêts
S.C.	Supreme Court
Série A :	Publications de la Cour européenne des Droits de l'Homme, Série A : arrêts et décisions
somm. :	Sommaires commentés
Soc. :	Cour de cassation, Chambre sociale
Stan. L. R. :	Stanford Law Review
t.:	tome
TCFDIP :	Travaux du Comité français de droit international privé
TGI :	tribunal de grande instance
U.S.D.C. :	United States District Court
V°:	voir au mot
Vol. :	volume
YCA :	Yearbook of Commercial Arbitration
ZfRv :	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZvglRWiss :	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft

Les ouvrages suivants seront cités sous le seul nom de leur(s) auteur(s) :

B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Sirey, 4^{ème} éd., 2001.

B. Audit, *Droit international privé*, Paris, Economica, 3^{ème} éd., 2000.

H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, t. I, 8^{ème} éd., 1993.

D. Holleaux, J. Foyer et G. Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987.

Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2001.

P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, coll. Précis Domat, 7^{ème} édition, 2001.

Introduction générale

1. L'ordre public international et les lois de police font partie intégrante de la théorie générale du droit international privé actuel. Les traiter de concert peut sembler quelque peu étrange puisque ces deux notions sont systématiquement opposées dans la doctrine française. Rien ne semble les rapprocher. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les manuels de référence en la matière. Soit ces deux mécanismes sont abordés séparément, aucun rapprochement n'étant fait entre eux¹, soit, lorsqu'ils sont traités ensemble, le but poursuivi est uniquement de démontrer qu'ils n'ont rien en commun².

2. Selon la doctrine actuelle, l'ordre public est un mécanisme intervenant après le jeu de la règle de conflit afin d'écarter une loi étrangère dont l'application produirait un résultat choquant au regard des conceptions du for. Ce phénomène existe également pour le conflit de juridictions et peut être opposé à une décision étrangère. Aucune liste préétablie de cas d'intervention n'est concevable, une analyse propre à chaque situation étant nécessaire.

Les lois de police sont, quant à elles, des règles internes que l'ordre juridique du for considère comme applicables en toute hypothèse dans un certain champ géographique, avant toute consultation de la règle de conflit de principe et quelle que soit la loi désignée par cette dernière. Elles ne sont donc pas dans la dépendance du rattachement retenu pour la norme conflictuelle classique et forcent la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. La loi de police est ainsi accompagnée d'une règle d'applicabilité spatiale particulière, de nature unilatérale car ne délimitant que le domaine d'intervention de la loi du for et ne pouvant désigner une quelconque règle étrangère. La dérogation à la méthode conflictuelle classique est justifiée par le caractère fondamental de ces normes pour le système juridique dont elles émanent. La délimitation peut être expresse. Elle peut aussi être tacite, se déduire de la teneur du texte, nécessitant son application dans un champ particulier.

Un rôle important est donc confié au juge, ou de façon générale aux autorités du for chargées d'appliquer le droit, l'intervention des deux mécanismes étant souvent soumise à leur interprétation.

¹ Voir notamment Batiffol et Lagarde, t. I, n°254, p.425 et s. pour les lois de police, n°354 et s., p.567 et s. pour l'exception d'ordre public international ; Mayer et Heuzé, n°120 et s., p.82 et s. pour les lois de police et n°199 et s., p.135 et s. pour l'exception d'ordre public international.

² Voir par exemple Audit, n°114, p.99-100 et n°306, p.274 ; Loussouarn et Bourel, n°251, p.307 considérant expressément que les deux mécanismes s'opposent.

3. Deux techniques intervenant à des stades différents du raisonnement de droit international privé existent ainsi. Cela justifie *in fine* que l'exception d'ordre public international et les lois de police ne soient pas traitées en commun.

Pourtant, une telle opposition n'a pas toujours prévalu. Les deux notions ont pendant longtemps été traitées ensemble, voire confondues. Il semble même que les lois de police soient directement issues de l'ordre public, suite à une longue évolution.

4. L'ordre public a des origines anciennes en droit international privé. Ainsi Bartole au XIV^{ème} siècle distinguait les « *statuts favorables* » des « *statuts odieux* », ces derniers ne pouvant produire d'effet que dans la cité les ayant édictés. Au XVII^{ème}-XVIII^{ème} siècle, Bouhier mettait déjà en évidence l'existence de lois « *exorbitantes du droit commun* » ou « *manifestement injustes* ».

La possibilité de mettre à l'écart une loi étrangère est donc présente depuis fort longtemps, sous d'autres dénominations que celle employée actuellement. Un tel mécanisme paraît indispensable dès lors que l'application d'une norme n'appartenant pas à l'ordre juridique du for est envisagée, surtout lorsque son contenu concret n'est pas connu au moment de sa désignation. Il faut pouvoir se prémunir contre ce qui a été qualifié par bon nombre d'auteurs de « *saut dans l'inconnu* » (« *Sprung ins Dunkle* »). Un ordre juridique ne peut pas envisager une application inconditionnelle des lois étrangères. Il doit nécessairement disposer de moyens de défense.

5. En France, une telle réserve a très tôt été utilisée par les juges. Mais et c'est là qu'apparaît la première confusion, la jurisprudence se fonde alors pour justifier un tel recours sur l'article 3 alinéa 1^{er} du Code civil selon lequel :

« *Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* »³.

Le trouble va ensuite crescendo. Il est présent notamment chez les auteurs anciens les plus illustres, ayant considérablement influencé le droit international privé français.

6. Savigny a ainsi mis en évidence le fait qu'un juge pouvait appliquer sa propre loi ou une loi étrangère, selon les indications données par sa règle de conflit. Mais il estime également que dans le second cas, il existe deux exceptions au jeu des normes ainsi désignées⁴. En premier lieu, certaines lois sont d'une nature strictement obligatoire (« *Gesetze von streng positiver, zwingender Natur* »). Le juge du for doit y recourir quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit. Ces normes particulières sont considérées par la doctrine

³ Pour un tel constat voir G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, Editions Thémis, coll. Droit privé, Montréal, 1996, n°104, p.46 et R. Van der Elst, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, Sirey, Paris, t. 1, 1956, p.42 et s.

⁴ Savigny, *System des heutigen römischen Recht*, Tome VIII, Berlin, 1849, § 349.

contemporaine comme s'apparentant à la notion moderne de loi de police⁵. La loi du for est en effet la seule à devoir être appliquée par le juge.

En second lieu, doivent être écartées les lois étrangères consacrant des institutions dont l'existence n'est pas reconnue par le for (« *Rechtsinstitute eines fremden Staates, deren Dasein in dem übrigen überhaupt nicht annerkannt ist* »). L'exception intervient donc nécessairement après consultation de la loi étrangère, donc après le jeu de la règle de conflit du for. Elle s'apparente ainsi au phénomène de l'ordre public tel qu'il est connu de nos jours.

Les deux mécanismes que nous connaissons à l'heure actuelle étaient déjà présents dans la doctrine de cet auteur. La confusion résulte du fait qu'ils sont mis sur le même plan, traités en même temps et dans une très large mesure assimilés. Il ne semble s'agir que de deux aspects d'une seule exception permettant de mettre à l'écart la loi étrangère désignée par la règle de conflit. La théorie n'est ainsi pas réellement synthétisée mais seulement abordée et exposées sans qu'une distinction nette apparaisse entre l'application *a priori* d'une loi, avant la consultation de la règle de conflit et l'éviction de la loi désignée par cette dernière, intervenant donc *a posteriori*. Il n'y a aucune systématisation mais une simple ébauche du problème. Toutefois, les deux expressions, ordre public et lois de police ne sont pas encore employées en tant que telles.

7. Dans la doctrine de Mancini, la confusion est également importante, les deux notions étant assimilées l'une à l'autre. Dans le système proposé par cet auteur, les lois sont en principe personnelles. Ainsi, tout homme peut réclamer la reconnaissance et le respect de son droit privé national à l'étranger. Mais cette solution fondamentale souffre des exceptions. En effet, certaines lois sont essentielles pour un Etat et doivent être appliquées en toute hypothèse sur son territoire national. Selon Mancini, c'est à bon droit « *que l'Etat refuse de reconnaître à l'étranger toute qualité ou toute faculté qui serait une lésion du droit public du pays où il reçoit l'hospitalité, et le contraint à observer tous les règlements et toutes les dispositions des lois d'ordre public et de police, moyens de maintenir l'ordre et la paix publique* »⁶. Entrent dans cette dernière catégorie les lois ayant trait à la procédure, aux délits, à la forme des actes juridiques, ... L'auteur les regroupe sous l'expression générique de lois d'ordre public et de police, ces deux éléments permettant d'établir un lien entre toutes ces dispositions disparates. Les deux mécanismes sont ainsi étroitement imbriqués et ne peuvent être distingués. Les lois d'ordre public et de police sont considérées comme étant d'application territoriale, devant régir exclusivement les situations se déroulant sur le territoire de l'Etat mais non au-delà. Elles ne peuvent suivre les nationaux à l'étranger. La notion de territorialité occupe donc une place importante dans cette construction doctrinale.

⁵ Voir par exemple Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP* 1966-1969, p.149, spéc. p.161 ; Mayer et Heuzé, n°121, p.83, note 31.

⁶ Mancini, « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI* 1874, 221 et 284, spéc. p.296.

Toutefois, les normes concernées sont plus proches des lois de police actuelles⁷. En effet, elles s'appliquent sur le territoire de l'Etat en raison de leur particulière importance. Pour autant, dans la pensée de l'auteur italien, de telles lois n'interviennent pas *a priori*, avant tout recours à la règle de conflit habituelle. Il s'agit d'une exception à un principe fondamental, le personnalisme, mais ces normes restent désignées par le mécanisme habituel. Il n'y a pas de dérogation à la méthode conflictuelle. Seule l'utilisation du critère territorial est exceptionnelle dans cette théorie. L'ordre public est ainsi une catégorie de rattachement à part entière. Cela signifie également qu'un juge peut être amené à appliquer fréquemment une loi de police étrangère et ce en vertu d'un raisonnement classique selon cette théorie et non d'après une méthode complémentaire ou concurrente.

8. En France, la doctrine de Pillet est assez proche de celle de Mancini. Il est d'ailleurs également considéré comme un auteur personnaliste. Selon lui, une loi présente en principe deux caractéristiques : elle doit être appliquée de façon permanente aux sujets de droit et de façon générale sur le territoire de l'Etat dont elle émane. En droit international privé, une telle approche n'est pas concevable, sous peine de ne jamais recourir à une loi étrangère. Il faut donc pour les différentes lois déterminer l'élément devant être sacrifié. A cette fin, leur but social doit être recherché. Toute loi a pour objectif la protection de l'individu ou la garantie de l'ordre social. Dans la première hypothèse, l'application doit être permanente, la loi suivant l'individu à l'étranger. Dans la seconde hypothèse, l'application doit être générale, la loi étant alors qualifiée de territoriale et régissant toutes les personnes se trouvant sur le territoire de l'Etat en cause.

Pillet considère que cette seconde catégorie recouvre les « *lois d'ordre public* ». Le fondement de ces exceptions au personnalisme se trouve, selon son analyse, dans l'article 3 alinéa 1^{er} du Code civil qui traite des lois de police et de sûreté, Pillet leur donnant ainsi également cette dénomination⁸. Ordre public et lois de police sont donc à nouveau confondus. La notion de loi d'ordre public présente cependant des caractéristiques proches de celles des lois de police actuelles⁹. En effet, l'identification du but social de la loi afin d'en déterminer le champ d'application est un élément qui est toujours d'actualité, même si les méthodes n'ont rien d'autre en commun.

Les lois de police ou d'ordre public telles que dégagées par Pillet constituent une exception au rattachement prépondérant en matière de conflits de lois. Il n'y a ni éviction de la loi normalement compétente, ni application d'une loi intervenant avant le jeu de la règle de conflit classique. Les lois d'ordre public ou de police sont à nouveau une catégorie de rattachement et doivent être désignées par la norme conflictuelle pour pouvoir être appliquées.

⁷ En ce sens Batiffol et Lagarde, n°230, p.389-390.

⁸ Pillet, *L'ordre public en droit international privé*, Grenoble, 1890 ; *Traité pratique de droit international privé*, Paris, Sirey/Grenoble, Joseph Allier, Tome I, 1923, n°48, p.131.

⁹ Pour un tel constat voir Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Rev. crit.* 1966, 1, spéc. p.17-18.

9. La jurisprudence a suivi ces analyses doctrinales, confondant pendant longtemps les deux notions. Cela a particulièrement été le cas lors de la seconde moitié du 19^{ème} siècle et au 20^{ème}, jusqu'au début des années 1960. De nombreuses décisions appliquent ainsi la loi française en estimant qu'il s'agit d'une loi de police et de sûreté ayant un caractère d'ordre public ou la qualifient de loi d'ordre public tout en visant l'article 3 du Code civil. La confusion peut être constatée tant chez les juges du fond¹⁰ que dans la jurisprudence de la Cour de cassation¹¹. De plus, dans la plupart des cas, la notion de territorialité est invoquée par les juges à l'appui de leur raisonnement. Aucune distinction n'est ainsi faite entre l'ordre public, les lois de police, les lois territoriales, toutes ces expressions étant considérées comme synonymes. Une telle assimilation a permis de mettre en évidence l'incohérence de la situation et de clarifier les notions.

10. En effet, Bartin, en étudiant la jurisprudence, a constaté que l'ordre public intervenait afin d'écarter des lois étrangères qualifiées de territoriales, d'ordre public ou de police, dont l'application aurait produit des résultats choquants selon les conceptions françaises. Par conséquent, il ne peut y avoir d'identification entre ce mécanisme d'éviction et les lois ainsi rejetées. L'ordre public ne peut recouvrir ces deux aspects, être à la fois un phénomène exceptionnel et un élément permettant de désigner la loi normalement compétente.

De plus, Bartin constate que les juges ont recours à l'ordre public afin d'appliquer la loi française dans des domaines relevant pourtant indiscutablement de la loi personnelle d'après la doctrine de Mancini. Les normes en cause ne peuvent donc pas être qualifiées d'ordre public au sens donné à cette expression par l'auteur italien¹².

Bartin met en évidence qu'il s'agit d'un mécanisme intervenant comme une exception jouant au cas par cas, après le fonctionnement de la règle de conflit, à l'encontre d'une loi étrangère qu'elle soit personnelle ou territoriale. Ce n'est pas une catégorie de rattachement. Ainsi, l'idée même de lois d'ordre public doit être rejetée. En revanche, Bartin ne réfute pas le concept de lois de police. Il considère qu'elles constituent des dispositions normalement applicables, car désignées par la règle de conflit et présentant un caractère territorial¹³.

Ces travaux sont donc, de façon indirecte, la première distinction entre lois de police et ordre public. Les deux ne peuvent plus être assimilés, chacun ayant une définition propre.

¹⁰ Voir par exemple : Aix 8 mars 1897, *JDI* 1897, 569 ; Douai 26 mars 1902, *JDI* 1903, 599 ; Paris 7 mai 1919, *Rev. crit.* 1919, 134 ; *JDI* 1920, 614 ; *S.* 1920, II, 49, n. J.-P. Niboyet ; Colmar 14 décembre 1925, *JDI* 1926, 928 ; Rouen 8 janvier 1930, *JDI* 1931, 363 ; Orléans 28 décembre 1932, *Rev. crit.* 1933, 340, n. J.-P. Niboyet ; Colmar 2 mars 1935, *JDI* 1936, 642, obs. Nast ; Paris 16 mars 1960, *Rev. crit.* 1961, 347, n. J. Déprez ; Paris 21 juin 1962, *Rev. crit.* 1965, 119, 2^{ème} espèce.

¹¹ Voir par exemple : Civ. 23 novembre 1857, *S.* 1858, I, 293 ; Req. 24 mai 1933, *Rev. crit.* 1933, 142, n. J.-P. Niboyet ; *JDI* 1935, 380, obs. Perroud ; Soc. 9 décembre 1954, *Rev. crit.* 1956, 462 ; Civ. 2^{ème} 19 janvier 1956, *B. II*, n°60.

¹² Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Domat-Montchrestien, Tome I, 1930, § 92 et s.

¹³ Voir ainsi pour la responsabilité délictuelle : *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Domat-Montchrestien, Tome II, 1932, § 330.

11. Les travaux de Bartin ont été repris et approfondis notamment par Maury¹⁴ et M. Lagarde¹⁵. Il en résulte que l'ordre public est un mécanisme d'éviction de la loi étrangère normalement compétente (car désignée par la règle de conflit). De même, l'ordre public peut intervenir pour s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'une décision étrangère. La définition ainsi dégagée il y a une cinquantaine d'années, est reprise par tous les auteurs ou presque à l'heure actuelle. Elle fait l'unanimité en France¹⁶. La doctrine étrangère retient la même approche¹⁷. De nombreuses lois de droit international privé récentes la consacrent également¹⁸. Il en va de même pour les conventions internationales¹⁹.

Ce procédé intervient ainsi sur le mode de l'exception et ne sert pas à déterminer la loi normalement applicable.

Il est, de plus, propre à l'ordre international et doit être distingué de l'ordre public interne qui est une notion tentaculaire, présente dans tous les domaines du droit. Tel est le cas notamment en droit civil. Selon l'article 6 du Code civil :

« On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs ».

D'après ce texte, les lois d'ordre public entraînent donc la nullité des conventions qui leur sont contraires. Mais cet ordre public interne ne peut jouer que lorsque l'ordre juridique auquel il appartient est désigné par la règle de conflit et ne s'impose pas en toute hypothèse au niveau international. Il n'y a pas d'assimilation entre l'ordre public interne et l'ordre public international. De nombreuses lois d'ordre public interne n'ont pas un tel caractère en

¹⁴ Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.

¹⁵ P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 15, préf. H. Batiffol, 1959.

¹⁶ Ancel et Lequette, sous Civ. 25 mai 1948, Lautour, n°19, § 10 ; Audit, n°300 et s., p.267 et s. ; Batiffol et Lagarde, n°254, p.425 et s. ; Holleaux, Foyer, La Pradelle, n°583 et s., p.290 et s. ; Loussouarn et Bourel, n°248 et s., p.303 et s. ; Mayer et Heuzé, n°199 et s., p.135 et s.

¹⁷ Entre autres : Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 8^{ème} édition, 2000, § 16 ; S. Othenin-Girard, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Etudes suisses de droit international, Zurich, Ed. Schulthess, vol. 110, 1999 ; G. Parra-Aranguren, « General Course of Private International Law », *RCADI* 1988, t. 210, p.88 et s. Comp.: D. Mc Clean, « *De conflictu Legum*. Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century », *RCADI* 2000, t. 282, p.41, spéc. p.194 et s.

¹⁸ Voir ainsi par exemple : en Allemagne l'article 6 EGBGB issu de la loi de droit international privé du 25 juillet 1986, *Rev. crit.* 1987, 170 ; en Suisse, l'article 17 de la loi de droit international privé du 18 décembre 1987, *Rev. crit.* 1988, 409 ; en Italie, l'article 16 de la loi de droit international privé du 31 mai 1995, *Rev. crit.* 1996, 174, au Venezuela, l'article 8 de la loi du 6 août 1998, *Rev. crit.* 1999, 392 ; en Tunisie, l'article 36 de la loi du 27 novembre 1998, *Rev. crit.* 1999, 382 ; en Russie, l'article 1193 du Code civil russe issu de la loi fédérale du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie, *Rev. crit.* 2002, 182.

¹⁹ Voir par exemple : l'article 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rev. crit.* 1991, 415, *JDI* 1991, 839 ; l'article 18 de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux signée à Mexico le 17 mars 1994, *Rev. crit.* 1995, 173 ; l'article 22 de la Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, *Rev. crit.* 1996, 813 ; pour les conventions bilatérales voir notamment l'article 4 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981, *Rev. crit.* 1983, 532 ; *JDI* 1983, 922.

droit international privé, l'exemple de l'état et de la capacité des personnes étant le plus évident²⁰. Les règles en la matière sont toutes ou presque d'ordre public en droit interne. Pourtant, des lois étrangères sont fréquemment appliquées par les autorités françaises pour régir de telles questions. Leur éviction est loin d'être systématique. Le domaine de l'ordre public de droit international privé est par conséquent plus restreint que celui de l'ordre public interne, ce qui est heureux, car sinon le recours aux lois étrangères serait réduit à la portion congrue. C'est pourquoi, afin de mettre en évidence la différence entre les deux notions, nous ne nous contenterons pas des termes « ordre public » pour caractériser ce phénomène, mais nous utiliserons l'expression « exception d'ordre public international ». Un tel mécanisme a ainsi une existence propre et autonome notamment par rapport aux lois de police.

12. Ces dernières ont également fait l'objet de travaux qui ont abouti à leur définition actuelle. L'analyse des personnalistes et leur conception particulière de ces normes ont en effet elles aussi été progressivement battues en brèche.

Kahn, déjà, avait mis en évidence l'existence de dispositions internes (« *strikte Anwendungsnormen* ») s'appliquant dans les situations internationales, leur champ d'intervention particulier se déterminant en fonction de leur but, indépendamment de la règle de conflit générale²¹. Cette analyse est toutefois faite lors de l'étude de la notion d'ordre public (« *Die Lehre vom ordre public* »). Peu après, la Cour permanente de Justice internationale, dans l'affaire des emprunts serbes a énoncé que :

« Il y a cependant lieu de rappeler qu'il se peut que la loi qui pourrait être jugée, par la Cour, applicable aux obligations de l'espèce, soit, sur un territoire déterminé, tenue en échec par une loi nationale de ce territoire, loi d'ordre public et d'application inéluctable bien que le contrat ait été conclu sous le régime d'une loi étrangère »²².

Cet attendu a été analysé par la suite comme le prélude des lois de police contemporaines²³. En effet, de telles règles font d'après la Cour échec à la *lex causae*, non en raison du résultat qu'elle produit, mais car elles jouent obligatoirement dans un certain champ d'application. Leur intervention est qualifiée d'inéluctable, ce qui préfigure l'expression de « *lois d'application nécessaire* ». Mais à nouveau, l'ordre public est présent dans le raisonnement des juges internationaux.

²⁰ Sur ce point voir Audit, n°301, p.269 ; Batiffol et Lagarde, n°363, p.584.

²¹ Kahn, « Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze) », Jherings Jahrbucher 1898, reproduit dans *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, tome 1, 1928, p.161 et s.

²² CPJI 12 juillet 1929, *Gouvernement de la République française contre Gouvernement du Royaume des Serbes-Croates-Slovènes*, *Rev. crit.* 1929, 427, n. J.-P. Niboyet ; *JDI* 1929, 977.

²³ Batiffol, « Contributions de la juridiction internationale au droit international privé », in *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, p.17 et s, spéc. p.27-28.

Une telle confusion est également présente chez les auteurs considérés comme étant les précurseurs des lois de police actuelles.

Wilhelm Wengler a ainsi mis en évidence que certaines normes impératives du for (« *zwingenden Sachnormen der lex fori* ») étaient appliquées par les juges dans un champ d'intervention correspondant aux objectifs législatifs les sous-tendant et ce quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit du for. Cette dernière n'est d'ailleurs même pas consultée²⁴.

Selon lui, le champ d'application particulier de ces normes peut être expressément précisé ou peut résulter d'une interprétation du juge. La confusion avec l'ordre public est toutefois latente dans cette analyse, au moins au niveau terminologique. En effet, l'auteur qualifie lui-même ces règles de « *lois d'ordre public der lex fori* »²⁵.

L'élément fondamental est toutefois que, selon Wengler, il est possible d'appliquer la loi du for *a priori*, sans consulter la règle de conflit classique. Le principe du recours systématique à cette dernière, qui prévalait auparavant chez la plupart des auteurs, notamment chez Bartin, est remis en cause, une brèche étant ainsi ouverte. Une méthode nouvelle apparaît ainsi pour résoudre les conflits de lois.

13. Arthur Nussbaum a quant à lui mis en évidence l'existence de règles internes spatialement délimitées (*spatially conditioned internal rules*). Il considère que « *under the conditions defined the statute must be applied by the state courts as a matter of public policy* »²⁶. L'analyse est donc à nouveau fondée sur l'ordre public, cette notion étant présente dans le raisonnement et justifiant la prépondérance de la norme déterminant elle-même son champ d'application sur la règle de conflit. En effet, la délimitation spéciale doit être respectée quelle que soit la loi par ailleurs désignée par la règle de conflit.

14. De telles normes particulières dérogeant *a priori* à la règle conflictuelle classique ont ensuite régulièrement attiré l'attention de la doctrine, notamment à l'étranger, les lois auto-limitées et les règles revendiquant un champ d'application particulier quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit étant encore fréquemment assimilées²⁷.

²⁴ Wengler, « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldsrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie », *ZvglRWiss.* 1941, p.168 et s.

²⁵ *Idem*, p.175

²⁶ Nussbaum, *Principles of Private international Law*, Oxford University Press, New-York, Londres, Toronto, 1943, p.42-43.

²⁷ Pour une synthèse des travaux voir De Nova, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, tome I, p.377 et « Ancora sulle norme sostanziali autolimitate », *Diritto internazionale*, 1959, p.500 et s. ; P. Graulich, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges en l'honneur Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, t. II, p.629.

En France, la question a été reprise et synthétisée par Phocion Francescakis²⁸. Tout comme celle de Martin, son étude se fonde sur l'observation de la pratique jurisprudentielle. Le constat est le même que celui dressé en Allemagne par Wengler : certaines lois françaises sont appliquées sans passer par l'intermédiaire des règles de conflit de lois classiques. Les juges justifient une telle approche par la notion d'ordre public international qui n'est alors qu'un simple subterfuge et celle de lois de police et de sûreté²⁹. Selon lui, ces règles sont appliquées d'une façon dérogatoire par rapport au raisonnement classique car elles mettent en cause l'organisation étatique et ne peuvent ainsi pas entrer en concurrence avec une quelconque loi étrangère³⁰. L'attention est focalisée sur la loi du for, la loi étrangère désignée par la règle de conflit n'étant pas écartée en raison de son contenu ou du résultat qu'elle produit mais car seule la norme du for convient. Francescakis considère qu'il vaut effectivement mieux appliquer ces lois de façon immédiate plutôt que consulter la règle de conflit, établir le contenu de la loi que celle-ci désigne puis finalement évincer cette dernière alors que seul le recours à la *lex fori* est concevable. Il est préférable de procéder à ce qu'il appelle une « *économie de raisonnement* » plutôt que de tenir une réflexion conflictuelle que l'on sait vaine dès le départ.

Les lois qu'il qualifie d'application immédiate, pour lesquelles une telle intervention dérogatoire est justifiée, sont celles « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays* »³¹. Cette définition, de même que les travaux de Francescakis, constituent encore la référence en la matière à l'heure actuelle³².

Nous utiliserons les termes de loi de police pour caractériser cette technique. En effet, les anciennes lois de police, intervenant par le jeu de la règle de conflit classique n'ont plus d'existence positive. Le vocable est ainsi en quelque sorte disponible et peut être employé pour caractériser une nouvelle technique. De plus, aucune expression concurrente n'a réellement réussi à faire l'unanimité, même si comme nous le verrons d'autres formules ont été proposées, sans réel succès. La notion de lois de police doit ainsi être entendue selon nous de façon large et recouvrir toutes les normes appliquées avant la consultation des règles de conflit classiques.

²⁸ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, n°7 et s. ; « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Rev. crit.* 1966, 1 ; « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *RDIPP* 1967, 691 ; « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP* 1966-1969, p.149 ; *Rép.Dalloz, Dr. Int.*, 1969, V° *Conflits de lois (principes généraux)*, n°89 et s. ; « Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des Wagons-Lits », *Rev. crit.* 1974, 273.

²⁹ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, *op.cit.* n°7 ; « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », précité, p.3 ; *Rép.Dalloz, Dr. Int.* précité, n°115 et s., n°138 et s., n°174 et s.

³⁰ Francescakis, *Rép.Dalloz*, précité, n°122 ; « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », précité, p.12-13 ; « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », communication précitée, p.165.

³¹ Francescakis, *Rép.Dalloz, Dr. Int.*, précité n°137 ; « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », communication précitée, p.165.

³² Voir ainsi Ancel et Lequette, sous CE 29 juin 1973, n°53, § 1 et s. ; Audit, n°113, p.98-99 ; Batiffol et Lagarde, n°254, p.427-428 ; Mayer et Heuzé n°121, p.82-83 ; Loussouarn et Bourel, n°131, p.132-133.

15. La doctrine s'est servie de ces travaux relatifs à l'exception d'ordre public international et aux lois de police. Elle a repris les définitions proposées et les a approfondies, en conservant toujours les fondements, qui restent encore d'actualité et ne sont pas remis en cause. Les deux notions ont progressivement été dotées d'un régime juridique complet et autonome.

Les lois de police ont notamment été distinguées des lois auto-limitées, alors que la confusion a longtemps été latente. Les lois auto-limitées ont la particularité de fixer expressément ou non leur champ d'application dans l'espace. Les lois de police revendiquent, quant à elles, un domaine d'intervention spatial particulier, ne tenant pas compte du rattachement retenu par la règle de conflit classique en la matière. L'assimilation est donc tentante. Pourtant des différences peuvent être mises en évidence. Les lois auto-limitées sont conçues pour l'espace particulier qu'elles déterminent elles-mêmes. Il s'agit d'un maximum. Elles ne peuvent être appliquées par ailleurs. Au contraire, les lois de police ne revendiquent en général qu'un champ d'intervention correspondant à un minimum. Si la norme conflictuelle de principe désigne l'ordre juridique dont elles relèvent, elles pourront jouer alors même que l'on se trouve en dehors du domaine minimal dans lequel elles doivent s'appliquer. Les règles du régime matrimonial primaire français sont un exemple d'une telle situation, ayant un espace minimal d'application, mais pouvant, au-delà, être désignées par la règle de conflit de principe³³.

De plus, une loi auto-limitée ne fait pas exception à la règle de conflit classique. Elle ne peut en principe être appliquée que si cette dernière considère le droit dont elle relève comme compétent. Lois de police et lois auto-limitées ne sont donc effectivement pas identiques.

Toutefois, des recoupements sont possibles. En effet, certaines lois de police sont également auto-limitées. Leur champ d'application minimum est alors également un maximum, empêchant leur intervention au-delà³⁴.

La notion de loi auto-limitée a donc contribué à l'apparition des lois de police mais ne peut y être assimilée. Pour autant, une opposition totale n'est pas concevable, les deux mécanismes pouvant se rencontrer.

16. Une analyse identique peut selon nous être faite pour les rapports entre l'exception d'ordre public international et les lois de police.

Comme nous l'avons déjà évoqué, l'exception d'ordre public international a contribué à l'apparition de la notion de loi de police. Puis les deux mécanismes ont été séparés, jusqu'à être opposés. Pourtant, nous pensons que des recoupements subsistent malgré tout, la présentation actuelle ne nous paraissant pas satisfaisante.

³³ Voir *infra* n°66.

³⁴ L'ordonnance du 30 décembre 1958 (qui a été remplacée depuis par l'ordonnance n°2000-1223 du 14 décembre 2000) a ainsi été considérée comme une loi de police devant s'appliquer à tous les contrats exécutés en France mais non à ceux s'exécutant entièrement en dehors de France. Voir ainsi Mayer et Heuzé, n°126, p.85 ; Holleaux, Foyer, La Pradelle, n°658, p.326. Sur la notion de règles auto-limitées de façon plus générale, voir P. Kinsch, « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *Rev. crit.* 2003, 403.

17. Selon la doctrine dominante, l'exception d'ordre public international et les lois de police sont opposées quant à leurs cas et leur mode d'intervention, mais aussi leurs régimes juridiques qui sont souvent antagonistes.

L'exception d'ordre public international, certes destinée à mettre une loi étrangère à l'écart se caractérise par une certaine souplesse, alors que les lois de police sont plutôt marquées par la rigidité.

18. Ainsi, une loi de police intervient, avant le jeu de la règle de conflit mais surtout quelle que soit la loi désignée par cette dernière son contenu et le résultat qu'elle consacre, même s'il est identique à celui produit par la loi de police.

Au contraire, l'exception d'ordre public international ne joue qu'une fois la règle de conflit appliquée, la loi étrangère désignée, ses dispositions étant connues. De plus, la règle étrangère n'est pas appréciée *in abstracto* mais *in concreto*. Son contenu n'est pas décisif en tant que tel. Ce qui importe est le résultat de son application. Ainsi, une loi étrangère choquante en apparence peut jouer malgré tout dès lors qu'elle produit un résultat admissible.

19. Il faut également ajouter que l'éviction de la *lex causae* est limitée au strict minimum. Seules les dispositions contraires aux conceptions fondamentales du for sont écartées et non toute la loi étrangère. Les lois de police quant à elles ne sont pas caractérisées par cette approche « minimaliste ». Toutes les dispositions ainsi qualifiées s'appliquent intégralement dès lors que l'on se trouve dans leur champ. Aucune précaution n'est prise par rapport à la loi désignée par la norme conflictuelle habituelle qui n'est pas, en principe, prise en compte dans le raisonnement. Par conséquent, dans un cas une loi de police évince la règle de conflit, dans l'autre une ou plusieurs dispositions de la loi normalement applicable sont évincées par le jeu de l'exception d'ordre public international. Les lois de police ont un effet plus radical.

20. Un autre élément des régimes juridiques met en évidence leur opposition. L'exception d'ordre public varie dans le temps, les conceptions fondamentales d'une société étant susceptibles d'évoluer. En cas de modification, le juge (ou une quelconque autre autorité du for) ne doit prendre en compte que les solutions considérées comme essentielles au jour où il statue, celles du moment où la situation en cause s'est constituée important peu. Il s'agit du principe d'actualité de l'ordre public international.

Au contraire, pour les lois de police l'évolution sociale n'est pas prise en compte. Si une telle loi en vigueur lors de la naissance des faits a été abrogée depuis, le juge devra malgré tout l'appliquer. L'exception d'ordre public international se caractérise donc par son adaptabilité alors que les lois de police font, à nouveau, la preuve de leur rigidité.

21. Cela est aussi le cas pour la question particulière de l'effet des décisions étrangères, les deux notions pouvant à nouveau être opposées en se référant aux conditions énumérées par

l'arrêt Munzer³⁵. L'ordre public international intervient de façon autonome, le résultat produit par l'acte étranger ne devant pas être contraire aux conceptions fondamentales du for. La souplesse du mécanisme se traduit depuis l'arrêt Rivière³⁶ par le phénomène de l'effet dit atténué. En vertu de ce dernier, « *l'intensité de l'ordre public international diffère selon qu'on est en présence d'une situation déjà créée à l'étranger ou d'une situation à créer en France* »³⁷. L'appréciation est plus rigoureuse dans le second cas que dans le premier. Cette approche se justifie essentiellement par le souci de ne pas nier une situation existante, qui peut avoir déjà produit des effets.

Les lois de police tiennent également un rôle dans ce contrôle. Elles sont intégrées dans la condition plus large de l'application par le juge étranger de la loi qu'aurait appliquée le juge français. Elles n'ont donc pas d'autonomie. Si l'autorité française sollicitée constate qu'une loi de police réclamait son application à la question soumise au juge d'origine sans que celui-ci en tienne compte, elle devra en principe refuser de reconnaître ou d'exécuter la décision étrangère. Aucune atténuation n'est prévue. Par conséquent, la rigidité des lois de police peut à nouveau être mise en exergue.

22. L'opposition entre les deux mécanismes est donc flagrante. La présentation doctrinale actuelle semble devoir seule s'imposer. Cette approche apparaît surtout comme une réaction par rapport à la situation antérieure. Elle témoigne d'une volonté de ne pas retomber dans les anciens travers et de ne pas confondre l'exception d'ordre public international et les lois de police. Il est ainsi frappant de constater que Mancini de même que Pillet sont encore fréquemment cités dans les divers manuels, lorsque la distinction entre les deux techniques est exposée³⁸.

23. En définitive, un seul point commun semble subsister entre l'exception d'ordre public international et les lois de police : leur effet ultime.

Pour les conflits de juridictions, la décision étrangère est repoussée.

Pour les conflits de lois, la *lex fori* est appliquée. Cela est évident pour les lois de police du for. Pour l'exception d'ordre public international, il est admis en droit international privé français que la *lex fori* doit intervenir afin de combler la lacune due à l'éviction de la loi étrangère normalement compétente. Par conséquent, le résultat de l'intervention des deux notions est identique. De ce fait, la distinction entre exception d'ordre public international et lois de police peut apparaître assez anecdotique. Peu importe le recours à l'une ou l'autre de ces techniques, les solutions françaises étant, en toute hypothèse, préservées par l'application de la loi française. L'importance du travail doctrinal que nous avons exposé

³⁵ Civ. 1^{ère} 7 janvier 1964, *Rev. crit.* 1964, 344, n. Batiffol ; *JDI* 1964, 302, n. Goldman ; *JCP* 1964, II, 13590, n. M. Ancel ; *GA* n°41. Les cinq conditions sont : « la compétence du tribunal étranger qui a rendu la décision, la régularité de la procédure suivie devant cette juridiction, l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit, la conformité à l'ordre public international et l'absence de toute fraude à la loi ».

³⁶ Civ. 17 avril 1953, *Rev. crit.* 1953, 412, n. Batiffol ; *JDI* 1953, 860, n. Plaisant ; *JCP* 1953, II, 7863, n. Buchet ; *GA* n°26.

³⁷ Ancel et Lequette, sous Civ. 17 avril 1953, *Rivière*, n°26, § 12.

³⁸ Audit, n°301, p.268-269 ; Loussouarn et Bourel, n°250-251, p.306 et s.

serait finalement assez restreinte. Il aurait simplement permis de mettre en évidence l'existence de deux techniques intervenant sur des modes différents. Le choix à effectuer n'influencerait pas le résultat final de la réflexion conflictuelle. Les notions seraient ainsi, dans une très large mesure, interchangeable, protégeant toutes deux les fondements de la société française, leurs effets étant identiques.

24. Mais l'enjeu du recours à l'un des mécanismes plutôt qu'à l'autre est réel. Il ne s'agit pas seulement d'une querelle byzantine. En effet, les lois de police interviennent avant tout recours à la règle de conflit et donc avant toute consultation d'une quelconque loi étrangère. Au contraire, l'exception d'ordre public international ne joue qu'*a posteriori*, après l'application de la norme conflictuelle de principe et la consultation de la loi qu'elle désigne. Il est évident qu'une loi étrangère a plus de chances de pouvoir être effectivement appliquée lorsque la protection est envisagée sur ce mode. L'ouverture sur les conceptions étrangères est donc plus importante lorsque cette voie est choisie. Les lois de police sont un mécanisme plus rigide, empêchant tout raisonnement conflictuel. La loi du for est ainsi imposée alors même que la *lex causae* pourrait produire un résultat proche voire identique.

Cela est le cas également à propos de l'effet des décisions étrangères, l'ordre public international pouvant être atténué contrairement aux lois de police. Par conséquent, le recours à l'une plutôt qu'à l'autre des techniques a une importance réelle, ce qui rend souhaitable et nécessaire une distinction nette entre elles.

25. Pourtant, malgré l'opposition théorique systématique, la jurisprudence ne distingue toujours pas nettement les deux notions³⁹. Dans de nombreuses décisions, l'exception d'ordre public international et les lois de police sont confondues par les juges. Contrairement à ce qui s'était passé lorsque les deux expressions étaient assimilées par la doctrine, l'analyse théorique n'est pas reprise aussi nettement dans la pratique jurisprudentielle.

Les auteurs sont particulièrement clairs et ce depuis plus d'une trentaine d'années. L'exception d'ordre public international et les lois de police devraient être des mécanismes ne posant plus guère de problèmes quant à leur régime juridique et quant à leur distinction. Il est alors légitime de s'interroger sur les raisons de la persistance d'une telle confusion. La plus évidente est justement le résultat produit par le jeu de ces deux mécanismes, c'est-à-dire l'application de la *lex fori*.

Une telle similitude est gênante. En effet, dans nombre de décisions, la solution est privilégiée par rapport à la rigueur du raisonnement. Les juges souhaitent aboutir à l'application de la loi du for et utilisent à cette fin l'une quelconque des possibilités s'offrant à eux. Dans quelques décisions, les deux mécanismes sont utilisés cumulativement dans des formules maladroitement, rappelant celles utilisées jadis. Dans d'autres hypothèses, la loi française intervient sans que l'on en connaisse réellement le fondement.

³⁹ Voir par exemple Paris 14 juin 1994, *Rev. crit.* 1995, 308, n. Y. Lequette ; Paris 2 avril 1998, *D.* 1988, IR 137 et *infra* n°83.

26. Mais cela ne peut pas être, selon nous, la seule raison car si effectivement la distinction était aussi nette, l'hésitation ne devrait pas même être possible. Cela nous incite à penser que la présentation actuelle, considérant que les notions sont opposées, est quelque peu excessive et donc insatisfaisante. Certaines insuffisances peuvent être mises en évidence. Par exemple, le droit communautaire a nécessairement un impact sur les deux mécanismes. Ainsi, une loi de police ne doit pas pouvoir faire échec de façon inconditionnelle à la libre-circulation des marchandises, des personnes, ... De même, les conceptions fondamentales françaises peuvent également évoluer sous l'influence des diverses normes communautaires. Or, ces éléments peuvent avoir un effet sur la distinction qui nous intéresse. Mais cela n'a pas encore été pris en compte par la doctrine.

Il est aussi légitime de se demander pourquoi l'application des lois de police étrangères ne relevant pas de la *lex causae* est envisagée et admise par une partie de la doctrine⁴⁰ et consacrée par certains textes de droit positif⁴¹, alors que le jeu de l'ordre public international étranger est catégoriquement rejeté⁴². Pourtant, les deux mécanismes servent à sauvegarder les fondements d'un ordre juridique. Certes, ils interviennent différemment, mais il paraît artificiel de les traiter de façon aussi opposée.

27. Il n'est pas question pour nous de revenir sur la distinction générale entre les deux notions, de remettre en cause leur existence. Une fusion ne nous semble ni possible, ni souhaitable. L'exception d'ordre public international et les lois de police ont chacun leur intérêt et leur utilité. Ils doivent donc être préservés. L'assimilation des lois de police et de l'exception d'ordre public international a été la source de trop d'hésitations et d'incertitudes pour souhaiter revenir en arrière. Les deux mécanismes existent indéniablement et nous ne chercherons pas à nier leur particularisme et la nécessité de les distinguer.

Pour autant, cela ne doit pas entraîner une opposition aussi systématique que celle qui prévaut à l'heure actuelle. Des analogies semblent possibles, la « paternité » entre l'exception d'ordre public international et les lois de police ne devant pas être totalement niée. Un rapprochement des régimes juridiques respectifs est concevable et même souhaitable, afin de ne pas aboutir à des situations incohérentes. En effet, les cas d'intervention des deux mécanismes ne sont pas clairement déterminés, seules certaines idées directrices pouvant être dégagées. Cela constitue une de leurs caractéristiques.

Un chevauchement entre le domaine d'intervention des notions peut être mis en évidence. Ce constat est logique puisque toutes deux permettent de protéger les conceptions fondamentales françaises. Il est alors possible d'hésiter entre le recours à l'une ou l'autre voie. Le trouble jurisprudentiel peut également s'expliquer ainsi. Certes, cela ne peut pas justifier une fusion de l'exception d'ordre public international et des lois de police mais impose selon nous de nuancer l'opposition des régimes juridiques. En raison de la

⁴⁰ Voir ainsi P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, 277 et s.

⁴¹ Voir par exemple l'article 7 § 1 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, *infra* n°708 et s.

⁴² Batiffol et Lagarde, n°366, p.589 et s ; Loussouarn et Bourel, n°262, p.323-324 ; Mayer et Heuzé, n°202, p.136-137.

proximité pouvant exister dans certains cas, il n'est pas cohérent d'avoir des solutions contradictoires selon qu'une voie est préférée à l'autre. L'opposition des régimes juridiques est susceptible d'être un facteur d'imprévisibilité. L'hésitation est possible dans certaines hypothèses, les deux notions pouvant être utilisées. Pourtant, le recours à l'une plutôt qu'à l'autre entraînera des conséquences opposées. Un rapprochement est concevable.

28. Une telle approche pourrait paraître gênante, contribuant à entretenir, voire à développer, la confusion déjà latente. Elle constituerait une régression. Pourtant, cette analyse se fonde très largement sur l'observation du droit positif, de nombreux mécanismes pouvant être considérés comme une combinaison de la logique des deux notions. Elle sera de plus l'occasion pour nous d'exposer certains critères permettant de choisir entre le recours à l'une ou l'autre des deux techniques afin d'assurer la protection de l'ordre juridique français. La difficile distinction entre l'exception d'ordre public international et les lois de police peut ainsi, de façon presque paradoxale, être quelque peu éclaircie (Première partie).

Ce n'est d'ailleurs pas le seul profit que l'on peut tirer de cette démarche. Autant une opposition systématique nous paraît stérile, autant le rapprochement peut être bénéfique pour la théorie générale du droit international privé. Certaines incohérences peuvent être corrigées par l'association que nous préconisons. La nécessaire complémentarité entre l'exception d'ordre public international et les lois de police introduit une vision dynamique et permet de se pencher sur des problèmes jusque-là occultés (Seconde partie).

Première partie :

La difficile distinction entre l'exception d'ordre public international et les lois de police.

29. La distinction entre les mécanismes qui nous intéressent est délicate à deux égards. Tout d'abord, il peut être difficile de séparer les notions de façon générale, d'identifier nettement leur champ d'intervention respectif, les recoupements étant possibles. En effet, leurs fonctions ne sont pas forcément opposées, ce qui est susceptible de semer quelque peu le trouble. La confusion classique n'est pas totalement dissipée et semble d'ailleurs devoir être chronique (Titre I).

Ensuite, étant donné ce constat, il est quelquefois ardu, dans un domaine donné, à propos d'une question particulière, de choisir entre le recours à l'une ou l'autre des techniques. Les éléments permettant d'effectuer le choix en cause, de privilégier une approche plutôt que l'autre doivent alors être mis en évidence (Titre II).

Titre I-La distinction générale entre l'exception d'ordre public international et les lois de police.

30. Les deux mécanismes sont opposés dans la doctrine devenue classique ; leur distinction ne devrait dès lors plus poser problème. Ils ne sont d'ailleurs plus traités en parallèle mais séparément. Mais un tel antagonisme n'est pas satisfaisant. Il convient de le nuancer de façon au moins ponctuelle, pour certains aspects de leurs régimes juridiques (Chapitre I).

Il est même possible d'aller plus loin et de considérer que, dans certains cas, en présence de techniques particulières, l'exception d'ordre public international et les lois de police fusionnent et deviennent dès lors indissociables. L'exception d'ordre public international et les lois de police ne peuvent alors plus être distinguées. Certes, un tel constat ne remet pas en cause leur existence autonome de façon générale, mais oblige à nuancer l'opposition désormais traditionnelle, au moins en droit international privé français. Leurs liens sont au contraire étroits (Chapitre II).

Chapitre I-La distinction classique entre l'exception d'ordre public international et les lois de police : affirmation et nuances.

31. La différence entre les deux notions est apparue, tout d'abord, au sein des ordres juridiques étatiques. Les lois de police se sont progressivement affirmées et émancipées de l'exception d'ordre public international. Elles ont chacune, depuis peu il est vrai, fait l'objet de réflexions particulières et ont acquis un régime juridique propre, ce qui a abouti, souvent, à une véritable opposition des notions et non plus à une simple différence.

Cette situation s'est répercutée au niveau interétatique. Les deux notions sont apparues, dans les conventions internationales, l'exception d'ordre public international, de manière assez ancienne, les lois de police plus récemment. Dans ces textes également, elles semblent avoir acquis une certaine autonomie, l'une par rapport à l'autre. Les deux mécanismes apparaissent alors comme étant des dérogations, propres à chaque ordre juridique, allant à l'encontre des règles de conflit communes instaurées par la convention. Elles présentent, par conséquent, une particularité, par rapport au contexte étatique, lorsqu'une norme conflictuelle de principe spécifique à l'ordre juridique en cause est mise à l'écart.

La différence entre les lois de police et l'exception d'ordre public international peut donc être exposée à ces deux niveaux.

Section I-Affirmation et nuances de la distinction dans l'ordre juridique étatique.

32. Notre propos consistera, tout d'abord, à mettre en évidence la différence existant, à l'heure actuelle, entre l'exception d'ordre public international et les lois de police, en nous appuyant sur les points paraissant les plus significatifs, pour lesquels l'opposition semble être la plus flagrante. Mais nous essayerons aussi, le cas échéant, de nuancer ou même de remettre en cause la différence, voire l'opposition, existant entre les deux notions, lorsque cela s'avérera nécessaire, sans pour autant nier l'existence et l'autonomie fondamentale de chacun des deux mécanismes.

Il est possible de s'intéresser ainsi, tout d'abord, aux cas et au mode d'intervention de l'exception d'ordre public international et des lois de police. L'opposition vient précisément de la différence entre elles sur ces deux points qui apparaissent comme étant les plus caractéristiques. Pourtant, nous verrons que la présentation classique n'est pas ou plus satisfaisante, de nombreuses nuances devant être introduites (§ 1).

Puis, nous traiterons de deux aspects plus précis de leur régime juridique. Le premier concerne le domaine de la compétence législative indirecte, où l'exception d'ordre public international et les lois de police sont totalement opposées (§ 2). Le second a trait à un élément temporel du régime des deux notions, l'exception d'ordre public international étant caractérisée par son actualisation permanente, seule la conception présente devant être retenue, alors que les lois de police ne sont pas marquées par cette adaptabilité (§ 3).

Sur ces points, nous focaliserons nos propos sur les lois de police et l'exception d'ordre public international du for. En effet, l'ordre public international étranger est une notion très peu abordée dans la théorie classique et nous nous y intéresserons plus en détail plus loin⁴³. Quant aux lois de police étrangères, elles ne sont pas véritablement au centre du débat. Ce qui nous intéresse principalement, dans cette partie, est la distinction entre l'exception d'ordre public international et les lois de police du for, qui est délicate en raison surtout de l'équivalence de leurs résultats, l'application de la *lex fori*. Or, tel n'est évidemment pas le cas des lois de police étrangères, qui se démarquent très nettement et posent d'autres problèmes⁴⁴.

§ 1-Exception d'ordre public international et lois de police : remise en cause de l'opposition pour les cas et modes d'intervention.

33. Il nous semble que l'exception d'ordre public international et les lois de police ne peuvent pas être opposées à propos de ces deux points ; leurs modes d'intervention présentent certaines similitudes et leurs cas d'intervention, qui ne sont pas clairement déterminés, se chevauchent, tendant même à se confondre à la marge. La présentation classique, adoptée par la doctrine majoritaire n'est donc pas satisfaisante (A). Le flou règne par conséquent. Or, cela est susceptible d'avoir des conséquences fâcheuses dans la pratique, bien des incertitudes en résultant (B).

Une des possibilités de clarifier la situation est de remettre en cause l'identité du résultat final de l'application de l'exception d'ordre public international et des lois de police, c'est-à-dire le jeu de la *lex fori*. La modification de cette donnée essentielle obligerait les juges ou les autres autorités du for à prendre nettement position sur la voie qu'ils adoptent, ce qui n'est pas nécessaire à l'heure actuelle, l'issue étant la même quelle que soit la technique employée. Mais une telle évolution se révèle problématique, les solutions de rechange n'étant pas réellement satisfaisantes (C).

A-La distinction des deux notions quant à leurs modes et leurs cas d'intervention.

34. Le mode d'intervention est le symbole de l'opposition, Pourtant, tout n'est pas si simple, le droit communautaire venant notamment troubler la belle harmonie de la présentation actuelle. Or si ce point essentiel peut être remis en cause, la présentation désormais classique ne peut qu'en souffrir et doit nécessairement évoluer (1).

Les cas concrets dans lesquels l'exception d'ordre public international et les lois de police doivent intervenir sont quant à eux particulièrement flous et ce depuis l'origine. Cela semble être l'une de leurs caractéristiques essentielles et permet également de nuancer leur opposition, un certain chevauchement pouvant être constaté (2).

⁴³ Voir *infra* n°718 et s.

⁴⁴ Voir *infra* n°664 et s.

1) Le mode d'intervention des lois de police et de l'exception d'ordre public international.

35. En matière de conflit de lois, les lois de police et l'exception d'ordre public international encadrent la règle de conflit habituelle. Les premières interviennent *a priori*, avant toute consultation de cette dernière, ce qui explique la dénomination de « lois d'application immédiate » qui leur est parfois attribuée. Ce point est essentiel et apparaît comme étant leur caractéristique même, justifiant leur existence. Elles se démarquent ainsi des autres normes du for, qui ne peuvent, en principe, être appliquées que si la règle de conflit les désigne. Leur statut est donc dérogoire.

36. La justification de ce mode d'intervention, du refoulement de la solution habituelle, et ce *a priori*, est l'importance fondamentale des lois en cause pour l'ordre juridique du for, l'application d'une autre loi n'étant pas envisageable, il vaut mieux éviter le recours à la règle de conflit, susceptible de désigner une loi étrangère, qui serait de toute façon évincée. Par conséquent, l'aléa conflictuel est écarté, la relation internationale étant traitée directement selon le droit du for, sans même envisager la désignation d'une quelconque loi étrangère.

37. Pour autant, il ne s'agit pas de normes ayant vocation à l'exclusivité, devant être appliquées en toutes hypothèses par les autorités du for. En effet, le raisonnement utilisé n'exclut pas la notion de rattachement. Chaque loi de police ne va s'appliquer, de la sorte, que dans un certain champ, où il est nécessaire qu'elle s'applique. Cet espace minimum se déduit du contenu de la loi de police en cause. Si la détermination n'est pas expresse, énoncée dans le texte même de la disposition en cause, la recherche de cette sphère revendiquée par la loi de police sera laissée aux autorités étatiques, très souvent le juge, qui vont devoir, à cette fin, interpréter la règle.

38. Les rattachements peuvent être fort divers : personnels, territoriaux, ou autres. Le critère retenu par l'article 3 du Code civil semble être désormais dépassé et avec lui le principe de la territorialité des lois de police, qui a entraîné comme nous l'avons vu en introduction, tant de confusions. L'unanimité paraît désormais se faire en ce sens⁴⁵.

39. La règle du for fait donc l'objet d'une véritable « délibération pré-conflictuelle » qui va se focaliser sur deux points : l'importance de la norme, justifiant ou non son application immédiate et la détermination du champ d'application qu'elle réclame⁴⁶. Ces deux éléments, s'ils ne sont pas déterminés par le législateur, devront être déduits du contenu de la norme en question, par interprétation. Cette dernière peut se révéler délicate, ce qui contribue à instaurer quelque incertitude sur le sort à réserver à telle ou telle norme et sur la détermination des règles devant régir une situation précise.

La démarche suivie s'apparente à une sorte d'introspection d'un ordre juridique quant à la portée de ses dispositions et se caractérise par son unilatéralisme. Le for ne cherche en effet qu'à déterminer le champ d'application de ses propres normes. Les lois étrangères ne sont

⁴⁵ Voir notamment : Batiffol et Lagarde, n°254, p.428 ; P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste », *Rev. crit.* 1971, 1 et s., 209 et s., 415 et s., spéc. p.217.

⁴⁶ Sur cette démarche, voir Francescakis, « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *RDIPP* 1967, 691, spéc. p.697.

pas incluses dans le raisonnement. Elles sont totalement mises à l'écart et ne peuvent être désignées par cette voie. Mais il ne s'agit que d'une unilatéralité partielle, selon l'expression même de Francescakis⁴⁷. En effet, il n'y a pas, par cette méthode, une volonté de supplanter les règles de conflit bilatérales classiques, mais intention de faire cohabiter ces deux approches. L'unilatéralité n'est donc que partielle, car elle ne concerne que les lois de police et n'a pas de prétention plus générale. Ce caractère a été mis en évidence par M. Gothot⁴⁸ et s'il a semblé être remis en cause⁴⁹, la doctrine dans sa très grande majorité semble aujourd'hui y adhérer⁵⁰.

40. L'effet premier de l'exception d'ordre public international est l'éviction de la norme désignée par la règle de conflit, en raison de sa contrariété avec certains principes de l'ordre juridique français. Par conséquent, cette exception ne peut intervenir que si la règle de conflit a fonctionné et, de plus, a désigné une loi étrangère pour régir la situation, loi qui, par hypothèse, est contraire à l'ordre public international français. L'exception d'ordre public international est donc le complément indispensable de la règle de conflit du for et en est indissociable. En effet, il est évident que le for ne peut accepter d'appliquer, de manière aveugle, n'importe quelle loi étrangère. Le principe du recours à de telles normes peut donc être posé, mais il doit également être accompagné d'une exception, dès lors que les dispositions étrangères ne sont pas connues au moment de leur désignation. Le mécanisme d'éviction s'apparente ainsi à une sorte de soupape de sécurité, permettant au for de disposer d'un moyen de défense.

41. L'effet second de l'exception est l'application de la *lex fori* afin de combler la lacune laissée par la règle étrangère évincée⁵¹. Par conséquent, le résultat est le même que pour les lois de police, le recours à la loi du for, alors pourtant que la règle de conflit ne la désignait pas.

Néanmoins, la démarche caractérisant les deux mécanismes est totalement différente. En effet, pour l'exception d'ordre public international, l'attention va se focaliser sur la règle d'origine étrangère et non sur la loi française. Le but est la protection de l'ordre juridique français contre l'intrusion d'éléments considérés comme étant intolérables et non l'application positive d'une règle française, en raison de son importance fondamentale. Par conséquent, la règle étrangère va être soumise à examen, ou plutôt, le résultat de son application va être confronté aux exigences du for. Le recours à la *lex fori* n'est pas l'objectif poursuivi.

42. Pour autant, le droit du for n'est pas totalement absent dans le raisonnement. En effet, il va servir de référence pour déterminer les exigences de l'ordre juridique français, le jeu de l'exception d'ordre public international étant le fruit de la confrontation du résultat produit par la règle étrangère et du standard que l'on peut dégager, à partir du droit du for⁵².

⁴⁷ Voir notamment en ce sens Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Rev. crit.* 1966, 1, spéc. p.16 ; « Lois d'application immédiate et règles de conflit », précité, spéc. p.695.

⁴⁸ P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste », article précité, p.217.

⁴⁹ Voir surtout P. Mayer, « Les lois de polices étrangères », *JDI* 1981, 277, spéc. p.296 et s.

⁵⁰ Voir notamment en ce sens : Batiffol et Lagarde, n°254, p.425 ; Audit, n°113, p.98 ; P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, t. 196, p.9, spéc. n°31, p.51 ; G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, *op.cit.*, n°254. Pour les rapports entre les lois de police et l'unilatéralisme, voir aussi *infra* n°597 et s.

⁵¹ Voir *infra* n°88 et s.

⁵² Audit, n°304, p.271-273 ; Batiffol et Lagarde, n°363, p.584-585.

Bien évidemment, sous peine de priver le raisonnement conflictuel de toute portée, une simple divergence entre le droit étranger et le droit français ne peut, en toutes circonstances, suffire à caractériser l'atteinte à l'ordre public international. Il faut qu'un défaut de communauté juridique apparaisse⁵³. Ce principe est aujourd'hui bien admis, de même que le mode d'intervention de l'exception d'ordre public international. L'opposition avec les lois de police paraît donc certaine sur ce point particulier.

43. Le droit communautaire vient cependant troubler quelque peu la présentation devenue classique. On remarque en effet, en raison de son intervention, l'apparition de ce qui a été appelé des lois de police « à géométrie variable »⁵⁴. Dans le champ d'application du droit communautaire, la mise en œuvre de lois de police d'un Etat membre dépend alors d'une analyse particulière, faisant intervenir la solution pratiquée dans un autre Etat membre. La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes est significative à cet égard, l'affaire *Mazzoleni* étant topique⁵⁵. En l'espèce, une société française de gardiennage, I.S.A., avait affecté du personnel, détaché depuis la France, à la surveillance d'une galerie marchande située en Belgique. Un contrôle des services de l'inspection des lois sociales belges a fait apparaître que l'entreprise française avait violé les règles belges relatives au salaire minimal, considérées comme des lois de police dans l'ordre juridique belge. Elle encourait de ce fait des sanctions pénales.

Pour sa défense, I.S.A. soutenait que les contrats de travail étaient en l'occurrence soumis au droit français, les employés ne travaillant en Belgique qu'à temps partiel. Or, selon l'employeur, les salariés bénéficiaient en vertu de ce droit d'une protection globale essentiellement comparable à celle instaurée par la réglementation belge, même si le salaire minimal français était inférieur. Face à cette situation le Tribunal correctionnel d'Arlon a posé deux questions à la Cour de Justice des Communautés européennes, seule la seconde nous intéressant ici. Il s'agissait de savoir si le fait pour un Etat membre d'imposer sa réglementation nationale, pour des raisons d'intérêt général, à toute entreprise d'un autre Etat membre employant des salariés sur son territoire constituait une violation des articles 59 et 60 du Traité instituant la Communauté européenne (devenus après modification les articles 49 et 50) alors que cet intérêt est déjà assuré par les règles de l'Etat où le prestataire est établi⁵⁶.

⁵³ Loussouarn et Bourel, n°252, p.308 ; Mayer et Heuzé, n°199, p.135.

⁵⁴ L. Idot, note sous CJCE 9 novembre 2000, *Rev. crit.* 2001, 107 et s., spéc. p.115. Du même auteur, voir aussi « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *Petites affiches* 2002, n°248, p.27.

⁵⁵ CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, *Rev. crit.* 2001, 495, n. E. Pataut.

⁵⁶ Article 49 : « Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation. (...) ».

Article 50 : « Au sens du présent traité, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.

Les services comprennent notamment :

- a) des activités de caractère industriel,
- b) des activités de caractère commercial,
- c) des activités artisanales,
- d) les activités des professions libérales.

Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants ».

La Cour répond à cette question en deux temps. En premier lieu, elle estime, que « *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'un Etat membre impose à une entreprise établie dans un autre Etat membre qui effectue une prestation de services sur le territoire du premier Etat membre de payer à ses travailleurs la rémunération minimale fixée par les règles nationales de cet Etat* » (point 29). Les lois de police peuvent donc en principe s'appliquer normalement, de façon immédiate, même dans un tel contexte.

Toutefois, en second lieu, la Cour considère que l'application de telles règles par un Etat membre n'est possible que si elle est nécessaire et proportionnée à la protection des travailleurs. Ainsi, une comparaison doit être faite en l'occurrence entre la loi belge de police et la loi française, afin de savoir si l'application de la première est effectivement justifiée. Dans le cas précis, elle ne pourra intervenir si « *tous les travailleurs concernés bénéficient d'une situation équivalente dans son ensemble au regard des rémunérations, de la fiscalité et des charges sociales dans l'Etat membre d'accueil et dans l'Etat membre d'établissement* » (point 35). Par conséquent, la loi belge est bien une loi de police mais, dans le champ d'application du droit communautaire, elle ne peut pas s'appliquer immédiatement de façon inconditionnelle. Ce n'est donc pas ou plus totalement une loi d'application immédiate. La nécessaire comparaison instaurée avec la solution pratiquée par un autre Etat membre pour permettre son intervention la rapproche singulièrement de l'exception d'ordre public international. La loi de police ne pouvant jouer qu'après consultation d'une autre loi, elle perd sa spécificité quant à son mode d'intervention et se rapproche de l'exception d'ordre public international qui ne peut agir qu'après consultation d'une loi étrangère. Nous sommes donc en présence de lois de police « *à géométrie variable* » car en dehors du champ d'application du droit communautaire, elles gardent un régime juridique classique⁵⁷.

La présentation de la doctrine majoritaire n'est plus totalement satisfaisante, un rapprochement entre les deux notions qui nous intéressent pouvant d'ores et déjà être constaté. Le caractère de police d'une norme peut ainsi dépendre d'une analyse de la *lex causae*, élément nécessaire également pour l'intervention de l'exception d'ordre public international.

Un trouble apparaît donc. Il est encore renforcé par un autre élément. En effet, la détermination des cas concrets d'intervention de l'exception d'ordre public international et des lois de police pose problème. Les deux mécanismes sont acceptés, leurs limites sont, quant à elles, discutées, la confusion pouvant en résulter.

2) Les cas d'intervention des lois de police et de l'exception d'ordre public international.

44. Nous passons à un degré de précision plus important. Une fois déterminés les modes d'intervention des notions et leurs justifications fondamentales, il reste à savoir quand, concrètement, elles vont devoir intervenir. Une chose est de déterminer leur fonction, une autre est de traduire en détail ces grands principes. Ce point est très controversé, les cas

⁵⁷ Certaines lois de police à géométrie variable sont également issues du droit communautaire dérivé : voir sur ce point l'article L. 135-1 du Code de la consommation, analysé *infra* n°263 et 314.

d'intervention ne pouvant être énoncés de manière exhaustive. Seuls certains « pôles d'attraction » peuvent être mis en évidence (a). De plus, le raisonnement classique est à nouveau troublé par l'intervention du droit communautaire, qui a donc un impact essentiel sur les deux notions que nous étudions (b).

a) L'approche classique.

45. Les deux techniques feront l'objet d'une analyse séparée pour plus de clarté, leurs cas d'intervention n'étant pas identiques.

i) Les cas d'intervention de l'exception d'ordre public international.

46. Une présentation, devenue classique, a été faite par deux auteurs, Lerebours-Pigeonnière et Batiffol et sert de référence à l'heure actuelle dans ce domaine⁵⁸. Selon ces auteurs, l'ordre public international peut être divisé en deux branches distinctes.

47. Tout d'abord, l'exception peut intervenir pour empêcher l'application de lois étrangères contraires aux « *principes de droit naturel* ». Ainsi, d'après Lerebours-Pigeonnière, l'exception va réagir « *contre l'application de lois étrangères qui méconnaîtraient les principes de droit public ou privé communs aux nations civilisées* »⁵⁹.

Il s'agit par conséquent de défendre des principes fondamentaux, sur lesquels repose la société française et qui sont partagés par toutes les nations dites civilisées. Les exemples les plus caractéristiques sont l'interdiction de l'esclavage, le droit de propriété, l'égalité civile... L'unanimité (ou presque) se fait, en France, autour de tels principes et l'exception d'ordre public international est naturellement appelée à défendre l'ordre juridique français contre l'intrusion de règles pouvant les bafouer⁶⁰.

Une telle vision peut être rapprochée de celle dégagée par l'arrêt Lautour⁶¹, selon lequel l'exception d'ordre public international intervient afin de protéger les « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ».

Cet attendu est particulièrement intéressant car il témoigne du fait que l'ordre public international ne peut jamais être que français et non réellement international. Certes, il peut y avoir ouverture à des conceptions largement partagées ; la conception française de l'ordre public international peut notamment évoluer sous l'influence de principes consacrés dans

⁵⁸ Rapportant cette présentation : Ph. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », précité, spéc. p.154 et s. ; Batiffol et Lagarde, n°363, p.585 ; Loussouarn et Bourel, n°254, p.313-315.

⁵⁹ Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 8^{ème} édition, 1962, n°379, p.461.

⁶⁰ Pour une illustration de ces principes et des références jurisprudentielles voir Batiffol, « Quelques précisions sur le domaine de l'exception d'ordre public », *Mélanges Ballardore-Pallieri*, Milan, 1978, p.34 et s.

⁶¹ Civ. 25 mai 1948, *Rev. crit.* 1949, 89, n. Batiffol ; *D.* 1948, 357, n. Lerebours-Pigeonnière ; *S.* 1949, I, 21, n. J.-P. Niboyet ; *JCP* 1948, II, 4532, n. Vasseur ; *GA* n°19.

des instruments internationaux auxquels la France est liée⁶². Mais les valeurs ainsi défendues font alors partie de l'ordre juridique français ; elles sont intégrées en son sein. Ce n'est que pour cette raison que les autorités françaises peuvent les défendre. Elles ont donc pour seule mission d'assurer la sauvegarde de l'ordre public international *français*, puisqu'elles relèvent de l'ordre juridique français. Dès lors qu'un principe, fut-il d'origine internationale, ne lie pas la France, il n'a pas à être défendu par l'ordre public international français. S'il l'est malgré tout, il devient *ipso facto* français et ne relève plus du seul ordre international. En revanche, l'arbitre international, puisqu'il n'appartient à aucun ordre juridique étatique, peut être amené à défendre un ordre public réellement international⁶³.

Les hypothèses jurisprudentielles, classiquement citées, ayant fait appel au concept d'ordre public réellement international ne concernent d'ailleurs pas des cas d'éviction d'une loi étrangère normalement compétente. La notion d'ordre public international utilisée est confuse. Elles ne sont donc pas significatives. Il s'agit très souvent de cas dans lesquels un contrat est annulé, en vertu de l'ordre public réellement international, de manière directe, sans passer par le stade de la réflexion conflictuelle⁶⁴.

48. La seconde branche de l'ordre public international, retenue par Lerebours-Pigeonnière et Batiffol, « *permet d'écarter l'application des lois étrangères désignées par le règlement normal français lorsque cette application, par suite d'une divergence dans les buts moraux, sociaux, économiques ... causerait à l'intérêt français un tort grave dont la considération doit prévaloir sur celle du commerce international et de la solidarité internationale* »⁶⁵. Classiquement, cette seconde branche est présentée comme étant celle permettant la défense des politiques législatives du for.

L'exception d'ordre public international va s'opposer à des lois étrangères qui ne portent pas atteinte à des principes relevant du droit naturel comme dans la première hypothèse, mais qui sont inconciliables avec une politique suivie par le législateur français. Elle peut être contestée au sein même de l'opinion française. L'exception d'ordre public international a pour mission de défendre l'option choisie, en écartant des lois étrangères se fondant sur d'autres choix, afin d'éviter « *l'effet subversif que présenterait l'application de la loi différente* »⁶⁶.

Par conséquent, dans cette seconde hypothèse, l'exception d'ordre public international est davantage liée à une règle française précise que dans la première hypothèse, pour laquelle le principe défendu n'est pas forcément repris par une norme française expresse. Le divorce apparaît ainsi comme une illustration de cette seconde branche. Le fait de l'admettre largement ou non est un choix effectué par le législateur, qui ne fait pas forcément l'unanimité dans l'opinion française.

⁶² Voir *infra* n°341 et s.

⁶³ Voir *infra* n°269 et s.

⁶⁴ T. civ. Seine 2 juillet 1932, *Rev. crit.* 1934, 770, n. J.-P. Niboyet ; T. civ. Seine 4 janvier 1956, *Rev. crit.* 1956, 679, n. Batiffol ; Paris 9 février 1966, *Rev. crit.* 1966, 264, n. Louis-Lucas. Voir également l'affaire Banque Ottomane, Paris 3 octobre 1984, *JDI* 1986, 156, n. Goldman ; *Rev. crit.* 1985, 526, n. H. Synvet. Dans cette affaire, l'information des actionnaires de la banque était en cause. La Cour de Paris a affirmé que « la sécurité des relations commerciales et financières internationales postule la reconnaissance d'un ordre public, sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des personnes associées à la vie des sociétés de capitaux ». La décision est assez ambiguë dans la mesure où on ne sait pas s'il s'agit d'un ordre public d'éviction ou d'un ordre public commun réellement international, appliqué directement, comme le pensait Goldman dans sa note (p.169).

Sur la notion d'ordre public réellement international voir également *infra* n°269 et s.

⁶⁵ Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé, op.cit.*, n°379, p.461.

⁶⁶ Voir Audit, n°305, p.273.

49. Cette présentation ancienne est encore le fondement de toutes les réflexions actuelles. Certains auteurs la reprennent telle quelle, pour énoncer les cas d'intervention de l'ordre public international. Ainsi MM. Audit⁶⁷, Libchaber⁶⁸ et bien sûr Loussouarn et Bourel⁶⁹. M. Lagarde la reprend également dans son traité, tout en paraissant lui préférer une démarche comparatiste⁷⁰.

50. Une approche plus détaillée a néanmoins été proposée. Elle se fonde toutefois sur la présentation classique⁷¹. L'exception d'ordre public international remplirait une triple-fonction, trois branches pouvant être distinguées.

La première et la troisième reprennent les termes mêmes de l'analyse de Batiffol et de Lerebours-Pigeonnière. La deuxième, en revanche, est plus originale et serait à mi-chemin entre les deux autres. L'exception d'ordre public international servirait à défendre des principes qui, sans prétendre à l'universalité, constituent les fondements de la civilisation française.

Cette approche paraît plus équilibrée, dans la mesure où elle permet d'intégrer des principes, certes essentiels, mais qui ne font pas partie du droit naturel. De plus, ils ne sont pas aussi contingents que ceux permettant d'assurer la défense des politiques législatives, relevant de la troisième catégorie. Ainsi ferait partie de la deuxième branche le principe de monogamie alors que la troisième comprendrait, par exemple, la défense des principes relatifs à l'établissement de la filiation paternelle ou les cas de divorce. Le deuxième volet semble ainsi moins sujet à variation que le troisième.

51. Ces propositions n'en restent pas moins de simples directives, ne permettant qu'une classification *a posteriori*. Elles ne sont pas forcément d'un grand secours face à une hypothèse pratique, même si elles peuvent apporter un éclairage intéressant.

Elles permettent tout de même de connaître les hypothèses les plus fréquentes dans lesquelles l'exception d'ordre public international est susceptible d'intervenir. Une conclusion identique est valable également pour les lois de police, les cas d'intervention de cette notion ne pouvant être précisés de façon exhaustive.

ii) Les cas d'intervention des lois de police.

52. La doctrine a joué un rôle essentiel dans l'apparition de la notion moderne de loi de police, les cas d'intervention de cette technique ayant été l'objet de nombreux travaux (I). Ces analyses ont par la suite eu des conséquences en droit positif, le concept étant repris par la jurisprudence et apparaissant également dans certains textes, de plus en plus nombreux (II).

⁶⁷ Audit, n°303 et s., p.271 et s.

⁶⁸ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p.65, spéc. n°1.

⁶⁹ Loussouarn et Bourel, n°254, p.311 et s.

⁷⁰ Batiffol et Lagarde, n°363, p.585. Voir aussi P. Lagarde, « Public policy », in *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. III, Private international Law, chap.11.

⁷¹ Mayer et Heuzé, n°200, p.135-136 ; D. Alexandre, « L'intervention de l'ordre public dans le droit de la famille en droit international privé », in *Le droit de la famille en Europe*, PUS, 1992, p.105 et s.

I-L'approche doctrinale.

53. Les auteurs ont renoncé à une quelconque tentative d'énumération exhaustive des lois de police et se sont contentés d'énoncer des définitions générales ou de dégager certains critères.

54. L'origine de l'analyse se trouve, pour le droit international privé français, dans les travaux de Francescakis, qui servent encore aujourd'hui de fondement à la réflexion de la quasi-totalité de la doctrine. Cet auteur a mis en avant un critère qui semble essentiel, celui de l'organisation étatique. Ce qui importe pour ces lois est l'élément d'organisation étatique qu'elles reflètent⁷². Il justifie l'application immédiate. En effet, cette organisation étatique ne doit pas être troublée par l'intrusion en son sein d'éléments étrangers.

L'argumentation est intéressante et surtout paraît légitime, chaque Etat devant avant tout penser à assurer et à protéger son propre fonctionnement. Néanmoins, le critère proposé est flou et n'est pas d'un grand secours pour l'identification concrète des lois de police.

L'auteur a essayé d'apporter des précisions, permettant d'affiner la réflexion. Tout d'abord, il a tenté une définition des lois de police qui est, depuis, passée à la postérité, définition intégrant le critère sus-énoncé. Les lois de police sont, selon Francescakis, celles « *dont l'observation est nécessaire à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays* »⁷³.

L'accent est mis sur le caractère absolument fondamental des lois en question et ce dans divers domaines. Mais l'approche reste incertaine.

Une autre tentative a été faite par le même auteur. Selon lui, on est en présence d'une loi de police dans « *les cas dans lesquels il n'y va pas seulement des intérêts particuliers, ni même de l'intérêt commun en tant que somme des intérêts particuliers, mais bien de l'ensemble de ces intérêts quand ils sont pris en charge par l'organisation étatique* »⁷⁴.

Là encore, l'incertitude est importante et il n'y a pas d'apport déterminant pour l'identification pratique des lois de police.

55. Certaines remarques s'imposent alors. Tout d'abord, les définitions ou les critères avancés sont très larges et essentiellement descriptifs. Ils renseignent sur les raisons de la démarche adoptée mais ne vont pas au-delà. La première définition présentée a fait l'objet de critiques très sévères. Il a été avancé, qu'elle pouvait recouvrir toutes les lois, un législateur n'adoptant que des lois nécessaires à l'organisation de la société⁷⁵.

La seconde n'est quant à elle pas plus précise, même si encore une fois, elle permet d'expliquer le statut dérogatoire des lois de police.

⁷² Voir en ce sens notamment Francescakis, *Rép.Dalloz, Dr. Int.*, 1969, V° *Conflits de lois (principes généraux)*, n°125, mais le critère a été maintes fois répété.

⁷³ Francescakis « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », communication précitée, p.165 ; *Rép.Dalloz, Dr. Int.*, V° *Conflits de lois (principes généraux)*, précité, n°137.

⁷⁴ Francescakis « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », article précité, p.13.

⁷⁵ Voir en ce sens Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973, t. 139, p.75, spéc. p.138 et V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, GLN Joly, 1990, spéc. n°364.

Une seconde observation peut être faite, soulignant l'imprécision de la notion. Elle semble en effet être très large, dès le départ, dans l'esprit même de Francescakis. Pour s'en convaincre, il suffit de consulter les exemples qu'il en donnait lui-même⁷⁶.

De plus, le critère de l'implication de l'organisation étatique ne semble pas devoir être lié à l'intervention d'un service public. Le constat semblait déjà être évident pour Francescakis⁷⁷. Le critère aurait été commode mais ne semble pas pouvoir être retenu car étant trop étroit.

56. La notion de zone grise peut éventuellement être d'un plus grand secours. Nous serions en présence d'une loi de police dès lors qu'elle se trouve dans une telle zone où se mêlent le droit privé et le droit public, de manière indistincte⁷⁸. Il s'agit d'une autre idée force de la pensée de Francescakis, mais qui peut être trouvée, déjà, dans certains travaux antérieurs, notamment chez Neumayer⁷⁹. Ce critère peut évidemment être rapproché de celui de l'organisation étatique mais présente l'avantage de donner, peut-être, une indication plus concrète. Il a été repris par la suite par bon nombre d'auteurs⁸⁰. Pour autant, il ne brille pas par sa clarté. Il semble en fait que les cas d'intervention des lois de police aient été précisés suite à certaines controverses qui se sont révélées finalement constructives.

57. Tout d'abord, il a été contesté que le droit public puisse faire partie des lois de police. La notion ne pourrait concerner que les seules règles de droit privé.

Au départ, l'intégration du droit public au sein des lois de police semblait pourtant être une évidence, comme en témoignent les écrits de Francescakis. Il a ainsi considéré que les termes de lois de police pouvaient être retenus en tant que coextensifs de « *droit public* »⁸¹. Il a d'ailleurs été particulièrement clair tout au long de ses travaux. D'après lui, les lois dites de droit public trouvent également leur compte dans la méthode des lois de police⁸². Sont en effet concernées les lois dont l'intérêt pour la société étatique française est trop grand pour qu'elles puissent entrer en concurrence avec les lois étrangères et ce peu important qu'elles soient classées dans le droit privé ou le droit public⁸³.

En observant la pensée de Francescakis, il est même possible d'estimer qu'il s'agit d'une des raisons d'être de la catégorie des lois de police. Elles intégreraient des lois qui ne sont pas de pur droit privé, afin de ne pas cantonner le conflit de lois au droit privé au sens strict. Il y a une tentative d'éviter une marginalisation du droit international privé, face notamment à la montée de l'interventionnisme étatique. Cette justification est présente dans la communication de Francescakis au Comité français de droit international privé datant de

⁷⁶ Francescakis, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Conflits de lois (principes généraux)*, précité, n°127 avec le renvoi au n°115 : la notion de lois de police semble pouvoir jouer dans de très nombreux domaines y compris certains paraissant très loin de l'organisation étatique, tels que la nullité du mariage pour bigamie ou l'action directe de l'assuré contre l'assureur.

⁷⁷ Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », précité, p.13, note 2 et *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Conflits de lois (principes généraux)*, précité, n°126.

⁷⁸ Voir notamment Francescakis, *Annuaire de l'IDI*, vol. 56, p.192, spéc. p.195.

⁷⁹ Neumayer, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit.* 1957, 579 et 1958, 53, spéc. p.60 et 69.

⁸⁰ Voir notamment : Audit, n°115, p.100 ; Holleaux, Foyer et La Pradelle, n°645, p.319 ou encore J.-A. Carrillo-Salcedo, « Le renouveau du particularisme en droit international privé », *RCADI* 1978, t. 160, p.181, spéc. p.236.

⁸¹ Francescakis, *Annuaire de l'IDI*, précité, spéc. p.196.

⁸² Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », article précité, p.15 ; « Lois d'application immédiate et règles de conflit », article précité, spéc. p.695.

⁸³ Francescakis, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Conflits de lois (principes généraux)*, précité, n°124.

1968⁸⁴. Une telle approche permettrait, selon lui, d'ouvrir de nouveaux champs au droit international privé. Cette position a d'ailleurs été admise par bon nombre d'auteurs⁸⁵.

Mais elle a fait l'objet d'une remise en cause par M. Mayer⁸⁶. Selon cet auteur, il n'y a pas de conflits de lois en ce qui concerne le droit public, alors que les lois de police sont, quant à elles, en conflit avec d'autres lois. En raison de cette différence fondamentale entre les deux notions, elles ne peuvent évidemment être assimilées. Pour le droit public, la répartition des compétences est effectuée par le droit international public, les compétences étant exclusives, ce qui explique l'absence de conflit. Cette situation n'empêche pas l'application du droit public étranger par un tribunal, mais la méthode utilisée n'est pas la même que pour les lois de police.

Néanmoins, cette analyse est en contradiction avec certains développements plus récents. Ainsi, M. Kinsch a émis dans sa thèse l'idée selon laquelle les règles de droit public peuvent être intégrées dans le concept plus large de lois de police⁸⁷. Pour s'en convaincre, il suffit de constater qu'il distingue deux types de normes pouvant être intégrées dans cette catégorie. Tout d'abord, les lois de police contractuelles (relevant nécessairement du droit privé), qui sont, d'après lui, des règles de décisions qui ont pour objet d'imposer impérativement un certain contenu au rapport contractuel. Viennent ensuite les règles de conduite (relevant en général du droit public), qui ont pour objet de réglementer un comportement pouvant être d'origine contractuelle⁸⁸.

Par conséquent, pour M. Kinsch, le droit public peut être inclus dans les lois de police⁸⁹.

Cette opinion est celle qui semble prévaloir à l'heure actuelle. En effet, M. Mayer a lui-même adhéré à cette présentation. L'élément majeur est la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. L'article 7 de cette Convention, relatif aux lois de police, semble bien inclure, de par sa formulation, les règles de droit public tout comme les règles de droit privé⁹⁰. Du reste, aucune disposition de la Convention ne réserve un sort particulier aux normes de droit public. Il est donc possible d'en conclure qu'elle vise également ce type de règles⁹¹.

Le rapport Giuliano-Lagarde relatif à la Convention de Rome peut également être invoqué en ce sens⁹². Il mentionne, comme entrant dans le champ d'application de l'article 7, les règles en matière d'entente, de concurrence, de pratiques restrictives de concurrence. Or, il ne s'agit assurément pas là de règles de pur droit privé. De même, dans les études

⁸⁴ Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », communication précitée, p.160.

⁸⁵ Voir par exemple G. Sperduti, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Rev. crit.* 1977, 257, spéc. 263 et 264 ; « Droit international privé et droit international public étranger », *JDI* 1977, 5, spéc. p.9-11. Voir également les références données par P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, 277, spéc. p.301.

⁸⁶ P. Mayer, « Les lois de police étrangères », article précité, spéc. p.301 et s.

⁸⁷ P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, préf. J.-M. Bischoff, Paris, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 240, 1994.

⁸⁸ P. Kinsch, *Ibidem*, n°302.

⁸⁹ Voir également pour le droit suisse, B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle/Genève/Munich, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 3^{ème} édition, 2001, observations sous l'article 18, p.66, § 5.

⁹⁰ P. Mayer, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Lois de police*, n°22 et 23.

⁹¹ *Contra* : G. Kegel, « Die Rolle des öffentlichen Rechts im internationalen Privatrecht », *Festschrift Seidl-Hohenveldern*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, 1988, p.243 et s. et A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, n°442 et s.

⁹² « Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.O.C.E.* n°C 282 du 31 octobre 1980, p.1 et s.

consacrées par M. Lagarde à la Convention de Rome⁹³, les exemples destinés à illustrer l'article 7 § 1 sont, dans une large mesure, des règles de droit public, de l'aveu même des contradicteurs de cette opinion⁹⁴.

Par conséquent, ce point semble être tranché pour l'heure, par le droit positif. Les règles de droit public et les lois de police peuvent faire l'objet d'une approche commune, car ces deux catégories de normes posent des problèmes identiques, même si la distinction de M. Mayer reste intellectuellement importante.

58. Une autre question épineuse concerne la possibilité d'inclure, dans le concept de lois de police, des règles protectrices d'une personne ou d'une catégorie de personnes. Le problème s'est tout particulièrement posé pour les règles protectrices de la partie faible à un contrat international. En effet, en matière contractuelle, le principe de l'autonomie permet à la partie forte d'imposer le choix d'une loi défavorable à son cocontractant. L'intervention du mécanisme des lois de police peut remédier à cette situation en imposant certaines lois de manière unilatérale, en les faisant échapper à l'emprise de la volonté des parties.

Mais, étant donné la définition que nous avons énoncée plus haut, mettant en avant le critère de l'organisation étatique ou encore la prédominance des intérêts communs sur les intérêts particuliers, une telle démarche paraît compromise. Il y aurait ainsi une incompatibilité absolue entre la justification classique de l'application immédiate de certaines lois et les nécessités de protection de catégories particulières telles que les travailleurs, les consommateurs, ...

Ce constat peut toutefois être nuancé et l'a été en pratique, par bon nombre d'auteurs. En effet, l'objectif premier de ce type de réglementations est, certes, la sauvegarde d'intérêts privés, mais l'idée d'organisation étatique n'en est pas pour autant absente. Par exemple, le fait d'assurer une protection à un consommateur ayant conclu un contrat à caractère international, est bien une défense d'abord individuelle. Mais une telle approche peut aussi être constitutive d'une protection du marché.

Un autre exemple permet d'aller dans le même sens. Il concerne la réglementation de la durée hebdomadaire du travail. Il est bien évident que ces règles sont, d'abord, destinées à protéger le salarié contre certains abus. Pourtant, la réglementation de cette durée du travail a des implications beaucoup plus importantes et concerne la société dans son ensemble⁹⁵.

Par conséquent, il est possible, dans la plupart des cas, de rattacher la protection d'une catégorie de personnes à l'idée plus générale d'organisation étatique, prise au sens large, ce que Francescakis préconisait lui-même⁹⁶.

De plus, dans certains cas, l'Etat va mettre en place des organes administratifs, afin de rendre plus efficace la protection instaurée⁹⁷. Le critère de l'organisation étatique est alors rempli de façon plus évidente.

D'une manière ou d'une autre, le critère de l'organisation étatique peut toujours être satisfait pour des lois de ce type.

⁹³ P. Lagarde, « Examen de l'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles », *TCFDIP* 1971-1973, p.147 et s. et « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome », *Rev. crit.* 1991, 287 et s.

⁹⁴ Voir notamment A. Kassis, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, *op.cit.*, n°449.

⁹⁵ En ce sens, P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 261, 1996, p.513, spéc. p.539.

⁹⁶ Francescakis, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Conflits de lois (principes généraux)*, précité, n°127.

⁹⁷ Voir l'analyse faite notamment pour les baux d'habitation par F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruxelles, Bruylant, 1995, n°336.

Une telle analyse semble, aujourd'hui, convaincre la majorité des auteurs, qui estiment donc que des lois protectrices d'une partie faible peuvent être incluses dans la catégorie plus large des lois de police⁹⁸.

Il s'agit d'un pan considérable des lois de police, qui montre l'hétérogénéité pouvant régner en leur sein, quant au contenu des lois impliquées. Il n'y a donc aucun critère matériel unique qui soit satisfaisant. Le seul point commun des différentes lois de police semble être la nécessité d'application de leurs dispositions dans un certain champ, déduit rationnellement de leur contenu.

59. Ce dernier point peut permettre de préciser davantage la notion. En effet, certains auteurs ont proposé de distinguer au sein des lois d'application immédiate entre les lois de police au sens strict et les lois qui sont d'application immédiate mais non de police⁹⁹.

Pour les premières, un lien rationnel existerait entre le champ d'application de la norme en cause et son contenu, alors que pour les secondes, une telle relation n'existerait pas, leur fonction sociale ne justifiant pas le domaine d'application qui leur est conféré.

L'exemple type de ces dernières est l'article 311-15 du Code civil, auquel le législateur français a attribué un domaine d'application exorbitant, en raison de sa croyance en l'excellence des règles nouvelles. C'est bien cette conviction et non la fonction sociale éminente de la règle ou son contenu qui a déterminé son champ d'application. Le lien rationnel est alors brisé.

Ainsi, l'expression de loi de police devrait être réservée aux lois d'application immédiate « dont la teneur ou le but appellent leur application à des situations qui ne leur sont pas soumises par la règle de conflit »¹⁰⁰.

Cette approche est intéressante, car elle restreint quelque peu le domaine des lois de police, qui pourraient ainsi être mieux cernées. De plus, elle permet de distinguer les règles intervenant légitimement de façon immédiate des règles qui, au contraire, ne méritent pas ce statut. Cet élément peut être important lorsque la disposition en cause est soumise à un juge étranger alors qu'elle n'est pas désignée par sa règle de conflit. En présence d'une loi d'application immédiate mais non de police, la revendication de compétence peut paraître illégitime et entraîner le rejet de l'application d'une telle disposition à l'étranger¹⁰¹.

Néanmoins, cette analyse doit être abordée avec une certaine circonspection et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il est difficile de distinguer, dans ces hypothèses, entre ce qui est rationnel et ce qui ne l'est pas. La définition même de la notion de lien rationnel est problématique.

De plus, on peut se demander qui va pouvoir affirmer que, dans telle hypothèse, le lien est rationnel et dans telle autre il ne l'est pas. Il semble qu'il y ait là une voie ouverte à d'importantes divergences. La distinction peut paraître logique, mais elle est délicate à mettre en œuvre. Nous proposons donc de ne pas distinguer entre ces différentes notions et de les englober sous l'expression générique de lois de police.

60. La définition théorique de ces dernières est donc extrêmement large. La notion d'organisation étatique ne doit pas être comprise de manière étroite, bien au contraire. Il est

⁹⁸ Voir outre les auteurs précités Audit, n°115, p.100-101 ; J.-M. Jacquet, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Contrats*, n°189 ; J.-B. Racine, note sous Civ 1^{ère} 19 octobre 1999, *JDI* 2000, 328 ; F. Vischer, « General Course on Private International Law », *RCADI* 1992, t. 232, p.9, spéc. p.158.

⁹⁹ Sur ce point, voir P. Mayer, « Les lois de police étrangères », article précité, spéc. n°13 et s., p.287 et s. ; Mayer et Heuzé, n°131, p.90 ; Holleaux, Foyer, La Pradelle n°643, p.318.

¹⁰⁰ P. Mayer, « Les lois de police étrangères », article précité, n°17, p.291-292.

¹⁰¹ Sur la question de l'application lois de police étrangères, voir *infra* n°664.

possible d'y rattacher les normes destinées à protéger une personne ou une catégorie de personnes. De plus, les règles en cause peuvent être de pur droit privé mais peuvent aussi relever du droit public.

Malgré tout, le constat est le même que pour l'exception d'ordre public international : seules des directives générales sont possibles. Il reste alors à voir, ce qui permettra également de clarifier la notion, l'utilisation qui en a été faite en pratique par le législateur et la jurisprudence.

II-Le droit positif.

61. Le législateur a pris position dans un certain nombre d'hypothèses. Les normes édictées sont assorties d'un champ d'application particulier, ne tenant pas compte de la règle de conflit de lois. Divers exemples peuvent être cités à cet égard.

Ainsi, la loi du 8 juillet 1964 relative à la propriété littéraire et artistique prévoit en son article premier alinéa premier le principe de réciprocité pour la protection en France des œuvres étrangères. L'alinéa 2 prévoit quant à lui qu'aucune atteinte ne pourra être portée à l'intégrité et à la paternité de ces œuvres.

Par conséquent, cette disposition impose le respect en France de toutes les œuvres, quelle que soit la loi s'appliquant aux autres aspects du droit d'auteur. L'approche conflictuelle est écartée et la compétence de la loi française imposée dans un champ d'application qu'elle détermine.

L'article L. 333-3-1 du Code de la consommation peut également être cité. Il dispose que les règles figurant dans le titre relatif au traitement des situations de surendettement « *s'appliquent également aux débiteurs de nationalité française en situation de surendettement domiciliés hors de France et qui ont contracté des dettes non-professionnelles auprès de créanciers établis en France* ». Le champ d'application des dispositions françaises est donc déterminé, là encore, de façon unilatérale. Il s'agit d'une illustration de l'application de la technique des lois de police à la protection d'une partie faible, la personne surendettée en l'occurrence. De plus, l'organisation étatique est également en cause. Il est en effet souhaitable, au niveau social, que ces personnes puissent se voir offrir certaines solutions positives, la multiplication des situations de surendettement étant susceptible de créer un trouble social. Enfin, l'idée d'organisation étatique se retrouve à un autre niveau, le traitement des situations étant confié à une commission de surendettement (art. L. 331-1 Code de la consommation) au sein de laquelle le représentant de l'Etat dans le département tient un rôle prépondérant. Il y a ainsi, un faisceau de motifs permettant de justifier l'attribution du caractère de police aux règles en cause.

Dans le même ordre d'idée, il faut également retenir l'article L. 121-1 du Code du travail, selon lequel « *le contrat de travail constaté par écrit et à exécuter sur le territoire français est rédigé en français* ». Néanmoins, selon la jurisprudence, la violation de cette disposition n'entraîne pas la nullité du contrat. Elle ne donne droit qu'à l'obtention d'un contrat conforme aux exigences du texte¹⁰².

¹⁰² Soc. 19 mars 1986, *Rev. crit.* 1987, 554, n. Y. Lequette ; D. 1987, 359, n. G. Légier ; *RTD civ.* 1988, 330, obs. J. Mestre.

62. Le champ d'application d'une norme est souvent déterminé de manière indicative par des réponses ministérielles. Peut être cité comme exemple l'article 48 de la loi n°84-148 du 1^{er} mars 1984. Ce texte oblige les établissements de crédit qui ont accordé un concours financier à une entreprise, avec la caution d'une personne physique, à informer cette dernière sur toute une série de points et ce de manière annuelle. Selon une réponse du Garde des Sceaux, cette disposition doit s'appliquer à tous les établissements de crédit exerçant en France¹⁰³.

Là encore, il s'agit d'une disposition protectrice d'une partie faible, la personne physique ayant donné sa caution.

Néanmoins, de telles hypothèses, même si elles tendent à devenir plus nombreuses depuis quelques temps, ne représentent toujours que l'exception dans notre domaine. De plus, elles ne lient pas les juges. La jurisprudence joue par conséquent un rôle prépondérant, identifiant les lois de police et déterminant leur champ d'application.

63. Les juges français ont ainsi fait usage à de nombreuses reprises de la technique des lois de police, depuis l'apparition de la théorie moderne. Les différentes décisions peuvent être groupées autour de certains grands pôles.

64. Ainsi, nombre d'entre elles sont relatives au droit du travail, ce qui n'est pas étonnant. En effet, comme l'a écrit Mme E. Moreau, « *l'organisation des rapports entre travailleurs et employeurs, en vue de la production des biens et des services constitue le fondement de la vie économique et sociale d'un pays* »¹⁰⁴. Le critère de l'organisation étatique est donc présent. Par ailleurs, le travailleur est une partie faible au contrat de travail. Les deux éléments se retrouvent dans cette matière.

L'arrêt emblématique est celui du Conseil d'Etat, dans l'affaire Wagons-Lits¹⁰⁵. Selon cette décision,

« la circonstance qu'une entreprise employant en France plus de cinquante salariés a son siège social à l'étranger ne saurait la faire échapper à l'application de la législation sur les comités d'entreprise ».

Nous sommes bien en présence d'une loi de police, la loi française étant appliquée sans la médiation de la règle de conflit classique. Une telle législation peut être considérée comme nécessaire à l'organisation étatique, car elle a pour but « *de restituer au travail salarié son intérêt et sa dignité de manière à favoriser l'instauration dans ce pays d'un type de relations industrielles débarrassé des germes d'antagonisme de classe et de division de la communauté nationale* »¹⁰⁶.

La Cour de cassation a également eu l'occasion de se prononcer dans le même sens. Selon plusieurs arrêts,

¹⁰³ Réponse publiée, *Rev. crit.* 1986, 178.

¹⁰⁴ E. Moreau, *Lois de police et contrat international de travail*, thèse dactylographiée, Paris X, 1993, spéc. p.46.

¹⁰⁵ Conseil d'Etat (Assemblée) 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-Lits*, *Rev. crit.* 1974, 344, concl. Questiaux ; *JDI* 1975, 538, n. Simon-Depitre ; *Dr. Soc.* 1976, 50, obs. Savatier ; *GA* n°53.

¹⁰⁶ Ancel et Lequette, sous CE 29 juin 1973, n°53 § 4.

« les lois relatives à la représentation des salariés et à la défense de leurs droits et intérêts sont des lois de police s'imposant à toutes les entreprises et organismes assimilés qui exercent leur activité en France »¹⁰⁷.

Toujours en droit du travail, mais cette fois en dehors des relations collectives, deux décisions émanant de juridictions du fond peuvent être citées. La première a considéré que la législation sur les congés payés rentrait « dans la catégorie des lois de police ou selon une autre terminologie des lois d'application immédiate » et que, de ce fait, elle devait s'appliquer à tout contrat concernant un travail exécuté en France¹⁰⁸. En l'espèce, la Cour de Paris a estimé que les règles françaises pouvaient s'appliquer également en cas de travail exécuté à l'étranger (en l'occurrence en Yougoslavie). Néanmoins, la portée de cet arrêt doit être tempérée, sa motivation apparaissant particulièrement ambiguë. L'hésitation entre application immédiate de la loi française et recours à cette même loi en raison de son caractère plus favorable au salarié que la loi du lieu d'exécution est permise. De plus, la Cour de Paris ne justifie absolument pas sa décision, lorsqu'elle affirme le caractère de police de la législation sur les congés payés.

Là encore, cette réglementation peut participer à l'organisation étatique, même si cela sollicite davantage la définition. De telles règles ont un impact, non seulement sociologique, mais aussi économique, étant un véritable enjeu sur ces terrains respectifs. Le caractère de police peut donc se justifier.

La seconde décision a, quant à elle, considéré que « l'ordre public français impose l'application des règles, protectrices des salariés, relatives aux conditions de formation et de rupture des contrats de travail à durée déterminée »¹⁰⁹. Sous ces termes équivoques, les juges ont utilisé la théorie des lois de police. La décision peut se justifier par un souci de protection du travailleur, partie faible au contrat de travail.

65. La protection de l'enfance en danger est un autre terrain fertile pour la notion de loi de police. Là encore un arrêt fondateur, classiquement cité, existe. Il s'agit de l'arrêt Maro¹¹⁰, selon lequel les dispositions relatives à l'enfance en danger « sont applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents ». Les règles en cause peuvent être rattachées à l'organisation étatique de manière directe, la société étant concernée au premier chef par le sort réservé à ces enfants, non seulement parce qu'ils sont en danger mais aussi parce qu'ils peuvent mettre la société en péril ; de plus, des organismes étatiques vont intervenir pour remplir une véritable mission d'intérêt public. La jurisprudence a ainsi persisté dans cette analyse à plusieurs autres occasions¹¹¹. Le caractère territorial de ces lois est donc nettement affirmé, il s'agit de lois de police s'appliquant à tous les enfants se trouvant sur le territoire français,

¹⁰⁷ Soc. 3 mars 1988, *Rev. crit.* 1989, 63, n. G. Lyon-Caen ; *JDI* 1989, 78, n. M.-A. Moreau-Bourles. Plus récemment, voir Soc. 14 février 2001, *B. V.*, n°55 ; *Dr. soc.* 2001, 639, n. M.-A. Moreau. Peuvent également être citées dans le même sens : Chambre Mixte 28 février 1986, Air Afrique, *D.* 1987, 173, 2^{ème} et 4^{ème} espèce, concl. Franck, sur la portée spatiale de ces dispositions de police et Ass. plén. 10 juillet 1992, *Rev. crit.* 1994, 69, 1^{ère} espèce, n. B. Audit ; *JCP* 1993, II, 22063, n. P. Rodière ; *Dr. Soc.* 1993, 67, concl. Y. Chauvy, au sujet de la protection d'un membre d'un Comité d'établissement lors de son licenciement.

¹⁰⁸ Paris 4 juillet 1975, *Rev. crit.* 1976, 485, n. A. Lyon-Caen.

¹⁰⁹ Angers 18 mai 1989, *JDI* 1990, 616, n. critique P. Fieschi-Vivet.

¹¹⁰ Civ. 1^{ère} 27 octobre 1964, *Rev. crit.* 1965, 119, 1^{ère} espèce ; *JCP* 1964, II, 13911 bis ; *D.* 1965, 81.

¹¹¹ Civ. 1^{ère} 28 juin 1965, *B. I.*, n°424 ; 16 janvier 1979, *JDI* 1981, 65, n. J. Foyer ; 6 avril 1994, *B. I.*, n°139 ; Crim. 4 novembre 1992, *D.* 1994, 11, n. F. Boulanger. Voir aussi la chronique de J. Foyer, « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », *Rev. crit.* 1965, 39 et s.

malgré l'ambiguïté des expressions employées cela ne semble pas devoir faire le moindre doute. D'ailleurs de telles hésitations verbales peuvent également se trouver dans des décisions relatives cette fois au régime matrimonial primaire.

66. En droit français ce statut matrimonial de base s'applique, par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux¹¹².

En droit international privé, la jurisprudence l'a appréhendé comme un tout et l'a qualifié de loi de police. Un jugement du tribunal de grande instance de Paris peut être cité en ce sens. Les juges y ont considéré que les « *dispositions des articles 214 à 226 du Code civil, applicables par le seul effet du mariage quel que soit le régime matrimonial des époux, dites en droit français interne "régime impératif primaire", doivent être comprises au nombre des lois de police au sens de l'article 3, alinéa 1^{er} du Code précité, puisque leur observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation sociale et économique du pays* »¹¹³. L'analyse se revendique donc ouvertement de la théorie de Phocion Francescakis.

Par la suite, la Cour de cassation a suivi la même démarche, consistant à traiter le régime primaire dans sa globalité. Dans un arrêt du 20 octobre 1987, la première Chambre civile a estimé que « *les règles relatives aux droits et devoirs respectifs des époux énoncés par les articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale* »¹¹⁴.

Le terme de territorialité utilisé dans ce contexte est ambigu. Pourtant, le caractère de lois de police ne semble pas faire de doute, en ce qui concerne l'application du régime sur le territoire français¹¹⁵. Néanmoins, les rattachements exigés concrètement pour chaque règle ne sont pas précisés. L'affirmation de la territorialité n'est d'aucun secours sur ce point. On peut se demander si la présence des époux sur le territoire français est suffisante ou si d'autres éléments vont être exigés. Par conséquent, l'intervention de la jurisprudence ne règle pas forcément tous les problèmes.

67. D'autres hypothèses peuvent encore être abordées. Elles sont plus isolées dans leur domaine, mais n'en sont pas moins essentielles.

Tout d'abord, il faut traiter de l'arrêt Huston¹¹⁶. Dans cette décision relative à la question des droits d'auteur, la Cour de cassation a réaffirmé le caractère de police de l'article 1^{er} alinéa 2 de la loi du 8 juillet 1964, qui, comme nous l'avons vu, est une loi délimitant expressément son champ d'application, sans égard pour la règle de conflit. Puis, les juges ont considéré que la personne qui est l'auteur d'une œuvre, du seul fait de sa création, est investie du droit moral institué à son bénéfice par l'article 6 de la loi du 11 mars 1957. Ces règles sont qualifiées de « *lois d'application impérative* ». La Cour de cassation ne passe donc pas par la médiation de la règle de conflit, puis par la loi que celle-ci désigne pour déterminer la personne ayant la qualité d'auteur. Cette dernière, qui peut se prévaloir des droits qui lui sont reconnus par les dispositions françaises, applicables immédiatement, sera également déterminée par les règles françaises, de police en l'occurrence. L'auteur bénéficie, ainsi, d'une protection de son œuvre, au moins sur le territoire français.

¹¹² Voir également *infra* n°128 et s. et 334 et s.

¹¹³ TGI Paris 25 juin 1976, *Rev. crit.* 1977, 708, n. E. Poisson-Drocourt ; *JDI* 1978, 325, n. Y. Lequette.

¹¹⁴ Civ. 1^{ère} 20 octobre 1987, *Cressot*, *Rev. crit.* 1988, 540, n. Y. Lequette ; *JDI* 1988, 446, n. A. Huet.

¹¹⁵ En ce sens voir Y. Lequette, note précitée sous l'arrêt *Cressot*.

¹¹⁶ Civ. 1^{ère} 28 mai 1991, *Huston*, *Rev. crit.* 1991, 752, n. P. -Y. Gautier ; *JDI* 1992, 133, n. B. Edelman ; *JCP* 1991, II, 21731, n. Françon ; *D.* 1993, 197, n. J. Raynard ; *JCP* éd. E, 1991, II, 220, n. J. Ginsburg et P. Sirinelli. Voir également *infra* n°307 et s. et 332.

Pour cette question, l'organisation étatique ne semble pas être en cause. La position de la Cour de cassation s'explique par la contradiction qu'il pourrait y avoir entre la consécration du droit moral de l'auteur par la loi de 1964, même si la loi étrangère normalement compétente ne le reconnaît pas et le fait de laisser à cette même loi étrangère le soin de déterminer la personne pouvant en bénéficier. Pour des nécessités de cohérence, il vaut mieux que la loi française s'applique afin de définir l'auteur selon les conceptions françaises, ce qui est quasiment indispensable, étant donné les conséquences que le législateur attache à cette qualité¹¹⁷.

Ensuite, il faut signaler un arrêt important de la Cour de cassation intervenu dans le domaine de la consommation¹¹⁸. Les juges estiment que la loi française du 10 janvier 1978 (dite loi Scrivener, codifiée aux articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation), sur le crédit à la consommation, est une loi « *d'application impérative pour le juge français* ». Malgré cette expression quelque peu équivoque, il s'agit clairement d'une loi de police, comme en témoigne le visa de l'arrêt (« *Vu l'article 3 du code civil, ensemble la loi du 10 janvier 1978 ; Attendu que les lois de police obligent tous ceux qui habitent le territoire* »).

Cette décision est fondamentale car elle semble être la première, en France, à qualifier ainsi une règle protectrice du consommateur. Elle consacre donc les théories doctrinales, que nous avons vues plus haut, de manière particulièrement nette et ne laisse plus le moindre doute quant à la possibilité de faire intervenir le mécanisme des lois de police afin de protéger une partie faible. Toutefois, en l'espèce, la Convention de Rome relative à la loi applicable aux obligations contractuelles ne s'appliquait pas pour des raisons temporelles. On peut alors se demander si la solution aurait été la même en cas d'application de ce texte¹¹⁹.

Enfin, la Cour de cassation a également pris position sur le lien exigé pour que la loi de police puisse être appliquée. Il semble s'agir de la résidence des consommateurs sur le territoire français¹²⁰.

68. Notre démarche n'a pas pour but d'être exhaustive. Simplement, nous voulions voir comment une théorie doctrinale apparue il y a une quarantaine d'années avait été utilisée jusqu'à aujourd'hui par le législateur et la jurisprudence, plus particulièrement à propos d'un point épineux : les cas d'intervention. Que peut-on en retirer ?

Tout d'abord, il faut constater qu'en cas de recours à la technique des lois de police, le critère de l'organisation étatique est effectivement présent dans la plupart des hypothèses. Ce constat est à la fois rassurant et inquiétant. Rassurant car les conditions dégagées par les auteurs pour l'intervention des lois de police sont bien remplies ; inquiétant car ce critère devient une sorte de « fourre-tout ». Il peut être satisfait dans de très nombreux cas. D'où, évidemment, la possibilité d'un recours excessif à la notion.

Ce point est d'autant plus important que, de même que pour l'exception d'ordre public international, les cas d'intervention généraux sont énoncés mais il est difficile d'aller plus loin, de rentrer dans les détails, de dépasser le stade des directives générales. Cet élément peut susciter des incertitudes et des abus.

¹¹⁷ En ce sens voir B. Edelman, note précitée sous l'arrêt Huston, p.141.

¹¹⁸ Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *Rev. crit.* 2000, 29, n. P. Lagarde ; *D.* 2000, p.8, obs. J. F. ; *JDI* 2000, 328, n. J.-B. Racine ; *D.* 2000, 765, n. M. Audit. Voir en sens inverse, Nancy 25 novembre 1992, *Rev. Dr. Bancaire*, sept.-oct. 1993, p.222, obs. F. Crédot et Y. Gérard.

¹¹⁹ Sur le problème de l'articulation entre les articles 5 et 7 de la convention de Rome, voir *infra* n°588 et s.

¹²⁰ Voir en ce sens notes précitées sous l'arrêt du 19 octobre 1999, J.-B. Racine, p.334 et M. Audit, p.766.

Toutefois, ce dernier risque est tempéré dans le champ d'intervention du droit communautaire, la liberté des Etats membres de l'Union, au regard de ces deux notions, étant restreinte.

b) L'apport du droit communautaire.

69. L'impact du droit communautaire sur les lois de police est considérable, cela ne fait aucun doute (i). A propos de l'exception d'ordre public international, l'évolution est plus timide, au moins pour le conflit de lois, mais est certaine (ii).

i) Cas d'intervention des lois de police et droit communautaire.

70. Tout d'abord, le droit communautaire peut être à l'origine de nouvelles lois de police, s'imposant aux différents Etats membres. L'arrêt Ingmar de la Cour de Justice des Communautés européennes est significatif à cet égard¹²¹.

En l'occurrence, une entreprise anglaise, Ingmar GB Ltd, agent commercial au Royaume-Uni pour le compte d'une société de droit californien, Eaton Leonard Technologies Inc., réclamait à celle-ci une commission et une indemnité de fin de contrat sur le fondement de la législation britannique transposant la directive 86/653/CEE relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants¹²². Selon cette dernière, en cas de résiliation à l'initiative du mandant, l'agent a droit à une indemnité ou à la réparation du préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant.

Or, le contrat les liant était soumis, en vertu d'une clause expresse, à la loi californienne. Le problème était donc de savoir si les dispositions issues de la directive pouvaient l'emporter sur celles de la *lex causae* qui elles ne prévoyaient pas de protection de l'agent commercial. La Court of appeal (England and Wales, Civil Division) saisie de ce litige décide de surseoir à statuer et d'interroger à titre préjudiciel la Cour de Luxembourg. La question, dont les termes sont particulièrement intéressants pour nous, était la suivante :

« Selon les règles du droit anglais, il y a lieu de faire application de la loi choisie par les parties comme loi applicable sauf si un motif d'ordre public, tel qu'une disposition impérative, s'y oppose. Dans ces conditions, les dispositions de la directive 86/653/CEE du Conseil, telles que transposées dans les législations des Etats membres, et en particulier celles relatives au paiement d'une réparation aux agents, à l'expiration de leur contrat avec leur commettant, sont-elles applicables lorsque :

¹²¹ CJCE 9 novembre 2000, aff. C-381/98, *Rec. CJCE* 2000, I-9305 ; *Europe* 2001, n°24, obs. L. Idot ; *Rev. crit.* 2001, 107, n. L. Idot ; *JDI* 2001, 511, 2^{ème} espèce, n. J.-M. Jacquet ; voir également la chronique de L. Bernardeau, « Droit communautaire et lois de police. A la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, aff. C-381/98 », *JCP* 2001, I, 328.

¹²² Texte publié au *J.O.C.E.* n°L. 382 du 31 décembre 1986, p.17.

- a) un commettant désigne un agent exclusif au Royaume-Uni et en Irlande pour y assurer la vente de ses produits, et que
- b) s'agissant de la vente de ces produits au Royaume-Uni, l'agent exerce ses activités au Royaume-Uni, et que
- c) le commettant est une société constituée dans un Etat tiers, et plus précisément dans l'Etat de Californie, Etats-Unis d'Amérique, dans lequel elle est également établie, et que
- d) la loi expressément choisie par les parties comme loi applicable au contrat est celle de l'Etat de Californie, Etats-Unis d'Amérique ? ».

Dans notre perspective, il fallait donc savoir si les règles en cause étaient des lois de police, susceptibles de justifier une dérogation à la *lex causae*. Selon la Cour de Justice, ces dispositions, « qui garantissent certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un Etat membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers, et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays » (point 26). Même si l'expression elle-même n'est pas employée, nous sommes en présence d'une loi de police, s'imposant « dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté » (point 25).

Cette interprétation lie les Etats membres de l'Union européenne¹²³. Il s'agit par conséquent d'un élément essentiel, le droit communautaire pouvant imposer l'existence de lois de police. Cet élément doit donc être pris en compte dans les cas d'intervention de cette notion, le droit interne *stricto sensu* n'étant pas le seul à pouvoir générer de telles règles.

71. Ensuite, de façon plus originale, le droit communautaire peut faire obstacle à l'intervention de lois de police des différents Etats membres. Selon la Cour de Justice dans l'arrêt Arblade, « l'appartenance des lois nationales à la catégorie des lois de police et de sûreté ne les soustrait pas au respect des dispositions du traité [instituant la Communauté européenne], sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire »¹²⁴.

Les lois de police sont donc des règles comme les autres et doivent nécessairement s'effacer lorsqu'elles constituent une entrave aux échanges au sens du traité CE. Les différents Etats membres voient ainsi leur liberté limitée et ne sont plus totalement maîtres de la détermination de leurs lois de police ou plus exactement de leur zone d'application. Cette dernière peut être corrigée lorsque la loi de police est contraire au droit communautaire. Les Etats membres peuvent qualifier une disposition de police et prévoir un espace d'intervention particulier. Cela n'est pas contesté. En revanche, ces éléments ne doivent pas remettre en cause la suprématie du droit communautaire, qui doit l'emporter. Les lois de police ne peuvent donc intervenir, dans de telles hypothèses, qu'au titre des exceptions aux libertés communautaires expressément prévues par le traité, au titre des

¹²³ Voir toutefois, quelques jours plus tard, l'analyse contraire de la Cour de cassation française : Com. 28 novembre 2000, *JDI* 2001, 511, 1^{ère} espèce, n. J.-M. Jacquet ; *JCP* 2001, éd. E., 997, obs. L. Bernardeau ; *RTD com.* 2001, 1067, obs. J.-M. Jacquet.

¹²⁴ CJCE 23 novembre 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec. CJCE* 1999, I-8453, *Rev. crit.* 2000, 710, n. M. Fallon ; *JDI* 2000, 493, obs. M. Luby. Voir déjà auparavant, de façon moins nette : CJCE 28 mars 1996, *Guiot*, aff. C-272/94, *Rec. CJCE* 1996, I-1905. La solution de l'arrêt Arblade a été confirmée depuis : CJCE 25 octobre 2001, *Finalarte*, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98, C-68/98 à C-71/98, *Rec. CJCE* 2001, I-7831 et CJCE 24 janvier 2002, *Portugaia Construcoes Lda*, C-164/99, *Rec. CJCE* 2002, I-787.

« *raisons impérieuses d'intérêt général* » (point 31) ou encore en dehors du champ du droit communautaire.

Le recours aux lois de police est donc doublement contrôlé par ce dernier. D'une part, elles ne peuvent pas faire obstacle aux échanges, d'autre part, même lorsqu'elles sont *a priori* acceptées au titre des exceptions, elles ne peuvent effectivement jouer que si l'intérêt ainsi protégé n'est pas déjà sauvegardé par des dispositions comparables de la loi appliquée dans l'autre Etat membre en cause¹²⁵. La notion de loi de police « *à géométrie variable* » réapparaît par conséquent, ce qui semble devoir être systématique, dès lors que le droit communautaire est en cause.

Il est à remarquer par ailleurs, que dans cette même décision, la Cour de Luxembourg a également cherché à définir la notion de loi de police : « *il convient d'entendre cette expression comme visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* » (point 30). L'influence de Francescakis est indéniable¹²⁶. Le droit communautaire est désormais doté d'une définition propre des lois de police, ce qui est important puisqu'elle pourra être utilisée dans le futur pour l'interprétation de la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles. Cela ne fait que démontrer l'emprise qu'entend exercer la Cour de Justice sur ce concept. Il semble d'ailleurs qu'il en aille de même à propos de l'ordre public international.

ii) Cas d'intervention de l'exception d'ordre public international et droit communautaire.

72. La notion d'ordre public international se « communautarise » de plus en plus, ou plutôt tend à être contrôlée par la Cour de Justice des Communautés européennes.

Cela est vrai tout d'abord à propos de l'article 27-1° de la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (auquel correspond l'article 34-1° du règlement n° 44/2001 ayant pris la suite de la Convention) prévoyant que les décisions rendues dans un Etat contractant ne sont pas reconnues si la reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'Etat requis.

La Cour de Luxembourg a été amenée à se prononcer récemment à deux reprises sur cette question dans les arrêts *Krombach*¹²⁷ et *Renault*¹²⁸. Dans la première affaire, le problème était de savoir si le juge de l'Etat requis pouvait opposer l'ordre public international lorsque le juge de l'Etat d'origine avait refusé au défendeur le droit de se faire défendre personnellement, la procédure de contumace française étant en cause. Dans la seconde, il fallait savoir si cette même clause pouvait permettre de s'opposer à l'exécution d'une

¹²⁵ Voir *supra* CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, cité n°43.

¹²⁶ Voir *supra* n°54.

¹²⁷ CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *Rec. CJCE* 2000, I-1935, *Rev. crit.* 2000, 481, n. H. Muir-Watt ; *JDI* 2001, 690 ; *RTD civ.* 2000, 944, obs. J. Raynard ; *Gaz. Pal.* 2000, n°275, p.30, n. M.-L. Niboyet ; *Europe* 2000, n°157, obs. L. Idot. Sur cette décision, voir *infra* n°452 et s. pour de plus longs développements.

¹²⁸ CJCE 11 mai 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, aff. C-38/98, *Rec. CJCE* 2000, I-2973, *Rev. crit.* 2000, 497, n. H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2001, 696, obs. A. Huet.

décision violant prétendument les principes de libre-circulation des marchandises et de libre-concurrence communautaire.

Dans les deux cas, les juges de la Cour de Justice ont raisonné de la même façon, des formules identiques pouvant être retrouvées. Ainsi, ils considèrent que « *si les Etats contractants restent, en principe, libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 27, point 1, de la convention, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de la convention* »¹²⁹ et que « *s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat contractant peut avoir recours à cette notion* »¹³⁰.

Ainsi, dans l'affaire Renault, la Cour a estimé que seule la violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis pouvait justifier le recours à la clause de l'article 27-1°. En revanche, une simple erreur de droit n'est pas suffisante.

Dans la seconde décision, les juges de cette même juridiction ont considéré que le principe du respect des droits de la défense, consacré notamment par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, pouvait justifier le recours à la clause d'ordre public international¹³¹.

Les Etats sont ainsi libres, comme pour les lois de police, de déterminer le contenu de cette notion, mais pour autant, leur appréciation est soumise à un contrôle communautaire. Une telle solution est logique à propos de la Convention de Bruxelles, la Cour devant assurer une interprétation uniforme de toutes les dispositions de ce texte et devant faire en sorte qu'elles ne fassent pas l'objet d'appréciations divergentes, faute de quoi les mêmes règles seraient appliquées de façon disparate dans les différents Etats contractants.

73. La même tendance à la communautarisation peut être constatée à propos du contrôle des sentences arbitrales, comme en témoigne l'arrêt *Eco Swiss*¹³². En l'occurrence, le litige était dû à la résiliation avant terme par la société Benetton d'un accord de licence la liant à la société Eco Swiss. Une procédure arbitrale a été engagée à propos de cette rupture, donnant lieu à deux sentences condamnant Benetton à indemniser la société Eco Swiss. L'affaire fut ensuite portée devant les juridictions étatiques néerlandaises, Benetton invoquant, pour la première fois, la nullité du contrat de licence en vertu de l'article 81 du Traité instituant la Communauté européenne. Le Hoge Raad fut finalement saisi et décida d'interroger la Cour de Justice des Communautés européennes. La deuxième question posée, celle traitée en priorité par la juridiction communautaire, est particulièrement intéressante pour nous. Selon le droit néerlandais, l'annulation d'une sentence n'est possible que pour un nombre limité de motifs et notamment la contrariété à l'ordre public international. Mais cette dernière ne recouvre pas, en principe, la circonstance que la sentence écarte l'application d'une interdiction édictée par le droit de la concurrence. Les juges néerlandais souhaitaient donc savoir si le fait qu'en l'espèce le droit communautaire de la concurrence était en cause

¹²⁹ Point 22 de l'arrêt *Krombach* ; point 27 de l'arrêt *Renault*.

¹³⁰ Point 23 de l'arrêt *Krombach* ; point 28 de l'arrêt *Renault*.

¹³¹ Voir en particulier le point n°44 de l'arrêt *Krombach*.

¹³² CJCE 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, aff. C-126/97, *Rev. arb.* 1999, 631, n. L. Idot ; *JDI* 2000, 505, obs. C. Prieto ; *RTD com.* 2000, 340, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin. Voir aussi la chronique de S. Poillot-Peruzzeto, « L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (*Eco Swiss China Time Ltd*) », *JDI* 2000, 299 et s.

devait changer cette solution et obligeait à accueillir la demande en annulation de la sentence.

La Cour de Justice a répondu « *qu'une juridiction nationale saisie d'une demande en annulation d'une sentence arbitrale doit faire droit à une telle demande lorsqu'elle estime que cette sentence est effectivement contraire à l'article 81 CE, dès lors qu'elle doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public* »¹³³. Par conséquent, l'ordre public international néerlandais évolue sur ce point précis, puisqu'il doit désormais comprendre les cas de violation du droit communautaire de la concurrence, ou au moins de l'article 81. Cela est vrai pour tous les Etats membres, dès lors qu'ils connaissent un contrôle des sentences au regard de l'ordre public international.

Ce dernier concept se communautarise donc, même si la Cour se fonde sur un mécanisme prévu par le droit national. Le juge étatique doit intégrer dans son ordre public international les règles communautaires de concurrence. La Cour de Justice participe ainsi directement à la définition du contenu de cette exception, les Etats membres n'en étant plus totalement maîtres.

74. Dans les deux cas que nous avons évoqués, l'ordre public international n'intervient pas pour s'opposer à une loi étrangère mais à une décision étrangère ou à une sentence arbitrale. Il est alors légitime de se demander si cette évolution est concevable également à propos des conflits de lois. Aucune décision de la Cour de Justice des Communautés européennes ne peut être citée en ce sens. Mais l'occasion se présentera lorsque cette juridiction sera compétente pour interpréter la Convention de Rome relative à la loi applicable aux obligations contractuelles. La même tendance sera vraisemblablement suivie. Là encore, les limites de l'ordre public international pourront être contrôlées par la Cour de Luxembourg. Le fait que la Convention intervienne en matière de conflit de lois ne change rien. A nouveau, cette attitude peut se justifier par la nécessaire interprétation uniforme des dispositions conventionnelles.

De façon générale d'ailleurs, il semble que la notion d'ordre public, quel que soit le domaine du droit communautaire, soit systématiquement communautarisée¹³⁴. Cela est vrai également pour la réserve prévue par l'article 30 du Traité instituant la Communauté européenne, en matière de libre-circulation¹³⁵.

Aucune raison ne peut justifier qu'il n'en soit pas ainsi à propos du conflit de lois.

75. Par conséquent, le droit communautaire a une influence indéniable sur les cas d'intervention des lois de police et de l'exception d'ordre public international des différents Etats membres et en particulier de la France. Cette emprise ne devrait aller qu'en s'accroissant au fur et à mesure du développement de l'intégration communautaire et apparaît ainsi comme étant un élément nouveau et considérable pour l'avenir.

¹³³ Point 41 de l'arrêt.

¹³⁴ Pour un tel constat : S. Poillot-Peruzzetto, « L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de Justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (Eco Swiss China Time Ltd) », chronique précitée, spéc. p.302.

¹³⁵ Article 30 : « Les dispositions des articles 28 et 29 [interdiction des restrictions quantitatives à l'exportation et à l'importation] ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce des Etats membres ».

*

*

*

Conclusion du paragraphe :

76. Il ressort donc de cette analyse que dans la plupart des hypothèses la distinction entre l'exception d'ordre public international et les lois de police est nette et ne pose pas le moindre problème. Toutefois, à la marge, la confusion est possible tant pour les modes d'intervention que pour les cas d'intervention. Or, cela peut entraîner un flou certes limité mais qui ne peut être nié. Une telle situation a bien sûr des conséquences.

B-Les conséquences du flou quant aux modes et aux cas d'intervention.

77. Les conséquences du flou existant sont doubles. Tout d'abord, il y a un risque de recours excessif aux notions, dû au fait qu'elles permettent l'application de la loi du for (1). Ensuite, la présentation actuelle laisse planer une incertitude assez importante quant au statut de certaines questions (2).

1) Le risque de recours excessif aux notions.

78. Certaines critiques, à l'encontre tant de l'exception d'ordre public international que des lois de police, sont désormais devenues classiques. Ces deux notions permettent au juge d'appliquer sa propre loi. D'où la tentation pour lui de recourir, à l'excès, à l'exception d'ordre public international et aux lois de police, afin de se faciliter la tâche, d'éviter les complications liées à l'application d'une loi étrangère. L'application de la loi du for est pour lui plus simple, plus rapide et moins coûteuse en temps et en énergie. Le risque apparaît d'autant plus grand que le juge a un rôle important en ce qui concerne la détermination du droit étranger désigné par la règle de conflit.

Cette remarque est surtout vraie pour les lois de police, car l'intervention de l'exception d'ordre public international suppose que la règle de conflit ait été appliquée et le contenu des dispositions étrangères prouvé. Par conséquent, une grande partie du travail est déjà faite lorsque l'exception joue.

Le flou existant au niveau des cas d'intervention ne ferait ainsi que faciliter les choses. Il laisserait une très grande latitude au juge qui pourrait recourir assez librement aux notions, les conditions d'intervention n'étant pas très strictes. Ainsi, pour les lois de police, le juge

peut très souvent s'appuyer sur la notion d'organisation étatique pour les faire intervenir, tant ce critère est large. Les auteurs ont été nombreux à relever cet état de fait¹³⁶.

79. On peut toutefois essayer de relativiser ces critiques et ce à un double point de vue.

Dans un premier temps, on peut tenter de réfuter ces reproches en observant la jurisprudence ; il faut constater que les remarques sont dirigées essentiellement contre les lois de police, car en ce qui concerne l'exception d'ordre public international, l'unanimité semble se faire depuis un certain temps sur la modération des juges, qui n'ont pas ou plus tendance à y recourir de façon excessive. C'est là une observation qui semble communément admise¹³⁷.

En ce qui concerne les lois de police, on ne peut qu'aller dans le même sens et relever une grande modération des juges. Il est même assez difficile de trouver, dans les recueils de jurisprudence, des hypothèses concrètes où cette notion est retenue. La tendance est donc à l'opposé de ce qui était craint à l'origine de cette théorie¹³⁸.

Toutefois, on pourrait remarquer que si les juges n'éprouvent pas le besoin de recourir à ces notions, c'est tout simplement, parce qu'ils disposent d'autres moyens pour arriver à imposer l'application de la *lex fori*. A cet égard, on pense bien sûr à la jurisprudence relative à l'application d'office de la règle de conflit, qui ne fait pas obligation au juge d'appliquer systématiquement celle-ci¹³⁹. Une telle approche peut conduire à un résultat identique à celui de l'exception d'ordre public ou des lois de police, tout en étant un peu moins brutale et apparente. Il faut, par conséquent, en tenir compte dans l'observation de la pratique des juges.

Dans un second temps, il faut également noter que la jurisprudence elle-même est peut être le meilleur remède contre ses propres excès. Le fait que certaines hypothèses aient déjà été traitées pourrait, en effet, permettre une relative fixation des idées et enlever une part d'imprévisibilité. Cela peut, en tous cas, éviter, dans une large mesure, l'arbitraire. A *fortiori*, la répétition des cas donne des repères, à la fois aux juges et aux sujets de droit.

Pour les lois de police, cela semble être l'évidence. Le caractère de police une fois attribué à une disposition, il peut être difficile, par la suite, de se démarquer de cette analyse. Evidemment, cela sera surtout le cas si la Cour de cassation (ou le Conseil d'Etat comme dans l'affaire Wagons-Lits) se prononce ; l'autorité n'en sera que plus grande, surtout si la décision précise le rattachement exigible. Dans une situation identique, il sera difficile pour

¹³⁶ Voir en ce sens J.-A. Carrillo-Salcedo, « Le renouveau du particularisme en droit international privé » *RCADI* 1978, t. 160, p.181 et s. ; P. Mayer « Les lois de police », *TCFDIP*, Journée du cinquantenaire, 1988, p.105, spéc. p.108 ; Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1973, t. 139, p.269, spéc. p.329 ; A.V.M. Struycken, « Contribution de l'Académie au droit international privé », *RCADI* 1998, t. 271, p.11, spéc. p.47 ; P. Lalive, « Tendances et méthodes en droit international privé », *RCADI* 1977, t. 155, p.1 et s., dans le cadre d'une critique plus générale, p.120 et s.

¹³⁷ Voir déjà en ce sens E. Vitta, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1979, t. 162, p.118, spéc. p.126 et Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », précité, p.329.

¹³⁸ Constatant cette situation entre autres : P. Mayer, « Les lois de police », communication précitée, p.109 et *Rép.Dalloz*, *Dr. Int.*, *V° Lois de police*, n°25 ; A.V.M. Struycken, « Contribution de l'Académie au droit international privé », cours précité, p.50.

¹³⁹ Voir notamment deux arrêts du même jour : Civ. 1^{ère} 26 mai 1999 *B. I.*, n°172 et 174, *GA* n°77 et 78 et la chronique de B. Fauvarque-Cosson, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, 125 et s. Voir aussi H. Fulchiron, « Le juge de la famille et la loi étrangère », *Dr. fam.* 2000, n°5.

un autre juge de ne pas suivre la même voie et s'il le fait, sa décision risque d'être censurée. De même, si un juge du fond se prononce sur le caractère de police d'une loi, la portée sera certes moins grande, mais, cela pourra attirer l'attention, notamment des sujets de droit qui pourraient se trouver dans une situation similaire.

La répétition des occurrences permet une certitude encore plus grande et peut balayer les critiques d'arbitraire et d'imprévisibilité.

Pour l'exception d'ordre public international, on peut se demander s'il en va de même.

On peut noter que de plus en plus, la Cour de cassation a tendance à se prononcer avec précision sur le contenu de l'exception d'ordre public mais aussi sur les liens exigibles avec le for. La position de l'ordre juridique du for est alors particulièrement nette ce qui limite singulièrement l'arbitraire. De nombreuses décisions significatives peuvent être citées en ce sens. En matière de divorce, la Cour de cassation a considéré qu'une loi étrangère prohibitive, « *était contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté, pour un Français domicilié en France, de demander le divorce* »¹⁴⁰. On ne peut être plus clair que cet attendu de principe. Une telle situation existe également en matière de filiation. Selon la Cour de cassation, « *les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international* » mais « *il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation* »¹⁴¹. Là encore, l'affirmation dépasse le cadre de l'affaire en cause et donne des indications précieuses sur les exigences de l'ordre juridique français. Il s'agit donc aussi d'une certaine forme de fixation des occurrences.

Il n'y a plus beaucoup de place pour l'arbitraire du juge dans de telles situations.

Par conséquent, le juge, malgré le flou des cas d'intervention évolue tout de même dans un domaine assez balisé dans de nombreux cas.

Toutefois, la portée de cette notion de fixation des hypothèses doit être nuancée. Tout d'abord, elle ne peut fonctionner que pour des situations qui ont déjà été tranchées. Or nous l'avons vu, la jurisprudence est relativement peu abondante pour les lois de police et même pour l'exception d'ordre public international. Les cas concernés ne sont donc pas forcément les plus nombreux.

De plus, un revirement est toujours possible, surtout pour l'ordre public international où règne le principe dit de l'actualité¹⁴². Mais on peut tout de même considérer qu'une modification essentielle ne survient pas du jour au lendemain et suppose très souvent une réforme législative, au moins pour la « *sauvegarde des politiques législatives* ». En ce qui concerne les principes fondamentaux, il est de leur essence de ne pas être soumis à des

¹⁴⁰ Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1981, *JDI* 1981, 812, n. D. Alexandre.

¹⁴¹ Civ. 1^{ère} 10 février 1993, *Rev. crit.* 1993, 620, n. J. Foyer ; *JDI* 1994, 124, 1^{ère} espèce, n. I. Barrière-Brousse.

¹⁴² Voir *infra* n°132 et s.

variations rapides. Les revirements spectaculaires en matière d'ordre public international semblent plutôt être l'exception¹⁴³.

Néanmoins, il est évident qu'il ne s'agit là que d'un simple tempérament à l'imprévisibilité et à l'arbitraire. Tous les problèmes liés à l'indétermination des cas d'intervention de l'exception d'ordre public international et des lois de police ne sont pas résolus pour autant. Le recours alternatif à l'exception d'ordre public international ou aux lois de police pour certaines questions reste envisageable. Il nous semble toutefois que cette incertitude existe, non pas de manière générale, mais essentiellement pour ce qui concerne ce que l'on peut appeler la défense des politiques législatives.

2) Le statut ambigu de la défense des politiques législatives.

80. La théorie actuelle peut être critiquée car elle entretient une certaine ambiguïté en ce qui concerne la défense des politiques législatives. Il semble en effet que cette défense puisse être assurée à la fois par l'exception d'ordre public international et par les lois de police, ce qui ne facilite pas les choses, en présence d'une telle question, le choix entre l'exception d'ordre public international et les lois de police n'étant pas évident. Il peut donner lieu à des analyses divergentes (a). La question la plus importante concerne alors l'appréciation des exigences précises de l'ordre juridique du for, qui constitue le point fondamental de la distinction des notions (b).

a) Le risque entraîné par le statut ambigu de la défense des politiques législatives.

81. Nous avons vu, auparavant, que dans la doctrine classique, largement reprise par la plupart des auteurs, une des branches de l'exception d'ordre public international était constituée par la défense des politiques législatives du for. Dans cette hypothèse, la norme française va servir de référence dans la réflexion relative à la possibilité d'appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit du for. La *lex fori* est ainsi défendue, essentiellement, parce qu'au sein même de la société dont elle émane, elle ne fait pas l'unanimité.

Or cette branche de l'exception a servi de fondement à Francescakis, pour bâtir la théorie des lois d'application immédiate. Il a souhaité la faire basculer dans le domaine des lois de

¹⁴³ La répudiation est toutefois un domaine dans lequel les revirements se succèdent : Civ. 1^{ère} 20 juin 1978, *Ferroudji*, *Rev. crit.* 1981, 88, 1^{ère} espèce ; Civ. 1^{ère} 18 décembre 1979, *Dahar*, *Rev. crit.* 1981, 88, 2^{ème} espèce, *D.* 1980, n. E. Poisson-Drocourt, *JDI* 1981, 597, n. Ph. Kahn ; Civ. 1^{ère} 6 juin 1990, *Rev. crit.* 1991, 593, 1^{ère} espèce, n. P. Courbe ; *D.* 1990, somm. 263, obs. B. Audit ; Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001, *Rev. crit.* 2001, 704, n. L. Gannagé ; *JDI* 2002, 181, n. Ph. Kahn ; *JCP* 2002, II, 10039, n. Th. Vignal ; *D.* 2001, 3378, n. M.-L. Niboyet ; *Petites affiches* 2002, n°108, p.11, n. P. Courbe ; *Dr. & Patrim.* octobre 2001, n°97, p.116, obs. F. Monéger ; Civ. 2^{ème} 14 mars 2002, *JDI* 2002, 1062, n. Ph. Kahn ; *JCP* 2002, II, 10095, n. H. Fulchiron, *JCP* 2003, I, 107, obs. S. Poillot-Peruzzetto. Sur la question des répudiations, voir *infra* n°376, 406 et s. et 434 et s.

police, l'exception d'ordre public international ne devant concerner que la défense des grands principes unanimement reconnus. En effet, selon cet auteur, si l'exception d'ordre public international a pour objet de sauvegarder la politique législative du for, « *cette sauvegarde ne peut manifestement être atteinte que si les lois qui expriment la politique législative en cause sont, du moins dans la mesure où elles le font, purement et simplement appliquées* »¹⁴⁴.

D'où l'idée qui coule de source : appliquer ces dispositions de manière immédiate, sans passer par la médiation de la règle de conflit, faire ce que l'auteur appelle une économie de raisonnement. Par conséquent, les lois de police naîtraient de cette branche de l'exception d'ordre public international.

Une légitime inquiétude peut alors surgir, puisque ce volet de l'exception d'ordre public international subsiste encore à l'heure actuelle pour tous les auteurs ; on pourrait ainsi craindre un chevauchement entre les deux notions, extrêmement gênant car cela rendrait leur distinction impossible ou presque.

Il faut bien constater que la jurisprudence a pu accrédi-ter cette thèse, appliquer cette idée d'économie de raisonnement, lorsque la loi française était à défendre et ce sans préciser de manière nette si elle se fondait sur l'une ou l'autre des notions. La décision la plus souvent citée à cet égard est l'arrêt Domino¹⁴⁵. La Cour de cassation décide dans cette espèce « *qu'en vertu de l'article 335 du Code civil, la reconnaissance d'un enfant adultérin souscrite en France est nulle d'une nullité d'ordre public, quelle que soit la nationalité de son auteur ou celle de l'enfant* ». La Cour semble procéder à une véritable application immédiate de la disposition du Code civil. Elle paraît adopter la voie de Francescakis¹⁴⁶. En ce domaine, il y avait auparavant application de la loi désignée par la règle de conflit et le cas échéant intervention de l'exception d'ordre public international¹⁴⁷. Or, aucun principe universellement reconnu n'est en cause.

82. Une telle vision des choses est pourtant repoussée à l'heure actuelle, la théorie de Francescakis ne semblant pas être totalement admise sur ce point précis.

Il faut d'abord remarquer que contrairement à ce que pensait Francescakis, la défense des politiques législatives n'implique pas l'application pure et simple des dispositions en cause. Au contraire, lorsque l'exception d'ordre public intervient dans ce cas là, elle agit selon l'expression devenue célèbre, non comme un barrage mais comme un filtre. Ainsi, la consultation des dispositions étrangères ne serait pas nécessairement dépourvue d'intérêt. Ce qui compte, c'est que la législation étrangère n'aille pas à l'encontre des dispositions du for. Un exemple bien connu permettra d'illustrer le propos. Dans le cas du divorce, exemple type de cette branche de l'ordre public international, si l'objectif du législateur est de ne pas permettre le divorce sauf le cas de certaines exceptions, les lois étrangères plus sévères encore seront accueillies dans le for. En revanche, les lois étrangères moins strictes seront en principe rejetées. Dans la première hypothèse, la consultation de la norme étrangère garde donc un intérêt certain. Par conséquent, il peut y avoir défense des politiques législatives sans avoir besoin de recourir à une quelconque application immédiate.

¹⁴⁴ Voir en ce sens Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », article précité, p.8.

¹⁴⁵ Civ. 1^{ère} 3 juin 1966, *Rev. crit.* 1968, 64, n. Derruppé ; *JDI* 1967, 614, n. Ph. Malaurie.

¹⁴⁶ En ce sens voir Ph. Malaurie, note précitée.

¹⁴⁷ Voir d'ailleurs peu après, TGI Seine 27 juin 1966, *JDI* 1967, 619, n. Ph. Malaurie.

Il est vrai qu'il peut arriver que les exigences du for soient si fortes que, par exception, la consultation de la loi étrangère soit dépourvue d'intérêt, comme c'était le cas dans l'affaire Domino. C'est là le cœur du problème.

83. Il est en effet évident que dans bon nombre de cas, les lois de police ont également pour fonction de défendre la politique législative du for, en assurant l'application exacte de dispositions estimées fondamentales.

Cette constatation peut quelquefois être remise en cause, la loi française étant appliquée pour d'autres raisons. On peut ainsi citer la protection de l'enfance en danger où l'application de la loi française peut se justifier par l'intervention fréquente d'autorités du for, qui doivent en principe agir conformément à leur propre loi. Cette justification peut alors jouer dès lors qu'une autorité du for doit intervenir dans la situation en cause, par exemple en matière d'inscription sur les registres de l'état civil. Dans ces cas là, il n'y a pas réellement défense d'une politique législative, mais pourrait-on dire application des dispositions de la loi du for pour des raisons techniques.

D'autres questions sont, elles, marquées par la volonté d'imposer une politique. On peut reprendre ici différentes illustrations. Il s'agit par exemple de la protection du consommateur, la volonté existante en droit interne faisant l'objet d'un prolongement au niveau international. Les lois étrangères qui pourraient être désignées par la règle de conflit ne sont pas forcément choquantes mais les lois françaises sont appliquées, *a priori*, pour garantir l'exacte application des dispositions protectrices¹⁴⁸. Il y a donc, là aussi, défense des politiques législatives. Pour de telles hypothèses, l'économie de raisonnement de Francescakis est parfaitement justifiée.

Un autre exemple caractéristique est celui de la définition de la qualité d'auteur. La jurisprudence Huston a tranché la question en faveur de l'application des dispositions françaises sur le fondement des lois de police. Il y a assurément là une volonté d'imposer les conceptions et la politique française, au moins en ce qui concerne la défense du droit moral du créateur véritable de l'œuvre, pour les atteintes portées sur le territoire français¹⁴⁹.

Par conséquent, dans de telles situations, il n'y a qu'une différence d'échelle entre les moyens mis en œuvre. On peut, en effet, imposer la politique législative par une application immédiate, conception que l'on peut qualifier d'offensive ou alors se contenter d'une simple protection par le jeu de l'exception d'ordre public international, conception que l'on peut qualifier de défensive. L'observation de Francescakis est donc vraie. Certaines lois classiquement protégées par le jeu de l'exception d'ordre public international ont incontestablement basculé dans le domaine des lois de police. Ainsi cette fonction est partagée entre les deux notions et c'est sur ce point précis que le risque de confusion est le plus important.

En dehors de l'arrêt Domino, diverses autres décisions peuvent être citées. Tout d'abord, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 20 décembre 1976¹⁵⁰. Selon cet arrêt, « *il n'y a lieu de rechercher si [le] statut personnel [...] permet de revendiquer un droit au respect de sa vie privée et sur son image car l'ordre public français [...] permet de le faire* ».

¹⁴⁸ Voir ainsi l'arrêt précité, Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999 (*supra* note n°118) où la loi allemande qui aurait pu s'appliquer n'était pas choquante en raison de l'harmonisation existante au sein de l'Union européenne, grâce notamment à une directive du 22 décembre 1986 (n°87/102/CEE, *J.O.C.E.* n°L. 42 du 12 février 1987, p.48).

¹⁴⁹ Pour cette question, voir également *supra* n°61 et *infra* n°306 et s.

¹⁵⁰ Paris 20 décembre 1976, *D.* 1978, 373, n. E. Agostini ; *Gaz. Pal.* 1977, 1, 261, concl. Simon.

On se trouve dans une situation dans laquelle le juge retient apparemment l'exception d'ordre public international, mais où il semble appliquer les dispositions françaises de manière immédiate, sans même consulter la loi étrangère normalement compétente. Il y a par conséquent une équivoque importante car le juge n'a pas vraiment tranché la question qui nous importe, c'est-à-dire défense de la politique législative française par le jeu de l'exception d'ordre public international ou par celui des lois de police. Peu lui importait ce point, la seule chose importante étant d'arriver à l'application de la loi française.

Il est possible de citer également un autre arrêt, toujours de la Cour d'appel de Paris du 24 février 1977¹⁵¹, qui considère qu'un « *intérêt d'ordre public s'attache à ce que toute personne vivant habituellement en France, même si elle est née à l'étranger et possède une nationalité étrangère, soit pourvue d'un état civil* ». Là encore, on peut estimer qu'il y a défense d'une politique législative du for et le fondement utilisé n'est pas des plus nets. M. Massip estime dans sa note que l'on est en présence d'une loi de police, mais la Cour se fonde formellement sur l'exception d'ordre public. Il est extrêmement difficile dans de telles hypothèses de faire pencher la balance dans un sens ou dans l'autre. D'autres décisions pour le moins ambiguës et qui témoignent de la proximité entre l'exception d'ordre public et les lois de police, pour la défense des politiques législatives peuvent encore être citées¹⁵².

Il ne s'agit d'ailleurs pas d'une spécificité française. Dans une affaire de filiation, le Tribunal Fédéral suisse a ainsi considéré le droit italien désigné par la règle de conflit, puis a conclu qu'il ne heurtait pas l'ordre public international suisse. Les juges en ont alors déduit que la règle interne suisse correspondante n'était pas « *une disposition impérative du droit suisse au sens de l'article 18 LDIP* »¹⁵³. De même en Allemagne, à propos de la protection du consommateur, la jurisprudence a eu une approche plus qu'hésitante. Il est difficile de savoir, dans certaines décisions, quel mécanisme de l'exception d'ordre public international ou des lois de police a été utilisé¹⁵⁴.

Encore une fois, précisons bien que la portée du trouble possible est assez restreinte. Il ne s'agit pas de penser que toutes les lois de police peuvent être confondues avec toutes les hypothèses d'intervention de l'exception d'ordre public. Simplement l'hésitation est possible dans un champ limité car les deux notions peuvent avoir pour fonction, entre autres, la défense et la sauvegarde des politiques législatives du for. Dans ce champ limité, l'appréciation des exigences de l'ordre juridique du for va faire pencher la balance du côté des lois de police ou du côté de la défense par le jeu de l'exception d'ordre public international. Cet élément est déterminant et il faut s'y intéresser de manière plus approfondie.

¹⁵¹ Paris 24 février 1977, *D.* 1978, 168, n. J. Massip.

¹⁵² Paris 16 février 1966, *Rev. crit.* 1966, 453, n. P. Lagarde ; Paris 12 septembre 1980, *D.* 1982, IR 74, obs. B. Audit ; TGI Nice 24 avril 1985, *Rev. crit.* 1986, 325, n. P. Lagarde ; Paris 14 juin 1994, *Rev. crit.* 1995, 308 n. Y. Lequette ; Paris 2 avril 1998, *D.* 1998, IR 137 ; Pau 1^{er} mars 2001, *D.* 2002, 639, obs. H. Synvet ; TGI Strasbourg 12 juin 2001, *D.* 2002, 2932, obs. J. Franck ; TGI Strasbourg 13 septembre 2001, *D.* 2002, 2933, obs. J. Franck ; Colmar 17 octobre 2001, *D.* 2002, 2932 obs. J. Franck ; Dijon 28 mars 2002, *JCP* 2002, IV, 2506.

¹⁵³ TF 24 septembre 1992, *ATF* 118 II 468. Pour un autre cas dans lequel les deux notions ne sont pas clairement distinguées : TF 30 septembre 1999, *ATF* 125 II 443.

¹⁵⁴ RG 23 mars 1931, *JW* 1932, 591 ; OLG Hamm 7 février 1977, *NJW* 1977, 1594. Pour une analyse de ces décisions et une mise en évidence, en droit comparé, de l'hésitation jurisprudentielle pour la question de la protection du consommateur, voir P. Lagarde, « Public policy », in *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. III, Private international Law, chap.11, n°17 et s., p.16 et s.

b) Le risque essentiel : l'appréciation des exigences de l'ordre juridique du for.

84. Pour commencer, il convient de rappeler une des caractéristiques des lois de police. Pour la plupart, ce sont des lois internes qui sont étendues au niveau international. Par conséquent, leur nature n'est pas spécifique et ne peut en aucun cas les différencier des règles devant être protégées par le seul recours à l'exception d'ordre public international, sauf bien sûr en cas de spécification de la nature de loi de police par l'auteur de la norme¹⁵⁵.

Il n'y a donc qu'une différence de degré entre les deux démarches, la première consistant à appliquer la règle française immédiatement, la seconde laissant jouer la règle de conflit tout en estimant qu'une règle française précise mérite d'être défendue et peut servir de référence. La protection est plus ou moins intense et le choix concret entre les deux branches de l'option peut être très délicat. Souvent, il n'y a rien de prédéfini et les discussions peuvent être nombreuses. On peut, pour illustrer nos propos, se référer à nouveau à la question de la détermination de la qualité d'auteur d'une œuvre.

Nous avons vu que dans l'arrêt *Huston*, la Cour de cassation s'était appuyée sur ce qu'elle a appelé des lois d'application impérative, pour recourir aux dispositions françaises. Mais auparavant, les opinions divergeaient.

Il n'y avait pas d'accord dans la doctrine. Certains étaient en faveur de l'application de la loi désignée par la règle de conflit, qui devait déterminer l'auteur de l'œuvre, l'exception d'ordre public international pouvant intervenir, le cas échéant pour éviter une solution choquante¹⁵⁶.

D'autres étaient en faveur de l'application immédiate des dispositions françaises, sur le fondement des lois de police¹⁵⁷.

Or, en lisant les opinions des uns et des autres, on peut constater que les deux positions sont acceptables et s'appuient sur de très sérieux arguments. Il est unanimement admis que la définition de la qualité d'auteur est une donnée importante et que les conceptions françaises méritent d'être défendues. Mais l'appréciation sur les moyens à employer diverge.

La diversité peut également être constatée chez les juges. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à l'arrêt d'appel intervenu dans l'affaire *Huston* qui avait non seulement appliqué la règle de conflit mais n'avait pas fait intervenir l'exception d'ordre public international, la rejetant expressément¹⁵⁸. Par conséquent, on se trouve à l'opposé de la conception finalement retenue par la Cour de cassation.

Tout cela montre combien la frontière entre l'ordre public international et les lois de police est mince, mouvante et surtout indéterminée. On peut certes nous rétorquer qu'en l'occurrence le problème a été tranché de manière nette par la Cour de cassation. Mais deux observations peuvent être faites.

¹⁵⁵ En ce sens, sur l'absence de différence de nature, Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », précité, spéc. p.328.

¹⁵⁶ P.-Y. Gautier, obs. sous Paris 6 juillet 1989, *Rev. crit.* 1989, 717 et Françon, obs. sous le même arrêt, *RIDA* 1990, n° 143, 328.

¹⁵⁷ B. Edelman qui résume sa pensée sous l'arrêt de cassation, *JDI* 1992, 141.

¹⁵⁸ Paris 6 juillet 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, 743, concl. Delafaye ; *Rev. crit.* 1989, 706, obs. P. -Y. Gautier ; *JDI* 1989, 979, obs. B. Edelman ; *RIDA* 1990, n° 143, 328, obs. Françon.

Tout d'abord, un revirement n'est pas forcément à exclure, surtout au vu des opinions doctrinales divergentes, qui témoignent du fait qu'une autre approche, fondée sur l'exception d'ordre public international, est envisageable.

Ensuite, si ce domaine est réglé, cela ne clarifie pas vraiment la situation générale, la défense des politiques législatives continuant à être tiraillée entre les lois de police et l'exception d'ordre public international.

On peut alors se demander si la solution des problèmes ne peut être trouvée en adoptant une autre voie, les approches classiques ayant montré leurs limites.

C-La clé possible de la distinction : le résultat produit par l'intervention des notions.

85. Comme nous l'avons vu, il est difficile d'obtenir des résultats satisfaisants concernant les cas d'intervention des lois de police et de l'exception d'ordre public international en se plaçant « en amont », c'est-à-dire avant l'intervention des deux notions. On peut alors se demander, s'il n'est pas possible de clarifier davantage les choses en se plaçant cette fois « en aval », au niveau du résultat produit par l'intervention de ces deux mécanismes. Pour l'heure, les résultats engendrés sont identiques, la loi du for est appliquée et on peut s'apercevoir qu'une modification de cette situation est susceptible d'apporter un nouvel éclairage sur la distinction entre l'exception d'ordre public international et les lois de police (1). Il faut toutefois voir dans quelle mesure une telle modification est praticable ce qui va tempérer le constat précédent (2).

1) L'identité du résultat et l'intérêt d'une nouvelle approche.

86. Il faut dresser, tout d'abord, le constat de l'identité des résultats (a), ce qui permet de mettre davantage en évidence la nécessité et l'intérêt d'une nouvelle approche (b).

a) Le constat de l'identité des résultats.

87. Pour les lois de police, l'application de la *lex fori* relève de l'évidence, puisqu'il s'agit du but même du mécanisme. Cette application fait partie véritablement de la définition de la notion. Il ne faut donc pas s'y attarder davantage.

88. En revanche, pour l'exception d'ordre public international, le recours à la *lex fori* n'est pas une chose naturelle, allant de soi.

Une fois la norme étrangère évincée, il reste une lacune qui doit être comblée afin d'apporter une solution à la question posée. L'exception d'ordre public international a donc non seulement un effet négatif, d'éviction, mais également un effet positif¹⁵⁹. L'unanimité semble se faire en France sur l'application de la loi du for, afin de combler la lacune et ce tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Tout d'abord dans la doctrine française, les auteurs semblent tous d'accord pour admettre un tel recours, depuis fort longtemps¹⁶⁰. De ce point de vue, l'équivoque ne semble pas possible. De plus, cette belle convergence a déteint sur la jurisprudence, puisque là encore, de façon tout à fait systématique, les juges recourent à la *lex fori* afin de combler la lacune, due à l'éviction de la disposition étrangère. Il n'y a pas, en France, à l'heure actuelle, de solutions dissidentes ou divergentes. D'ailleurs, le recours à la loi du for semble si naturel aux juges français, qu'ils ne se justifient, en général, absolument pas sur ce point.

Un tel constat impose de se pencher sur les justifications qui sont données du retour à la *lex fori* en cas d'intervention de l'exception d'ordre public international.

89. Des justifications positives sont données, à l'appui de cette solution.

Certains auteurs constatent que l'application d'une loi étrangère n'est toujours qu'une simple exception. Par conséquent, si cette loi est évincée, il est logique de revenir à ce qui constitue le principe, c'est-à-dire l'application de la loi du for¹⁶¹.

Dans le même sens, la vocation subsidiaire de la loi du for peut également être avancée. L'intervention de la loi du for pour assurer l'effet positif de l'exception d'ordre public international n'en serait qu'une illustration. En cas d'impossibilité d'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, la loi du for retrouve sa compétence¹⁶².

De plus, un lien minimum doit toujours rattacher le litige au for, à un double point de vue. Tout d'abord, le lien doit exister afin de fonder la compétence juridictionnelle du for.

¹⁵⁹ Sur la nécessité systématique de l'effet positif, voir Holleaux, Foyer, La Pradelle, n°598, p.295 ; sur la question voir aussi A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, t. 239, p.9, spéc. p.29.

¹⁶⁰ Voir en ce sens : Arminjon, *Précis de droit international privé*, Dalloz, Tome I, 1947, n°104, p.218 ; Audit, n°310, p.278-279 ; Bartin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Domat-Montchrestien, Tome I, 1930, § 93, p.252 ; Batiffol et Lagarde, n°367, p.591 et s. ; Francescakis, *Rép.Dalloz Dr. Int.*, 1969, V° *Ordre public*, n°108 ; Holleaux, Foyer, La Pradelle, n°597, p.294 ; Loussouarn et Bourel, n°256, p.318 ; Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, op.cit., p.143 ; Mayer et Heuzé, n°212, p.143.

¹⁶¹ Batiffol et Lagarde, n°367, p.591 ; voir aussi G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, thèse précitée, n°177.

¹⁶² En ce sens voir notamment Audit, n°310, p.278.

Ensuite, si l'on admet la théorie de l'*Inlandsbeziehung*, subordonnant l'intervention de l'exception d'ordre public international à l'existence de contacts étroits avec le for, on voit que ce dernier doit nécessairement être en rapport avec la situation¹⁶³. Ces éléments montrent que le for ne peut jamais être totalement séparé de la relation, ce qui peut justifier l'application de ses règles de droit au fond du litige¹⁶⁴.

Enfin, l'argument de la prévisibilité a également été avancé¹⁶⁵. Il peut effectivement être souhaitable de ne pas laisser le flou régner quant à la norme qui va s'appliquer, en cas d'intervention de l'exception d'ordre public international. Le jeu de ce mécanisme est déjà lui-même susceptible d'être perturbateur et il ne faut donc pas en rajouter en laissant planer le doute quant à la norme opérant finalement.

90. Il faut toutefois constater que pour bon nombre d'auteurs, les justifications sont essentiellement négatives, c'est-à-dire que la loi du for, n'est dans cette hypothèse, qu'un pis-aller, ne jouant qu'à défaut d'autre méthode satisfaisante et praticable¹⁶⁶. Il ne s'agirait par conséquent que d'une solution de remplacement, prête à s'effacer, si une autre approche intéressante était trouvée. Ce constat ne peut que nous encourager à explorer les pistes pouvant s'offrir à nous et ouvrant d'autres perspectives quant à la norme substituée, en cas d'intervention de l'exception d'ordre public international. Mais avant d'étudier ces voies, il faut voir quel en serait l'intérêt, un des arguments que l'on peut avancer en faveur du recours à la *lex fori* étant la simplicité pratique. Le recours à une solution alternative peut apparaître alors comme étant une complication inutile et embarrassante.

b) L'intérêt d'une distinction quant au résultat produit.

91. On peut se demander quel est l'intérêt, au niveau de la distinction des cas d'intervention des lois de police et de l'exception d'ordre public international, de recourir, pour assurer l'effet positif de la seconde nommée, à une disposition ne relevant pas de la *lex fori*.

Tout d'abord, une telle solution est susceptible d'apporter de la clarté dans certaines situations. En effet, le fait de dissocier les résultats, oblige le juge à prendre nettement parti quant au mécanisme qu'il emploie. Cela tend à éliminer les solutions fondamentalement hybrides, dans lesquelles le juge arrive à l'application de la loi du for, mais sans motiver clairement sa décision, celle-ci pouvant être interprétée à la fois comme une hypothèse d'application immédiate et comme une situation dans laquelle l'exception d'ordre public international a joué. L'arrêt Domino est significatif sur ce point précis.

Cela a une importance à un double point de vue. Premièrement, cela permet aux personnes directement concernées par le litige de savoir exactement quel a été le raisonnement du juge.

¹⁶³ A propos de la théorie de l'*Inlandsbeziehung*, voir *infra* n°220 et s.

¹⁶⁴ En ce sens notamment Batiffol et Lagarde, n°367, p.591-592.

¹⁶⁵ Voir P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse précitée n°177.

¹⁶⁶ Voir notamment : Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, *op.cit.*, p.143 ; Loussouarn et Bourel, n°256, p.318 ; G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, thèse précitée, n°177.

Deuxièmement, une telle clarté est également importante pour la prévisibilité des solutions et donc pour les personnes qui ne sont pas directement impliquées. En effet, le fait de prendre clairement position sur le mécanisme utilisé renseigne utilement tous les justiciables quant aux exigences de l'ordre juridique français. De plus, cela aide à fixer la jurisprudence en un certain sens, un juge statuant ultérieurement ayant à ce moment là, une indication claire qui ne le lie évidemment pas, mais qui lui sera fort utile dans sa démarche.

Le second intérêt de la voie proposée s'inscrit dans la continuité de ce dernier élément. En effet, elle pourrait permettre de retrouver une certaine « pureté » dans les raisonnements, les lois de police étant appliquées en raison d'une revendication de compétence et l'exception d'ordre public international intervenant en raison du contenu choquant d'une loi étrangère, mais non en raison de l'importance particulière de la *lex fori*.

En somme, il s'agit de traduire, dans les résultats produits, les justifications générales de l'existence et de l'intervention des notions.

Il reste alors à voir concrètement si des solutions alternatives sont possibles quant à l'effet positif de l'exception d'ordre public international.

2) La mise à l'épreuve d'autres solutions concernant l'effet positif de l'exception d'ordre public international.

92. Certaines solutions alternatives ont été proposées et même pratiquées à l'étranger. L'une d'elles, consistant à recourir à une disposition de la *lex causae*, semble frappée d'un total discrédit en France (a). En revanche, d'autres solutions peuvent paraître plus séduisantes et sont donc davantage dignes de considération (b).

a) L'impossible recours à une disposition de la *lex causae*.

93. La solution proposée consiste à rechercher, afin de combler la lacune due à l'éviction de la disposition contrariante, une solution de remplacement, non dans le droit du for, mais au sein même de la *lex causae*, disposition qui, elle, satisfait aux exigences de l'ordre juridique du for. Le droit du for n'interviendrait que de manière subsidiaire.

Cette solution peut se justifier par la volonté de respecter à la fois le droit étranger, en recherchant, en son sein, la norme la plus proche de celle qui est évincée, mais aussi sa désignation par la règle de conflit. Il y a là un souhait de rechercher une solution permettant une atteinte minimale à la fois aux solutions conflictuelles et aux solutions matérielles du droit étranger.

De plus, on peut considérer que l'exception d'ordre public international tend à éliminer une disposition du droit étranger, mais non l'applicabilité de ce droit considéré dans son

ensemble. Ce sont là des arguments très classiques en faveur de cette solution¹⁶⁷. De manière tout aussi classique, on peut citer un arrêt du Reichsgericht allemand ayant retenu cette approche et qui est de ce fait passé à la postérité¹⁶⁸.

On peut également ajouter que cette démarche est expressément consacrée, entre autres, par l'article 22 du Code civil portugais, selon lequel, « *sont applicables les règles les plus appropriées de la législation étrangère compétente ou, subsidiairement, les règles du droit interne portugais* »¹⁶⁹.

Néanmoins, il ne semble pas nécessaire de s'attarder longuement sur cette voie, tant elle est rejetée, avec raison et vigueur, par la doctrine française, ce qui contribue à la discréditer totalement.

94. Les arguments utilisés à cette fin sont nombreux.

Tout d'abord, le droit étranger n'est absolument pas respecté par une telle solution, bien au contraire. En effet, on aboutit dans une telle hypothèse à l'application d'une disposition que le droit étranger ne considère pas, lui-même, comme devant régir la situation qui est soumise au juge du for et on aboutit ainsi à une véritable dénaturation de ce droit¹⁷⁰.

De plus, il n'est pas toujours évident de trouver au sein de la *lex causae* une règle de remplacement. Une telle possibilité semble même devoir être l'exception, car on voit mal un droit prévoir systématiquement deux dispositions différentes. Lorsqu'il s'agit d'une question de délais de prescription, comme dans l'affaire soumise au Reichsgericht, il est certes possible de trouver une norme de remplacement dans la *lex causae*. Mais dans d'autres hypothèses on voit mal pourquoi un droit prévoirait plusieurs dispositions ayant le même objet.

Enfin, le résultat finalement produit peut être encore plus éloigné de la solution contraire à l'ordre public international, en recourant à la *lex causae* qu'en recourant à la *lex fori*. Ainsi, par exemple, si une créance est considérée par un droit étranger comme étant imprescriptible, disposition contraire à l'ordre public international du for. Le juge va appliquer le délai le plus long de la *lex causae*, soit dix ans. Or le droit du for prévoit lui un délai de prescription de trente ans. On arrive ainsi, par le jeu de la *lex causae*, à une solution finalement plus lointaine de la solution initiale, que celle à laquelle on aurait abouti si le droit du for avait été appliqué. Tel était précisément le cas dans l'affaire tranchée par le Reichsgericht.

Le discrédit de cette méthode semble donc être total. Elle ne peut visiblement pas apporter satisfaction tant elle souffre de handicaps trop flagrants. En revanche, d'autres solutions alternatives sont, en apparence, au moins, plus séduisantes.

¹⁶⁷ Voir sur ce point, K. Siehr, *Internationales Privatrecht, Deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2001, p.492 ; B. Von Hoffmann, *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 2002, p.258.

¹⁶⁸ RG 19 décembre 1921, *Rev. crit.* 1926, 278 ; *RGZ* 106, 82.

¹⁶⁹ Dispositions de droit international privé du nouveau Code civil approuvé par le décret-loi n°47-344 du 25 novembre 1966, entré en vigueur le 1^{er} juin 1967, *Rev. crit.* 1968, 369. Voir aussi à propos du projet du code belge de droit international privé : J.-M. Bischoff, intervention suite à la communication de M. Verwilghen, « Vers un code belge de droit international privé », *TCFDIP* 1998-2000, p.123, spéc. p.164-165.

¹⁷⁰ Voir relevant ce point, entre autres, Loussouarn et Bourel, n° 256, p.318.

b) Les autres solutions alternatives : le recours à une loi tierce ou la formulation d'une solution matérielle *ad hoc*.

95. La première solution impose, après le jeu de l'exception d'ordre public international, un nouveau raisonnement conflictuel, afin de trouver une loi tierce, apte à remplir la lacune.

Le juge, après avoir évincé la disposition litigieuse de la *lex causae*, va devoir rechercher une autre loi pour régir la situation, en vertu d'un critère de rattachement différent de celui ayant conduit à la désignation de la *lex causae*. Ce n'est qu'à défaut de solution satisfaisante ou si cet élément subsidiaire le désigne que le droit du for pourra intervenir, afin de combler la lacune.

Peut être considéré comme une utilisation de cette méthode l'article 16 de la loi italienne de droit international privé, selon lequel, dans une telle situation « *s'applique la loi que déterminent les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même hypothèse normative. A défaut, la loi italienne s'applique* »¹⁷¹.

96. Cette solution a l'avantage de permettre l'application de dispositions émanant d'un droit étranger, plus proche de la situation que le droit du for et peut donc ressembler à une sorte de clause échappatoire, adaptée à l'exception d'ordre public international ou encore de consacrer la proximité même en cas d'éviction de la *lex causae*. Elle permet d'éviter que le droit du for soit appliqué, alors qu'un droit tiers est beaucoup plus proche de la relation en cause.

Il y a de la sorte une ouverture vers l'étranger, qui s'oppose à la rigidité du système consistant à recourir systématiquement à la *lex fori*, afin de remplir la lacune.

Par exemple, en matière de statut personnel, en cas d'éviction d'une disposition de la loi nationale, ce système permettrait de recourir à la loi du domicile ou de la résidence habituelle, afin de combler la lacune, plutôt que de faire jouer, à cette fin, de manière mécanique, à la loi du for, qui a peut-être moins de titres à s'appliquer.

Cette méthode peut paraître particulièrement séduisante et il est alors légitime de se demander pourquoi elle n'est pas davantage retenue.

97. Il semble que sa portée puisse être tempérée.

Tout d'abord, il convient de se pencher sur une distinction faite par certains auteurs allemands, qui peut déjà fortement nuancer son intérêt¹⁷².

Selon ces auteurs, il faut distinguer selon que l'ordre juridique du for admet ou non une modulation dans la réponse à la question qui concrètement se pose au juge. Il peut en effet arriver que l'ordre juridique du for soit intransigeant quant à la solution devant intervenir en définitive, seule la conception qu'il défend, justifiant l'éviction de la disposition de la *lex causae*, pouvant convenir.

Par exemple, le juge considère qu'une situation de polygamie est contraire à l'ordre public international du for. Dans ce cas, seul son refus peut convenir aux exigences de l'ordre juridique du for et donc il n'est absolument pas utile de recourir à une loi tierce. En effet, si celle-ci admet la polygamie dans cette situation, elle ne satisfait pas aux exigences du for et

¹⁷¹ Loi de droit international privé du 31 mai 1995, *Rev. crit.* 1996, 174 et le commentaire A. Giardina, « Les caractères généraux de la réforme », p.1 et s.

¹⁷² Voir en particulier S. Lorenz, « *RGZ 106, 82 ff revisited : Zur Lückenfüllungsproblematik beim ordre public in "Ja/Nein-Konflikten"* », *IPRax* 1999, 429 et s.

si, au contraire, elle ne l'admet pas non plus, elle ne fait qu'adopter la même solution que celle consacrée par la *lex fori*, ne constituant par conséquent qu'un détournement formel et dénué d'intérêt.

Il peut en aller de même, à propos de l'âge minimum requis pour pouvoir contracter valablement mariage. Imaginons une loi étrangère fixant cet âge à dix ans, ce qui est contraire à l'ordre public international français. Il n'y a alors pas d'intérêt à recourir à une loi tierce. En effet, soit cette loi va dans le même sens que le droit du for, en fixant un âge minimum supérieur à celui fixé par la loi évincée et dans ce cas sa consultation ne change rien à l'hypothèse, soit cette loi tierce considère que le mariage est valable mais alors elle ne peut être retenue pour combler la lacune due à l'intervention de l'exception d'ordre public international, étant elle-même, contraire aux exigences fondamentales du for.

De plus, il serait totalement contradictoire de retenir l'exception d'ordre public international, puis au moment de faire jouer son effet positif, de ne pas la retenir en appliquant une disposition allant dans le même sens que celle qui a été évincée.

Par conséquent, dans ce type de situations, le raisonnement proposé n'a aucune portée, ce qui limite déjà singulièrement son champ d'application.

98. Il ne pourra jouer que dans les cas où la réponse à la contrariété à l'ordre public international ne résout pas en elle-même la question de la substitution, c'est-à-dire lorsqu'une modulation dans la réponse finalement apportée est possible.

Ainsi, lorsqu'une loi étrangère ne reconnaît pas l'existence d'une créance alimentaire, ce qui, par hypothèse, est contraire à l'ordre public international du for, le montant de cette créance reste encore à définir. La réponse à la question de la contrariété à l'ordre public international n'a pas réglé celle de la substitution. Dans une telle situation, il peut être fait appel à une loi étrangère tierce, par le jeu d'un rattachement subsidiaire. Cette loi peut fixer le montant de la créance alimentaire à un niveau différent de la *lex fori* et donc sa consultation présente, cette fois, un intérêt véritable. La seule limite est, bien sûr, l'absence de contrariété de cette loi tierce à l'ordre public international du for.

Le même raisonnement peut être tenu dans certaines autres hypothèses, notamment toutes les relations où sont en cause des indemnités, des honoraires, ...

99. La solution proposée n'est donc pas la panacée, n'étant pas d'application générale. De plus, il n'est pas toujours évident que trois ordres juridiques différents soient impliqués dans la relation concernée (celui du for, celui de la *lex causae* et celui appelé à combler la lacune). Pour reprendre l'exemple du statut personnel, il est vrai qu'en cas d'éviction d'une disposition de la loi nationale, il est possible de recourir à la loi du domicile, mais on peut se demander quel élément rattache la situation au for, fondant sa compétence juridictionnelle. Très souvent, le for est celui de la nationalité ou celui du domicile, ce qui empêche de recourir à un ordre juridique tiers, tout simplement parce qu'il n'en existe pas.

100. Une critique qualitative peut également être adressée à cette méthode. Elle impose en effet de prouver le contenu, dans un premier temps de la *lex causae*, par hypothèse même, puis celui de la loi tierce appelée à combler la lacune. Or, connaissant la lourdeur et le coût d'une telle démarche, il est légitime de s'interroger sur sa pertinence. Cela ne peut qu'alourdir encore le procès et même l'inégalité entre les parties en cas de déséquilibre financier entre elles et de passivité du juge. C'est pourquoi une approche fondée sur la formulation d'une solution matérielle *ad hoc* peut paraître plus appropriée.

101. Cette méthode consiste à énoncer dans chaque hypothèse une solution *ad hoc*, afin de combler la lacune due à l'éviction d'une disposition de la *lex causae*, plutôt que de recourir à une norme prédéfinie¹⁷³. Ainsi le juge, puisqu'il s'agit d'une solution essentiellement judiciaire, va évincer la loi étrangère en tant qu'elle heurte le for, mais ne va pas recourir véritablement à une règle préconçue, d'un quelconque ordre juridique, pour rendre sa décision. Il va créer une norme spéciale, adaptée à la situation qui lui est soumise.

Par exemple, le juge évince une disposition étrangère prévoyant des dommages et intérêts exorbitants. Mais pour combler la lacune, il convient d'après cette méthode et afin de respecter tout de même l'esprit de la *lex causae*, de créer une règle spécifique, fixant le montant des dommages et intérêts au maximum de ce que peut tolérer l'ordre juridique du for. Une telle approche permet de porter atteinte de façon minimale à la *lex causae*, tout en n'ayant pas à prouver le contenu d'un droit tiers et ainsi de ne pas aboutir de manière trop abrupte à l'application du droit du for.

102. Néanmoins, là encore, cette méthode ne peut fonctionner qu'en cas de modulation possible dans la réponse qui sera finalement apportée à la question, comme en cas de recours à une loi tierce. Elle ne peut pas fonctionner dans les cas où l'intervention même de l'exception d'ordre public international suffit à régler le problème de la norme à substituer, comme dans l'exemple de la polygamie, que nous avons vu plus haut. En effet, dans ces hypothèses, soit la norme *ad hoc* aboutit au même résultat que celui produit par la *lex fori* et sa formulation ne présente aucun intérêt, soit elle s'en éloigne et devient *de facto* intolérable pour l'ordre juridique du for¹⁷⁴.

Par conséquent, son champ d'application s'en trouve également limité. De plus, cette solution laisse très largement la porte ouverte à l'appréciation du juge et donc à une accusation corrélative d'arbitraire mais surtout d'imprévisibilité. C'est assurément son talon d'Achille.

103. Le bilan des solutions alternatives est donc déjà très nuancé. Mais dans notre perspective de distinction entre les cas d'intervention de l'exception d'ordre public international et des lois de police, certaines critiques peuvent être encore élevées contre cette démarche.

Tout d'abord, en cas d'intervention de l'exception d'ordre public international et d'absence de modulation dans la solution possible, la situation peut faire penser à l'existence d'une loi de police. Or, cela n'est pas vrai dans toutes ces hypothèses. On ne se trouve pas en présence de telles lois.

Pour illustrer cette question, nous pouvons prendre l'exemple du délai de prescription d'une créance. Si l'on se trouve en présence d'une créance imprescriptible en vertu d'une loi étrangère, ce qui est contraire à l'ordre public international du for, la question qui se pose au juge est la suivante : est-il contraire à l'ordre public international que la créance ne soit pas encore prescrite, au moment où il statue ? Et dans ce cas, si la réponse est positive, seule la loi du for peut être appliquée pour assurer l'effet positif de l'exception d'ordre public international. En effet, si l'on recourt à une autre norme (loi tierce ou solution matérielle), celle-ci peut soit confirmer le résultat produit par le droit du for et donc ne présenter aucun intérêt réel, soit aller à son encontre et par conséquent, être contraire aux exigences du for. Dans une telle situation, le juge peut avoir l'impression que la loi

¹⁷³ Sur ce point voir notamment : Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, München, *op.cit.*, p.472 et s. et F. Vischer, « General Course on Private International Law », précité, spéc. p.104.

¹⁷⁴ Voir notamment A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », précité, spéc. p.30 et s.

française est une loi de police, car aucune autre solution n'est possible, en dehors de l'application de la loi du for. Elle peut ainsi sembler être à la fois le maximum et le minimum acceptable. Or, de telles dispositions ne sont absolument pas des lois de police, la règle de conflit peut, bien sûr, intervenir pour désigner la loi apte à les régir. Ainsi, une prescription plus courte que celle prévue par le droit du for peut être admise, de même qu'un délai de prescription plus long peut lui aussi être accepté. L'existence de telles situations peut néanmoins introduire le doute dans l'esprit du juge.

104. De plus, si le raisonnement sur le fondement de l'exception d'ordre public international est trop compliqué, imposant notamment de rechercher une solution extérieure à l'ordre juridique du for, la tentation peut être grande pour le juge de recourir à la technique des lois de police pour simplifier son raisonnement, ce qui n'est pas, bien sûr, le but recherché.

105. Par conséquent, une telle méthode peut être intéressante, mais est assurément à utiliser avec de grandes précautions dans notre perspective. Il convient donc de se montrer quelque peu sceptique quant à son utilité réelle, quant à son apport pour le problème de la distinction entre les cas d'intervention des lois de police et ceux de l'exception d'ordre public international.

* * *

Conclusion du paragraphe :

106. La distinction des cas d'intervention de l'exception d'ordre public international et des lois de police s'avère donc problématique. Il n'est pas possible d'opposer les deux notions sur ce point. Un constat identique peut d'ailleurs être fait pour la question spécifique du contrôle des jugements étrangers.

§ 2-Exception d'ordre public international et lois de police : remise en cause de l'opposition pour le contrôle des jugements étrangers.

107. En droit positif, l'exception d'ordre public international et les lois de police sont totalement séparées concernant le contrôle exercé sur les jugements étrangers. La solution est d'ailleurs défendue par une partie de la doctrine (A). Pourtant, il nous semble que, sur ce point précis, une assimilation entre les deux notions est souhaitable. Cela permettrait d'aboutir à une règle moderne et fonctionnelle dans ce domaine (B).

A – La séparation des deux notions.

108. Les conditions que doit remplir un jugement, pour se voir octroyer l'exequatur ont été formellement énoncées par l'arrêt Munzer¹⁷⁵. Celui-ci a dégagé cinq conditions. La conformité à l'ordre public international est une condition autonome (1). Les lois de police sont quant à elles intégrées dans la condition de l'application de la loi compétente, d'après les règles françaises de conflit, par le juge d'origine (2).

1) La conformité à l'ordre public international, condition autonome.

109. Le juge français requis doit s'assurer de « la conformité à l'ordre public international » de la décision étrangère¹⁷⁶.

Il n'y a rien là de très surprenant. En cas d'octroi de l'exequatur, la décision va produire ses effets au sein de l'ordre juridique du for. Il est donc normal de retrouver cette réserve sans qu'il y ait quoi que ce soit à redire¹⁷⁷. Il y a une précaution identique à celle existant pour le conflit de lois, l'exception d'ordre public international étant, également, une soupape de sécurité ultime en matière d'effet des décisions étrangères.

110. Le contenu de cet ordre public international a été précisé et a évolué depuis l'arrêt Munzer. En effet, à l'origine, la régularité de la procédure suivie devant le juge étranger faisait l'objet d'une appréciation distincte. Or, cette question a été intégrée dans le contrôle plus général de la conformité à l'ordre public international par l'arrêt Bachir¹⁷⁸. Il y a donc désormais un double aspect à prendre en compte.

¹⁷⁵ Civ. 1^{ère} 7 janvier 1964, *Rev. crit.* 1964, 344, n. Batiffol ; *JDI* 1964, 302, n. Goldman ; *JCP* 1964, II, 13590, n. Ancel ; *GA* n°41. Voir *supra* n°21.

¹⁷⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁷ Voir notamment Ancel et Lequette, sous Civ. 7 janvier 1964, *Munzer*, n°41, § 8.

¹⁷⁸ Civ. 1^{ère} 4 octobre 1967, *Bachir*, *Rev. crit.* 1968, 98, n. P. Lagarde ; *JDI* 1969, 102, n. Goldman ; *D.* 1968, 95, n. Mezger ; *JCP* 1968, II, 15634, n. Sialelli ; *GA* n°45.

111. Un autre élément d'importance quant au régime de l'exception d'ordre public international doit encore être signalé. Selon l'arrêt Rivière, « *la réaction d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* »¹⁷⁹. Il existe ainsi une *summa divisio* au sein de l'exception d'ordre public international, en fonction du lieu de création de la situation, l'ordre public international français étant moins exigeant pour les situations créées à l'étranger, que pour celles constituées directement en son sein¹⁸⁰. L'effet en lui-même n'est pas en cause, l'éviction étant toujours la conséquence de la contrariété, simplement les cas d'intervention sont réduits pour les situations nées à l'étranger.

La justification d'une telle attitude est que ces dernières ont souvent déjà produit certains effets. Ne pas les reconnaître pourrait être assimilé à la négation d'un fait et entraîner des inconvénients encore plus fâcheux que la reconnaissance¹⁸¹. L'exemple le plus caractéristique concerne le divorce obtenu à l'étranger et qui est suivi d'un remariage, comme dans l'affaire Rivière.

112. Il y a ainsi un assouplissement considérable apporté à la théorie générale de l'ordre public international, le for étant prêt à s'ouvrir véritablement à des institutions juridiques inconnues pour lui, voire contraires à ses conceptions essentielles. La répudiation peut apparaître comme le symbole d'une telle attitude, la théorie de l'effet atténué ayant permis d'accueillir en France ce mode de dissolution du lien conjugal s'il a été prononcé à l'étranger¹⁸². Pour l'accueil des décisions étrangères, l'exception d'ordre public international semble donc être plus tolérante que pour le conflit de lois pur. Il n'en va pas de même à propos des lois de police.

¹⁷⁹ Civ. 17 avril 1953, *Rev. crit.* 1953, 412, n. Batiffol ; *JDI* 1953, 860, n. Plaisant ; *JCP* 1953, II, 7863, n. Buchet ; *GA* n°26.

¹⁸⁰ Voir également souvent cités comme étant à l'origine de la théorie : Civ. 28 février 1860, *Bulkley*, *S.* 1860, 1, 210 ; *DP* 1860, 1, 57 ; *GA* n°4 ; Civ. 11 avril et 1^{er} mai 1945, *D.* 1945, 245, n. Lerebours-Pigeonnière ; *JCP* 1945, II, 2895, n. Savatier ; *S.* 1945, 1, 121, n. Batiffol.

¹⁸¹ Voir notamment en ce sens, Ancel et Lequette, sous Civ. 17 avril 1953, *Rivière*, n°26 § 12 ; *Audit*, n°308, p.276.

¹⁸² Voir notamment Civ. 1^{ère} 3 novembre 1983, *Rohbi*, *Rev. crit.* 1984, 325, n. I. Fadlallah ; *JDI* 1984, 329, n. Ph. Kahn ; *JCP* 1984, II, 20131, concl. Gulphe ; *GA* n°63, dans lequel l'attendu de principe de l'arrêt Rivière est repris. Toutefois, il est quelque peu critiquable d'estimer que l'ordre public international produit un effet atténué dans ce domaine. En effet, l'ordre public international n'est pas susceptible de produire d'effet « plein » puisqu'une répudiation ne peut être prononcée en France. Seules les juridictions françaises sont compétentes pour prononcer la dissolution d'un mariage sur le territoire français. Par conséquent, les autorités désignées par les lois étrangères sont nécessairement incompétentes, sans que l'exception d'ordre public international soit en cause. Sur ce point, voir R. El Hussein-Begdache, *Le droit international privé et la répudiation islamique*, préf. J. Foyer, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 361, 2002, n°229 et s.

2) L'intégration des lois de police dans la condition du contrôle de la loi appliquée.

113. Le juge français requis doit selon l'arrêt *Munzer* s'assurer que le juge d'origine a appliqué la loi compétente d'après les règles françaises de conflit. Ces dernières ont donc un rôle à tenir, lors d'une instance indirecte et ne sont pas cantonnées aux seules instances ayant pour objet de créer une situation en France.

114. La condition est générale. Elle englobe également les lois de police¹⁸³. Ainsi, le juge français requis, s'il constate qu'une loi de police française voulait s'appliquer et que le juge d'origine n'a pas respecté cette volonté, devra en tirer les conséquences et refuser, en principe, de laisser la décision étrangère produire ou continuer à produire ses effets en France. Toutefois, le tempérament de l'équivalence semble pouvoir jouer dans cette hypothèse, comme de manière générale. La décision étrangère pourra être accueillie en France s'il a été fait application d'une loi substantiellement identique à la loi de police française qui se voulait applicable¹⁸⁴.

115. On voit tout de suite l'opposition entre cette condition, restrictive malgré le tempérament de l'équivalence, et l'effet atténué de l'exception d'ordre public international intervenant dans ce domaine, qui témoigne d'une assez grande tolérance à l'égard des situations étrangères¹⁸⁵. La contradiction se situe, certes, au niveau de « l'esprit » des deux conditions mais aussi à un niveau beaucoup plus juridique. En effet, comment est-il possible de les concilier ? L'une exige du juge étranger qu'il ait statué comme l'aurait fait le juge français, l'autre témoigne au contraire d'une acceptation des différences entre les ordres juridiques. Il s'agit d'un des problèmes qui font que le contrôle de la loi appliquée a donné lieu à des critiques doctrinales.

116. Ces dernières peuvent être mises en relief en analysant la fonction exacte qui peut être attribuée à cette condition. Traditionnellement, deux conceptions sont proposées, l'une se rapprochant de la fonction répartitrice de la règle de conflit, l'autre étant plus proche de la notion régulatrice de la règle de conflit. Or, aucune d'entre elles ne permet de justifier sérieusement l'exercice du contrôle¹⁸⁶.

117. D'après la première analyse, l'objet du contrôle est purement formel, le juge requis devant s'assurer que la décision qui lui est soumise a été rendue en application de la loi que lui même aurait appliqué s'il avait été saisi du litige. Une coïncidence conflictuelle entre deux ordres juridiques est donc recherchée. La solution finalement consacrée importe peu. Le juge d'origine peut même avoir commis une erreur de droit. Seule la dénaturation est sanctionnée. Une partie de la jurisprudence a adopté cette approche, l'exemple le plus

¹⁸³ Voir en ce sens P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.* 1994, 615, spéc. p.643 ; Mayer et Heuzé, n°389, p.264.

¹⁸⁴ Sur la notion d'équivalence, voir notamment H. Muir-Watt, *Jcl Dr. Int.*, Fasc. 584-3, « Effets en France des décisions étrangères. Conditions de l'efficacité internationale. Compétence internationale de l'autorité étrangère. Conformité aux règles françaises de conflits de lois », n°106 et s.

¹⁸⁵ Sur cette notion voir *infra* n°130 et n°139.

¹⁸⁶ Sur ces deux aspects de la condition : B. Ancel, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *TCFDIP* 1986-1988, p.25, spéc. p.30 et H. Muir-Watt, *Jcl Dr. Int.*, Fasc. 584-3, précité.

classiquement cité étant celui de l'affaire Loesch¹⁸⁷. Une telle attitude a été justifiée par certains auteurs, selon lesquels la règle de conflit « *répartit les matières de droit privé entre les différents systèmes législatifs* », or cette répartition « *vaut aussi bien pour le cas où le juge français est sollicité de donner effet en France à un jugement étranger que pour celui où il est directement saisi du litige* »¹⁸⁸. Elle serait donc valable dans les deux hypothèses. Pourtant, cette conception a fait l'objet de critiques de la part de la doctrine majoritaire.

118. Tout d'abord pour certains auteurs, les règles de conflit ne sont faites que pour l'instance directe et ne sauraient être utilisées dans le contexte de l'effet des décisions étrangères. Les deux situations doivent être nettement distinguées. Dans le premier cas, le juge doit choisir entre différentes lois émanant de divers ordres juridiques et la règle de conflit va lui indiquer dans quel sens s'orienter, le recours à une loi étrangère ne pouvant se faire sans passage par la norme conflictuelle. En revanche, dans le second cas, la question est de savoir si effet doit être donné à une décision étrangère et le recours à la règle de conflit de lois n'est pas indispensable¹⁸⁹. Le fait d'imposer cette condition n'est pas nécessaire et peut aller à l'encontre des prévisions des parties en refusant de laisser produire effet à une décision sans que les intérêts du for soient réellement en danger, pour des raisons purement formelles.

Une telle approche était concevable dans la doctrine de Bartin, selon laquelle les règles de conflit sont une expression de la souveraineté française, ce qui peut imposer leur respect en toutes circonstances et donc également devant le juge requis. Néanmoins, cette vision est abandonnée par le droit international privé contemporain, qui n'est plus envisagé comme un conflit de souverainetés¹⁹⁰. Ce qui était parfaitement cohérent chez Bartin ne l'est plus dans la théorie actuelle et le respect des règles de conflit en matière d'effet des jugements étrangers est plus difficilement justifiable.

119. Ensuite, un autre argument peut être avancé. La divergence des règles de conflit entre les ordres juridiques est non seulement un fait avéré, mais également accepté. Il est donc quelque peu prétentieux de vouloir imposer la conception française de manière aussi générale. Certes, il s'agit de laisser le jugement étranger produire des effets en France, mais le système juridique étranger a pu faire un choix, qui tout en n'étant pas celui de l'ordre juridique français, n'est pas pour autant à rejeter de manière aussi catégorique.

120. Enfin, la contradiction entre cette condition et la jurisprudence sur certains points a aussi été relevée.

Ainsi, en premier lieu, cette solution conduirait, selon certains, à être plus sévère à l'égard du juge étranger que du juge français¹⁹¹. En effet, ce dernier n'est pas toujours obligé d'appliquer d'office sa règle de conflit. Il ne l'est que lorsque les droits litigieux sont

¹⁸⁷ Civ. 1^{ère} 24 novembre 1965, *JDI* 1966, 369, n. Ph. Kahn ; *Rev. crit.* 1966, 289, n. P. Lagarde et sur renvoi, Poitiers 13 décembre 1967, *Rev. crit.* 1969, 94, n. P. Lagarde.

¹⁸⁸ Batiffol et Lagarde, Tome II, n°726, p.582 ; dans le même sens F. Deby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, Bibl. de droit international privé, vol. 16, 1973, n°507 et s., p.408 et s.

¹⁸⁹ Voir sur l'ensemble du problème : P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Paris, Dalloz, Bibl. de droit international privé, vol. 17, 1973 et Mayer et Heuzé, n°388, p.263.

¹⁹⁰ Voir en particulier Bonnichon, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Rev. crit.* 1949, 615 et s. et 1950, 11 et s.

¹⁹¹ B. Ancel, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », communication précitée, p.32 ; Ancel et Lequette, sous Civ. 1^{ère} 7 janvier 1964, *Munzer*, n°41, § 9.

indisponibles¹⁹². Le juge étranger pourrait lui se voir reprocher systématiquement de ne pas avoir appliqué une solution identique à celle préconisée par les normes conflictuelles françaises. Il y a là une contradiction plus que gênante. Toutefois, l'évolution jurisprudentielle semble traduire un rôle croissant du juge français dans l'application de la loi étrangère¹⁹³. Sa passivité pourrait ainsi, de plus en plus, être sanctionnée. Cette critique perdrait alors du même coup de sa pertinence. Il a également déjà été démontré que les exigences et les besoins de l'instance directe ne sont pas forcément les mêmes que ceux de l'instance indirecte¹⁹⁴. Il n'est donc pas nécessairement opportun de vouloir comparer ce qui peut paraître incomparable. Ce premier argument paraît donc d'une portée assez faible.

En revanche, en second lieu, cette jurisprudence se contentant d'une coïncidence formelle est sinon contredite au moins complétée par un autre courant, adoptant une attitude plus matérialiste de l'identité de loi appliquée.

D'après cette seconde conception, même si la loi appliquée n'est pas celle désignée par la règle de conflit de lois française, la décision peut néanmoins produire valablement des effets en France, s'il est établi que le résultat atteint est finalement le même que celui qui aurait été obtenu en suivant la norme conflictuelle française. Là encore, un arrêt est classiquement cité pour illustrer cette voie : l'arrêt Drichemont¹⁹⁵.

Cette réflexion qui s'apparente davantage à la fonction régulatrice de la règle de conflit est défendable. Il est en effet logique que les autorités françaises aient un droit de regard sur la solution consacrée, puisqu'elle est appelée à produire effet en France. De plus, elle apparaît comme n'étant qu'un tempérament à la rigidité de la première conception. En ce sens, il est délicat de la critiquer. Néanmoins, de cet assouplissement naît aussi la contradiction sur la finalité exacte du contrôle exercé. Deux voies bien distinctes sont ainsi tracées, sans que l'une ne l'emporte sur l'autre. Le flou règne et l'hésitation est permise.

Mais même en tant que simple tempérament, la solution dégagée n'est pas satisfaisante. En effet, s'il s'agit d'un contrôle de la solution, le juge français dispose déjà du « bouclier » que constitue l'exception d'ordre public international et il n'est nul besoin de recourir à une autre condition. Par ailleurs, comme nous l'avons déjà vu, ce contrôle est quelque peu contradictoire avec le jeu de l'ordre public international atténué. De plus, l'approche semble inconciliable avec l'esprit même de l'institution de l'exequatur, qui est de permettre la réception de décisions étrangères et de ne pas instaurer de frontières hermétiques entre les ordres juridiques. Si cette possibilité n'est offerte qu'aux décisions identiques à celles qu'auraient rendues un juge français, il ne s'agit que d'une ouverture de façade.

Par conséquent, cette seconde voie est tout aussi critiquable que la première et fait douter de l'opportunité d'un contrôle général de la loi appliquée pour l'effet des jugements étrangers.

121. Une partie de la doctrine considère cependant qu'une telle vérification peut se justifier dans certains cas. Il en va ainsi dans « *les hypothèses dans lesquelles l'Etat a un intérêt*

¹⁹² Sur ce point, voir deux arrêts du même jour : Civ. 1^{ère} 26 mai 1999, B. I, n°172 et 174, GA n°77 et 78 et la chronique de B. Fauvarque-Cosson, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, 125 et s. Voir aussi H. Fulchiron, « Le juge de la famille et la loi étrangère », *Dr. fam.* 2000, n°5.

¹⁹³ Civ. 1^{ère} 28 janvier 2003, *Rev. crit.* 2003, 462, note B. Ancel ; *Dr. & Patrim.* octobre 2003, n°119, p.116, obs. F. Monéger ; Civ. 1^{ère} 18 juin 2002, 18 septembre 2002 et 22 octobre 2002, *Rev. crit.* 2003, 86, note H. Muir-Watt. Pour une interprétation large de cette jurisprudence, voir F. Mélin, note sous Civ. 1^{ère} 18 septembre 2002, *Petites affiches* 2003, n°27, p.15. Auparavant, voir Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *JCP* 2000, II, 10243, n. H. Muir-Watt.

¹⁹⁴ H. Muir-Watt, *Jcl Dr. Int.*, Fasc. 584-3, précité, n°127.

¹⁹⁵ Civ. 29 juillet 1929, DH 1929, 458 ; *JDI* 1930, 277 ; *S.* 1930, I, 20 ; *Rev. crit.* 1931, 334.

particulier au respect de sa règle de conflit »¹⁹⁶. Son intérêt est « *si immédiatement engagé dans le conflit de lois qu'il ne peut tolérer une solution différente de celle que lui-même prévoit* »¹⁹⁷. Ainsi, selon M. Pataut, un tel contrôle pourrait donc être justifié en matière de statut personnel mais aussi, par exemple, pour vérifier la juste applicabilité d'une loi de police du for¹⁹⁸.

De plus, selon les auteurs qui défendent cette approche, une telle vérification n'est pas une condition supplémentaire de sévérité à l'égard des jugements étrangers. En effet, le contrôle de la loi appliquée, dans ces hypothèses, remplace le recours à des compétences juridictionnelles indirectement exclusives, qui garantissent de manière catégorique l'application de la loi française. Un simple contrôle de l'application de cette dernière est une méthode plus souple, qui ne refuse pas « *en bloc et a priori toute compétence juridictionnelle étrangère* »¹⁹⁹. Elle constituerait donc un progrès indéniable, consacrant une règle moderne, qui échappe à la critique de la rigidité et qui permet la défense des politiques législatives du for.

Mais selon nous il est possible d'aller encore plus loin et de supprimer tout contrôle de la loi appliquée. La protection des lois de police serait alors assurée par le jeu de l'ordre public international. Le for, malgré la fusion des deux mécanismes, ne serait pas dépourvu pour autant.

B – La fusion souhaitable entre l'ordre public international et les lois de police.

122. La solution que nous préconisons n'est pas forcément nouvelle²⁰⁰. Mais elle n'a jamais été retenue par la jurisprudence. Pourtant, certains rapprochements entre l'ordre public international et les lois de police sont incontournables, malgré la séparation apparente (1). De plus, la protection des lois de police par le jeu de l'ordre public international est déjà pratiquée, en droit comparé, certes, mais aussi en droit français, à propos du contrôle des sentences arbitrales. Or, dans de tels cas, aucun « *laisser-aller* » ne peut être constaté. La protection est satisfaisante, ce qui permet de plaider pour une solution similaire pour le contrôle des jugements étrangers (2).

¹⁹⁶ E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, préf. P. Lagarde, Paris, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 298, 1999, n°627.

¹⁹⁷ B. Ancel, « *Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères* », communication précitée, p.38.

¹⁹⁸ E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, *op.cit.*, n°630. Dans le même sens, voir P. Lagarde, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », cours précité, spéc. p.183 et s. Pour un contrôle des seules lois de police : Mayer et Heuzé, n°389, p.264 ; H. Muir-Watt, *Jcl Dr. Int.*, Fasc. 584-3, précité, n°124 et s.

¹⁹⁹ E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, *op.cit.*, n°645.

²⁰⁰ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1985, spéc. n°568 et s.

1) Les rapprochements inévitables.

123. En premier lieu, dans le système consistant à contrôler la loi appliquée dans certains cas seulement, un rapprochement entre l'ordre public international et les lois de police peut paraître évident. Comme nous l'avons vu, le contrôle, pour vérifier qu'une loi de police du for a été respectée, a pour but de défendre les politiques législatives du for. Or, il s'agit là d'une des fonctions de l'ordre public international également. L'ambiguïté de ce cas d'intervention se retrouve donc ici et constitue un élément qui permet de nuancer l'opposition entre l'ordre public international et les lois de police.

De plus, le fait d'assurer la protection des lois de police par l'ordre public international ne constituerait pas un détournement ou une déformation de cette dernière. L'approche que nous préconisons peut alors paraître légitime.

124. Mais surtout, en second lieu, les auteurs défendant un contrôle résiduel concèdent eux-mêmes que des rapprochements entre ordre public international et lois de police peuvent déjà être faits.

Ainsi, M. Pataut considère que la défense des lois de police par l'ordre public international n'est pas souhaitable. En effet, selon lui, ce dernier assure une unité de contenu et permet d'éviter qu'une décision étrangère choquante pénètre l'ordre juridique du for. Le contrôle de la loi appliquée est au contraire destiné à préserver une autre unité, celle du rattachement²⁰¹. L'auteur préconise ainsi « *le maintien d'une certaine distinction entre ordre public et contrôle de la loi appliquée* »²⁰².

Il concède toutefois que cette séparation peut être atténuée²⁰³. En effet, d'une part, l'*Inlandsbeziehung* introduit dans le raisonnement relatif à l'ordre public international des considérations ayant trait au rattachement²⁰⁴. Les logiques ne sont donc pas totalement séparées.

D'autre part, la prise en compte du tempérament de l'équivalence pour la condition du contrôle de la loi appliquée oblige à s'intéresser au contenu de la décision étrangère. L'unité de rattachement n'est donc pas seule en cause.

La séparation rigide n'est d'ores et déjà plus de mise. Elle ne paraît, de plus, pas opportune. En effet, la pratique montre que l'ordre public international peut assurer une protection efficace et satisfaisante.

²⁰¹ E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, op.cit., n°657.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, op.cit., n°657 note 162.

²⁰⁴ Sur l'*Inlandsbeziehung*, voir *infra* n°220 et s.

2) L'ordre public international seule réserve nécessaire : la preuve par la pratique.

125. Le droit comparé permet de se rendre compte que le contrôle de la loi appliquée n'est pas indispensable pour assurer le respect des lois de police.

Ainsi, en Suisse ou en Allemagne une telle condition n'existe pas. Il est pourtant admis que les buts poursuivis par les lois de police peuvent être protégés par la réserve d'ordre public international²⁰⁵.

De plus, la plupart des conventions internationales rejettent un tel contrôle, malgré l'exception notable de l'article 27-4 de la Convention de Bruxelles selon lequel :

« *Les décisions ne sont pas reconnues :*

4) si le tribunal de l'Etat d'origine, pour rendre sa décision, a, en tranchant une question relative à l'état ou à la capacité des personnes physiques, aux régimes matrimoniaux, aux testaments et aux successions, méconnu une règle de droit international privé de l'Etat requis, à moins que sa décision n'aboutisse au même résultat que s'il avait fait application des règles du droit international privé de l'Etat requis ».

Mais le règlement n° 44/2001, prenant la suite de la Convention ne contient pas une telle disposition. Tout contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine est écarté.

Une fusion entre l'ordre public international et les lois de police apparaît donc possible et concevable. Lorsqu'elle existe, elle ne semble pas entraîner de difficultés.

126. L'expérience acquise en droit français, avec le contrôle des sentences arbitrales, permet de plaider dans le même sens.

La vérification de la loi appliquée par l'arbitre n'est pas prévue par le texte de référence en la matière, l'article 1502 NCPC. Le défaut d'application d'une loi de police ne peut donc être sanctionné directement. De telles normes sont malgré tout protégées, par le jeu de l'ordre public international prévu par l'article 1502-5 NCPC. Selon M. Mayer, « *dans le domaine de la reconnaissance des sentences arbitrales, on peut et on doit admettre que la non – application d'une loi de police compétente par une sentence rend cette dernière contraire à l'ordre public* »²⁰⁶. Une telle contrariété entraînera alors l'annulation ou le refus de reconnaissance de la sentence en cause.

La jurisprudence adopte expressément une telle démarche. Ainsi, selon la Cour de Paris, « *la sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut être annulée lorsque son exécution est contraire à l'ordre public international, ce qui est notamment le cas lorsque le tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international*

²⁰⁵ Pour la Suisse, voir S. Othenin-Girard, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, *op.cit.*, n°131 ; pour l'Allemagne, voir M. Becker, « Zwingendes Eingriffsrecht in der Urteils anerkennung », *RabelsZ* 1996, 691. De façon plus générale, voir G. Van Hecke, « Le contrôle de la loi applicable par le juge requis », *RBDI* 1991, p.408.

²⁰⁶ P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.* 1994, 615, spéc. p. 643. Dans le même sens, C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 10, 2001, n°320 et s.

et consacré une solution qui heurte cet ordre public »²⁰⁷. Étaient en cause les règles françaises relatives au contrôle des pouvoirs publics sur les investissements étrangers. Selon les juges parisiens, ce sont « des dispositions impératives » qui expriment « la conception d'un ordre public économique international, en ce qu'elles tendent à assurer, dans l'intérêt de la collectivité, l'équilibre des relations économiques et financières avec l'étranger par la maîtrise des mouvements de capitaux à travers les frontières ». Il est clair que, malgré le vocabulaire hésitant, nous sommes en présence de véritables lois de police qui sont protégées par le jeu de l'ordre public international²⁰⁸.

Cette décision n'est d'ailleurs pas isolée dans la jurisprudence des juges du fond. Une telle approche se retrouve en matière de procédures collectives²⁰⁹ mais aussi dans le domaine du contrôle des changes²¹⁰ ou celui du droit de la concurrence²¹¹ où elle bénéficie de surcroît d'une confirmation par la Cour de justice des Communautés européennes²¹².

La Cour de cassation n'est d'ailleurs pas en reste et procède de la même façon. Plusieurs arrêts significatifs sont ainsi intervenus en matière de procédures collectives. Dès 1988, la Haute-juridiction a énoncé qu'une sentence arbitrale pouvait « faire l'objet d'un recours en annulation dans les cas énoncés par l'article 1502 [NCPC] lequel prévoit en son 5^o, une cause d'annulation lorsque la reconnaissance ou l'exécution de la sentence sont contraires à l'ordre public international, ce qui vise notamment l'hypothèse où les arbitres ont violé une règle considérée comme d'ordre public international »²¹³. Selon la Cour, le principe de suspension des poursuites individuelles des créanciers d'un débiteur soumis à une procédure collective revêt un tel caractère²¹⁴. Les juges du fond ont donc à bon droit pu faire intervenir l'ordre public international face à la violation d'une telle norme par les arbitres.

Par la suite, la même formation a encore estimé qu'était contraire à l'ordre public international une sentence arbitrale ne respectant pas le principe d'égalité dans la masse, qui « est à la fois d'ordre public interne et international »²¹⁵. Ce faisant, il ressort de l'arrêt que les normes qui consacrent un tel principe sont de véritables lois de police qui s'imposent à l'arbitre.

D'autres décisions, intervenant dans d'autres domaines, pourraient encore être citées²¹⁶.

La protection des lois de police par le jeu de l'ordre public international apparaît donc comme une solution exceptionnelle, due à la spécificité des textes applicables à l'arbitrage. Il y a bien une véritable fusion entre les deux notions sur ce point, la violation des

²⁰⁷ Paris 5 avril 1990, *Courrèges*, *Rev. crit.* 1991, 580, n. C. Kessedjian ; *Rev. arb.* 1992, 110, n. H. Synvet.

²⁰⁸ Dans le même sens, C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op.cit.*, n°335.

²⁰⁹ Paris 27 février 1992, *Sté Simex*, *Rev. arb.* 1992, 520, note P. Ancel ; Paris 23 mars 1993, *Rev. arb.* 1998, 541, note Ph. Fouchard.

²¹⁰ Paris 6 mai 1988, *Rev. arb.* 1989, 83, note E. Loquin.

²¹¹ Paris 14 octobre 1993, *Aplix*, *Rev. arb.* 1994, 164, n. Ch. Jarrosson ; Paris 30 mars 1995, *Fabre*, *Rev. arb.* 1996, 131, obs. J. Pellerin ; Paris 15 mars 1996, *Sté Prodim*, *Rev. arb.* 1996, 146, obs. Y. Derains.

²¹² CJCE 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd*, aff. C-126/97, précitée. Dans cette décision la Cour a estimé que « dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure interne, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 81, paragraphe 1, CE ».

²¹³ Civ. 1^{ère} 8 mars 1988, *Sté Thinet*, *D.* 1989, 577, 1^{ère} espèce, note Robert ; *Rev. arb.* 1989, 473, note P. Ancel.

²¹⁴ Ce principe est devenu ensuite, par la loi du 25 janvier 1985, celui de l'arrêt des poursuites individuelles.

²¹⁵ Civ. 1^{ère} 4 février 1992, *Sté Saret*, *Rev. arb.* 1992, 663, obs. J.-H. Moitry ; *D.* 1992, 181, n. G. Cas ; *RTD com.* 1992, 794, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin.

²¹⁶ Voir ainsi, par exemple, Civ. 1^{ère} 15 mars 1988, *Sté Grands Moulins de Strasbourg*, *Rev. arb.* 1989, 115, 1^{ère} espèce, note L. Idot ; *D.* 1989, 577, 2^{ème} espèce, note Robert.

premières entraînant le jeu de la seconde. Mais ce qu'il faut retenir surtout, c'est que le contrôle exercé paraît rigoureux²¹⁷. Les normes fondamentales françaises sont protégées de manière efficaces. L'ordre juridique français ne souffre par conséquent pas de cette manière de procéder.

Cette démarche peut donc être transposée au contrôle des jugements étrangers. La protection des intérêts français est assurée de manière tout aussi satisfaisante. L'ordre juridique français ne s'en trouverait pas pour autant démuné.

127. Une objection peut toutefois être élevée à l'encontre de ce mode de contrôle. Agir de la sorte pourrait être une véritable déformation de l'exception d'ordre public international. Des règles telles que celle de l'arrêt des poursuites individuelles sont des lois de police, mais ne sont pas pour autant des principes fondamentaux de l'ordre public international. Si une règle étrangère contraire était invoquée en France à propos d'une procédure de faillite ouverte à l'étranger, elle ne serait sûrement pas considérée comme étant contraire à l'ordre public international. Il serait par conséquent artificiel de recourir à une telle sanction, si un juge étranger violait une loi de police française pour une procédure ouverte en France. Cela pourrait introduire une dualité peu souhaitable au sein de l'ordre public international qui ne défendrait plus seulement des principes fondamentaux mais également des aspects plus techniques, ce qui n'est pas sa vocation. Dans le cas particulier de l'arbitrage une telle solution peut se justifier par l'absence de contrôle de la loi appliquée, mais de manière plus générale une telle distorsion peut ne pas être opportune.

Néanmoins, une justification est possible. En prenant à nouveau l'exemple de la faillite, la différence d'attitude entre la réception d'une loi étrangère et l'accueil d'une décision étrangère peut s'expliquer par le jeu de la théorie de l'ordre public international de proximité, les exigences françaises étant plus élevées lorsqu'une procédure de faillite se déroule en France²¹⁸. Cela peut fonder le fait que l'ordre public international intervienne pour assurer le respect d'une règle qui ne semble pourtant pas essentielle au point de permettre de repousser une loi étrangère lorsque la procédure de faillite se déroule à l'étranger. La règle ne devient donc fondamentale que parce que le lien avec le for est particulièrement intense.

128. Une telle transposition est d'autant plus opportune qu'en matière de reconnaissance des sentences arbitrales, il a été mis en évidence que la violation d'une loi de police intervenait comme une cause d'éviction de la sentence en fonction de son contenu. Cela justifie le recours à l'ordre public international²¹⁹. Or, il doit en aller de même pour les jugements étrangers. La question n'est pas de savoir si le juge étranger a ou n'a pas appliqué la loi de police française mais si la solution consacrée est compatible avec les exigences fondamentales de l'ordre juridique français. Le critère n'est pas formel mais matériel comme le montre le tempérament de l'équivalence.

Mais puisqu'il s'agit d'évincer une norme étrangère à raison du résultat que son application produirait en France, il est logique de recourir à l'ordre public international. Il s'agit de sa fonction classique.

²¹⁷ En ce sens, voir P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », précité, p.640.

²¹⁸ Pour une conception étroite de l'ordre public international, ne pouvant comprendre que les principes fondamentaux, voir L. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », *Rev. crit.* 2003, 1. A propos de la théorie de l'ordre public international de proximité, voir *infra* n°220 et s.

²¹⁹ P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », précité, p.643.

Prenons l'exemple de l'article 222 du Code civil²²⁰. Pour sa crédibilité et son efficacité, il faut que cette disposition soit appliquée sans aucune faille sur le territoire français. Un tiers de bonne foi, agissant en France doit être effectivement protégé. Il s'agit d'une loi de police²²¹. Sa croyance légitime ne doit pas être remise en cause par une loi étrangère. Cela est vrai aussi face à un jugement étranger. Mais une protection par le jeu de l'ordre public international paraît suffisante dans cette dernière hypothèse. La décision en cause ne peut que consacrer deux solutions : soit une protection effective et elle pourra produire effet en France, quelle que soit la loi appliquée, en vertu de la théorie de l'équivalence, soit elle considère que le tiers de bonne foi n'a pas à être protégé. Dans ce cas, l'ordre public international peut intervenir, sans déformation ou sollicitation excessive. Il y a bien contrariété à une solution fondamentale de l'ordre juridique français. De plus, les tiers auront l'assurance de pouvoir traiter, en toute confiance, avec un époux seul. Ce qui compte est bien l'unité de résultat et non l'unité de rattachement.

Prenons encore un autre exemple, suggéré par MM. Mayer et Heuzé²²². Soit un jugement étranger ayant méconnu la règle française du salaire minimum, pour un travail exécuté en France. Selon ces auteurs, cela ne saurait empêcher le salarié d'agir à nouveau en France pour obtenir le complément de ce qui lui dû, en application de la loi française seule applicable à nos yeux.

On ne peut qu'être d'accord sur la conclusion. Mais là encore, le jeu de l'ordre public international semble être suffisant. Soit le salarié a touché au moins autant que ce à quoi il avait droit d'après la loi française et il n'y a rien à redire, soit il n'a pas reçu le montant minimum fixé par la loi française et dans ce cas même si l'écart n'est pas très important l'exception d'ordre public international peut jouer, le salaire minimal pouvant être considéré comme une règle fondamentale. Le simple fait de ne pas recevoir le salaire minimal peut être considéré comme étant choquant à nos yeux, s'agissant d'un travail effectué en France.

Dans cette hypothèse à nouveau, ce qui doit nous intéresser est bien le résultat consacré par la décision étrangère et non le cheminement suivi pour y arriver. Or, pour cela, l'exception d'ordre public international est la plus apte à intervenir. De plus, on ne peut pas véritablement parler de nécessaire unité du rattachement pour ce problème, car les parties peuvent très bien s'entendre pour appliquer une loi étrangère plus favorable au salarié²²³.

La voie de l'exception d'ordre public international semble donc praticable. Elle nous paraît, de plus, particulièrement pertinente. Cela ne remet pas en cause le caractère des lois de police pour le conflit de lois. En effet, faire intervenir systématiquement l'exception d'ordre public international à l'encontre d'une loi étrangère pour défendre les solutions françaises n'est pas opportun. Un tel cheminement obligerait à prouver la *lex causae*, à la traduire, à l'interpréter, ... alors que dès le départ il est évident qu'elle ne peut être appliquée. Il vaut donc mieux faire une économie de raisonnement comme le préconisait Francescakis²²⁴. Cette approche ne se justifie pas pour l'effet des décisions étrangères puisque, par hypothèse, l'acte en cause est connu du juge ou de l'autorité devant se prononcer. L'économie de raisonnement n'a donc aucun sens.

²²⁰ Art. 222 al. 1^{er} : « Si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte ».

²²¹ Sur ce point, voir *supra* n°66 et *infra* n°334.

²²² Mayer et Heuzé, n°389, p.264.

²²³ En ce sens voir l'article 6 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 19 juin 1980, *infra* n°208.

²²⁴ Voir *supra* n°14.

129. Paradoxalement, la fusion entre l'ordre public international et les lois de police contribuerait à instaurer plus de clarté. En effet, dès lors qu'il s'agit d'évincer une norme étrangère, l'ordre public international serait seul en cause. En revanche, les lois de police seraient cantonnées à une simple mise à l'écart de la règle de conflit et n'auraient pas de rôle à tenir, en tant que telles, au niveau de la compétence indirecte.

De plus, cette approche permettrait d'avoir une règle moderne, souple et protectrice pour le contrôle des jugements étrangers. Ce dernier se focaliserait sur deux points. Tout d'abord, le premier élément porterait sur la compétence du juge étranger, vérifiée selon les critères issus de la jurisprudence *Simitch*²²⁵.

Ensuite, le second point consisterait à apprécier la solution matérielle consacrée par la décision étrangère. Il faut savoir si elle peut être insérée dans l'ordre juridique français. Or, pour ce faire, il n'est nul besoin de s'intéresser à la loi appliquée. Seule compte la compatibilité de la décision avec l'ordre public international français.

130. Trois points méritent encore l'attention.

En premier lieu, une telle solution a déjà été défendue par Mme Muir-Watt, dans sa thèse²²⁶. Or, selon elle, l'ordre public international du for devrait également pouvoir jouer aux fins de défense des lois de police étrangères, dans les hypothèses où le juge français aurait consacré l'application d'une telle norme lors d'une instance directe²²⁷. La proposition est, certes, intéressante mais on peut tout de même lui opposer certains arguments, justifiant la protection des seules lois de police du for. Cette dernière solution évite une trop grande distorsion de l'ordre public international. En effet, son but premier est de défendre le for et non de protéger les ordres juridiques étrangers. Une telle coopération pourrait être la bienvenue mais il ne faut pas oublier qu'elle se fait au détriment d'une autre forme de coopération, l'octroi de l'exequatur à la décision présentée au juge français.

De plus, il peut être choquant de reprocher à un juge étranger de ne pas avoir appliqué une loi de police étrangère, alors qu'il ne s'agit jamais que d'une faculté pour les juges français.

En second lieu, il a été écrit que la suppression du contrôle de la loi appliquée entraînerait une disparition corrélative de l'effet atténué de l'ordre public international²²⁸. En effet, l'atténuation ne serait due qu'au fait que le droit susceptible de heurter nos conceptions a déjà été acquis et ce en conformité avec le système français de conflit. Il est évident que la disparition de l'effet atténué serait profondément dommageable et donc n'est pas souhaitable. Mais cet argument a déjà été réfuté²²⁹. Le caractère atténué de l'intervention de l'ordre public international ne se justifie pas tant par la conformité au règlement français de conflit que par le fait de l'éloignement de la situation par rapport au for. Il n'y a là qu'une application de la notion plus générale d'*Inlandsbeziehung* ou d'ordre public international de proximité²³⁰. Dans ces conditions, peu importe la loi selon laquelle le rapport a été créé et la suppression du contrôle de la loi appliquée n'emporte pas nécessairement disparition de l'atténuation de l'ordre public international pour les situations constituées à l'étranger.

²²⁵ Civ. 1^{ère} 6 février 1985, *Rev. crit.* 1985, 369 ; *JDI* 1985, 460, n. A. Huet ; *D.* 1985, 469, n. J. Massip et *IR* 497, obs. B. Audit ; *GA* n°70.

²²⁶ H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1985.

²²⁷ *Ibidem*, spéc. n°571.

²²⁸ F. Deby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, *Bibl. de droit international privé*, vol. 16, 1973, n°503.

²²⁹ Voir notamment H. Muir-Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse précitée, n°575.

²³⁰ Sur cette dernière voir *infra* n°220 et s.

En dernier lieu, il a été avancé que la suppression du contrôle de la loi appliquée entraînerait la disparition corrélative de la possibilité de sanctionner la fraude à la loi.

Selon Mme Deby-Gérard, « vérifier l'absence de fraude équivaut à vérifier la compétence législative » et le « contrôle de la fraude à la loi réintroduirait donc fatalement celui de la loi appliquée. Inversement, la disparition de celle-ci entraînerait l'exclusion de celle-là »²³¹.

On ne peut que souscrire à une telle analyse. Pourtant, il faut s'interroger sur les conséquences d'une telle disparition. Sont-elles véritablement dommageables, l'ordre juridique français souffrirait-il de ce qui pourrait se révéler comme étant un manque ?

Il nous semble que non. Il a déjà été démontré par M. Mayer, que dans les cas où la fraude à la loi peut être retenue, il y a, très souvent, également fraude au jugement²³². Ce qui est recherché par la fraude n'est pas tant la compétence d'une loi, qui n'est qu'un moyen, que l'obtention d'un jugement, qui elle, est la seule fin réelle. L'attitude du for requis ne doit donc pas consister uniquement à condamner la modification du point de rattachement pour le conflit de lois, mais plutôt l'attitude générale d'une personne et notamment le *forum shopping*. Or, la saisine frauduleuse de la juridiction peut être sanctionnée par le jeu du troisième volet du triptyque dégagé par l'arrêt Simitch.

De plus, il peut sembler que l'ordre juridique français est bien protégé en ce qui concerne la réception des décisions étrangères. Si le pays du tribunal d'origine était proche du litige (condition du lien caractérisé de l'arrêt Simitch), qu'il n'y a pas eu de saisine frauduleuse et qu'il n'y a pas de contrariété à l'ordre public international français, il est difficile de justifier le refus de laisser produire effet en France à une décision étrangère. L'arsenal existant semble largement suffisant, sans avoir besoin de maintenir la condition d'absence de fraude à la loi.

Il permet notamment la protection du statut personnel des français et même, de manière plus large, des personnes domiciliées en France, comme le montre la jurisprudence relative à la polygamie et à la répudiation²³³.

131. Un rapprochement entre les régimes des deux mécanismes nous semble donc possible et même souhaitable, dans un souci de clarification et de simplification, tout en sachant que cela ne porterait en rien préjudice aux légitimes nécessités de protection de l'ordre juridique français. Les critiques doctrinales à l'encontre du contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine devraient aboutir à une telle issue. Cela nuance donc déjà l'opposition de principe entre les deux notions. Un tel constat peut également être fait à propos du principe d'actualité, en se fondant cette fois sur le droit positif, qui nous semble contredire les observations doctrinales.

²³¹ F. Deby-Gerard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, thèse précitée, n°504.

²³² Mayer et Heuzé, n°391 et s., p.265 et s.

²³³ Voir *infra* n°185 et 407.

§ 3-Exception d'ordre public international et lois de police : remise en cause de l'opposition pour le principe d'actualité.

132. « *La loi du for prise comme ordre de référence est la loi dans sa teneur au moment où le juge statue. C'est en ce sens que l'on parle en France, depuis Pillet, de l'actualité de l'ordre public international.*

Il y a là une différence caractéristique entre le jeu de l'ordre public et celui d'une règle de rattachement ou d'une loi de police. Si la règle de rattachement ou la loi de police a changé entre la naissance des faits litigieux et le procès, le tribunal devra éventuellement appliquer celle qui était en vigueur à l'époque des faits en question »²³⁴.

D'après cette citation et la doctrine majoritaire, l'actualité est un des traits marquants du régime de l'exception d'ordre public international, ce en quoi elle s'oppose de façon nette aux lois de police. Néanmoins, le régime respectif de chaque notion mérite d'être précisé, tout ne semblant pas être aussi simple, certaines nuances pouvant être faites (A). Il est même possible d'aller plus loin que ces simples nuances. En effet, la prise en compte des dispositions transitoires internes peut permettre un véritable alignement sur ce point, ce qui paraît opportun à certains égards (B).

A-Exposé de la situation actuelle.

133. Les deux notions sont classiquement opposées, mais alors que la prépondérance du principe de l'actualité de l'exception d'ordre public international ne peut être remise en cause (1), certaines nuances et distinctions doivent être introduites pour les lois de police, l'absence d'actualité n'étant pas si évidente que cela (2).

1) L'exception d'ordre public international et le principe d'actualité.

134. L'exception d'ordre public international est variable dans le temps. Au sein même d'un ordre juridique, certaines conceptions évoluent. L'exemple du droit de la famille est assurément le plus significatif. Ainsi, en matière de divorce, l'ordre public international a évolué au gré des modifications législatives. Les règles étrangères contraires aux principes fondamentaux successivement dégagés des règles françaises ont été rejetées.

Cette variabilité peut poser des problèmes dans certaines circonstances. En effet, si le juge est confronté à une situation qui s'est constituée avant une modification de son ordre public international, quelle conception doit-il prendre en compte, la conception ancienne ou la conception actuelle, c'est-à-dire celle du jour où il statue ?

²³⁴ Batiffol et Lagarde, n°364, p.585.

135. Face à cette question, la doctrine répond aujourd'hui de manière quasi-unanime. Ce sont les principes fondamentaux du jour où le juge se prononce qui doivent nécessairement l'emporter, les conceptions prévalant au moment des faits important peu²³⁵. Cette affirmation est vraie, à la fois, lorsque le juge statue au fond sur un litige et lorsqu'il doit se prononcer sur la réception d'une décision étrangère au sein de son ordre juridique.

136. La jurisprudence tranche nettement en ce sens. Ainsi, en ce qui concerne l'efficacité des droits acquis à l'étranger, on peut citer l'arrêt Marret de la Cour de cassation, selon lequel « la compatibilité avec l'ordre public international tel qu'il est conçu en France [doit] être appréciée au jour où statue le juge français de l'exequatur, et non au jour de la décision étrangère »²³⁶.

Pour ce qui est de la création de droits en France, un arrêt de la même formation, du 12 mai 1987, dans l'affaire Weyrich-Laroche, adopte de manière particulièrement nette une position identique²³⁷. Les références en ce sens pourraient être multipliées²³⁸.

137. Pour ajouter à l'autorité de la solution, il faut encore souligner son ancienneté. Des auteurs tels que Pillet et Bartin avaient déjà la même opinion. Selon le second nommé, « c'est à la date du procès que le juge se place pour juger des rapports de la loi normalement applicable et des exigences de l'ordre public international en France » et plus loin « les dispositions d'ordre public international, ce sont en tous cas, les dispositions d'ordre public international contemporaines du procès, qu'elles soient ou non, en fait, contemporaines de la naissance du rapport de droit qui donne lieu au procès »²³⁹. L'affirmation est donc particulièrement nette et bénéficiait, à l'époque déjà, de l'autorité de la Cour Permanente de Justice Internationale dans l'arrêt dit des Emprunts Serbes. Selon cette dernière, l'exception d'ordre public international est une « notion dont la définition dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment dans ce pays même »²⁴⁰. L'approche est donc totalement assimilée depuis fort longtemps et bénéficie d'un crédit difficilement contestable.

Pour autant, ses conséquences ne sont pas à l'abri de toute critique.

138. Il est indéniable que la perpétuelle adaptabilité de l'ordre public international entraîne certaines conséquences fâcheuses et peut notamment entraîner une dérogation au principe fondamental de non-rétroactivité des lois énoncé par l'article 2 du Code civil²⁴¹.

Il est possible de donner plusieurs exemples de cette situation.

²³⁵ Voir en ce sens M. de Angulo Rodriguez, « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *Rev. crit.* 1972, 369, spéc. p.374 ; Ancel et Lequette, sous Civ. 23 novembre 1976, Marret, n°57, § 5, p.552 ; Audit, n°309, p.277-278 ; Batiffol et Lagarde, n°364, p.585-586 ; Mayer et Heuzé, n°204, p.137-138 ; S. Othenin-Girard, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Etudes suisses de droit international, Zurich, Ed. Schulthess, vol. 110, 1999, n°260 et s., p.167 et s.

²³⁶ Civ. 1^{ère} 23 novembre 1976, *Marret*, *Rev. crit.* 1977, 746, n. J. Foyer ; *JDI* 1977, 504, obs. Ph. Kahn ; *GA* n°57.

²³⁷ Civ. 1^{ère} 12 mai 1987, *JDI* 1988, 101, n. M.-L. Niboyet-Hoegy.

²³⁸ Voir par exemple : Civ. 22 mars 1944, *Rev. crit.* 1946, 107, n. J.-P. Niboyet ; S. 1945, I, 77, rapport P. Lerebours-Pigeonnière, n. J.-P. Niboyet ; Civ. 22 mai 1957, *Rev. crit.* 1957, 466, n. Batiffol ; *JDI* 1957, 722, n. Ponsard ; Civ. 1^{ère} 13 novembre 1979, *Rev. crit.* 1980, 753, n. Simon-Depitre. A l'étranger, voir notamment Cour de cassation belge 8 octobre 1964, *RCJB* 1965, 393 et 27 février 1986, *RCJB* 1989, 56, n. N. Watté.

²³⁹ Bartin, *op.cit.*, § 96.

²⁴⁰ CPJI 12 juillet 1929, *Gouvernement de la République française contre Gouvernement du Royaume des Serbes-Croates-Slovenes*, *JDI* 1929, 977 ; *Rev. crit.* 1929, 427, 1^{ère} espèce, n. J.-P. Niboyet.

²⁴¹ En ce sens voir Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, *op.cit.*, p.122.

Tout d'abord en matière de succession, l'exemple suivant peut être donné. En droit interne, il est admis que le décès du *de cuius* est le fait acquisitif, qui confère des droits aux héritiers²⁴². C'est pourquoi la loi en vigueur à ce jour va s'appliquer, une loi postérieure n'ayant, en principe, pas d'influence, quand bien même un litige surviendrait postérieurement à son entrée en vigueur, au sujet d'une succession ouverte auparavant²⁴³.

En droit international, la situation peut être la suivante. La succession est ouverte et doit être régie par une loi étrangère, d'après la règle de conflit française. Puis intervient, en France, une modification législative, entraînant une évolution de l'ordre public international, la loi étrangère initialement compétente devenant contraire à nos conceptions fondamentales.

Si un litige est soumis au juge après la réforme législative, il évincera la loi étrangère et donc remettra en cause des droits qui pouvaient être considérés comme acquis. Il y a donc bien un effet rétroactif de la législation nouvelle.

Un exemple identique peut être trouvé en matière de responsabilité délictuelle. Selon un principe de droit interne, c'est la loi en vigueur au jour où le dommage a été causé qui fixe les conditions de la responsabilité²⁴⁴. Par conséquent, les droits sont acquis à ce moment là. En cas de litige après l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi, le juge doit en principe tenir compte uniquement de la loi ancienne.

En droit international privé, la situation suivante peut se présenter. Un dommage est causé, entraînant la mise en jeu de la responsabilité délictuelle d'une personne. Une loi étrangère est compétente d'après le système français de conflit. Puis survient une modification législative entraînant un changement de l'ordre public international, un juge n'étant saisi du litige que postérieurement à cette évolution. A nouveau, si la loi étrangère initialement compétente est devenue contraire à l'ordre public international français suite à la réforme législative, le juge français devra l'évincer et donc remettre en cause des droits qui semblaient acquis.

Il est donc indéniable que l'actualité de l'ordre public international peut entraîner une certaine rétroactivité.

139. Toutefois, le tempérament de l'effet atténué de l'ordre public international peut être avancé.

La théorie de l'effet atténué est celle selon laquelle, « *l'ordre public peut ne pas s'opposer à l'effet, en France, de situations créées à l'étranger alors qu'il s'opposerait à la création de ces effets en France* »²⁴⁵. L'ordre public international du for est donc moins exigeant dans ces circonstances, les cas d'intervention étant moins nombreux.

La situation peut être illustrée par le divorce. Les juges français ont accepté de laisser produire des effets en France à des divorces obtenus à l'étranger, alors qu'ils n'auraient pu prononcer de tels divorces en France, en raison de la contrariété à l'ordre public international de la loi étrangère permissive²⁴⁶.

Cette approche peut avoir une influence au niveau de l'actualité de l'ordre public international. Imaginons un divorce acquis à l'étranger, en accord avec ce qui constitue

²⁴² Voir sur ce point, Civ. 1^{ère} 14 décembre 1971, *D.* 1972, 117.

²⁴³ Voir en ce sens T. Bonneau, *Jcl Droit civil*, Fasc. 30, « Application de la loi dans le temps. Loi nouvelle et événements passés », n°7 et H., L. et J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 12^{ème} édition, Tome 1, 2000, n°143.

²⁴⁴ Voir en ce sens Civ. 1^{ère} 3 juillet 1990, *JCP* 1991, IV, 331 ; *B. I.*, n°186.

²⁴⁵ Batiffol et Lagarde, n°361, p.580.

²⁴⁶ Voir en ce sens les célèbres arrêts Bulkley (Civ. 28 février 1860, *S.* 1860, I, 210 ; *D.P.* 1860, I, 57 ; *GA* n°4) et Rivière (Civ. 17 avril 1953, *Rev. crit.* 1953, 412, n. Batiffol ; *JDI* 1953, 860, n. Plaisant ; *JCP* 1953, II, 7863, n. Buchet ; *GA* n°26).

également la conception de l'ordre public international du for. Puis intervient une modification des exigences de ce dernier, le divorce étant totalement prohibé. Le juge de l'exequatur devrait dans ce cas là, en vertu de la théorie de l'actualité, rejeter le divorce étranger en lui opposant l'exception d'ordre public international du for. Pourtant, grâce à la théorie de l'effet atténué, il pourra tout de même accueillir favorablement la décision étrangère.

De même, en cas d'assouplissement de l'ordre public international, une décision étrangère peut très bien retenir la solution française ancienne, plus restrictive que la solution actuelle, sans pour autant être contraire à l'ordre public international français.

Il y a ainsi une possibilité qui est ouverte de faire jouer, dans une certaine mesure, la conception ancienne de l'ordre public international et en tous cas de ne pas faire jouer le principe de l'actualité de façon trop abrupte.

140. Pourtant, c'est bien dans ces hypothèses que la théorie de l'actualité se justifie le plus, puisqu'il y a une concrétisation temporelle nette. C'est à partir du moment où le juge français rend sa décision sur la situation acquise à l'étranger, que celle-ci, pourra ou ne pourra pas produire d'effets en France. Il est donc bien normal de ne tenir compte que de la conception actuelle de l'exception d'ordre public international et de ne pas faire jouer une conception qui avait cours à un moment où la décision étrangère a été obtenue, mais où l'ordre juridique du for n'avait pas à se prononcer sur la régularité de la situation. Cette incohérence est naturellement due au fait que la théorie de l'effet atténué n'a absolument pas été conçue pour remédier au caractère quelquefois trop « brutal » de l'actualité de l'ordre public international, même si elle peut avoir des incidences, de manière tout de même assez accidentelle.

Ce n'est donc qu'un tempérament et l'exception d'ordre public international est bien marquée par l'instabilité, s'opposant en cela, en apparence au moins, aux lois de police.

2) Le rejet de l'actualité pour les lois de police : affirmation et nuances.

141. Selon l'enseignement classique, si la loi de police change entre la naissance des faits litigieux et le procès, le juge peut être amené à appliquer celle qui était en vigueur au moment des faits en question. Mais cette affirmation n'est qu'un principe et comme telle mérite d'être fortement nuancée.

En effet, les lois de police sont des lois internes qui, par définition, s'appliquent sans l'intermédiaire d'une règle de conflit. Il n'y a donc aucune raison de ne pas les soumettre aux principes habituels de résolution des conflits de lois dans le temps. Or, en retenant ces derniers, il est possible de se rendre compte que, certes il est difficile de considérer qu'il existe un principe d'actualité pour les lois de police, mais qu'une certaine souplesse ou adaptabilité peut également les caractériser.

142. Dans un premier temps, le principe de non-rétroactivité est incontournable. Il peut justifier l'application de la loi en vigueur au moment des faits litigieux. Mais d'autres principes connus en droit interne peuvent également intervenir.

Le premier d'entre eux est celui de l'application immédiate dans le temps de la loi nouvelle. Elle s'empare alors des situations juridiques existantes pour les faire disparaître ou leur conférer d'autres conséquences de droit. En revanche, les effets passés, définitivement réalisés, ne peuvent être remis en cause. Il s'agit d'un principe connu et pratiqué en droit interne²⁴⁷. Il peut également jouer pour les lois de police, ces dernières produisant effet immédiatement sur les situations existantes.

Certes, cela ne remet pas en cause le principe que nous avons initialement rappelé mais permet de s'apercevoir que loi de police n'est pas nécessairement synonyme de rigidité, les politiques nouvelles étant susceptibles d'avoir un impact sur les situations existantes.

143. Il peut être rétorqué que dans le domaine contractuel, dans lequel les lois de police foisonnent, cela ne sera pas le cas en raison du principe selon lequel les contrats en cours d'exécution sont soumis à la loi en vigueur au jour de leur conclusion²⁴⁸.

Mais c'est là que peut intervenir le caractère d'ordre public des lois de police, qui peut permettre l'application immédiate de la loi de police nouvelle, même en matière contractuelle²⁴⁹.

Il est vrai que toute loi d'ordre public n'a pas cet effet immédiat²⁵⁰. Il y a des degrés dans l'ordre public. Les tribunaux recherchent si l'ordre public risque d'être compromis par la survivance de droits antérieurs. Or, par définition, la loi de police est celle ne pouvant tolérer aucune autre solution, ce qui justifie son application immédiate au niveau spatial et peut également justifier son application immédiate au niveau temporel.

144. Il est possible d'aller plus loin encore. On peut considérer que même les solutions acquises peuvent être remises en cause si véritablement l'ordre public est en cause, la sécurité des particuliers cédant devant l'intérêt social. Cette solution est admise en droit interne, sous réserve d'une mention expresse du législateur en ce sens. Le juge est en effet soumis à l'article 2 du Code civil, alors que le législateur peut y déroger, le principe posé par cet article n'ayant qu'une valeur législative²⁵¹. Ce raisonnement peut jouer également au niveau international pour les lois de police, le législateur ayant une importante marge de manœuvre. S'il considère sa norme comme étant véritablement incontournable, ce qui peut correspondre aux lois de police, rien ne l'empêche de consacrer son application rétroactive. Par conséquent, au-delà du principe pouvant faire penser à une certaine rigidité, il faut constater que les lois de police peuvent aussi faire l'objet d'une adaptation aux circonstances et qu'il n'y a sur ce point aucun monopole pour l'exception d'ordre public international.

Une nuance de l'opposition entre les deux notions s'impose donc, quoiqu'il arrive. Un rapprochement, voire un alignement des régimes respectifs peut même être envisagé si les dispositions transitoires internes sont prises en compte.

²⁴⁷ T. Bonneau, *Jcl Droit civil*, Fasc. 40, « Application de la loi dans le temps. Loi nouvelle et événements futurs », n°3 et s. ; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^{ème} édition, 2000, n°562 et s, p.217 et s. Voir en jurisprudence notamment : Civ. 3^{ème} 3 avril 1997, *B. III*, n°81 ; Civ. 1^{ère} 14 mars 2000, *B. I*, n°126 ; Civ. 2^{ème} 7 mai 2003, *JCP* 2003, II, 10135, note R. Desgorces.

²⁴⁸ La solution est ancienne : en ce sens, Civ. 27 mai 1861, *S.* 1861, 1, 507.

²⁴⁹ T. Bonneau, *Jcl Droit civil*, Fasc. 40, précité, n°59 ; comparer Roubier, *Le droit transitoire*, 2^{ème} édition, 1960, p.421.

²⁵⁰ Voir Mazeaud H., L. et J. et Chabas F., *Leçons de droit civil*, *op.cit.*, n°148.

²⁵¹ Cons. Const. 4 juillet 1989, décision n°89-254 DC, *Rec.* p.41 ; *D.* 1990, 209, n. F. Luchaire.

B-La possibilité d'évolution : la prise en compte des dispositions transitoires internes.

145. Dans un premier temps, il nous faut exposer l'approche préconisée (1), puis, dans un second temps, voir son intérêt indéniable (2).

1) Présentation de l'approche préconisée.

146. Pour les lois de police, si des dispositions transitoires internes existent, il faut les appliquer. Il s'agit alors, non pas d'une possibilité, mais d'une obligation.

147. En revanche, leur utilisation en cas de variation de l'exception d'ordre public international est moins évidente. Toutefois, la conception de l'ordre public international varie, très souvent, suite à une réforme législative, l'exemple le plus frappant concerne, en France, le droit de la filiation, modifié par la loi du 3 janvier 1972, qui a entraîné une modification des principes fondamentaux français dans ce domaine. Tout aussi classiquement, l'exemple de la loi du 11 juillet 1975 relative au divorce peut être cité.

Or, dans ces hypothèses, l'auteur de la réforme peut l'accompagner de dispositions transitoires, destinées à résoudre les conflits de lois dans le temps au niveau interne.

Il a été proposé d'utiliser ces dispositions internes pour résoudre les conflits au niveau international, entre l'ordre public ancien et l'ordre public nouveau²⁵².

148. Ainsi, en cas de renforcement des exigences de l'ordre public international, le fait que les situations internes acquises soient maintenues par les dispositions transitoires peut amener à adopter la même attitude au niveau international.

En cas de diminution des exigences de l'ordre public international, la validation au niveau interne des situations acquises contrairement à la législation française alors en vigueur, devrait conduire à la même solution au niveau international, c'est-à-dire, à la validation de situations pourtant originairement contraires à l'ordre public international. Il y a là une application du principe de l'actualité, mais se fondant sur une argumentation différente de celle qui est classiquement avancée.

L'idée est séduisante car elle permet d'aller dans le sens de la réforme et de ne pas appliquer systématiquement un principe, celui de l'actualité de l'ordre public international, de manière inopportune et abrupte.

Mais surtout, cela peut permettre d'aboutir à des solutions identiques pour l'exception d'ordre public international et les lois de police, sur ce point précis, ce qui nous paraît intéressant.

²⁵² Voir en particulier M.-N. Jobard-Bachelier et G. De Geouffre de la Pradelle, *Jcl Dr. Int.*, Fasc. 534-3, « Ordre public international. Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. La confrontation des règles étrangères et des valeurs intangibles du for », n°101 et s. ; Mayer et Heuzé, n°204, p.138 ; voir aussi Audit, n°309, p.278.

2) L'opportunité de la solution.

149. En l'absence d'harmonie des solutions, le choix entre l'exception d'ordre public et les lois de police, dont nous avons vu qu'il n'était pas forcément évident, peut avoir des conséquences importantes.

Imaginons ainsi un contrat, régi par une loi étrangère et comportant une clause d'indexation, qui, au moment de la conclusion du contrat, est admise également par la loi française. Survient un litige à propos de cette clause. Entre les faits litigieux et le procès, la législation française a changé et prohibe désormais ce type de stipulation. Le juge français considère cette nouvelle loi comme particulièrement importante, méritant à ce titre d'être protégée. Mais il hésite entre l'exception d'ordre public international et les lois de police pour ce faire.

Cette loi nouvelle contient une disposition transitoire, selon laquelle elle s'applique aux contrats en cours, mais seulement pour leurs effets futurs. Il s'agit alors de la technique de l'application immédiate dans le temps. Par conséquent, si le juge la qualifie de loi de police, elle ne pourra pas régir les faits litigieux. La loi étrangère sera appliquée.

En revanche, s'il utilise la technique de l'exception d'ordre public international et le principe corollaire de l'actualité, la loi étrangère pourra être évincée et donc ne pourra pas régir la clause, car elle est contraire aux conceptions fondamentales françaises.

Les résultats obtenus sont ainsi différents, selon la technique utilisée. En raison de l'hésitation possible entre les deux mécanismes sur certaines questions, une telle approche n'est pas satisfaisante.

150. Au contraire, en prenant en compte les dispositions transitoires internes dans tous les cas, y compris pour le jeu de l'exception d'ordre public international, il est possible d'arriver à un résultat identique, quelle que soit la technique utilisée. Ainsi, dans notre exemple, en faisant intervenir les dispositions transitoires internes, l'exception d'ordre public international n'aurait pas dû évincer la loi étrangère régissant des faits se déroulant avant l'entrée en vigueur de la loi française nouvelle. De plus, cette solution permet d'éviter de se retrouver dans des situations inextricables, lors de l'opération de substitution.

En effet, dans notre illustration, si l'exception d'ordre public international intervient, le résultat consiste en l'application de la loi française, y compris ses dispositions transitoires. Selon ces dernières, la loi à appliquer aux faits litigieux est la loi ancienne permissive. Par conséquent, l'éviction de la loi étrangère normalement compétente va se trouver neutralisée par le jeu de la substitution et être de fait réduite à néant²⁵³.

Il est alors légitime d'estimer que les dispositions transitoires internes doivent être prises en compte, certes au stade de la substitution, mais aussi à celui du déclenchement du mécanisme lui-même, quitte à permettre, dans certaines circonstances, la survie de l'ordre public international ancien. Une telle attitude n'est pas forcément choquante. Elle est également admise en droit interne.

151. De plus, cette approche pourrait permettre de résoudre un problème épineux dans le domaine de l'arbitrage.

²⁵³ Sur le jeu des dispositions transitoires lorsque la loi française intervient après le jeu de l'exception d'ordre public international, voir M.-N. Jobard-Bachelier et G. De Geouffre de la Pradelle, *Jcl Dr. Int.*, Fasc. 534-3, précité, n°121 et M.-L. Niboyet-Hoegy, note sous Civ. 1^{ère} 12 mai 1987, *JDI* 1988, 101, spéc. p.104.

A propos de la réception des sentences arbitrales au sein de l'ordre juridique français, nous avons vu qu'un contrôle était exercé quant à la contrariété à l'ordre public international français (art. 1502-5° NCPC) et qu'il incluait l'absence de violation des lois de police du for²⁵⁴. Il s'agit d'une solution désormais acquise.

Mais il peut alors être difficile de concilier l'actualité de l'exception d'ordre public international et l'absence d'actualité des lois de police, de défendre des lois de police abrogées par le jeu de l'ordre public international, mécanisme ne retenant que des conceptions actuelles²⁵⁵.

Le fait de prendre en compte les dispositions transitoires internes peut résoudre ce qui pourrait paraître contradictoire. Une dérogation au principe d'actualité peut ainsi se justifier rationnellement sur ce fondement.

152. Une réserve générale sur l'ensemble de ces solutions peut toutefois être émise. Les dispositions transitoires internes ne sont, en effet, pas systématiques. Le législateur ne prend pas toujours soin d'en prévoir.

Néanmoins, ce qu'il faut retenir sur ce point, c'est que l'exception d'ordre public international et les lois de police ne sont pas forcément opposées, mais peuvent à bien des égards être rapprochées, les affirmations de principe devant être nuancées.

* * *

Conclusion de la section :

153. La distinction entre l'exception d'ordre public international et les lois de police existe donc indéniablement. Mais la présentation doctrinale actuelle allant jusqu'à l'opposition nous paraît excessive. Des recoupements peuvent être mis en évidence entre les deux notions, leurs champs d'intervention étant difficiles à distinguer. De plus, leurs régimes juridiques ne sont pas forcément antagonistes. Pour autant, les deux mécanismes ne peuvent être assimilés, chacun ayant une fonction propre.

154. Une telle analyse consacrant l'autonomie des notions est également présente dans les conventions internationales. Elle n'est donc pas propre au droit international privé français, mais est largement partagée à l'étranger. Cet élément est évidemment indispensable à l'apparition d'une telle conception dans des actes internationaux.

²⁵⁴ Voir *supra* n°126 et s.

²⁵⁵ Voir relevant ce point J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préf. Ph. Fouchard, LGDJ, Bibl. de dr. privé, t. 309, 1999, n°941-942.

Section II-Affirmation et nuances de la distinction dans les conventions internationales.

155. Dans les conventions internationales, la règle de conflit présente la particularité d'être le fruit d'un accord entre Etats. Cela rejaillit nécessairement sur les lois de police et l'exception d'ordre public international. En effet, il s'agit de mécanismes permettant à chaque partie contractante d'écarter la solution conflictuelle convenue. De plus, cette éviction est le fruit d'une appréciation purement nationale. Il y a donc une antinomie entre ces deux techniques et les accords internationaux. Malgré cela, l'exception d'ordre public international et les lois de police ont été consacrées. Les deux notions existent également dans ce contexte particulier, ce qui n'allait pas forcément de soi.

Toutefois, leurs régimes respectifs vont présenter, eu égard à la particularité de la règle de conflit, certaines spécificités. Il faut donc retenir à la fois, leur existence et leur autonomie, l'une envers l'autre, dans cette situation (§ 1).

Cette autonomie, qui peut sembler évidente en cas de consécration expresse, est également mise en valeur en cas de silence de la convention internationale. La question qui se pose est, alors, de savoir si l'exception d'ordre public international et les lois de police peuvent intervenir, malgré tout et aller, ainsi, à l'encontre de la règle de conflit conventionnelle. Il peut être intéressant, pour nous, de constater que les réponses à apporter ne sont pas forcément les mêmes. Chaque notion pose des problèmes particuliers, ce qui témoigne de leurs spécificités (§ 2).

§ 1-La consécration de la distinction entre l'exception d'ordre public international et les lois de police dans les conventions internationales.

156. La consécration des deux mécanismes dans les conventions internationales ne s'est pas faite sans mal. Mais les réticences initiales (A) expliquent dans une large mesure la situation actuelle (B).

A-L'apparition controversée de l'exception d'ordre public international et des lois de police dans les conventions internationales.

157. Les deux notions ont été traitées séparément et successivement, ce qui justifie que nous adoptions la même démarche.

1) Les débuts difficiles de l'exception d'ordre public international.

158. Les réticences initiales ont été fortes, notamment au sein de la Conférence de La Haye, en ce qui concerne l'introduction d'une clause générale d'ordre public dans les premières Conventions. Une telle disposition, prévoyant la possibilité de ne pas appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit conventionnelle, en cas de contradiction avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique du for a été discutée dès 1893, lors de la première session de la Conférence de La Haye, notamment sur une proposition de Tobias M. C. Asser²⁵⁶. Elle a donné lieu à une véritable levée de boucliers, fondée sur un argument principal, la crainte d'une application exagérée de l'exception d'ordre public international. Le contraste semblait alors frappant entre d'un côté l'acceptation des obligations conventionnelles et de l'autre côté la possibilité de les remettre en cause, d'y renoncer unilatéralement, par le jeu d'une clause générale semblant dépourvue d'une quelconque limite. Cette situation peut être résumée par la formule suivant laquelle, avec une telle clause en son sein, la Convention recevrait à la fois vie et mort, les solutions conventionnelles étant certes consacrées, mais immédiatement remises en cause par l'existence même de la clause générale²⁵⁷.

159. Pour autant, il était clair que l'exception d'ordre public international ne pouvait être rayée d'un trait de plume, même en présence d'une Convention internationale, le for ne pouvant appliquer sans réserve toute législation quelle qu'elle soit. Par conséquent, dès les origines, une double nécessité est apparue. D'une part, il fallait protéger les solutions conventionnelles, d'autre part, il fallait permettre à l'ordre juridique du for de sauvegarder ses principes fondamentaux. Le caractère indispensable de l'exception d'ordre public international est donc mis en exergue dans ce contexte.

160. Il a alors été proposé comme solution de compromis d'indiquer, de façon limitative, les règles pouvant être considérées comme étant d'ordre public international²⁵⁸. Deux techniques ont été utilisées.

Tout d'abord, l'énumération de ces dispositions au sein même du texte a été utilisée dans la Convention du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage (art. 2 et 3).

Puis, il a été considéré qu'il s'agissait d'un travail incombant à chaque législateur, les différents Etats devant se prononcer sur ce point, leurs déclarations étant réunies par la suite dans un protocole annexé à la Convention. Cette méthode a été préconisée lors de la quatrième session, au cours des discussions concernant une convention relative aux successions.

Une telle façon d'agir semblait, alors, être la seule voie admissible, pouvant satisfaire toutes les exigences en cause. Néanmoins, elle a très vite fait la preuve de ses limites.

²⁵⁶ Sur ce point voir notamment Makarov, « Die Haager Internationalprivatrechtlichen abkommen und die Vorbehaltsklausel », *Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Basel, 1959, p.303-324, spéc. p.304.

²⁵⁷ F. Mosconi, « Exceptions to the operation of choice of law rules », *RCADI* 1989, t. 217, p.9, spéc. p.43 note 61 et les références.

²⁵⁸ Voir sur ce point, Makarov, « Die Haager Internationalprivatrechtlichen abkommen und die Vorbehaltsklausel », précité, p.305 et G. Parra-Aranguren, « General Course of Private International Law », *RCADI* 1988, t. 210, p.9, spéc. p.94 et s.

En premier lieu, il est évident que cette démarche est compliquée et se caractérise par une extrême lourdeur. Il y a là un inconvénient pratique qui peut expliquer, au moins en partie, que la convention sur les successions n'a été ratifiée par aucun Etat et n'est donc jamais entrée en vigueur.

En second lieu, la rigidité du système est également flagrante. Elle a été mise en évidence par l'affaire dite des déserteurs alsaciens. La Convention de 1902 relative au mariage était en cause. Des Alsaciens, qui avaient déserté l'armée allemande, souhaitaient se marier en France. Or, d'après la loi allemande, normalement compétente (article 1), ce mariage devait faire l'objet d'une autorisation par les autorités militaires allemandes. En France, la Convention a été interprétée comme ne s'appliquant pas à une disposition relevant du droit public et, de plus, l'exception d'ordre public international était considérée comme pouvant intervenir malgré le silence des textes. L'Allemagne adoptait sur ces deux points des positions opposées. La difficulté ainsi posée a été résolue de manière radicale par la France et aussi par la Belgique qui ont tout simplement dénoncé la Convention²⁵⁹.

La souplesse indispensable à l'exception d'ordre public international est absente ce qui se fait ressentir dans de telles hypothèses, montrant les limites du système.

En dernier lieu, les Conventions de La Haye sont devenues des conventions ouvertes en 1923. La crainte d'une adhésion « incontrôlée » a mis en évidence les failles de cette approche et a remis en selle la clause générale d'ordre public international.

161. Dès la cinquième Conférence, en 1925, le recours à une telle solution a été discuté. Evidemment, la crainte d'une utilisation excessive de l'exception d'ordre public international était toujours de mise. L'idée est alors apparue d'admettre une clause, certes générale, mais laissant entendre qu'un usage modéré était nécessaire. Il a ainsi été décidé que la loi désignée par la règle de conflit ne pouvait être évincée que si elle était *manifestement* contraire à l'ordre public international du for. L'introduction de cet adverbe ressemble fort, à nouveau, à une solution de compromis, n'intervenant que faute de système plus satisfaisant²⁶⁰. Cette formulation a été retenue pour la première fois dans l'article 4 de la Convention du 24 octobre 1956 relative à la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants²⁶¹. Cette évolution concernant la clause d'ordre public international est d'autant plus intéressante qu'elle a servi les besoins de la cause des lois de police dans les conventions internationales.

²⁵⁹ Voir le texte des dénonciations dans Kosters et Bellemans, *Les Conventions de La Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé*, Harlem et La Haye, 1921, p.11-12 et sur le problème Cassin, « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *RCADI* 1930, t. 34, p.655, spéc. p.729 et De Winter « Domicile or nationality ? The Present State of Affairs », *RCADI* 1969, t. 128, p.347, spéc. p. 376.

²⁶⁰ Sur l'évolution voir Makarov, « Die Haager Internationalprivatrechtlichen abkommen und die Vorbehaltsklausel », article précité, p.315 et s.

²⁶¹ Voir le texte : *Rev. crit.* 1956, 753.

2) Les débuts contrastés des lois de police.

162. Pour les lois de police du for, les craintes auraient pu être les mêmes que pour l'exception d'ordre public international. En effet, ce mécanisme permet également de recourir à la loi du for et donc de revenir sur les engagements conventionnels. Il semble, toutefois, que les réticences n'aient pas été très importantes, lorsque la question de la consécration de cette notion s'est posée.

Tout d'abord, elle a été retenue dans la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation qui dispose en son article 16 que :

« Lors de l'application de la présente Convention, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet Etat, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par ses règles de conflit »²⁶².

La clause est particulière, les lois de police du for et les lois de police étrangères étant sur un pied d'égalité. Toutefois, il s'agit de la première consécration des lois de police du for au sein des Conventions de La Haye.

163. Par la suite, d'autres textes ont également consacré une telle solution. Peuvent ainsi être citées la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles (article 7 § 2)²⁶³, la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance²⁶⁴ (article 16), celle du 22 décembre 1986 relative à la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises²⁶⁵ (article 17) et celle du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes (article 20)²⁶⁶. Ces clauses ont à chaque fois été adoptées aisément, à une majorité assez importante²⁶⁷.

²⁶² Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation, *Rev. crit.* 1977, 639.

²⁶³ Pour une décision se fondant expressément sur cette disposition : Com. 8 janvier 2002, *Rev. crit.* 2002, 328, n. D. Bureau.

²⁶⁴ Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, *Rev. crit.* 1984, 770.

²⁶⁵ Convention de La Haye du 22 décembre 1986 relative à la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, *Rev. crit.* 1985, 773.

²⁶⁶ Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, *Rev. crit.* 1999, 877. La formulation de l'article 20 est originale : « Le présent chapitre ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi de l'Etat dans lequel la protection de l'adulte doit être assurée, dont l'application s'impose quelle que soit la loi qui serait autrement applicable ». Mais selon M. Lagarde, la périphrase employée correspond « très exactement » à la définition des lois de police (Rapport explicatif, disponible sur www.hcch.net, n°113, note 79).

²⁶⁷ Pour la Convention de 1986 voir M. Pélichet, « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », *RCADI* 1987, t. 201, p.9, spéc. p.189.

164. Deux raisons peuvent expliquer une telle situation. D'une part, l'expérience de l'exception d'ordre public international a été profitable. De même que pour cette dernière, la réserve des lois de police peut être considérée comme étant indispensable. Il vaut donc mieux la consacrer sans ambiguïté, plutôt que de tomber dans les excès constatés précédemment pour le mécanisme d'éviction de la loi normalement compétente.

D'autre part, les discussions relatives aux lois de police se sont déroulées à la fin des années 1970 et au début des années 1980, soit à une époque où la notion avait déjà atteint une certaine maturité théorique, mais aussi pratique, notamment dans la jurisprudence française²⁶⁸. Cet élément est susceptible d'expliquer l'absence de difficultés majeures lors des débats, le mécanisme des lois de police étant connu, accepté et même maîtrisé. Cette stabilité se retrouve d'ailleurs encore aujourd'hui, même si tout n'est pas totalement clair.

B-L'exception d'ordre public international et lois de police : analyse de la situation actuelle dans les conventions internationales.

165. La clause relative à l'exception d'ordre public international est, à l'heure actuelle, généralisée et ne pose plus de véritables problèmes (1).

Les lois de police du for font également l'objet d'un consensus assez important. Toutefois, certaines questions peuvent encore être soulevées à leur sujet ; tout n'est pas clair dans leur régime, des confusions subsistant notamment avec l'exception d'ordre public international (2).

1) La stabilité de l'exception d'ordre public international.

166. Un double constat peut être fait à propos de l'exception d'ordre public international.

Non seulement la clause est présente dans toutes les conventions internationales récentes, mais, de plus, la tentative de restriction introduite par l'adverbe *manifestement* est, elle aussi, généralisée.

Elle se retrouve, dans toutes les Conventions de La Haye, depuis 1956 et semble être devenue une véritable clause de style, une sorte de standard, comme le montre la répétition des hypothèses de consécration²⁶⁹. Il faut toutefois remarquer les tentatives de limitation de l'exception d'ordre public international dans la Convention de La Haye du 1^{er} juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps (article 6 et 11)²⁷⁰.

Mais sa diffusion dans d'autres textes internationaux, adoptés dans des instances différentes, peut aussi être constatée. Peuvent ainsi être cités l'article 5 de la Convention interaméricaine sur les règles générales de droit international privé²⁷¹, adoptée à Montevideo en 1979, ou l'article 18 de la Convention de Mexico du 17 mars 1994 sur la loi

²⁶⁸ Voir *supra* n°63 et s.

²⁶⁹ Voir en ce sens F. Mosconi, « Exceptions to the operation of choice of law rules », cours précité, p.47 et pour un cas d'intervention de l'exception Civ. 1^{ère} 16 juillet 1992, *Rev. crit.* 1993, 269, n. P. Courbe ; *D.* 1993, 476, n. K. Saïdi ; *JCP* 1993, II, 22138, n. J. Deprez.

²⁷⁰ Texte à la *Rev. crit.* 1968, 790.

²⁷¹ Convention interaméricaine sur les règles générales de droit international privé, *International Legal Materials*, 1979, vol. XVIII, p.1237.

applicable aux contrats internationaux²⁷² et bien sûr la Convention de Rome du 19 juin 1980, relative à la loi applicable aux obligations contractuelles (article 16) qui reprennent la même formulation.

La même clause est également apparue dans certaines conventions issues des travaux de la Commission Internationale de l'état civil²⁷³. Toutefois, des tentatives d'énumération des cas dans lesquels l'exception d'ordre public international peut intervenir ont également été faites dans plusieurs conventions élaborées au sein de cette institution²⁷⁴. Mais cette démarche n'a pas fait école.

La clause est ainsi également utilisée dans des conventions bilatérales. Pour prendre un exemple d'actualité, l'article 4 de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire dispose que « *la loi de l'un des deux Etats désignés par la présente Convention ne peut être écartée par les juridictions de l'autre Etat que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public* »²⁷⁵.

167. Les conséquences de la restriction introduite par l'adverbe *manifestement* étaient considérées comme devant être peu significatives. Il s'agissait, comme nous l'avons vu, d'un compromis, la victoire de la clause générale semblant malgré tout certaine. La limitation envisagée apparaissait comme une sorte de façade. Mais de manière remarquable, elle a entraîné des conséquences effectives.

Tout d'abord, elle a été reprise, hors du cadre conventionnel, dans les dispositions de certaines lois nationales : l'article 5 de la loi turque sur le droit international privé et la procédure internationale du 20 mai 1982²⁷⁶, l'article 12 de la loi suédoise sur les questions internationales de filiation paternelle promulguée le 30 mai 1985²⁷⁷, l'article 6 de la loi allemande de droit international privé du 25 juillet 1986²⁷⁸, l'article 3081 de la loi québécoise de droit international privé du 18 décembre 1991²⁷⁹, l'article 8 de la loi vénézuélienne du 6 août 1998 sur le droit international privé²⁸⁰ ou encore l'article 1193 du Code civil russe²⁸¹.

²⁷² Convention de Mexico du 17 mars 1994 sur la loi applicable aux contrats internationaux, *Rev. crit.* 1995, 173 et D. Fernandez Arroyo, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Rev. crit.* 1995, 178.

²⁷³ Voir notamment la Convention de Munich du 5 septembre 1980 sur la loi applicable aux noms et prénoms, qui est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1990 mais qui n'a pas été signée par la France, CIEC, *Conventions et recommandations*, n°19, p.254.

²⁷⁴ Voir ainsi les articles 1, 2 et 3 de la Convention de Rome du 12 septembre 1970 sur la légitimation par mariage, ratifiée par la France et entrée en vigueur le 8 février 1976, CIEC, *Conventions et recommandations*, n°12, p.110 et les articles 4 et 5 de la Convention de Munich du 5 septembre 1980 relative à la reconnaissance volontaire des enfants nés hors mariage, ratifiée par la France mais qui n'est pas encore entrée en vigueur, CIEC, *Conventions et recommandations*, n°18, p.229.

²⁷⁵ Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, *Rev. crit.* 1983, 532 ; *JDI* 1983, 922 et les commentaires de F. Monéger, *Rev. crit.* 1984, 29 et 267 et P. Decroux, *JDI* 1985, 49.

²⁷⁶ Loi sur le droit international privé et la procédure internationale du 20 mai 1982, *Rev. crit.* 1983, 141, n. N. Uluocak p.149.

²⁷⁷ Loi sur les questions internationales de filiation paternelle promulguée le 30 mai 1985, *Rev. crit.* 1987, 198.

²⁷⁸ Loi de droit international privé du 25 juillet 1986, *Rev. crit.* 1987, 170.

²⁷⁹ Loi du 18 décembre 1991, *Rev. crit.* 1992, 574, commentaire E. Groffier, p.584 ; *JDI* 1992, 625, commentaire J.-G. Gastel.

²⁸⁰ Loi du 6 août 1998, *Rev. crit.* 1999, 392, commentaire G. Parra-Aranguren, p.209 ; T. De Maekelt, « Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht », *RabelsZ* 2000, p.299.

²⁸¹ Disposition issue de la loi fédérale du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie, *Rev. crit.* 2002, 182, n. N. Bogdanova et D. Litvinski.

Ensuite, de manière encore plus concrète, une telle clause semble avoir véritablement contribué à l'évolution de l'ordre public international de certains Etats, si l'on en croit plusieurs décisions jurisprudentielles.

Est ainsi remarquable un arrêt de la Cour de cassation italienne du 10 novembre 1989 dans lequel la ratification par l'Italie de la Convention de la Haye du 1^{er} juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps est expressément prise en compte²⁸². Les juges ont considéré que la conception de l'ordre public international italien devait être restreinte de manière significative, la Convention prévoyant pour l'intervention de l'exception, une incompatibilité manifeste. Cela les a conduit à accepter qu'un divorce par consentement mutuel prononcé en Grèce puisse produire ses effets en Italie, ce qui n'aurait pas été le cas avant la ratification. La décision est d'autant plus remarquable, qu'en l'occurrence la Convention ne s'appliquait pas, la Grèce n'y étant pas partie²⁸³. Par conséquent, la formulation de la clause a entraîné une restriction de l'ordre public international aux éléments véritablement essentiels, ce qui produit ses effets même en droit commun.

Dans le même sens, un arrêt du Tribunal fédéral suisse du 19 mai 1976 peut également être cité. L'idée selon laquelle, en présence d'une convention internationale, les cas d'intervention de l'exception d'ordre public international doivent être restreints, est reprise²⁸⁴.

168. L'exception d'ordre public international a donc acquis dans les conventions internationales une place indiscutable. Elle ne constitue plus un point de discorde dans les négociations. De plus, son insertion dans de tels actes tend à limiter ses cas d'intervention, ce qui ne peut que renforcer son crédit. Une certaine sérénité est par conséquent de mise sur ce point. Il n'en va pas forcément de même pour les lois de police.

2) La situation contrastée des lois de police du for.

169. Deux problèmes majeurs se posent à l'heure actuelle pour les lois de police dans les conventions internationales.

170. Tout d'abord, ce mécanisme a été consacré expressément à de nombreuses reprises dans de tels actes. De façon corollaire, cela devrait signifier l'admission de leur autonomie par rapport à l'exception d'ordre public international. Il faut cependant remarquer l'existence d'une confusion certes marginale mais réelle avec l'exception d'ordre public international, dans certaines conventions internationales ou des travaux relatifs à de tels textes.

En premier lieu, la confusion peut être profitable aux lois de police. En effet, dans certains actes une clause spécifique les concernant est prévue, mais cette présence est due

²⁸² Cour de cassation italienne 10 novembre 1989, *RDIPP* 1990, 997.

²⁸³ Voir le texte de la Convention, *Rev. crit.* 1968, 790.

²⁸⁴ *ATF* 102 I a 314 : « Mit der Formulierung des Vorbehalts im VA wurde zudem versucht, den Anwendungsbereich der Ordre-public-Klausel möglichst einzuschränken ». La Convention entre la République fédérale allemande et la Confédération suisse relative à la reconnaissance et à l'exécution de décisions judiciaires et de sentences arbitrales du 2 novembre 1929 était en cause en l'espèce. Voir également, concernant l'Autriche, *OGH* 24 septembre 1963, *ZfRV* 1964, 175.

essentiellement à un amalgame avec la notion d'exception d'ordre public international. Un exemple d'une telle situation se trouve dans la Convention de La Haye du 22 décembre 1986, concernant la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. Selon M. Pélichet, la disposition relative aux lois de police du for a été adoptée à une majorité appréciable. La raison principale de cette faveur était visiblement le fait que, pour beaucoup de membres de la Conférence, cette clause était considérée « *comme étant un élargissement justifié des considérations qui sont généralement à la base de l'exception traditionnelle d'ordre public* »²⁸⁵. Il y a par conséquent un rapprochement voire une confusion entre les deux notions, ce qui est d'ailleurs vivement dénoncé par M. Pélichet²⁸⁶. Néanmoins, puisque les deux notions sont effectivement introduites dans la convention, cette assimilation n'est pas trop gênante, car même si la distinction n'est pas faite par certains Etats signataires ou par leurs représentants, les autres pourront malgré tout y trouver leur compte. De plus, pour ceux ne distinguant pas les deux notions, la convention contient en germe la possibilité d'aboutir à une telle séparation.

En second lieu, la confusion peut également entraîner, ce qui est plus gênant, l'absence d'une disposition consacrée aux lois de police du for. Dans de telles situations, l'exception d'ordre public international est considérée comme étant suffisante. Cela constitue le *summum* du trouble, puisqu'il y a alors négation de l'existence des lois de police.

Ce propos peut être illustré par des exemples concrets notamment la Convention interaméricaine sur les règles générales de droit international privé, conclue à Montevideo en 1979. L'introduction d'une article traitant des lois de police du for a été proposée. Elle a néanmoins été rejetée, car il a été considéré que la clause relative à l'exception d'ordre public international était suffisante et pouvait remplir le rôle des lois de police du for²⁸⁷. Plus près de nous, la Convention de La Haye du 1^{er} août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort présente la même caractéristique²⁸⁸. Une clause relative aux lois de police du for a été expressément proposée. Mais là encore, elle a été rejetée. Il a été estimé qu'un résultat identique pouvait être atteint par le jeu de l'exception d'ordre public international, qui elle avait déjà été prévue²⁸⁹. Par conséquent, au niveau interétatique, la distinction n'est pas forcément nette et n'est pas toujours admise. C'est là le premier problème.

171. Le second a lui trait à la généralité des dispositions relatives aux lois de police du for. Tout d'abord, il faut constater qu'il n'y a pas véritablement de « clause-type » les concernant, contrairement à l'exception d'ordre public international. Les termes adoptés sont assez variables.

Pour les Conventions de La Haye, la formulation suivante est la plus caractéristique : « *La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois* ». La Convention de Rome relative à la loi applicable aux obligations contractuelles (article 7 § 2) précise que « *les dispositions de la présente Convention ne*

²⁸⁵ M. Pélichet, « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », cours précité, p.189.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ Voir sur ce point précis, G. Parra-Aranguren, « General Course of Private International Law », précité, n°160, p.133. Selon cet auteur, il s'agit d'un rejet fondé sur des raisons formelles. Néanmoins, la confusion de fond semble flagrante, dans la mesure où il est admis qu'une notion peut se substituer à l'autre.

²⁸⁸ Convention de La Haye du 1^{er} août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort, *Rev. crit.* 1988, 807.

²⁸⁹ Voir sur ce point G. Parra-Aranguren, « General Course of Private International Law », précité, n°160, note 300.

pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat » et la Convention de Mexico sur la loi applicable aux contrats internationaux (article 11) adopte la formulation suivante : « *Nonobstant les dispositions précédentes, les dispositions de la loi du for s'appliquent nécessairement lorsqu'elles ont un caractère impératif* ». Malgré les différences de forme, ces diverses dispositions ont certains points communs. Ainsi, aucune d'entre elles n'emploie les termes de « loi de police » ou de « loi d'application immédiate ». A la place de cela, des périphrases plus ou moins précises sont utilisées.

Mais surtout, il faut constater qu'aucun de ces textes n'indique d'une quelconque manière que le recours aux lois de police doit être modéré en présence d'une règle de conflit conventionnelle. Il n'y a pas d'équivalent à l'adverbe *manifestement* utilisé pour l'exception d'ordre public international. Les clauses sont générales et ne comportent aucun frein, aucun tempérament, alors que pour l'exception d'ordre public international une telle préoccupation a été un véritable leitmotiv.

Une des raisons de cet état de fait est la suivante. Nous avons vu précédemment que la confusion entre les deux notions était encore présente dans les esprits, dans le contexte interétatique. Les lois de police sont considérées comme n'étant qu'un dérivé de l'exception d'ordre public international. Or, puisque celle-ci a trouvé une grande stabilité et ne pose plus véritablement problème, les lois de police sont mises sur le même plan et traitées sans crainte.

Toutefois, une certaine prudence devrait être de mise. En effet, ce qui est valable pour l'exception d'ordre public international l'est aussi pour les lois de police sur ce point précis. Il faut respecter autant que faire se peut les solutions conventionnelles donc ne recourir aux lois de police que de manière exceptionnelle, lorsque cela est absolument nécessaire. Même si une clause relative aux lois de police est prévue, la règle de conflit classique doit rester le principe²⁹⁰.

Le problème de la formulation de cette restriction se pose alors. En premier lieu, il convient de mettre en évidence la nécessité d'un rattachement significatif entre le for et la situation à laquelle la loi de police est censée s'appliquer. Cela permettrait de donner une indication sur la modération dans l'emploi d'une loi de police lorsqu'une convention internationale est en cause et peut s'opposer à une application trop large voire hégémonique de la loi du for.

Or, une telle précision n'est jamais présente pour les lois de police du for, alors qu'elle l'est pour les lois de police étrangères. Il suffit pour mettre cela en évidence de s'intéresser à l'article 7 § 2 de la Convention de Rome du 19 juin 1980. Pour les lois de police étrangères, le texte prévoit la nécessité d'un « *lien étroit* » entre le pays dont émane la loi de police et la situation litigieuse. En revanche, comme nous l'avons vu, rien de tel n'est précisé dans le second paragraphe de l'article, à propos des lois de police du for. Certes, selon M. Jacquet, une telle précision « *vaut aussi pour les lois de police du for, même si la Convention ne la formule qu'à l'égard des lois de police étrangères* »²⁹¹. Il est pourtant regrettable que le texte de la convention ne contienne pas une telle exigence, de manière expresse.

Cette absence peut s'expliquer « *par la nécessité de permettre l'intervention des lois de police de type administratif aux faits qui ne présentent qu'un lien ponctuel avec le for* »²⁹².

²⁹⁰ Voir en faveur d'une restriction dans la formulation, E. Vitta, « Cours général de droit international privé », précité, p.126 et A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », cours précité, spéc. p.41.

²⁹¹ J.-M. Jacquet, « Aperçu de la Convention de Rome » in P. Lagarde et B. von Hoffmann (éd.), *L'eupéanisation du droit international privé*, Série de publications de l'Académie de droit européen de Trèves, vol. 8, 1996, p.30.

²⁹² A. Nuyts, « L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *Rev. crit.* 1999, 31 et s. et 245 et s., spéc. p.49.

Comme l'écrit M. Nuyts, « *la mise en cause de l'organisation politique, sociale ou économique du pays commande la prise en compte de toute situation qui affecte le territoire national, même si l'essentiel des faits se localisent à l'étranger. Il n'est donc pas nécessaire que l'ensemble de la situation (...) présente un lien étroit avec le for. Est seul pertinent, en ce qui concerne ce type de lois, la proximité entre un ou plusieurs faits pris isolément et le territoire national* »²⁹³. L'auteur belge oppose ainsi les lois de police administrative aux lois de police tendant à assurer la protection d'intérêts particuliers. C'est là effectivement une explication possible de l'omission, même si le déséquilibre entre les lois de police du for et les lois de police étrangères ne semble pas satisfaisant. Pourquoi en effet traiter différemment une loi de police administrative étrangère et une loi de police administrative du for ?

Il nous semble de toute manière, que si la restriction est possible, elle pourra essentiellement concerner les lois de police assurant la défense d'une politique législative du for. Ce sont bien elles qui peuvent, le cas échéant, basculer sur le terrain de la règle de conflit classique, alors que pour les lois de police relevant de la « *zone grise* », cela est plus difficile puisque très souvent un organe étatique est impliqué, ce qui impose l'application de la loi du for.

Pour les lois de police du premier type, comme celle dégagée par la jurisprudence Huston, la présence d'un Traité international peut inciter à plus de modération et amener à une réflexion nouvelle sur la nécessité de recourir au mécanisme de l'application immédiate. Un raisonnement identique à celui qui a prévalu pour l'exception d'ordre public international en Italie, en matière de divorce, c'est-à-dire également dans un cas où il s'agissait de défendre la politique législative du for, pourrait être tenu²⁹⁴. C'est donc ce domaine particulier qui est le plus susceptible d'être la cible d'une éventuelle évolution due à la présence d'une règle de conflit conventionnelle, en raison du caractère relatif et évolutif des conceptions défendues. La marge entre l'application normale de la règle de conflit et l'intervention d'une des deux notions exceptionnelles est, dans ces cas là, somme toute assez ténue. Le caractère conventionnel d'une règle de conflit peut éventuellement inverser la tendance et entraîner son application sans restriction. Cela est moins vrai pour les lois de police relevant de la « *zone grise* » et également pour les principes fondamentaux défendus par l'exception d'ordre public international dont l'analyse et l'existence peuvent difficilement dépendre d'un élément aussi relatif.

Enfin, lorsque le législateur attribue expressément le caractère de police à une norme, le juge perd, en principe, toute marge d'appréciation et doit appliquer la disposition, à l'encontre d'une convention internationale prévoyant la réserve des lois de police du for, l'analyse tenue n'étant pas valable dans de telles situations.

172. Mais, pour ce qui est des lois de police, l'illustration du débat est problématique car elles sont relativement peu nombreuses en droit international privé français et surtout, elles semblent, comme nous l'avons vu précédemment, justifiées. Il n'y a pas pour l'instant de recours excessif à ce mécanisme pour faire obstacle aux solutions conventionnelles, lorsqu'une clause est prévue par le texte même de l'accord international.

²⁹³ A. Nuyts, *ibidem*, p.53.

²⁹⁴ Voir *supra* n°167.

Pour autant, l'introduction d'un tel raisonnement n'est pas inutile et permettrait, au moins, de prévenir les abus, mais aussi d'apporter, le cas échéant un nouvel élément de réflexion en cas de doute sur le caractère de police d'une règle précise²⁹⁵.

173. Les conventions contenant des dispositions ayant trait aux lois de police du for et à l'exception d'ordre public international sont donc de plus en plus nombreuses. Pour autant il est encore possible de trouver des situations dans lesquelles rien n'est prévu, ce qui va poser d'autres questions et permettre de se pencher, d'une manière différente sur la distinction entre les deux notions qui nous intéressent.

§ 2-La mise en évidence de la distinction des régimes en cas de silence de la convention.

174. Lorsqu'une convention internationale en matière de conflit de lois ne contient pas de disposition expresse à propos de l'exception d'ordre public international et des lois de police, il est légitime de se demander si de tels mécanismes peuvent tout de même intervenir et remettre en cause les solutions conventionnelles²⁹⁶. Là encore, les réponses ne sont pas forcément identiques pour les deux mécanismes, ce qui peut permettre une mise en évidence de leurs spécificités et donc de leur distinction. Ainsi, le jeu de l'exception d'ordre public international est largement admis dans de telles hypothèses par la doctrine et la jurisprudence (A). En revanche, pour les lois de police, tout n'est pas aussi clair, la discussion méritant d'être approfondie (B).

A-L'admission du jeu de l'exception d'ordre public international en cas de silence de la convention.

175. Les arguments en faveur de l'admission de l'exception d'ordre public international en cas de silence de la convention ne manquent pas et il faudra les exposer en détail, ne serait-ce que parce qu'ils peuvent intervenir dans la discussion relative aux lois de police (1). La jurisprudence s'est prononcée en ce sens et admet le jeu de l'exception lorsque la convention est silencieuse (2).

²⁹⁵ C'est cette analyse qui peut justifier la non-application d'une loi d'application immédiate mais non de police en cas de présence d'une règle de conflit d'origine conventionnelle (voir notamment Holleaux, Foyer, La Pradelle, n°654, p.324) même si nous avons vu qu'une telle distinction n'était pas forcément évidente.

²⁹⁶ Cela ne concerne donc pas les conventions dans lesquelles les parties ont renoncé à la possibilité de recourir à l'exception d'ordre public international et aux lois de police.

1) Les arguments en faveur de l'admission du jeu de l'exception d'ordre public international en cas de silence de la convention.

176. En faveur de l'intervention de l'exception d'ordre public international en cas de silence de la convention, il est tout d'abord possible d'affirmer qu'il n'est pas concevable qu'un Etat renonce à ce qui constitue les fondements de son ordre juridique, à des principes essentiels selon ses propres conceptions.

S'il devait en aller ainsi, l'application de l'accord deviendrait rapidement intolérable²⁹⁷. Cela mènerait à l'abandon des solutions conventionnelles. Par conséquent, contrairement aux premières opinions, l'admission du jeu de l'exception d'ordre public international ne signifie pas la mort de la convention mais permet au contraire de lui conférer une certaine viabilité, difficilement concevable sans elle.

177. De plus, certains principes fondamentaux, protégés par l'exception d'ordre public international, ont valeur constitutionnelle en France, notamment en vertu du Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958²⁹⁸. La renonciation à la possibilité de les protéger face à une loi étrangère leur portant atteinte par la seule procédure de ratification, donc par l'intervention du législateur et du pouvoir exécutif, paraît contestable. Cela pose un problème de constitutionnalité. Seul le constituant semble compétent pour se prononcer sur une telle question²⁹⁹.

178. A cela, il est possible de rétorquer qu'en présence d'un traité bilatéral, voire plurilatéral, une telle renonciation est concevable car le droit de la ou des autres Parties est connu. Si ces règles ne contiennent rien de choquant, selon les conceptions du for, une clause relative à l'exception d'ordre public international pourrait être superflue³⁰⁰. Néanmoins, seule la législation étrangère actuelle est identifiable et elle peut fort bien évoluer de façon significative, jusqu'à devenir massivement contraire aux principes fondamentaux du for. De plus, la *lex fori* qui sert de référence pour le contenu de l'ordre public international peut, elle aussi, évoluer et entraîner une modification des conceptions, ainsi qu'une rupture de l'harmonie qui prédominait lors de la finalisation de l'accord international.

De façon générale, « *la conclusion d'un traité ne signifie pas que chacune des parties contractantes approuve in globo la législation interne de son cocontractant, encore moins sa législation à venir* »³⁰¹.

²⁹⁷ En ce sens Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, *op.cit.*, p.103.

²⁹⁸ Voir ainsi pour le principe du respect de la propriété privée, la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation*, (n°81-132 DC, Rec. p.18) et pour sa protection par le jeu de l'exception d'ordre public international, voir par exemple Req. 5 mars 1928, DP 1928, 1, 85, n. Savatier ; *JDI* 1928, 674 ; *Rev. crit.* 1929, 288, n. J.-P. Niboyet.

²⁹⁹ En ce sens, en droit allemand, voir Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, *op.cit.*, p.475.

³⁰⁰ L'Union nordique est ainsi classiquement citée. Une clause relative à l'exception d'ordre public international a pu être omise, en raison de la communauté juridique entre les différentes parties, le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède.

³⁰¹ Batiffol et Lagarde, n°357, p.573.

179. Un autre argument favorable à l'intervention de l'exception en cas de silence d'une convention internationale est l'existence d'un véritable principe général de droit la concernant. Elle est en effet présente dans de très nombreux ordres juridiques, pour ne pas dire dans tous, sous une forme ou sous une autre.

Il serait fastidieux d'énumérer de manière exhaustive tous les systèmes retenant l'exception. Des exemples variés peuvent néanmoins être cités. Ainsi elle a été retenue par la loi vénézuélienne (art. 8)³⁰², par la loi jordanienne (art. 29 du Code civil)³⁰³, par la loi italienne (art. 16)³⁰⁴, par la loi mexicaine (art. 15 al. 2)³⁰⁵, par la loi chinoise (art. 150 du Code civil)³⁰⁶, par la loi tunisienne (art. 36)³⁰⁷, par la loi roumaine (art. 8)³⁰⁸, par la loi péruvienne (art. 2049 du Code civil)³⁰⁹, par la loi mongole (art. 426 du Code civil)³¹⁰, par la loi de l'Ouzbékistan (art. 1164 du Code civil)³¹¹, la loi uruguayenne (art. 2404 du Code civil)³¹², par la loi iranienne (art. 975 du Code civil)³¹³ ... Il semble que toutes les lois de droit international privé des cinquante dernières années contiennent une telle clause ou alors, lorsque tel n'est pas le cas, les auteurs s'en expliquent et justifient cette absence par l'existence de mécanismes équivalents. L'acte louisianais de droit international privé peut être considéré comme le symbole de cette situation. Il ne comporte pas d'article relatif à l'exception d'ordre public international. Mais cela est voulu. En effet, un tel article avait été proposé lors des travaux préparatoires. La suggestion a été rejetée, car il a été observé que le projet de réglementation « *comportait déjà suffisamment-voire trop-de flexibilité, de sorte qu'une échappatoire supplémentaire s'avérait superflue* »³¹⁴. La mise à l'écart de l'exception d'ordre public international est donc justifiée par l'existence de mécanismes pouvant aboutir au même résultat.

Même en l'absence de codification générale, les juges reconnaissent l'existence de cette exception. L'exemple anglais est significatif à cet égard³¹⁵. Ainsi, selon le juge Scarman, une cour anglaise « *will refuse to apply a law which outrages its sense of justice and*

³⁰² Loi du 6 août 1998 et le commentaire G. Parra-Aranguren, précités.

³⁰³ Loi jordanienne de 1976, *Rev. crit.* 1987, 643.

³⁰⁴ Loi de droit international privé du 31 mai 1995, et le commentaire A. Giardina « Les caractères généraux de la réforme », précités.

³⁰⁵ Décret du 11 décembre 1987, *Rev. crit.* 1989, 583 et le commentaire Leonel Pereznieta Castro, p.593 et s.

³⁰⁶ Loi du 12 avril 1986, *Rev. crit.* 1987, 465, commentaire Danhan Huang.

³⁰⁷ Loi du 27 novembre 1998, *Rev. crit.* 1999, 382 et le commentaire M. El Arbi Hachem, p.227 et s. ; voir aussi A. Mezghani, « Les innovations du code tunisien de droit international privé », *RabelsZ* 2001, 78 et s.

³⁰⁸ Loi n°105 du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé, *Rev. crit.* 1994, 172 et le commentaire O. Capatina, p.167.

³⁰⁹ Incline dans le Code civil promulgué le 24 juillet 1984, *Rev. crit.* 1986, 192, note introductive J. Lisbonne.

³¹⁰ Code civil mongol du 1^{er} novembre 1994. Les dispositions relatives au droit international privé sont publiées dans J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, *Außereuropäische IPR-Gesetze*, Hamburg, Würzburg, Deutsches Notarinstitut et Max-Planck-Institut éd., 1999, p.538 et s.

³¹¹ Code civil de la République d'Ouzbékistan de 1997. Les dispositions relatives au droit international privé sont publiées dans J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, *Außereuropäische IPR-Gesetze, op.cit.*, p.914 et s.

³¹² Code civil uruguayen de 1868, réformé par la loi du 19 octobre 1994. Les dispositions relatives au droit international privé sont publiées dans J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, *Außereuropäische IPR-Gesetze, op.cit.*, p.908.

³¹³ Code civil iranien du 16 février 1935, tel que modifié par la loi n°90940 du 21 mars 1983. Les dispositions relatives au droit international privé sont publiées dans J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, *Außereuropäische IPR-Gesetze, op.cit.*, p.298.

³¹⁴ S. Syméonidès, « Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane », *Rev. crit.* 1992, 223, spéc. p.273-274.

³¹⁵ P. North et J. J. Fawcett, *Private International Law*, Londres, Edimbourg, Dublin, Butterworths, 13^{ème} édition, 1999, p.123 et s.

decency »³¹⁶. De même, le juge Glaisdale a estimé que « *there is abundant authority that an English court will decline to recognise or apply what would otherwise be the appropriate foreign rule of law when to do so would be against English public policy* »³¹⁷.

La possibilité de recourir à une telle clause ne fait donc aucun doute dans ce système, comme l'a confirmé le Private international Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995, codification très partielle mais réservant expressément les principes d'ordre public (art. 14 (3) (a)(ii))³¹⁸.

Etant donné cette généralité, voire cette quasi-unanimité, l'exception d'ordre public international peut légitimement être considérée comme étant un principe général de droit reconnu par les Nations civilisées, principes qui sont consacrés par l'article 38 c du Statut de la Cour internationale de Justice. Ainsi, sur le fondement d'un tel principe, un Etat peut fort bien appliquer l'exception, à l'encontre d'une loi étrangère désignée par une règle de conflit conventionnelle, alors même qu'elle n'est pas prévue par ladite convention, sans pour autant violer ses obligations internationales. Il est d'ailleurs intéressant de constater que dans l'affaire *Boll*³¹⁹, un tel raisonnement a été suivi par au moins deux juges de la Cour internationale de Justice. Ils ont estimé qu'il existait bel et bien, sur ce point particulier, un tel principe, autorisant par conséquent un Etat à évincer la loi étrangère désignée par la règle de conflit en cas de silence d'une convention internationale sur la question³²⁰.

Il s'agit donc d'un argument de poids en faveur de la reconnaissance d'une clause implicite d'exception d'ordre public international dans les conventions internationales.

180. Enfin, un dernier élément peut encore être avancé en faveur de l'intervention de l'exception en cas de silence de la convention. Il est tiré de la comparaison avec un autre domaine donnant lieu à de nombreuses conventions internationales, l'extradition. Les Etats se lient fréquemment, dans ce domaine, par des conventions, le plus souvent bilatérales. Très souvent, une clause réserve les infractions politiques, l'extradition pouvant être refusée lorsqu'est en cause un crime ou un délit de cette nature. La qualification est en général laissée à l'Etat requis, qui va pouvoir décider si l'infraction est politique ou non. Nous nous trouvons donc en présence d'un mécanisme ayant une certaine ressemblance avec l'exception d'ordre public international. En effet, elle permet de faire obstacle à ce qui devrait être la solution normale de la question, d'après les règles conventionnelles, son appréciation étant laissée à la partie recevant la demande d'extradition.

Dans ce domaine également, la question s'est posée de savoir quelle attitude il fallait adopter en cas de silence de la Convention sur la question des infractions politiques. L'Etat requis doit-il exécuter ses obligations sans aucune réserve, même en matière politique, ou peut-il s'en dispenser en s'abritant derrière une réserve implicite ?

Cette interrogation a été soulevée lors de travaux de l'Institut de droit international et a donné lieu à une réponse nette contenue dans une résolution de cet organisme : « *Même si*

³¹⁶ *Re Fuld's Estate* (No 3) [1965] 3 All ER 776.

³¹⁷ *Vervaeke v. Smith* [1982] 2 All ER 144.

³¹⁸ Texte publié à la *Rev. crit.* 1996, 377 ; A. E. Anton, « Loi du Royaume-Uni portant diverses dispositions en matière de droit international privé », *Rev. crit.* 1996, 267 et s.

³¹⁹ CIJ 28 novembre 1958, *affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, Pays-Bas contre Suède*, *Rec. CIJ*, p.55 ; *Rev. crit.* 1958, 713.

³²⁰ Voir ainsi l'opinion individuelle de Sir Hersch Lauterpacht, *Rec. CIJ* 1958, p.79 et s., spéc. p.91 et s. et celle du juge Moreno Quintana, p.102, spéc. p.107.

le traité ne prévoit pas expressément le droit de refuser l'extradition pour motif d'infraction politique, un Etat peut invoquer ce motif à l'appui de son refus d'extrader »³²¹. Il est alors tentant d'appliquer par analogie la même solution à l'exception d'ordre public international pour les conventions internationales en matière de conflit de lois.

181. Par conséquent, étant donné ces arguments, l'exception d'ordre public international doit pouvoir jouer même en cas de silence d'une convention internationale. Néanmoins, cette intervention doit toujours rester compatible avec l'objet et le but de la convention et être utilisée avec une certaine modération, au moins identique à celle qui prévaut lorsque la clause est expressément prévue. L'adverbe « *manifestement* » doit ainsi être sous-entendu³²².

La jurisprudence semble avoir tranché dans le sens de l'admission de l'exception d'ordre public international en cas de silence de la Convention mais fait preuve également de retenue, ce qui est rassurant.

2) L'admission jurisprudentielle du jeu de l'exception d'ordre public international en cas de silence de la convention.

182. Au début du siècle, les juges étaient assez hostiles à l'exception d'ordre public international en cas de silence de la convention, le refus de la faire jouer semblant l'emporter. Cette attitude s'inscrit dans l'état d'esprit général, que nous avons abordé plus haut, qui régnait lors des travaux préparatoires des conventions internationales de cette époque. Elle se retrouve dans certaines décisions étrangères. Deux d'entre elles ont ainsi adopté une telle solution, la première du Tribunal Fédéral suisse datant du 6 décembre 1917³²³ et une autre du Reichsgericht allemand du 15 avril 1935³²⁴, concernant respectivement la Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps et la Convention du 17 juillet 1905 concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et les devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux³²⁵.

Mais cette approche était tout de même assez discutée, en Allemagne notamment, comme le prouve le revirement du Reichsgericht, par un arrêt du 17 février 1936 dans lequel la possibilité de faire jouer l'exception à l'encontre de la loi italienne, désignée par la même Convention que celle qui était en cause dans l'arrêt de 1935, a été admise sans ambiguïté³²⁶.

183. La jurisprudence française s'est également prononcée dans ce dernier sens. Deux décisions peuvent ainsi être citées.

³²¹ « Nouveaux problèmes en matière de extradition », *Ann. de l'IDI*, session de Cambridge, vol. 60-II, 1984, p.306, § 2 al. 1.

³²² En ce sens, voir notamment M.-L. Niboyet-Hoegy, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de R. Perrot, Paris, Dalloz, 1996, p.313, spéc. p.330-331.

³²³ Citée par Kusters et Bellemans, *Les Conventions de La Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé*, op.cit., p.694.

³²⁴ RG 15 avril 1935, RGZ 147, 385.

³²⁵ Pour la position de la jurisprudence italienne ancienne, voir Batiffol et Lagarde, n°357, p.573, note 1.

³²⁶ RG 17 février 1936, RGZ 150, 283.

184. Tout d'abord, un arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 1936 fait jouer l'exception d'ordre public international à l'encontre de la Convention franco-belge du 8 juillet 1899, silencieuse sur ce point³²⁷. L'exception évince même une règle matérielle, prévue par la Convention et non une règle étrangère désignée par la règle de conflit conventionnelle. La décision concerne en effet la compétence juridictionnelle et écarte l'article 1^{er} de l'accord international au motif que cette disposition « *ne saurait porter atteinte à la compétence des tribunaux français saisis d'une demande intéressant l'ordre public français* ». Il s'agit donc d'une hypothèse tout à fait particulière, dans laquelle l'exception est intervenue afin de fonder la compétence des juridictions françaises, autrement incompétentes en raison des règles conventionnelles. Le raisonnement est critiquable, car l'objectif n'est pas de protéger l'ordre juridique français contre des dispositions étrangères inconnues, mais d'évincer une obligation conventionnelle claire, précise et acceptée par les parties. La Convention est de cette manière heurtée de front. Une telle attitude est intenable car l'exception d'ordre public international, utilisée de la sorte, constitue une négation des engagements internationaux et non un ultime recours employé pour contrer occasionnellement le résultat choquant, aux yeux de l'ordre juridique du for, produit par l'application d'une loi étrangère. Néanmoins, cette décision témoigne du fait que les juges français n'hésitent pas à employer l'exception d'ordre public international, même en cas de silence de la convention, y compris de manière très audacieuse, comme dans cette espèce.

185. Cette vision des choses a été confirmée, plus récemment, par un arrêt de la Cour de cassation du 6 juillet 1988 dont l'attendu de principe est le suivant : « *sauf dispositions contraires les conventions internationales réservent la contrariété à la conception française de l'ordre public international* »³²⁸.

Il faut toutefois relever que le recours à l'exception d'ordre public international était à nouveau contestable. En effet, une règle matérielle, prévue en l'occurrence par l'article 29 de la Convention générale sur la sécurité sociale, conclue entre la France et l'Algérie en 1965 a été évincée. Selon la disposition en cause, « *en cas d'accident du travail suivi de mort et si conformément à son statut civil, la victime avait plusieurs épouses, la rente due au conjoint survivant est répartie également et définitivement entre les épouses* ».

Les conditions posées par ce texte étaient remplies en l'occurrence. Il y avait bien accident du travail, mort de la victime, qui avait alors plusieurs épouses, ce qui était conforme à son statut civil régi par la loi algérienne, situation reconnue par les juges français dans des décisions antérieures³²⁹. Malgré ces éléments, la règle conventionnelle a été rejetée, au motif que la conception française de l'ordre public international « *s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci* ».

Cette solution est curieuse et critiquable car elle revient à nouveau à mettre à l'écart un texte pourtant admis par la France³³⁰. Là encore, il n'y a aucun aléa lié à l'ignorance d'une quelconque loi étrangère désignée par l'accord international. Néanmoins, la solution mérite d'être retenue pour le problème qui nous concerne. Elle démontre que le silence d'une convention internationale n'empêche pas les juges français de recourir à l'exception d'ordre public international, bien au contraire, étant donné l'audace des raisonnements suivis dans

³²⁷ Civ. 21 janvier 1936, *Rev. crit.* 1936, 510, n. J.-P. Niboyet.

³²⁸ Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988, *Baaziz*, *Rev. crit.* 1989, 71, n. Y. Lequette.

³²⁹ Voir notamment Civ. 1^{ère} 17 février 1982, *Rev. crit.* 1983, 275, n. Y. Lequette ; *JDI* 1983, 606, n. Ph. Kahn.

³³⁰ Voir notamment les critiques d'Y. Lequette dans sa note sous l'arrêt *Baaziz*.

les deux décisions que nous avons analysées. Le fait qu'elles soient critiquables ne fait que renforcer les conclusions qui peuvent en être tirées. Si les juges ont fait usage de l'exception de façon aussi contestable, il est légitime de penser qu'*a fortiori* ils n'hésiteront pas à le faire dans des hypothèses plus classiques.

186. Le statut de l'exception d'ordre public international est donc assez clair désormais, en cas de silence de la Convention. Elle peut tout de même intervenir, l'accord doctrinal semblant être assez large en ce sens³³¹. De nombreux arguments peuvent être invoqués à l'appui de cette solution, qui semble aujourd'hui incontournable. Leur utilisation pour les lois de police, dont le statut, en cas de silence d'une convention internationale n'est pas forcément aussi clair, paraît alors séduisante. La stabilité de l'exception d'ordre public international sur ce terrain pourrait profiter à l'autre mécanisme que nous étudions.

B-L'incertitude du statut des lois de police en cas de silence de la convention.

187. La pertinence d'un tel développement peut être remise en cause pour les lois de police. En effet, la question semble avoir été nettement tranchée par la Cour internationale de Justice, dans l'arrêt Boll³³². Dans cette affaire, les Pays-Bas alléguaient l'incompatibilité avec la Convention de La Haye du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs d'une mesure d'éducation protectrice prise par les autorités suédoises sur le fondement de leur propre législation à l'égard de Marie Elisabeth Boll, mineure néerlandaise, résidant en Suède. Selon la règle de conflit conventionnelle, la loi nationale des mineurs était en effet normalement compétente.

La Cour a rejeté la requête hollandaise en estimant, notamment, que « *la comparaison entre l'objet de la convention de 1902 et celui de la loi suédoise sur la protection de l'enfance fait apparaître que l'objet de celle-ci la place en dehors du cadre d'application de ladite Convention* ».

Au vu de cette motivation, il semble que la Cour n'a pas véritablement tranché le problème de la prépondérance des lois de police à l'égard des règles de conflit d'origine conventionnelle. Les analyses divergentes des auteurs sur ce point témoignent de la difficulté d'interpréter la décision³³³. Il est possible de tout échafauder en se fondant sur

³³¹ Voir notamment : Batiffol et Lagarde, n°357, p.572 et s. ; Holleaux, Foyer, La Pradelle, n°587, p.291 ; L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes. (L'exemple du droit de la famille) », *Rev. crit.* 2001, 1 et s. et déjà Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi, op.cit.*, p.103.

³³² CIJ 28 novembre 1958, *affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, Pays-Bas contre Suède*, précité.

³³³ Voir notamment : P. Lalive, « Cours général de droit international privé. Tendances et méthodes en droit international privé », *RCADI* 1977, t. 155, p.1, spéc. p.128-129 ; F. Vischer, « General Course on Private International Law », *RCADI* 1992, t. 232, p.9, spéc. p.161 ; H. Eek, « Peremptory Norms and Private International Law », *RCADI* 1973, t. 139, p.1, spéc. p.41 et s. ; H. Batiffol et Ph. Francescakis, « L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Rev. crit.* 1959, 259 et s. ; A. E. Von Overbeck, « Essai sur la délimitation du domaine des conventions de droit international privé », in « *Ius et Lex* », *Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Basel 1959, p.303 et s.

elle. La seule certitude qui s'en dégage est son manque de clarté pour la question qui nous intéresse ; elle n'a donc pas résolu le problème sans contestation.

188. Pour essayer d'y apporter une réponse, il peut être intéressant de reprendre les arguments que nous avons utilisés pour justifier la possibilité de faire jouer l'exception d'ordre public international en cas de silence de la convention internationale. Le bien-fondé d'une telle approche repose notamment sur la proximité que nous avons pu relever entre les deux notions. La stabilité constatée pour l'exception d'ordre public international et le caractère incontestable de son intervention pourraient alors être également de mise pour les lois de police du for (2).

Cela peut s'avérer d'autant plus nécessaire qu'une comparaison avec les règles matérielles de droit international privé ne tourne pas forcément en faveur de l'applicabilité des lois de police, en cas de silence de la Convention (1).

1) La comparaison avec le régime des règles matérielles de droit international privé.

189. Les règles matérielles de droit international privé sont des normes qui sont spécialement conçues pour régir les relations internationales. Elles ont de plus la caractéristique de donner directement une solution au fond et donc de ne pas désigner une règle étatique destinée à régir le rapport juridique en cause³³⁴. Elles constituent ainsi un mécanisme dérogatoire aux normes bilatérales classiques. En effet, si le for a recours sur un point précis à une règle matérielle qu'il a édictée, il déroge par la même à la solution conflictuelle habituelle, la *lex causae* n'étant pas appliquée.

190. Très fréquemment, les conventions internationales sont muettes quant au sort à réserver à de telles règles. Tel est notamment le cas pour la Convention de Rome du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles. La question se pose alors de savoir si leur intervention reste possible³³⁵.

Il peut alors être intéressant de se pencher sur les analyses qui ont été faites de cette situation, afin de voir si des leçons peuvent en être tirées pour les lois de police du for³³⁶.

191. Selon certains auteurs, si les règles matérielles de droit international privé antérieurement dégagées ne sont pas réservées par une convention internationale nouvelle, les questions qu'elles régissaient doivent logiquement réintégrer le terrain classique du conflit de lois. Une telle analyse est faite par MM. Ancel et Lequette pour la règle matérielle dite des Messageries Maritimes consacrant la licéité des clauses monétaires dans

³³⁴ Voir *infra* n°632 et s.

³³⁵ Posant la question : H. Synvet, « Les lois de police applicables aux opérations bancaires » in *La Convention de Rome. Un nouveau droit international privé des contrats. Application aux opérations bancaires, Banque et droit*, n°hors-série, juin 1993, p.15, spéc. p.16.

³³⁶ Pour un rapprochement entre les règles matérielles et les lois de police à propos de cette question, voir H. Synvet, « Les lois de police applicables aux opérations bancaires », article précité, qui envisage « l'assimilation de la règle matérielle de droit international privé à une disposition impérative au sens de l'article 7 [de la Convention de Rome] » tout en estimant que « cela est concevable, mais ne va pas de soi ».

les contrats internationaux³³⁷, suite à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome³³⁸. Le raisonnement suivi pour arriver à une telle conclusion est le suivant. Les règles matérielles de droit international privé ne se suffisent pas à elles-mêmes, elles nécessitent l'intervention d'une règle de rattachement, même si celle-ci est très rudimentaire et commande l'application « automatique » de la règle spécifique du for. Par la ratification de la convention, l'Etat a accepté des règles de conflit particulières. Ces dernières supplantent les règles de conflit nationales et notamment celles désignant les règles matérielles, qui se trouvent par conséquent exclues du jeu³³⁹.

192. Il est dès lors facile de transposer cette réflexion aux lois de police du for. Celles-ci s'appliquent également par l'intermédiaire d'une règle de conflit particulière, comme nous l'avons vu précédemment³⁴⁰. La logique conflictuelle qui leur est propre serait, elle aussi, évincée par les règles de conflit de la convention ne contenant pas de clause leur étant consacrée. La technique des lois de police devrait de ce fait être abandonnée, dans le champ d'application de la convention en cause. La conclusion semble sans appel, mais peut être fortement nuancée par une comparaison avec l'exception d'ordre public international.

2) La comparaison avec l'exception d'ordre public international.

193. La proximité au moins marginale entre l'exception d'ordre public international et les lois de police peut déjà être, à elle seule, un argument pour adopter le même régime pour les deux notions. Ainsi, l'exception d'ordre public international pouvant intervenir même en cas de silence de la convention, les lois de police devraient également jouer dans une telle situation³⁴¹.

Ce parallèle peut toutefois être remis en cause. Il est en effet beaucoup plus radical, en présence d'une convention internationale, d'appliquer directement la loi du for, sans même consulter la règle de conflit, que d'évincer une disposition désignée par la norme conventionnelle car elle porte atteinte aux conceptions fondamentales du for. Dans le cas des lois de police, l'accord international est heurté de front, *a priori*, alors que l'exception d'ordre public international semble davantage être un ultime recours, plus respectueux de la solution prévue par le traité. Faire intervenir une loi de police à l'encontre d'une convention internationale a pour effet « *de remettre en cause le processus même de désignation du droit applicable et de passer outre les dispositions mêmes de la convention* »³⁴². En

³³⁷ Civ. 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, *Rev. crit.* 1950, 609, n. Batiffol ; *D.* 1951, 749, n. Hamel ; *S.* 1952, 1, 1, n. J.-P. Niboyet ; *JCP* 1950, II, 5812, n. Lévy ; *GA* n°22.

³³⁸ Observations sous l'arrêt des *Messageries Maritimes*, *GA* n°22, § 15. Voir aussi *infra* n°647 et s.

³³⁹ Voir sur ce point, pour la Convention de Rome, M.-L. Niboyet, *Jcl Dr. Int.*, Fasc. 552-40 « Contrats internationaux, détermination du droit applicable, principes concurrents du principe d'autonomie », n°33 qui ne semble pourtant pas adhérer à cette solution.

³⁴⁰ Voir *supra* n°37 et s.

³⁴¹ En ce sens Simon-Depitre, débats sous la communication précitée de J.-C. Schultz, « Les lois de police étrangères », *TCFDIP* 1982-1984, p.39, spéc. p.60 ; V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises-Droit uniforme*, LGDJ 2000, n°48.

³⁴² L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », *Rev. crit.* 2001, 1, spéc. p.30. Voir aussi, du même auteur, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé (étude de droit international privé de la famille)*, préf. Y. Lequette, Paris, LGDJ, *Bibl. de droit privé*, t. 353, 2001, n°386 et s., p.284 et s.

d'autres termes, cela revient à aller à l'encontre de ce qui constitue son objet et son but. Au contraire, le recours à l'exception d'ordre public international ne remettrait pas en cause le mécanisme de désignation du droit applicable, « *n'intervenant que lorsque la règle de conflit conventionnelle a déjà déployé ses effets* »³⁴³. Il n'y aurait ainsi pas d'atteinte à l'objet et au but du traité.

Malgré tout, le parallèle nous semble possible ne serait-ce que parce que, pour certaines questions au moins, les deux mécanismes paraissent interchangeable. En cas d'impossibilité de faire intervenir les lois de police, l'exception d'ordre public international pourrait de toute façon prendre le relais, pour aboutir à un résultat finalement identique.

194. De même que pour l'exception d'ordre public international, le caractère fondamental des lois de police pour l'ordre juridique dont elles émanent peut être mis en exergue.

En premier lieu, il est possible de reprendre l'aspect pratique de l'argumentation. Comme pour l'exception d'ordre public international, il est difficile d'envisager qu'un ordre juridique puisse renoncer à l'application de règles qui sont absolument essentielles pour lui, pour l'organisation étatique, même en présence d'un accord international.

A nouveau, cela paraît concevable, en apparence, dans une convention bilatérale ou restreinte, s'il existe une proximité ou même une équivalence entre les législations des différents Etats parties. Mais là encore, les développements postérieurs, tant de la loi du for que des lois des autres Etats parties sont imprévisibles et peuvent remettre en cause les solutions valables au moment de la conclusion du traité.

La nécessité de préserver la faculté d'intervention du mécanisme semble donc à nouveau incontournable. De manière pratique, il est sinon impossible, au moins très inopportun, de ne pas permettre à un Etat d'appliquer ses propres lois de police. Cette solution, loin d'être un obstacle aux conventions internationales est au contraire favorable à leur développement et à leur pérennité, la conclusion étant sur ce point identique à celle faite pour l'exception d'ordre public international³⁴⁴. Mais il est bien évident que là encore un usage modéré doit être préconisé, afin de ne pas ruiner les solutions conflictuelles issues de la convention. Le pragmatisme va donc dans le sens d'une admission des lois de police, en cas de silence de l'accord international. Toutefois, cette seule nécessité ne saurait justifier cette opinion. Il convient de la renforcer par des arguments juridiques.

195. Ainsi, pour l'exception d'ordre public international, nous avons avancé l'argument selon lequel la ratification ne pouvait pas signifier la renonciation à des droits ayant valeur constitutionnelle.

Il semble que cet argument ne soit pas valable pour les lois de police. En effet, les droits fondamentaux sont essentiellement défendus par le jeu de l'exception d'ordre public international, qui trouve même là son terrain d'élection. Les lois de police concernent *a priori* des règles que l'on peut qualifier de plus contingentes. L'étude de la jurisprudence française confirme une telle analyse³⁴⁵.

Certes, il est possible d'objecter que la jurisprudence *Wagons-lits*³⁴⁶ ayant déterminé le champ d'application de la législation française relative aux comités d'entreprise met en œuvre le principe de participation des salariés à la détermination collective des conditions de travail et à la gestion des entreprises, proclamé par le Préambule de la Constitution de

³⁴³ L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille) », article précité, p.30.

³⁴⁴ Voir en ce sens Batiffol et Francescakis, « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », article précité, p.274.

³⁴⁵ Voir *supra* n°63 et s.

³⁴⁶ CE 29 juin 1973, précité note 105.

1946, qui fait partie du bloc de constitutionnalité³⁴⁷. Mais il semble que, si ce principe peut avoir valeur constitutionnelle, il n'en est pas de même de ce qui n'est qu'une de ses traductions concrètes, c'est-à-dire la législation sur les comités d'entreprises, qui n'est qu'une modalité, découlant d'un principe constitutionnel, sans bénéficier du même régime juridique.

Par ailleurs, le mécanisme des lois de police intervient dans de nombreuses hypothèses pour assurer la protection d'une partie faible, principe occupant une place très importante dans le droit contemporain. Toutefois, il ne semble pas avoir acquis, pour l'instant valeur constitutionnelle.

Ainsi, un tel argument paraît moins convaincant que pour l'exception d'ordre public international. Il est par conséquent plus difficilement utilisable.

196. La justification relative à l'existence d'un principe général de droit peut également être mise à l'épreuve à propos des lois de police.

Avant toute chose, il importe de se demander si la notion existe dans tous les systèmes, ou tout du moins, si elle est très largement répandue. Certaines hypothèses de consécration expresse des lois de police peuvent être trouvées dans des lois de droit international privé récentes.

Cela est le cas pour la loi suisse de droit international privé (art. 18)³⁴⁸, la loi italienne (art. 17)³⁴⁹, la loi vénézuélienne (art. 10)³⁵⁰, la loi tunisienne (art. 38)³⁵¹, la loi québécoise (art. 3076)³⁵², la loi de l'Ouzbékistan (art. 1165 du Code civil)³⁵³, ou la loi russe (art. 1192 du Code civil)³⁵⁴. En revanche, il n'y a pas de disposition générale relative aux lois de police au sein de la loi allemande de droit international privé du 25 juillet 1986³⁵⁵; un tel article n'est prévu que dans la partie traitant des contrats³⁵⁶.

Dans d'autres Etats, les lois de police sont apparues « spontanément », alors qu'aucun texte ne prévoyait expressément ce mécanisme, tout du moins tel qu'il est pratiqué aujourd'hui. La solution se rattache alors à une disposition qui n'était pas conçue pour cela, à l'origine. Outre la France et l'article 3 du Code civil, l'Espagne peut être citée. La réflexion se fonde, dans cet ordre juridique, sur l'article 8 § 1 du Code civil, très proche de notre article 3 et cela, selon un auteur espagnol, à l'insu du législateur³⁵⁷.

En Autriche, la loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé ne contient pas de clause générale relative aux lois de police³⁵⁸. La notion est tout de même apparue, les

³⁴⁷ Voir sur ce point en particulier, Cons. Const. 16 juillet 1971, décision n°71-44 DC, *Liberté d'association*, Rec. p.29.

³⁴⁸ Loi de droit international privé du 18 décembre 1987, *Rev. crit.* 1988, 409.

³⁴⁹ Loi de droit international privé du 31 mai 1995 et le commentaire A. Giardina, précités.

³⁵⁰ Loi du 6 août 1998 et le commentaire G. Parra-Aranguren, précités; T. De Maekelt, « Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht », précité.

³⁵¹ Loi du 27 novembre 1998 et le commentaire M. El Arbi Hachem, précités. ; voir aussi A. Mezghani, « Les innovations du code tunisien de droit international privé », précité.

³⁵² Loi de droit international privé du 18 décembre 1991, commentaires J.-G. Gastel et E. Groffier, précités.

³⁵³ Publié dans J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, *op.cit.*

³⁵⁴ Disposition issue de la loi fédérale du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie, précitée.

³⁵⁵ Loi de droit international privé du 25 juillet 1986, précitée.

³⁵⁶ Voir sur ce point : H.-J. Sonnenberger, « Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République Fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *Rev. crit.* 1987, 1 et s., spéc. p.9. Du même auteur, voir aussi, plus récemment, « Eingriffsrecht-Das trojanische Pferd im IPR oder notwendige Ergänzung », *IPRax* 2003, 104 et s.

³⁵⁷ J. L. Iglesias Buigues, « Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol », *Rev. crit.* 1976, 397, spéc. p.400-401.

³⁵⁸ *Rev. crit.* 1979,174, note introductive F. Schwind.

juges utilisant, pour justifier cette intervention, le paragraphe premier de la loi, proclamant le principe général de proximité³⁵⁹.

Dans les conventions internationales, l'article relatif aux lois de police est devenu, dans la plupart des hypothèses, une clause de style, comme nous l'avons déjà vu, ce qui peut témoigner d'une acceptation assez large de la notion³⁶⁰.

De plus, lorsqu'il y a discussion à son propos, ce qui a été le cas notamment lors des travaux relatifs à la Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, cela est dû au fait que dans certains systèmes, un résultat identique à celui résultant du jeu de l'application immédiate de la loi du for peut être obtenu grâce aux règles de conflit habituelles. Les lois de police sont donc inconnues et considérées comme superflues³⁶¹.

Deux conclusions radicalement opposées peuvent alors être tirées. Tout d'abord, la notion de loi de police peut être considérée comme n'étant pas suffisamment répandue pour accéder au statut de principe général de droit reconnu par les Nations civilisées. Mais il est également possible d'estimer que tous les systèmes connaissent un moyen d'appliquer la loi du for lorsqu'elle revêt une importance fondamentale. Ce qui est critiqué, ce n'est pas le résultat mais bien la manière d'y arriver.

Ainsi, la faculté de faire intervenir la *lex fori* dans de telles circonstances peut être considérée comme étant un principe général de droit reconnu par les Nations civilisées. Par conséquent, lorsqu'une convention est silencieuse quant au sort à réserver aux lois de police, un tel principe peut intervenir et répondre à la question de savoir s'il est acceptable de les appliquer par dérogation aux règles de conflit conventionnelles. Le principe général se transforme en véritable règle, en vertu de l'article 38 du statut de la Cour internationale de Justice.

Les lois de police n'en seraient qu'une manifestation, en cas d'utilisation de la méthode bilatérale, les règles de conflit classiques n'étant pas assez souples pour permettre, à elles seules, l'application de la loi du for, lorsque cette dernière apparaît comme étant fondamentale.

Ce principe signifierait que, lorsqu'une convention internationale utilise des règles de conflit bilatérales ou tout du moins rigides, la réserve des lois de police est toujours implicite.

197. Nous sommes en faveur de cette solution, qui est non seulement la plus opportune, sur le plan pratique, mais également celle qui semble correspondre à l'attitude des Etats. Pour s'en convaincre, il suffit de reprendre un exemple donné par M. Vischer³⁶². La Suisse est liée par la Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels. Cette dernière ne contient aucune disposition relative aux lois de police et rien n'est prévu, en particulier, en ce qui concerne la protection des consommateurs. Les règles de conflit de la Convention sont universelles, supplantant ainsi totalement le droit international privé commun. Pourtant, lors des travaux préparatoires de la loi suisse de droit international privé, il a toujours été considéré qu'il ne s'agissait pas d'un obstacle à l'adoption par le législateur suisse de règles protectrices des

³⁵⁹ OGH 19 novembre 1986, *IPRax* 1988, p.240 ; 27 avril 1989, *IPRax* 1991, 125 ; voir aussi les observations de G. Reichelt, « Zur Eingriffsnorm nach dem österreichischen IPRG », *IPRax* 1988, 251 et s. et « Zur Frage der Beachtlichkeit der Eingriffsnorm im internationalen Warenverkehr ohne Einfuhrgenehmigung », *IPRax* 1991, p.132 et s.

³⁶⁰ Voir *supra* n°162 et s.

³⁶¹ Voir ainsi le rapport A.E. Von Overbeck, n°157, disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye : <http://www.hcch.net/f/conventions/exp130f.html>

³⁶² F. Vischer, « General Course on Private International Law », précité, p.161-162.

consommateurs. Ce n'est pourtant qu'en 1980 qu'une telle possibilité a été admise par la Conférence de La Haye³⁶³.

Les juges suisses avaient auparavant adopté la même attitude, faisant prévaloir les lois de police du for lorsque le traité international ne prévoyait rien³⁶⁴.

En France aussi, alors même que la règle de conflit de principe est issue d'une convention internationale silencieuse quant au sort à réserver aux lois de police, la jurisprudence n'hésite pas à appliquer immédiatement la loi française³⁶⁵.

198. Il faut encore ajouter que la justification de l'intervention des lois de police à l'encontre d'une règle de conflit conventionnelle par un principe général de ce type permettrait de réfuter l'argument selon lequel une telle solution constituerait une violation de la hiérarchie des normes. Selon cette dernière, l'ordre international doit primer sur l'ordre interne. Admettre qu'une disposition interne, même fondamentale, puisse être appliquée de préférence à une règle figurant dans un traité international et ayant le même objet semble effectivement lui porter atteinte³⁶⁶.

Le fait qu'un principe général appartenant à l'ordre international soit susceptible d'expliquer le recours privilégié à la norme subordonnée permettrait d'échapper à cette critique.

Il peut ainsi être invoqué pour motiver la dérogation à une autre norme figurant au même niveau dans la hiérarchie. L'Etat, appliquant ses lois de police ou sa *lex fori* lorsqu'elle est fondamentale, respecte au final le droit international, même si la règle de conflit est écartée.

199. La possibilité de recourir aux lois de police du for en cas de silence d'une convention est donc théoriquement défendable, particulièrement opportune d'un point de vue pratique et correspond à l'attitude actuelle des Etats.

Elle est indiscutablement la plus souhaitable car les blocages qui ont eu lieu lorsque l'exclusion de l'exception d'ordre public international du champ de certaines conventions

³⁶³ « Déclaration et recommandation relatives au domaine de la convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », dont le texte est disponible sur le site www.hcch.net.

L'article 120 LDIP a ainsi été adopté. Il assure la protection des consommateurs selon un mode qui n'est pas exactement celui des lois de police, mais qui s'en rapproche tout de même beaucoup : « 1. Les contrats portant sur une prestation de consommation courante destinée à un usage personnel ou familial du consommateur et qui n'est pas en rapport avec l'activité professionnelle ou commerciale du consommateur sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle du consommateur :

a. si le fournisseur a reçu la commande dans cet Etat b. si la conclusion du contrat a été précédée dans cet Etat d'une offre ou d'une publicité et que le consommateur y a accompli les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou c. si le consommateur a été incité par son fournisseur à se rendre dans un Etat étranger aux fins d'y passer la commande.

2. L'élection de droit est exclue ».

Pour l'analyse d'une telle disposition en tant que clause spéciale de lois de police voir P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit.* 1991, 287, spéc. p.316 note 76 et note sous BGH 19 mars 1997, *Rev. crit.* 1998, 610, spéc. p.625 ; voir aussi J.-M. Jacquet, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Contrats*, n°200.

³⁶⁴ TF 2 mars 1973, *Schubert*, ATF 99 I b 35.

³⁶⁵ Voir ainsi Civ. 1^{ère} 25 juin 1991, *JDI* 1991, 975, n. H. Gaudemet-Tallon ; Crim. 4 novembre 1992, *D.* 1994, 11, n. F. Boulanger.

³⁶⁶ Pour un tel constat : L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes. (L'exemple du droit de la famille) », *Rev. crit.* 2001, 1 et s., spéc. p.25 et s. et pour le respect de la primauté de la règle conventionnelle, voir p.41. Voir aussi du même auteur, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé (étude de droit international privé de la famille)*, thèse précitée, n°386 et s., p.284 et s. Pour la même opinion, voir B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, op.cit.*, observations sous l'article 18, p.68, § 10.

internationales ou simplement sa limitation ont été envisagées doivent assurément servir de leçon et dicter l'attitude à adopter pour les lois de police du for.

De plus, admettre le jeu de l'exception d'ordre public international et non celui des lois de police en cas de silence de la convention, comme l'admet Mme Gannagé³⁶⁷, pourrait avoir des effets pervers. Il serait en effet tentant de recourir au mécanisme d'éviction pour faire intervenir la *lex fori* lorsque celle-ci apparaît comme étant fondamentale, alors que la technique des lois de police paraît la plus adaptée. Une véritable déformation risque alors de se produire. Cela est d'autant plus crédible que les cas d'intervention des deux notions ne sont pas clairement définis. Or, en arriver là n'est évidemment pas souhaitable car cela ne ferait qu'accentuer un flou déjà important et contribuerait à la confusion des méthodes.

* * *

Conclusion du chapitre :

200. Que peut-on conclure de tout cela ? Indiscutablement l'exception d'ordre public international et les lois de police existent et font partie du droit positif. Ce constat est vrai pour le droit international privé français. Il l'est aussi pour ce qui concerne les conventions internationales dans lesquelles leurs spécificités réciproques sont mises en valeur, en raison de la particularité de la règle de conflit conventionnelle, fruit d'un accord entre Etats.

Mais, de façon marginale, leur distinction n'est pas forcément évidente et leurs régimes font parfois l'objet d'une opposition doctrinale qui nous semble trop systématique et surtout en désaccord avec la pratique. Ces rapprochements ponctuels ne remettent pas en cause, à notre avis, l'autonomie des deux notions.

Toutefois, il est encore possible d'aller plus loin à propos de certains mécanismes particuliers qui confondent totalement la logique de l'exception d'ordre public international et des lois de police. De leur portée dépend ainsi la possibilité de remise en cause de la présentation classique.

³⁶⁷ L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes. (L'exemple du droit de la famille) », article précité.

Chapitre II-La possible remise en cause de la distinction classique entre l'exception d'ordre public international et les lois de police.

201. Il nous faut à nouveau préciser que nous ne souhaitons pas remettre en cause de façon générale la distinction entre l'exception d'ordre public international et lois de police, mais simplement faire évoluer quelque peu la présentation devenue classique, la rendre plus nuancée. Certains auteurs vont, quant à eux, beaucoup plus loin et estiment que la distinction n'existe pas, l'exception d'ordre public international pouvant suffire à expliquer le phénomène des lois de police³⁶⁸.

Sans les suivre dans leur argumentation, puisque nous venons de démontrer que les deux phénomènes ne pouvaient s'identifier l'un à l'autre et répondaient à des logiques différentes, il faut bien constater que de manière marginale mais réelle, dans le domaine général du droit international privé, certains mécanismes peuvent venir troubler les certitudes établies. Le rapprochement existe alors au niveau des techniques et des raisonnements mis en œuvre, mélangeant les logiques des deux notions. Pour autant, de tels procédés ne sont pas d'application générale mais peuvent être cantonnés assez strictement, leur impact sur la distinction entre exception d'ordre public international et lois de police devrait être assez minime (Section I). En revanche, dans le domaine particulier de l'arbitrage, la confusion semble être plus généralisée et ne pas être liée à l'intervention de mécanismes particuliers, un trouble pouvant en résulter dans cette matière (Section II).

Section I-La possible remise en cause de la distinction dans le domaine général du droit international privé.

202. Dans le domaine général du droit international privé, deux techniques peuvent être mises en avant. Il s'agit de l'ordre public social de protection et de l'ordre public international de proximité. Il est possible de les interpréter comme de véritables négations de la distinction classique entre exception d'ordre public international et lois de police. Mais, il semble que ces deux hypothèses ne doivent pas être mises sur un pied d'égalité. En effet, alors que l'ordre public social de protection ne joue que de manière somme toute assez limitée, ce qui diminuera son influence sur la remise en cause de la distinction (§ 1), la notion d'ordre public international de proximité est susceptible d'entraîner un trouble plus important, sa portée pouvant être plus grande. Une telle approche est même susceptible d'intervenir systématiquement, en cas de réflexion quant à la contrariété d'une norme étrangère à l'ordre public international (§ 2).

³⁶⁸ Sur ce point voir notamment de manière récente K. Siehr, « "False Conflicts", "lois d'application immédiate" und andere "Neuentdeckungen" im IPR », *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p.443 et s. et *Internationales Privatrecht, Deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, *op.cit.*, p.485 et s. ; B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, *op.cit.*, observations sous l'article 18, p.64 et s. ; P. North et J. J. Fawcett, *Private International Law*, *op.cit.*, p.582-583.

§ 1-L'équivoque de la notion d'ordre public social de protection.

203. L'ordre public social de protection est une notion tout à fait particulière qui mêle la logique de l'ordre public international et des lois de police et peut, dans cette mesure, s'apparenter à une négation de la distinction classique entre ces deux mécanismes. Il faut donc, dans un premier temps, la décrire (A), avant de voir, dans un second temps, son hybridité (B).

A-La notion actuelle d'ordre public social de protection.

204. Deux éléments nous semblent importants. Tout d'abord, il faut essayer de définir ce mécanisme (1) puis voir quelle est sa place dans le droit international privé actuel (2).

1) La définition de l'ordre public social de protection.

205. L'ordre public social de protection est une notion connue et familière en droit interne. Il s'agit d'un mécanisme permettant de fixer par voie législative ou réglementaire, un plancher, une limite minimale afin d'assurer la protection d'une personne ou d'une catégorie de personnes, ce minimum pouvant être amélioré par d'autres sources mais ne pouvant, en aucun cas, être remis en cause par ces dernières.

L'exemple le plus évident concerne le droit du travail. Dans ce domaine, la loi et le règlement fixent un certain nombre de normes garantissant des avantages minimaux aux salariés, qui ne peuvent être supprimés ou réduits par la négociation, mais seulement accrus par cette voie. L'article L. 132-4 du Code du travail est significatif : « *La convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements* »³⁶⁹.

L'ordre public est relatif puisqu'il est favorable aux salariés, qui ne peuvent voir leur situation se dégrader par le jeu de conventions ou d'accords collectifs. Il en va d'ailleurs de même pour le contrat de travail. L'idée dominante est qu'en cas de concours de sources applicables il y a lieu de faire prévaloir la plus favorable aux salariés³⁷⁰.

206. Il est alors tentant de transposer cette analyse au niveau international. La démarche consiste à fixer un seuil minimal, que les dispositions désignées par la règle de conflit ne peuvent qu'améliorer mais qui ne peut ainsi être remis en cause.

³⁶⁹ Voir également l'article L. 135-2 du Code du travail ainsi que CE 8 juillet 1994, *CGT, Rec. Lebon* p.356.

³⁷⁰ Sur la notion en droit du travail, voir par exemple, G. Couturier, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1978, p.113 et s.

Ce système est évidemment intéressant pour la protection des parties faibles à un contrat, afin de limiter les abus liés à la possibilité pour les contractants de choisir la loi appelée à régir leur relation contractuelle. De fait, une loi est imposée par la partie forte à la partie faible. Cela est vrai pour les contrats de travail bien sûr³⁷¹, mais également, pour les contrats de consommation.

Dans de telles hypothèses, l'ordre public social de protection permet de prévoir un « plancher », un minimum indérogeable, qu'un choix de loi ne peut en aucun cas remettre en cause. La volonté des parties peut être exprimée mais elle est strictement encadrée, pour que la plus faible n'en souffre pas, mais puisse, au contraire, le cas échéant, en profiter. Il y a donc un phénomène de concours de sources applicables à une relation, avec l'idée dominante qui est d'appliquer la plus favorable à la personne que l'on souhaite protéger. Le raisonnement est le même qu'en droit interne, la comparaison étant simplement à faire, au niveau international, entre des normes émanant d'Etats différents.

L'analyse paraît séduisante. Mais alors qu'elle est connue, maîtrisée et très pratiquée au niveau interne, elle semble assez méconnue et peu analysée au niveau international³⁷². Pourtant, depuis quelques temps elle fait l'objet d'une consécration non-équivoque, de diverses manières.

2) La consécration de la notion d'ordre public social de protection au niveau international.

207. En premier lieu, la jurisprudence française et notamment la Cour de cassation a consacré le mécanisme de l'ordre public international social de protection concernant la loi applicable au contrat de travail international. Une telle conclusion peut être tirée de la combinaison de deux arrêts de la Chambre sociale, le premier du 25 mai 1977, le second du 31 mars 1978³⁷³.

De ces décisions, il ressort que la loi normalement applicable aux rapports individuels de travail est la loi du lieu d'exécution du travail, sauf dispositions plus favorables issues de la loi choisie par les parties. L'idée d'un minimum, d'un plancher, fixé par la loi du pays où s'exécute le travail est ainsi présente. Il peut être amélioré par la loi désignée par les parties pour régir leur contrat. L'autonomie de la volonté n'est pas exclue du mécanisme mais est étroitement encadrée, le choix de la loi ne pouvant nuire au salarié. Le conflit entre deux lois en concours est résolu par l'application de la « *lex favoris* » pour le travailleur.

Les conséquences les plus redoutées de la liberté des parties sont donc ainsi évitées dans cette situation. Un choix de loi peut certes être imposé au travailleur, mais à condition de ne pas lui nuire au fond, ses effets étant dès lors acceptables.

208. En deuxième lieu, au sein de la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991 et applicable à

³⁷¹ Voir ainsi G. Lyon-Caen, *Les relations de travail internationales*, Paris, Editions Liaisons, 1991, n°35 et s., p.24 et s.

³⁷² Voir toutefois F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflit de lois)*, thèse précitée, n°393 et s., p.374 et s.

³⁷³ Soc. 25 mai 1977, *Monfort* et 31 mars 1978, *Société Royal Air Maroc*, *Rev. crit.* 1978, 701, n. A. Lyon-Caen.

tous les contrats conclus postérieurement à cette date, le contrat de travail bénéficie d'un régime très proche de celui consacré par la jurisprudence française. L'article 6 dispose que :

« 1. Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.

2. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi :

a) Par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou

b) Si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur,

à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat de travail présente des liens plus étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable ».

La règle principale issue de cet article est donc l'application de la loi du lieu d'accomplissement du travail, mais les parties ont la possibilité de choisir une loi autre que cette dernière, qui ne pourra produire effet que si elle est plus favorable au travailleur que la loi objectivement applicable ou au moins qu'elle ne lui nuit pas³⁷⁴.

Ainsi, l'idée d'un plancher pouvant être amélioré, le cas échéant, par une loi tierce déterminée par la volonté des parties est à nouveau présente. Le travailleur est protégé contre les risques de l'autonomie de la volonté grâce à ce texte mettant en œuvre la technique de l'ordre public social de protection.

Un dispositif très proche est également prévu pour les contrats conclus par les consommateurs au sein de la même Convention, dans l'article 5 § 2 :

« Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle (...) ».

A nouveau, le principe d'autonomie de la volonté n'est pas écarté mais seulement étroitement encadré, afin qu'il ne puisse nuire au consommateur qui, malgré un éventuel choix de loi, doit toujours pouvoir bénéficier, au minimum, de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui lui est le plus accessible, c'est-à-dire la loi du pays dans lequel il réside habituellement.

Le mécanisme de l'ordre public social de protection se retrouve donc dans cette hypothèse, puisqu'en cas de concours entre deux lois (la loi de la résidence habituelle du

³⁷⁴ Voir en ce sens H. Gaudemet-Tallon, *Jcl Europe*, Fasc. 3201 « Convention de Rome du 19 juin 1980, détermination de la loi applicable, domaine de la loi applicable », n°64.

consommateur et la loi choisie par les parties), la plus avantageuse pour le consommateur sera appliquée.

209. Le droit communautaire dérivé peut également conduire les Etats membres de l'Union à adopter cette technique. L'article L. 121-75 du Code de la consommation français, relatif au contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé, issu de la loi n° 98-566 transposant la directive 94/47/CE, en témoigne³⁷⁵. Selon cette disposition,

« Lorsque le bien ou l'un des biens n'est pas situé sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne, le consommateur qui a sa résidence habituelle dans un Etat membre de la Communauté européenne ne peut être privé, quelle que soit la loi applicable, de la protection que lui assurent les dispositions impératives prises par cet Etat en application de la directive 94/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 octobre 1994, précitée :

- si le contrat a été conclu dans l'Etat du lieu de résidence habituelle du consommateur ;
- si le contrat a été précédé dans cet Etat d'une offre spécialement faite ou d'une publicité et des actes accomplis par le consommateur nécessaires à la conclusion dudit contrat ;
- si le contrat a été conclu dans un Etat où le consommateur s'est rendu à la suite d'une proposition de voyage ou de séjour faite, directement ou indirectement, par le professionnel pour l'inciter à contracter ».

La méthode est proche de celle consacrée par la Convention de Rome. Les règles contenues dans la directive en cause constituent un seuil indérogeable. Toutefois, un pas supplémentaire est franchi. En effet, le consommateur peut bénéficier d'une protection alors même que la loi normalement applicable est déterminée objectivement et ne résulte pas d'un choix effectué par les parties.

210. En dernier lieu, certaines lois nationales de droit international privé consacrent expressément le mécanisme de l'ordre public social de protection.

A cet égard, peut être citée tout d'abord, la loi autrichienne de droit international privé qui, avant même la conclusion de la Convention de Rome, avait instauré de telles solutions à la fois pour les contrats conclus par des consommateurs (§ 41), pour les contrats portant sur l'exploitation de biens immeubles (§ 42) et pour les contrats de travail (§ 44)³⁷⁶. Dans ces hypothèses, un choix de loi par les parties n'est certes pas interdit, mais ne sera pas suivi d'effets s'il se révèle désavantageux pour le consommateur, le locataire ou pour le salarié³⁷⁷.

La loi québécoise de droit international privé a suivi la même voie, pour deux types de contrats, dans les articles 3117 (contrat de consommation) et 3118 (contrat de travail), le choix de la loi étant étroitement encadré dans chacune de ces hypothèses et ne pouvant

³⁷⁵ JO 9 juillet 1998, p.10486.

³⁷⁶ Loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé, *Rev. crit.* 1979, 174, note introductive F. Schwind, p.174.

³⁷⁷ Il est aussi possible de citer l'article 48 de la loi de droit international privé adoptée par le Liechtenstein le 19 septembre 1996 (*Rev. crit.* 1997, 859, n. P. Lagarde) relatif au contrat de travail, identique à la disposition autrichienne en la matière.

porter atteinte à la protection assurée à la partie protégée par la loi objectivement applicable³⁷⁸.

211. Par conséquent, le droit international privé comporte des traces importantes et significatives de la pénétration en son sein de la logique de l'ordre public social de protection.

Mais dans notre optique, il est important de constater, avant tout, que cette notion d'ordre public social, transposée au niveau international, présente une profonde hybridité, mélangeant les logiques de l'exception d'ordre public international et des lois de police.

B-Le caractère hybride de l'ordre public social international de protection.

212. L'ordre public social international de protection est une notion faisant se rencontrer l'exception d'ordre public international et les lois de police. Sur ce point, il ne paraît pas possible de les différencier. En effet, certaines caractéristiques des lois de police (1) et d'autres de l'exception d'ordre public international (2) peuvent être retrouvées.

Mais, malgré tout, cela nous semble être une hypothèse limitée, ne pouvant pas remettre en cause la distinction plus générale entre les deux notions.

1) L'interférence de la logique des lois de police.

213. Il faut tout d'abord relever un élément important, qui est celui de la coïncidence matérielle entre la notion d'ordre public international social de protection et celle de lois de police. Nous avons vu auparavant que la protection de la partie faible était un domaine dans lequel les lois de police pouvaient intervenir, selon la doctrine, ce qui a été confirmé par le législateur et par la jurisprudence³⁷⁹.

Or, il s'agit également du terrain d'élection de la notion d'ordre public social de protection. Il y a donc là une coïncidence voire une interférence qu'il faut relever, l'ordre public social de protection pouvant même supplanter les lois de police dans une telle matière.

Il est alors peu étonnant de retrouver une logique proche pour les deux mécanismes.

214. Cette logique se manifeste, en premier lieu, par l'approche unilatéraliste caractérisant l'ordre public social de protection³⁸⁰.

Ce dernier traduit, en effet, la volonté d'arriver à une solution minimale dans un champ d'application déterminé. Par exemple, la volonté de l'ordre juridique français est de voir s'appliquer à tous les travailleurs exécutant leur travail en France le minimum que constitue

³⁷⁸ Loi du 18 décembre 1991, *Rev. crit.* 1992, 574, commentaire E. Groffier, p.584 ; *JDI* 1992, 625, commentaire J.-G. Gastel.

³⁷⁹ Voir *supra* n°58, 64 et 67.

³⁸⁰ En ce sens voir F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflit de lois)*, thèse précitée, n°417.

dans cette situation la protection assurée par les dispositions françaises. Une telle affirmation peut surprendre, étant donné le caractère bilatéral des règles de conflit en la matière, mais un bref retour aux sources peut l'expliquer.

A l'origine des solutions actuelles en droit du travail, se trouvent de nombreuses décisions se fondant sur le caractère de police des dispositions françaises dans ce domaine, utilisant un rattachement territorial, c'est-à-dire considérant que les dispositions françaises devaient s'appliquer à tout travail exécuté en France³⁸¹.

Par la suite, la technique de l'ordre public social de protection est apparue au niveau international, mais ce raisonnement n'a pas modifié en profondeur la revendication territoriale des règles françaises, simplement au lieu d'être des normes incontournables, elles deviennent de simples solutions minimales pour les contrats de travail exécutés en France. L'arrêt précité du 25 mai 1977 est significatif à cet égard. Il affirme notamment que « les dispositions d'ordre public protectrices des travailleurs de la loi française, étaient applicables » car le lieu d'exécution du contrat de travail avait été la France. L'arrêt considère de plus qu'il n'y avait pas choix de loi par les parties, en l'occurrence.

Cette proposition se combine avec la consécration du mécanisme de l'ordre public social par l'arrêt précité du 31 mars 1978, dans lequel la Chambre sociale affirme qu'il est possible de se référer à une loi choisie par les parties au contrat de travail, dans la mesure où celle-ci est plus avantageuse pour le salarié que la loi du lieu d'exécution du contrat. Cela n'enlève rien à la valeur de la première affirmation, l'ordre juridique français réclamant toujours l'application de ses dispositions aux contrats exécutés en France, mais seulement à titre de minimum.

La forme bilatérale de la règle de conflit, notamment dans l'article 6 de la Convention de Rome ne doit pas non plus induire en erreur. Cette solution n'est en effet due qu'à un accord très large sur l'application au contrat de travail des normes du lieu de son exécution³⁸². Une telle analyse a prévalu dans de nombreux ordres juridiques ce qui a permis et facilité l'adoption d'une règle de conflit bilatérale. Mais son véritable fondement est bien la volonté de la plupart des Etats de voir s'appliquer leur loi pour les contrats exécutés sur leur territoire, approche unilatérale.

Une preuve de cette évolution peut être trouvée dans deux décisions belges, la première de la Cour de cassation, dans laquelle la Convention de Rome n'était pas applicable, la seconde de la Cour d'appel de Bruxelles, dans laquelle cette même Convention était applicable³⁸³.

Dans la première affaire, une règle belge, protectrice de la rémunération du travailleur a été appliquée par les juges, qui se fondent pour cela sur la théorie des lois de police ; selon la Cour, « elle est applicable au travailleur qui effectue habituellement son travail en Belgique ». Il s'agit là d'une jurisprudence constante, datant d'un arrêt de 1975³⁸⁴.

Dans la seconde affaire, les juges appliquent également des dispositions belges protectrices du travailleur, mais cette fois en vertu de l'article 6 § 1 de la Convention de Rome, sans aucune référence à la théorie des lois de police. Il est clair pourtant qu'avant l'entrée en vigueur de la Convention, de telles règles auraient été qualifiées ainsi. Elles sont appliquées également, le résultat est le même, mais le fondement juridique est différent.

³⁸¹ Sur ce point voir *infra* n°552 et s. et V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux. Etude critique des méthodes*, thèse précitée, n°607 et s.

³⁸² Voir pour un tel constat le rapport Giulano-Lagarde, « Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.O.C.E.* n°C 282 du 31 octobre 1980, p.26.

³⁸³ Cour de cassation belge 4 décembre 1989, *Heide c. Exxon Chemical International Inc.*, *Pas.* 1990, I, n°215 et Cour d'appel de Bruxelles 4 avril 1990, rapportée avec la première décision par A. Nuyts, *JDI* 1996, 192.

³⁸⁴ Cour de cassation belge 25 juin 1975, *Taylor c. s.a. « Vendo International »*, *Pas.* 1975, I, p.1038, commenté par G. Van Hecke et F. Rigaux, *RCJB* 1976, 266.

Pour autant, l'objectif de l'ordre juridique belge reste le même dans les deux hypothèses : assurer l'application des solutions belges à tout travail exécuté en Belgique, à titre de protection minimale. Dans le premier cas, cela se fait par une approche unilatéraliste. Dans le second cas, l'approche est bilatéraliste, mais n'en conserve pas moins les mêmes fondements.

215. La logique des lois de police se retrouve aussi dans le fait que, par le jeu de l'ordre public social international de protection, il est possible d'échapper dans une large mesure à l'aléa conflictuel. L'ordre juridique concerné peut acquérir des certitudes, la règle de conflit habituelle étant cantonnée à un rôle secondaire ; le trouble qu'elle est classiquement susceptible d'apporter en raison de l'ignorance du contenu de la loi compétente au moment de sa désignation est canalisé.

Ainsi, pour les contrats conclus par les consommateurs, dès lors que l'on se trouve dans une des hypothèses prévues par l'article 5 § 1 et 2 de la Convention de Rome, il est certain qu'un consommateur ayant sa résidence habituelle en France bénéficiera, au moins, de la protection que lui assurent les dispositions françaises en la matière, quel que soit le contenu de la loi étrangère éventuellement désignée par une clause contractuelle. Cela est acquis, avant même la consultation de la règle de conflit classique, un véritable raisonnement préconflictuel, très proche de celui existant pour les lois de police, pouvant être mis en évidence.

La règle de conflit n'interviendra que de manière médiate et ne pourra que se greffer sur les fondements incontournables déterminés par le jeu de l'ordre public social international de protection. Par conséquent, comme pour les lois de police, la règle de conflit n'est plus au premier plan, cédant la place à une autre méthode.

216. L'ordre public social de protection s'apparente donc nettement aux lois de police, ce qui n'est pas étonnant puisqu'il y puise ses racines et peut apparaître comme n'étant qu'un perfectionnement de cette technique. Pourtant, l'identification entre les deux mécanismes n'est pas totale, certaines divergences fondamentales pouvant être mises en évidence.

Tout d'abord, il faut remarquer que les lois de police expriment la seule solution admissible par un ordre juridique à propos d'une question précise. Cet ordre ne peut s'accommoder d'un autre résultat, aucune variation n'étant dès lors envisageable, dans le champ d'application revendiqué par cette loi de police. La consultation de la règle de conflit est alors et dans cette mesure, totalement superflue. La loi de police est une règle exprimant un certain équilibre, qu'il n'est pas possible de remettre en cause d'une quelconque manière. Il s'agit de sa définition même. Il n'est pas besoin de s'étendre davantage sur ce point.

L'ordre public social de protection permet, au contraire, de conforter la prise de position adoptée par un ordre juridique. Ainsi, pour les contrats conclus par les consommateurs, le droit interne français a pris l'option de protéger la partie faible au contrat. En droit international privé, l'arsenal mis en place peut toutefois être renforcé par une loi étrangère, allant encore plus loin dans le même sens. Dans cette hypothèse, la règle française protectrice n'exprime pas un équilibre mais seulement une tendance. C'est ce qui justifie la consultation d'une règle de conflit.

Sur ce point, la divergence entre loi de police et ordre public social international de protection est donc double. D'une part, l'accommodation est possible dans un cas, alors qu'elle est totalement impossible dans l'autre, les définitions des deux notions en témoignant de façon indiscutable. D'autre part, pour l'un des mécanismes, la règle de conflit doit être consultée, afin de voir si la situation de la personne que l'on souhaite protéger peut être améliorée, alors que pour les lois de police, dès lors que les conditions

d'application, notamment spatiales sont remplies, le recours à la règle de conflit est selon la théorie classique exclu. Il y a donc une situation d'indérogeabilité relative contre une situation d'indérogeabilité absolue.

Ensuite, dans un domaine dans lequel l'ordre public social international de protection est utilisé, il est concevable qu'une loi de police intervienne et prenne ainsi le dessus sur ce mécanisme. Cela est possible puisqu'une règle de conflit est consultée en cas de jeu de l'ordre public social international de protection. Il ne s'agit donc pas, si cette solution est retenue de deux notions identiques, puisque l'on voit mal comment une loi de police française pourrait intervenir à l'encontre d'une autre loi de police française³⁸⁵.

L'ordre public social de protection est différent des lois de police, même si la parenté est étroite et que les raisonnements sont proches.

La conclusion semble pouvoir être la même pour l'exception d'ordre public international.

2) L'interférence de la logique de l'exception d'ordre public international.

217. L'ordre public social international de protection permet d'aller au-delà du seuil par lui fixé. A cette fin, une règle de conflit est consultée, désignant une loi autre que celle définissant le minimum incontournable. Si cette loi tierce ne donne pas satisfaction, si elle ne renforce pas la protection minimale, l'ordre public social international de protection va assurer son éviction, ce qui entraînera un retour aux seules dispositions minimales, initialement envisagées.

Le mécanisme est par conséquent très proche de celui de l'exception d'ordre public international « pure ». Il est même concevable d'y voir une simple illustration de la défense des politiques législatives, la norme minimale de protection étant, en l'occurrence, la règle défendue et la protection d'une catégorie de personnes étant bien une option politique, pouvant être défendue par le jeu de l'exception d'ordre public international.

218. Il est alors possible de penser qu'en définitive, le mécanisme de l'ordre public social de protection n'est qu'une illustration du principe général de l'exception d'ordre public international, ne méritant donc pas que l'on s'y attarde plus longuement, si ce n'est pour signaler qu'il s'agit d'une situation dans laquelle l'ordre public international est particulièrement exigeant, la règle protectrice étant une référence absolue, en-deçà de laquelle il n'est pas possible d'aller et ce en toute hypothèse. Une transgression quelconque de ce seuil suffit en principe à justifier l'éviction de la disposition moins avantageuse.

Mais il semble toutefois que certaines spécificités peuvent être dégagées, permettant de distinguer les deux notions.

Tout d'abord, il faut bien constater que dans le cas de l'ordre public social international de protection le mécanisme fait partie intégrante de la règle de conflit. Il ne s'agit plus seulement, comme dans l'hypothèse de l'exception d'ordre public international, d'une technique complémentaire, exceptionnelle et éventuelle mais bel et bien d'une composante à part entière de la règle de conflit permettant de consulter une loi tierce, autre que celle fixant le minimum en dessous duquel il n'est pas possible d'aller. Le mécanisme de l'ordre

³⁸⁵ Pour le jeu d'une loi de police en présence d'une règle utilisant la technique de l'ordre public social de protection voir *infra* n°586 et s.

public international devient par conséquent une sorte de principe et non un mécanisme n'intervenant qu'éventuellement, ce qui explique la rigidité que nous avons pu voir apparaître.

Une autre différence fondamentale existe entre l'exception d'ordre public international classique et l'ordre public social international de protection, tel qu'il est pratiqué à l'heure actuelle. Dans le cas où l'ordre public social de protection intervient, la *lex fori* peut, le cas échéant, être évincée. Imaginons un contrat de travail exécuté dans un pays dans lequel les règles applicables sont particulièrement protectrices des travailleurs. Le salarié et l'entreprise sont français, le contrat de travail contenant une clause désignant le droit français pour régir leur relation contractuelle.

Le juge français est saisi d'un litige concernant ce contrat. Pour déterminer la loi applicable, il va consulter l'article 6 de la Convention de Rome. Selon ce texte, un choix de loi par les parties ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions de la loi qui serait applicable en l'absence de choix, c'est-à-dire la loi du lieu d'exécution habituelle du travail. Si cette législation est plus favorable que la loi française choisie par les parties, cette dernière sera exclue, en vertu de l'ordre public social international de protection. Elle ne pourra donc pas être appliquée.

Or, un tel résultat semble totalement exclu pour l'exception d'ordre public international. Ce dernier mécanisme ne permet pas d'évincer une règle de l'ordre juridique du for, ne serait-ce que parce que ces règles servent de référence ou de standard lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la contrariété éventuelle d'une loi étrangère³⁸⁶.

Cette particularité de l'ordre public social de protection est due à deux facteurs. Tout d'abord, la norme servant de référence, fixant le minimum absolu n'est pas seulement et en toute hypothèse la règle du for, mais peut être une norme étrangère en raison de la structure bilatérale de la règle de conflit. Du fait de l'utilisation de cette méthode, un juge français peut être amené à défendre l'ordre public social d'un pays étranger, ce qui peut impliquer l'éviction de la loi de son propre for.

Ensuite, cette possibilité est également due au fait que l'ordre public social international de protection est destiné moins à la protection de l'ordre juridique du for qu'à celle d'une catégorie de personnes. Il peut arriver que ces individus, que l'on cherche à protéger, le soient plus efficacement par le jeu d'une disposition étrangère que par le droit du for qui est pourtant la *lex causae* et qui doit, de ce fait, être évincé.

Enfin, l'exception d'ordre public international peut venir se greffer sur ce mécanisme, ce qui montre la différence entre les deux phénomènes. Prenons l'exemple d'une loi étrangère fixant un seuil de référence et d'une autre loi étrangère ne respectant pas ce minimum. Cette dernière sera évincée au nom de l'ordre public social de protection. Mais si la première, bien que plus avantageuse que la seconde, détermine un niveau de protection ridiculement faible, elle pourra être évincée par l'intervention de l'exception d'ordre public international classique³⁸⁷. Les deux mécanismes ne se confondent par conséquent pas.

³⁸⁶ Sur le refus de l'éviction de la *lex fori* voir *infra* n°721.

³⁸⁷ Pour le jeu de l'exception d'ordre public international à l'encontre d'une loi fixant un seuil minimum, voir *infra* n°586 et s.

Conclusion du paragraphe :

219. La notion d'ordre public social international de protection peut donc être rattachée à l'exception d'ordre public international ou aux lois de police, si ces deux mécanismes sont entendus de façon large.

Néanmoins, il s'agit avant tout d'une notion autonome mélangeant les logiques de ces deux techniques, mais ne pouvant être raccrochée à l'un ou à l'autre.

Il est vrai que, dans cette mesure, elle peut être considérée comme une négation de la distinction générale entre l'exception d'ordre public international et les lois de police. Toutefois, l'ordre public social international de protection a une portée certes réelle mais limitée et ne semble pas pouvoir jouer en toute hypothèse. Le raisonnement est particulièrement adapté lorsqu'il s'agit de protéger une catégorie de personnes, mais ne l'est pas dans d'autres circonstances, notamment pour tout ce qui concerne la branche économique des lois de police, dont le but est d'assurer la direction de l'économie française ou en tout cas de la protéger. On peut ici penser aux règles relatives à la liberté de la concurrence ou à celles concernant les clauses d'indexation, qui ont pour but de lutter contre l'inflation.

Si confusion il y a, elle ne peut être que marginale, au moins pour l'instant. Il est vrai que si la notion devait s'étendre de façon plus considérable, le trouble pourrait alors devenir plus important. Mais étant pour l'heure confinée à la protection des parties faibles, cette méthode ne semble pas pouvoir semer un trouble au-delà de ce seul domaine.

La conclusion n'est pas forcément la même pour un autre mécanisme, celui de l'ordre public international de proximité.

§ 2-Le caractère hybride de la notion d'ordre public international de proximité.

220. Depuis une vingtaine d'années, l'ordre public international de proximité est une notion qui fait l'objet de nombreuses discussions en France³⁸⁸. Elle nous intéressera tout particulièrement ici puisqu'il a été affirmé qu'elle mélangeait la logique des lois de police et celle de l'exception d'ordre public international classique. Par conséquent, il faut nous pencher sur elle, pour vérifier son caractère hybride, qui nous semble certain (A).

Malgré cet élément pouvant obscurcir la distinction déjà délicate entre exception d'ordre public international et lois de police, l'ordre public international de proximité mérite d'être défendu, tout simplement parce qu'il s'agit d'un mécanisme présentant des avantages indéniables (B).

A-La notion d'ordre public international de proximité.

221. Malgré sa relative nouveauté en droit international privé français, l'ordre public international de proximité fait l'objet d'une définition claire, bénéficiant en cela des expériences étrangères, mais aussi d'applications expresses en jurisprudence (1). Le fait que cette notion emprunte à la fois à l'exception d'ordre public international et aux lois de police a également été mis en évidence avec la même netteté (2).

1) Définition et illustration de la notion d'ordre public international de proximité.

222. Les définitions qui ont été données sont nombreuses et souvent descriptives. Ainsi, l'ordre public international de proximité a été défini comme « *un ensemble de circonstances, appréciées au cas par cas, qui contribuent à rattacher au territoire du for une situation normalement régie par une loi étrangère, et à révéler ainsi l'atteinte à l'ordre public du for provoquée par l'application de cette loi étrangère* »³⁸⁹.

³⁸⁸ Malgré son apparition relativement récente en France, cette notion a été mise en évidence dès la fin du XIX^e siècle par Franz Kahn. Voir sur ce point, « Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetz) », *Jherings Jahrbucher* 1898, p.1, reproduit dans *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, Duncker & Humblot, München-Leipzig, tome 1, 1928, p.161 et s.

³⁸⁹ P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p.263, spéc. p.270.

Comme l'a suggéré un autre auteur, « *plus la situation se rapproche du for, et plus le contrôle exercé au nom de l'ordre public se fait exigeant ; inversement plus les liens avec le for se relâchent, et moins se font sentir les rigueurs de l'ordre public* »³⁹⁰.

Il y a donc par le jeu de cette notion, introduction dans le raisonnement qui a trait à l'exception d'ordre public international, de considérations spatiales et plus uniquement matérielles. La comparaison entre les exigences de l'ordre juridique du for et le résultat produit par l'application de la loi ou de la décision étrangère n'est plus seule prise en compte. L'ordre juridique du for sera plus ou moins tolérant selon que la situation est plus ou moins proche de sa sphère.

Par conséquent, la casuistique de l'exception d'ordre public international va se trouver encore renforcée, le raisonnement étant rendu plus complexe de ce fait. En effet, dans chaque hypothèse, cette donnée spatiale va devoir être appréciée, son importance étant décisive et influençant directement la réponse quant à l'applicabilité de la loi étrangère. Une situation éloignée du for peut être régie par une loi qui en cas de proximité plus importante, serait évincée en raison de sa contrariété avec l'ordre public international du for.

223. Cet aspect du raisonnement a fait une percée remarquable en droit international privé français depuis une vingtaine d'années, grâce à la jurisprudence, qui l'a pris expressément à son compte dans diverses espèces³⁹¹. Ainsi, pour ne s'intéresser qu'à la jurisprudence de la Cour de cassation, nécessairement la plus significative, certains arrêts emblématiques peuvent être cités.

Le premier, chronologiquement, est celui du 1^{er} avril 1981³⁹². Dans cette affaire était en cause la loi espagnole qui, à l'époque, ne permettait pas le divorce. Le couple concerné était composé d'un Espagnol domicilié en Espagne et d'une Française domiciliée en France. Le mari prétendait que la loi espagnole devait s'appliquer au litige. La Cour de cassation a écarté cet argument en considérant que « *la loi interne espagnole, qui était désignée en l'espèce par la règle de conflit espagnole, était prohibitive du divorce, il en résultait que cette loi était contraire à la conception française actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté, pour un Français domicilié en France de demander le divorce* ».

Les liens de la situation avec l'ordre juridique français sont donc nettement pris en compte dans l'analyse de la contrariété de la loi étrangère avec l'ordre public international français.

La décision prend davantage de relief par une comparaison avec certaines prises de position antérieures. Ainsi, dans un arrêt du 10 juillet 1979 la même formation a estimé, toujours à propos de la loi espagnole, « *que l'application de la loi étrangère qui ignore le divorce sans interdire tout moyen de mettre fin à la vie commune n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international* »³⁹³.

Pourtant les données de fait étaient quasiment identiques, une Française étant également en cause. Seul son domicile en France était discutable³⁹⁴. L'arrêt de 1981 est alors la première intervention positive de l'ordre public international de proximité. En effet, la décision de 1979 peut être analysée soit comme rejetant la théorie elle-même, ce sur quoi la Cour de

³⁹⁰ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé » in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1996, p.65, spéc. p.73.

³⁹¹ Il faut toutefois remarquer que l'arrêt *Fontaine* (Civ. 8 mars 1938, *Rev. crit.* 1938, 653, n. Batiffol ; *DP* 1939, I, 17, n. Nast ; *GA* n°17) est considéré par certains auteurs comme ayant déjà implicitement retenu une telle analyse (Voir Ancel et Lequette, *GA* n°17 § 7).

³⁹² Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1981, *JDI* 1981, 812, n. D. Alexandre.

³⁹³ Civ. 1^{ère} 10 juillet 1979, *Rev. crit.* 1980, 91, n. H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1980, 310, n. B. Audit.

³⁹⁴ Voir la note de B. Audit, p.315.

cassation revient deux ans plus tard, soit comme rejetant la contrariété à l'ordre public international de la loi espagnole, en raison du lien trop faible avec l'ordre juridique français³⁹⁵.

224. L'adoption de ce raisonnement a été confirmée par une deuxième décision du 6 juillet 1988, selon laquelle la conception française de l'ordre public international « *s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci* »³⁹⁶. La nationalité française de la première épouse est donc expressément prise en compte dans la réflexion relative à la contrariété à l'ordre public international. La décision peut être, à nouveau, mise en relief, la jurisprudence ayant admis certains effets d'une union polygamique, lorsque les liens avec l'ordre juridique français étaient moins forts, notamment lorsque la situation ne concernait que des personnes étrangères³⁹⁷.

225. Dans le même ordre d'idées, un troisième arrêt, du 10 février 1993, peut encore être cité. Était en cause la filiation d'une enfant française, ayant sa résidence habituelle en France, la mère étant tunisienne et résidant avec sa fille. L'arrêt contient deux affirmations fondamentales³⁹⁸. La première selon laquelle, « *les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international* ». La seconde selon laquelle « *il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France, du droit d'établir sa filiation ; que dans ce cas, cet ordre public s'oppose à l'application de la loi étrangère normalement compétente* ».

Par conséquent, il est possible de distinguer très nettement la variation des exigences de l'ordre public international français en la matière, selon que les liens entre la France et la situation sont forts ou non. Les liens avec la France révèlent l'atteinte à l'ordre public international et sont une composante de la contrariété elle-même.

Là encore, la portée de cette décision peut être mise en évidence en la confrontant à un arrêt antérieur de la même formation, du 3 novembre 1988³⁹⁹. Dans cette dernière affaire, il s'agissait également d'une action en recherche de paternité naturelle. La mère, algérienne au moment de la naissance de sa fille mais devenue française au cours de la procédure, cherchait à établir la filiation de cette dernière, de nationalité française. Le père présumé était, comme la mère et la fille, domicilié en France et apparemment français.

La Cour a considéré que la loi algérienne prohibant l'établissement de la filiation naturelle n'était pas contraire à la conception française de l'ordre public international « *dont la seule exigence est d'assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires* ». Pourtant, les liens avec l'ordre juridique français étaient particulièrement forts dans cette hypothèse, au moins autant que dans l'arrêt de 1993. Cela montre bien que ce dernier marque une évolution importante et consacre, dans le domaine de la filiation naturelle, la théorie de l'ordre public international de proximité.

³⁹⁵ Voir sur la question du divorce à la même période, Paris 11 juillet 1978, *Rev. crit.* 1979, 601, n. D. Alexandre et Civ. 1^{ère} 8 novembre 1977, *Rev. crit.* 1979, 395, n. Y. Loussouarn ; *JDI* 1978, 587, n. D. Alexandre.

³⁹⁶ Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988, *Baaziz*, *Rev. crit.* 1989, 71, n. Y. Lequette.

³⁹⁷ Voir notamment : Civ. 1^{ère} 3 janvier 1980, *Benddedouche*, *Rev. crit.* 1980, 331, n. Batiffol ; *JDI* 1980, 327, n. Simon-Depitre ; *D.* 1980, 549, n. E. Poisson-Drocourt ; *GA* n°61, concernant la succession d'un Algérien marié à deux de ses compatriotes.

³⁹⁸ Civ. 1^{ère} 10 février 1993, *Rev. crit.* 1993, 620, n. J. Foyer ; *JDI* 1994, 124, 1^{ère} espèce, n. I. Barrière-Brousse.

³⁹⁹ Civ. 1^{ère} 3 novembre 1988, *Rev. crit.* 1989, 495, n. J. Foyer ; *JDI* 1989, 703, n. F. Monéger.

226. Enfin, un tel raisonnement a également été retenu pour la question controversée des répudiations.

La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation y a tout d'abord eu recours en 2002, à propos d'une répudiation prononcée au Maroc⁴⁰⁰. L'ordre public international français intervient en raison de la nationalité du mari et du domicile des époux. Il s'agit bien d'un raisonnement proximiste.

La première chambre civile a suivi la même voie dans deux arrêts rendus le 17 février 2004⁴⁰¹. Des répudiations algériennes étaient cette fois en cause. Elles sont jugées contraire « *au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage reconnu par l'article 5 du protocole n°7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international réservé par l'article 1^{er} de la Convention franco-algérienne du 27 août 1964, dès lors que, comme en l'espèce, la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français* » (2^{ème} espèce). Les droits fondamentaux sont donc utilisés dans ces deux décisions et nourrissent un ordre public international qui varie en fonction des rattachements entretenus par la situation avec le for.

Par conséquent, la théorie de l'ordre public international de proximité est indubitablement retenue par la jurisprudence française. Toutefois, elle n'a été utilisée que par cette voie et non par le législateur, ce qui est pourtant une autre possibilité, par le jeu des clauses spéciales d'ordre public.

227. L'utilisation de telles clauses en droit international privé français a été préconisée⁴⁰², mais cela n'a pas encore été suivi d'effets.

Elles sont, en revanche, consacrées par certains droits étrangers. Selon M. Lagarde, ces clauses « *se caractérisent généralement par deux éléments : d'une part le seuil de tolérance de l'ordre juridique du for à la loi étrangère, c'est-à-dire le contenu de l'ordre public du for, d'autre part, le lien requis avec le for pour provoquer l'éviction de la loi étrangère, en d'autres termes l'*Inlandsbeziehung** »⁴⁰³.

Il y a ainsi une fixation de la position du for qui n'est plus soumise, dans ces hypothèses spécifiques, à l'analyse casuistique des juges.

Cette solution peut être illustrée par l'article 61 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé, selon lequel :

- « 1. Le divorce et la séparation de corps sont régis par le droit suisse.
2. Toutefois, lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse, leur droit national commun est applicable.
3. Lorsque le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extrêmement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse ».

⁴⁰⁰ Civ. 2^{ème} 14 mars 2002, *JDI* 2002, 1062, n. Ph. Kahn ; *JCP* 2002, II, 10095, n. H. Fulchiron ; *JCP* 2003, I, 107, obs. S. Poillot-Peruzzetto. Voir *infra* n°445.

⁴⁰¹ Civ. 1^{ère} 17 février 2004, *D.* 2004, 824, 1^{ère} et 2^{ème} espèces, concl. F. Cavarroc sur la 1^{ère} espèce. Voir aussi, P. Courbe, « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.* 2004, 815. Sur ces arrêts voir également *infra* n°445.

⁴⁰² Voir P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française. », article précité.

⁴⁰³ P. Lagarde, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Ordre public*, n°27.

Le mécanisme utilisé apparaît nettement. Il y a tout d'abord une possibilité d'appliquer un droit étranger dans une situation déterminée (§ 2), puis précision des exigences de l'ordre public international suisse (la possibilité d'obtenir la dissolution du lien matrimonial) mais aussi des liens exigés avec ce pays pour permettre l'application du droit suisse en lieu et place de la loi étrangère normalement compétente (nationalité suisse de l'un des époux ou résidence de l'un d'eux en Suisse depuis deux ans).

De nombreuses dispositions utilisant cette technique peuvent être citées (article 135 et 137 de la même loi, article 13 et 17 de la loi allemande de droit international privé, ...), ce qui n'exclut pas, dans ces pays, une utilisation plus générale de la notion d'ordre public international de proximité⁴⁰⁴.

228. L'ordre public international de proximité peut ainsi jouer de deux façons, mais quelle que soit la voie empruntée, le constat est le même : ce mécanisme est empreint d'une hybridité certaine.

2) Mise en évidence du caractère hybride de la technique.

229. En s'intéressant à l'ordre public international de proximité, il est légitime de penser au premier abord qu'il s'agit d'un cas d'utilisation de l'exception d'ordre public international. En effet, la règle de conflit a fonctionné, une disposition étrangère étant toujours au cœur du débat, la question à résoudre étant sa contrariété avec les exigences fondamentales du for. Il n'y a par conséquent pas d'application immédiate.

Ainsi, il est possible de reprendre le cas des clauses spéciales d'ordre public. Elles sont toujours le complément de règles de conflit permettant le recours à des normes étrangères, l'article 61 de la loi suisse étant, à cet égard, significatif. De même, dans les arrêts français de 1981 et 1993⁴⁰⁵, des règles de conflit ont été utilisées et ont désigné des lois étrangères.

La suite du raisonnement peut également être analysée en des termes très classiques. On retrouve l'éviction de la loi étrangère normalement compétente puis l'application de la *lex fori*, afin de combler la lacune ainsi créée. Les effets négatifs puis positifs de l'exception d'ordre public sont donc présents.

230. Pourtant, selon MM. Mayer et Heuzé, le phénomène de l'ordre public international de proximité « est en fait profondément différent de la classique exception d'ordre public international ». Selon eux, « *le mécanisme combine celui des règles d'application nécessaire et celui de l'exception d'ordre public* »⁴⁰⁶.

Dans le cas de l'ordre public international de proximité, le raisonnement est caractérisé par la revendication d'un certain champ d'application sinon d'une règle française, tout du moins d'une solution de cet ordre juridique, logique unilatéraliste, dérogeant à la règle de conflit classique et proche de celle des lois de police. Par exemple, dans l'hypothèse de

⁴⁰⁴ Voir ainsi BGH 14 octobre 1992, *BGHZ* 120, 29 ; *IPRax* 1994, 102 et TF suisse 30 septembre 1999, *ATF* 125 III 443. L'article 36 al. 3 de la loi tunisienne de droit international privé doit toutefois être cité. Il dispose que « l'exception de l'ordre public ne dépend pas de l'intensité du rapport entre l'ordre juridique tunisien et le litige ».

⁴⁰⁵ Voir *supra* n°223 et s.

⁴⁰⁶ Mayer et Heuzé, n°209-1, p.141-142 ; voir aussi K. Siehr, *Internationales Privatrecht, op.cit.*, p.487.

l'action en recherche de paternité naturelle, le système juridique français impose en toutes hypothèses, le droit, pour un enfant français ou résidant habituellement en France, d'établir sa filiation.

De plus, les formules retenues par la Cour de cassation, en cas d'utilisation de l'ordre public international de proximité, ressemblent souvent à s'y méprendre à de véritables lois de police.

En même temps, comme nous l'avons vu, la règle de conflit fonctionne effectivement et n'est pas exclue de manière aussi radicale qu'en ce qui concerne les lois de police « pures ». Si la loi étrangère désignée donne satisfaction et ne heurte pas le principe consacré, elle pourra s'appliquer. Le mécanisme est donc une sorte de filtre, permettant de délimiter un champ d'application au sein duquel le principe dégagé ne peut être remis en cause mais seulement conforté par les solutions étrangères.

Il s'agit donc d'une technique finalement assez proche de celle de l'ordre public social international de protection, un minimum étant fixé par l'ordre juridique du for, les lois étrangères ne pouvant pas revenir dessus.

Toutefois, les deux notions ne sont pas parfaitement identiques. En effet, l'ordre public international de proximité protège avant tout l'ordre juridique du for et non une catégorie de personnes. Il fait varier les exigences de l'ordre public international du for en fonction des risques qui sont effectivement encourus et ce en raison des liens que présente la situation avec lui. Il est vrai que le résultat concret produit par l'ordre public international de proximité peut être la protection d'une personne ou d'une catégorie de personnes (l'enfant français ou résidant habituellement en France, la première épouse française d'un homme polygame, ...) mais il ne s'agit pas, en principe, de l'objectif poursuivi. Certaines clauses spéciales d'ordre public témoignent bien de ce fait. Il est possible de citer en ce sens l'article 135 de la loi suisse de droit international privé, relatif à la responsabilité du fait des produits selon lequel :

« 1. Les prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies au choix du lésé :

- a. Par le droit de l'Etat dans lequel l'auteur a son établissement ou, à défaut d'établissement, sa résidence habituelle, ou*
- b. Par le droit de l'Etat dans lequel le produit a été acquis, sauf si l'auteur prouve que le produit a été commercialisé dans cet Etat sans son consentement.*

2. Si des prétentions fondées sur un défaut ou une description défectueuse d'un produit sont régies par le droit étranger, on ne peut en Suisse accorder d'autres indemnités que celles qui seraient allouées pour un tel dommage en vertu du droit suisse ».

Il n'y a donc pas protection d'une catégorie déterminée de personnes, suisse ou domiciliée dans ce pays par exemple, les personnes bénéficiant de cette clause pouvant répondre alternativement à l'un ou l'autre de ces critères. Mais il y a bel et bien une volonté d'éviter

le prononcé de condamnations pouvant sembler excessives, quelle que soit la qualité du défendeur⁴⁰⁷.

231. Malgré tout, de même que l'ordre public social international de protection, le mécanisme de l'ordre public international de proximité mélange les logiques des lois de police et de l'exception d'ordre public international.

Il faut toutefois préciser que ce caractère hybride ne semble pas devoir être général, l'ordre public international de proximité ne jouant pas, selon nous, dans toutes les hypothèses. Le terrain d'élection de la notion devrait être la défense des politiques législatives et la défense des principes qui constituent les fondements politiques et sociaux de la civilisation française.

En ce qui concerne les principes fondamentaux dits de « droit naturel », aucune variation n'est concevable, de tels principes devant prévaloir en toutes circonstances, leur violation étant choquante quels que soient les liens de la situation avec le for.

Le raisonnement relatif à la proximité intervient certes, mais uniquement pour affirmer qu'aucun rattachement avec le for n'est exigé. Ainsi, une situation d'esclavage doit être condamnée même si les attaches avec le for sont très ténues. Dans de telles hypothèses, la force du droit ou du principe suffit à elle seule à caractériser un lien avec l'ordre juridique français, qui ne peut être désintéressé par la question. La protection dont fait l'objet ce droit doit être générale, il ne peut y avoir acceptation d'une solution différente. Il est alors délicat de parler d'hybridité du raisonnement ou d'ordre public international de proximité, toute réflexion quant à ce dernier élément étant exclue.

En revanche, si le droit ou le principe à protéger sont plus spécifiques à l'ordre juridique français, les liens avec la France sont à mettre davantage en évidence, puisqu'il est admis que d'autres options sont envisageables et légitimes. Dans ces cas là, l'objectif est avant tout de protéger l'ordre juridique du for dans les situations qui lui sont proches. Mais il serait illégitime de condamner une politique divergente, pour un rapport n'ayant pas de liens très importants avec la France et donc ne l'affectant pas de manière substantielle.

La différence entre les deux hypothèses peut être illustrée par la question de la filiation naturelle. Deux principes peuvent être tirés de la jurisprudence intervenue dans ce domaine. Le premier joue en toutes circonstances, même en l'absence de liens substantiels avec le for : la loi étrangère normalement compétente peut prohiber l'établissement de la filiation naturelle, mais elle doit toujours assurer à l'enfant les subsides qui lui sont nécessaires⁴⁰⁸. Il y a ainsi une volonté de ne pas priver un enfant des ressources qui paraissent indispensables.

Le second principe est appelé à intervenir quand les liens avec le for sont particulièrement intenses, c'est-à-dire, selon la jurisprudence, lorsque l'enfant est français ou réside habituellement en France. Dans ce cas là, une loi étrangère ayant pour effet de le priver du droit d'établir sa filiation sera évincée, même si elle offre, par ailleurs, les subsides nécessaires à l'enfant⁴⁰⁹.

La différence est donc nette entre un principe jouant systématiquement étant donné son caractère fondamental, ne tolérant pas d'approche différente et un principe n'intervenant qu'en vertu de l'ordre public international de proximité, correspondant à une certaine

⁴⁰⁷ A noter dans cette hypothèse que le lien exigé est caractérisé par la compétence du tribunal suisse. Il faut par conséquent se reporter aux dispositions en la matière (article 129 LDIP).

⁴⁰⁸ En ce sens, Civ. 1^{ère} 3 novembre 1988, précité note 399.

⁴⁰⁹ En ce sens, Civ. 1^{ère} 10 février 1993, précité note 398.

politique législative, d'autres voies, semblant alors admissibles, lorsque l'ordre juridique français n'est pas affecté de manière substantielle.

Dans le premier cas, la réflexion quant au champ d'application du principe n'est pas nécessaire, les liens de la situation avec l'ordre juridique français étant indifférents, dans le second cas, la proximité de la situation avec le for va être un élément déterminant dans l'analyse de la contrariété de la loi normalement compétente.

Ainsi, l'ordre public international de proximité ne semble pas devoir être un raisonnement de principe jouant en toute hypothèse, son terrain d'élection pouvant être limité de la sorte.

232. Néanmoins, lorsqu'elle intervient, cette notion peut semer le trouble et rendre la distinction entre exception d'ordre public international et lois de police encore plus délicate, en permettant une sorte de fongibilité qui était déjà latente pour la défense des politiques législatives essentiellement.

Le raisonnement s'il relève formellement de l'exception d'ordre public international est très proche de celui suivi pour les lois de police. Par conséquent, dans notre optique, cette technique peut, dans une certaine mesure, s'apparenter à une véritable négation de la distinction entre l'exception d'ordre public international et les lois de police et être à cet égard critiquable, assimilant deux mécanismes qu'il convient, comme nous l'avons vu plus haut, de distinguer.

Cela implique que l'ordre public international de proximité se doit de reposer sur des fondements particulièrement solides permettant de le justifier et de le défendre.

B-La défense de la notion d'ordre public international de proximité.

233. Pour défendre ce mécanisme, il est possible de constater qu'en l'état actuel des choses, le droit international privé français ne peut s'en passer, en raison des rôles qu'il assume (1). De plus, si l'ordre public international de proximité est susceptible d'être nuisible quant à la distinction entre l'exception d'ordre public international et les lois de police, il présente malgré tout des avantages intéressants, dans une optique plus large (2).

1) L'ordre public international de proximité : une notion indispensable.

234. En se penchant sur la notion d'ordre public international de proximité, il est possible de considérer qu'elle remplit, en pratique, plusieurs rôles.

235. Dans certains cas, sa fonction est celle d'une véritable clause échappatoire, permettant l'application de la loi du for, lorsqu'elle est la plus proche de la situation, alors que la *lex causae* est, au contraire, assez éloignée. Elle exerce donc une action correctrice au niveau conflictuel, pour satisfaire le principe de proximité, afin de permettre l'application de la loi présentant les liens les plus significatifs avec la situation litigieuse. Etant donné le

subterfuge utilisé, il ne peut s'agir que de la *lex fori*, l'ordre public international ne pouvant entraîner, en l'état actuel des choses, que le recours à cette dernière.

Une telle approche est évidente dans certaines décisions. Peut être cité à cet égard le jugement du tribunal de grande instance de Paris du 23 avril 1979⁴¹⁰. Dans cette affaire, une mère algérienne résidant en France, agissait, au nom de son enfant français et résidant également en France, en recherche de paternité contre un défendeur lui aussi français.

La *lex causae*, désignée par l'article 311-14 du Code civil, était, en l'occurrence, la loi algérienne, ne permettant pas la recherche en justice de la paternité naturelle.

Le tribunal, dans son raisonnement, a d'abord pris soin de relever les éléments de rattachement avec la France puis s'est penché sur la contrariété à l'ordre public international, avant de conclure qu'il convenait « d'écarter l'application de la loi algérienne et d'y substituer celle de la loi française ».

Il s'agit d'une hypothèse se rapprochant d'une fonction correctrice du rattachement habituel, la loi française étant manifestement la plus proche en l'espèce, la loi algérienne n'étant concernée que de manière marginale. Il suffit de reprendre, pour s'en convaincre, les termes mêmes du jugement : « l'on ne peut s'empêcher d'observer qu'ainsi, à la faveur de la loi personnelle de la mère demanderesse, le défendeur, citoyen français, domicilié en France, serait en droit d'interdire à un enfant lui-même français et résidant en France, de faire reconnaître sa filiation par une juridiction française »⁴¹¹.

La même remarque pourrait être faite à propos de l'arrêt de la Cour de cassation, rendu dans le même domaine, le 10 février 1993, que nous avons déjà abordé⁴¹².

Toutefois, les considérations matérielles ne sont pas absentes, car si, en l'occurrence, les lois étrangères avaient permis l'action en recherche de paternité naturelle, elles n'auraient pas été évincées. Mais on ne fait que rejoindre les hésitations plus générales concernant la fonction des clauses échappatoires elles-mêmes⁴¹³. Ce qu'il nous faut retenir, c'est bien qu'il y a, par le jeu de l'ordre public international de proximité, correction du résultat produit par une règle de conflit, en raison, selon de nombreux auteurs, de son inadaptation⁴¹⁴.

Cette fonction s'éloigne quelque peu de la définition générique de l'ordre public international de proximité, que nous avons exposée plus haut. Toutefois, le caractère hybride du raisonnement reste présent, car il y a bien, sous couvert de l'exception d'ordre public international, revendication d'un champ de compétence pour une solution française, tendance qui est forcément présente à partir du moment où sont introduites des considérations de proximité dans un raisonnement ne devant être *a priori* que matériel.

236. Mais il ne s'agit pas de la seule fonction de l'ordre public international de proximité. Cette notion sert aussi, de manière plus classique, à évincer une loi proche de la situation, qui a des titres sérieux à s'appliquer. Ce n'est pas seulement un mécanisme servant à satisfaire le principe de proximité.

⁴¹⁰ TGI Paris 23 avril 1979, *Rev. crit.* 1980, 83, n. P. Lagarde.

⁴¹¹ Pour deux interprétations divergentes de la décision : P. Lagarde, note précitée, pour qui le jugement se fonde sur l'ordre public international de proximité et D. Alexandre, note sous Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1981, *JDI* 1981, 824, en sens opposé.

⁴¹² Voir *supra* n°233. Dans le même sens, plus récemment, voir Lyon 12 décembre 2000, *JDI* 2002, 475, n. F. Monéger, qui utilise l'expression « d'ordre public de proximité ».

⁴¹³ Sur ce point voir G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, *op.cit.*, n°195 et s.

⁴¹⁴ Voir en ce sens B. Audit, « Le droit international privé à la fin du XX^{ème} siècle », *RIDC* 1998, 421, spéc. p.437 ; Y. Lequette, note sous Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988, Baaziz, précité note 396 ; H. Muir-Watt, « Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions-ou le principe de proximité », *Rev. crit.* 1995, 631, spéc. p.632.

Dans de telles hypothèses, ce dernier intervient, mais seulement à titre de révélateur de l'atteinte à l'ordre public international, donc au niveau matériel, et non pas à titre de principe général, destiné à corriger un rattachement ne donnant pas satisfaction au niveau conflictuel.

Un tel raisonnement peut se retrouver dans de nombreuses décisions, notamment chez les juges du fond.

Ainsi, en matière de polygamie, la Cour d'appel de Paris a considéré que l'ordre public international français s'oppose à ce que, sur le territoire français où le mari et ses deux épouses sont domiciliés, la première soit maintenue contre son gré dans les liens d'un mariage s'inspirant de conceptions contraires aux fondements de la législation française⁴¹⁵. En revanche, dans un cas où la première épouse était restée sur le territoire marocain, la même juridiction a estimé que la conception de l'ordre public international français ne s'opposait pas « à la reconnaissance en France d'un statut personnel autorisant la bigamie »⁴¹⁶.

La variation peut s'expliquer par le fait que dans la seconde hypothèse le lien avec la France était plus ténu, du fait du domicile à l'étranger de la première épouse, seule différence notable entre les deux espèces. Il est évident que, de ce fait, l'ordre public international est moins troublé, la polygamie n'étant pas « active » sur le territoire français. Il s'agit bien d'une manifestation de l'ordre public international de proximité. De plus, la notion n'est pas correctrice du rattachement, la loi marocaine présentant des liens significatifs avec les deux situations.

Pour se convaincre de la réalité de cette fonction, il est également possible de se pencher sur la jurisprudence du tribunal de grande instance de Paris, dans laquelle l'ordre public international de proximité a été utilisé de manière répétée, sans qu'il puisse systématiquement être assimilé à une clause échappatoire.

Les références à des jugements touchant à ce problème pourraient être multipliées. En se contentant d'exemples, il est possible de citer une décision du 5 février 1992, relative à l'adoption d'une enfant étrangère, résidant en France⁴¹⁷ ; le tribunal relève les éléments rattachant la situation à la France. On ne peut pas affirmer que la loi étrangère normalement compétente était dépourvue de tout lien avec la situation et que la France présentait des rattachements véritablement prépondérants. En effet, l'enfant résidait en France depuis peu de temps et l'une des personnes souhaitant l'adopter n'était pas française. La loi étrangère est évincée en raison de sa contrariété à l'ordre public international français en l'espèce et non parce que la loi française était plus proche de la situation.

Un jugement du 5 avril 1994 peut également être cité en ce sens⁴¹⁸. Une action en recherche de paternité naturelle était à nouveau en cause. Elle concernait un enfant marocain né à Paris et domicilié en France depuis sa naissance, avec sa mère, elle aussi marocaine. Le défendeur était de la même nationalité et également domicilié en France. Les rattachements étaient donc partagés à égalité entre la France et le Maroc. L'article 311-14 du Code civil désignait la loi marocaine, qui interdisait l'établissement de la filiation naturelle, pour régir le litige et le tribunal a estimé qu'étant donné les rattachements de la situation avec la France, cette loi était contraire à la conception moderne des droits de l'enfant et heurtait l'ordre public international français. Là encore, l'ordre public international intervient en raison de la proximité de la situation avec la France et non en tant que clause échappatoire.

⁴¹⁵ Paris 23 février 1987, *D.* 1987, somm. 348, obs. B. Audit.

⁴¹⁶ Paris 5 avril 1990, *D.* 1990, 424, n. F. Boulanger.

⁴¹⁷ TGI Paris 5 février 1992, *Rev. crit.* 1993, 251, n. E. Poisson-Drocourt.

⁴¹⁸ TGI Paris 5 avril 1994, *D.* 1995, somm. 118, obs. F. Granet.

Dans de telles hypothèses, le phénomène décrit auparavant est présent. L'ordre juridique français revendique l'application d'une solution minimale dans un certain domaine. Cette sphère est déterminée au cas par cas par différents éléments : la nationalité des intéressés, leur résidence ou leur domicile, ...⁴¹⁹.

Une telle analyse nous semble incontournable. En effet, la contrariété à l'ordre public international doit être appréciée de manière concrète, en tenant compte des circonstances de l'espèce, selon les enseignements même de la doctrine classique⁴²⁰. Or, les liens de la situation avec le for font partie de ces circonstances concrètes, l'ordre public international français étant plus ou moins heurté selon que la situation est plus ou moins proche de la France. En d'autres termes, la proximité de la situation avec le for n'est qu'une composante de cette appréciation concrète, un élément du régime de l'exception d'ordre public international admis actuellement.

237. Mais le fait d'imposer une solution dans un certain champ d'application implique aussi, de manière corrélative, le respect des solutions étrangères qui se situent en dehors de cette sphère⁴²¹.

Une telle délimitation paraît nécessaire et réaliste. Le jugement du tribunal de Paris du 3 juin 1980 en est un exemple. La juridiction a constaté que la loi sénégalaise, normalement compétente, ne permettait pas l'action en recherche de paternité naturelle. Mais elle n'a pas fait jouer l'exception d'ordre public international dans cette hypothèse, contrairement au jugement de 1979 rendu dans la même matière. Pour justifier cette solution, les juges prennent soin de relever l'ensemble des éléments rattachant la situation au Sénégal, le plus important semblant être le fait que l'enfant concerné était appelé à vivre dans ce pays.

Il y a donc bien adaptation de la réaction aux circonstances concrètes de l'espèce, l'ordre juridique français ne se trouvant pas véritablement affecté en l'occurrence, l'enfant n'étant pas appelé à vivre sur le territoire français, mais dans un milieu consacrant une solution différente de celle retenue par la loi française.

Une telle approche est justifiée car si l'exception d'ordre public international intervient en France et évince la loi d'un pays fortement intéressé, notamment parce que la situation constituée par le jugement est appelée à y produire principalement ses effets, la décision française n'y sera vraisemblablement pas reconnue et ses conséquences effectives seront ainsi très limitées, voire inexistantes.

Il s'agit par conséquent d'une démarche qui semble opportune et qui, bien maîtrisée, ne devrait pas être considérée comme étant discriminatoire. Au contraire, de manière quelque peu paradoxale en apparence, elle témoigne d'une certaine tolérance. Le point-clé est ainsi le choix des liens nécessaires pour faire intervenir l'exception d'ordre public international.

⁴¹⁹ On peut encore citer deux espèces intervenues lors de procédures d'exequatur : TGI Paris 7 avril 1981, *Rev. crit.* 1981, 510, n. D. Lefort ; *JDI* 1982, 699, n. M.-L. Niboyet-Hoegy et 4 mars 1988, *Rev. crit.* 1988, 588, n. P. -Y. Gautier. Dans les deux cas, la compétence du juge étranger ne semblait pas discutable, la loi étrangère appliquée se rattachant également de manière significative au litige. Par conséquent, il s'agit à nouveau d'hypothèses où la proximité sert non pas à corriger un rattachement mais à révéler l'atteinte à l'ordre public international français.

⁴²⁰ En ce sens notamment, Batiffol et Lagarde, n°358, p.575-576.

⁴²¹ Pour des cas où les liens avec le for ont été jugés insuffisants pour faire intervenir l'exception d'ordre public international, alors que le raisonnement relatif à la proximité avait été expressément envisagé : TGI Paris 3 juin 1980, cité par G. Sutton, « Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de grande instance de Paris », *TCFDIP* 1983-1984, p.193, spéc. p.198-199 ; Paris 23 septembre 1988, *D.* 1988, IR 252 ; Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *JDI* 2000, 737, n. F. Monéger.

238. Dans le domaine du statut personnel, il est légitime de faire varier les exigences de l'exception d'ordre public international en fonction de la nationalité des personnes concernées, puisqu'il s'agit d'un critère plus général de rattachement en cette matière⁴²².

Le considérer comme étant discriminatoire, pour le jeu de l'ordre public international de proximité peut conduire à une négation plus générale de son rôle. Néanmoins, cela ne doit pas en faire un critère absolu et inattaquable dans ce domaine⁴²³.

Pour d'autres questions, l'intervention d'un tel critère paraît beaucoup moins justifié. Est ainsi classiquement citée la question des nationalisations⁴²⁴.

L'ordre public international de proximité remplit donc des fonctions très importantes et semble particulièrement utile. De plus, cette notion présente également d'autres avantages.

2) Les avantages de la notion d'ordre public international de proximité.

239. En premier lieu, il convient de constater que l'introduction de la notion d'ordre public international de proximité permet de remédier dans une large mesure au caractère quelque peu abrupt de la distinction entre l'ordre public international « plein » et l'ordre public international « atténué ». Classiquement, on le sait, les exigences de l'ordre public international sont plus fortes en cas de création d'une situation en France que lorsqu'il s'agit d'y laisser se produire les effets d'une situation acquise à l'étranger⁴²⁵. Le critère unique est alors le lieu de création de la situation ; c'est de lui que va dépendre l'intensité de l'ordre public international. Or, une approche aussi tranchée paraît quelque peu inopportune.

D'une part, il peut être extrêmement difficile de savoir si une situation a été effectivement acquise à l'étranger ou non, du moins lorsqu'il n'y a pas eu intervention d'une autorité étrangère. D'autre part, la distinction est assez artificielle et arbitraire aujourd'hui. En effet, avec les facilités de déplacement actuelles, il est possible de créer une situation à l'étranger avec pour seul objectif de lui faire produire des effets au sein de l'ordre juridique français. Le critère est facile à détourner, ce qui lui retire une bonne partie de sa pertinence⁴²⁶.

La théorie de l'ordre public international de proximité permet d'apporter des nuances dans le raisonnement, d'avoir une réelle gradation en la matière et de ne pas s'en tenir à un seul élément, le lieu de création qui est souvent assez peu significatif, mais de pouvoir se fonder sur de nombreux éléments, variables d'une espèce à l'autre, de retenir, dans chaque hypothèse, les points paraissant les plus pertinents.

⁴²² Voir en ce sens P. Lagarde dans sa note précitée, *Rev. crit.* 1980, 90. *Contra* : D. Alexandre dans ses notes précitées, *JDI* 1981, 825-826 et 1979, 612-613.

⁴²³ Pour certaines limites, voir la note précitée de J. Foyer, sous Civ. 1^{ère} 3 novembre 1988, *Rev. crit.* 1989, spéc. p.502, à propos de la filiation naturelle et celle de F. Monéger, sous Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *JDI* 1999, 740 et s.

⁴²⁴ Sur ce point pour un rejet implicite : Civ. 2 mars 1955, *Rev. crit.* 1955, 496, n. Y. Loussouarn ; voir aussi R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », précité, p.78.

⁴²⁵ Voir *supra* n°139.

⁴²⁶ Sur ce point voir notamment R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », précité, p.72.

Il est vrai qu'une autre difficulté apparaît alors, celle de déterminer ces liens. Un problème en remplace un autre. Mais, au moins, une fois cet obstacle surmonté, la réponse semble plus satisfaisante. L'ordre public international de proximité apporte, par conséquent, un progrès indéniable pour cette question, en permettant de transcender la distinction devenue artificielle entre ordre public international plein et ordre public international atténué.

240. En second lieu, il faut également remarquer que l'utilisation de l'ordre public international de proximité permet, même lorsque les liens avec la France sont très intenses, de rester sur le terrain de l'exception d'ordre public international, de consulter la règle de conflit du for et la loi étrangère éventuellement désignée par cette dernière. Il n'y a pas de recours à la méthode des lois de police, qui pourrait être séduisante puisque le résultat que l'on souhaite atteindre est connu et ne peut être remis en cause par la *lex causae*. Par exemple, il est acquis qu'un Français, domicilié en France a le droit de demander le divorce, nulle disposition étrangère ne pouvant revenir sur cela⁴²⁷.

Il peut alors être tentant de tenir le raisonnement suivant : soit la *lex causae* ne reconnaît pas la possibilité de divorcer et dans ce cas là elle sera évincée, soit elle la reconnaît mais alors, autant appliquer directement les dispositions françaises, ce qui faciliterait grandement les choses en évitant d'avoir à rechercher le contenu du droit étranger, d'avoir à l'interpréter, ...

La méthode reviendrait à utiliser directement la technique des lois d'application immédiate dans le champ au sein duquel les solutions minimales du for doivent, en toute hypothèse, être consacrées. Cela aurait le mérite de simplifier les choses, au niveau pratique tout d'abord, mais aussi au niveau théorique, en évitant la consécration d'une approche foncièrement hybride. Comme l'a écrit M. Libchaber, « on peut [...] se demander si l'extension rampante de la méthode des lois d'application immédiate ne gagnerait pas à être avouée »⁴²⁸.

241. Plusieurs arguments allant à l'encontre de ce dernier raisonnement peuvent toutefois être avancés. Tout d'abord, la consultation de la loi étrangère présente toujours un intérêt, le recours à l'application immédiate des dispositions françaises étant manifestement excessif dans de telles hypothèses. Pour reprendre l'exemple du divorce, même s'il est acquis que le divorce doit toujours pouvoir être demandé par un Français domicilié en France, l'ensemble des questions n'est pas résolu pour autant. La loi étrangère peut permettre le divorce mais en restreindre les causes, ou poser des exigences différentes, par exemple concernant les délais pour le divorce pour rupture de la vie commune, sans pour autant être contraire à l'ordre public international français. Sa consultation représente donc un enjeu véritable. De plus, si l'application immédiate doit se cantonner au principe même du droit au divorce, son attrait pratique s'en trouve singulièrement réduit. En effet, s'il faut prouver le droit étranger sur l'ensemble des autres points, il ne sera pas insurmontable de le prouver également sur ce point précis.

Ensuite, il faut encore ajouter que l'application de la loi étrangère normalement compétente doit être assurée dans toute la mesure du possible et ce notamment pour permettre une circulation plus facile des jugements. Il est, en effet préférable de se fonder sur la solution normale du conflit de lois plutôt que d'aboutir à un résultat, serait-il identique, obtenue grâce à la méthode des lois de police, qui peut être teintée d'un certain nationalisme, surtout

⁴²⁷ Une autre possibilité est d'adopter une règle de conflit nouvelle tenant compte des besoins du for, ce que nous verrons plus loin. Voir *infra* n°509 et s.

⁴²⁸ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », précité p.76-77.

si le rattachement choisi est la nationalité, ce qui peut entraîner certaines difficultés lors d'une procédure éventuelle à l'étranger.

Enfin, de façon peut être plus théorique, les lois de police doivent nécessairement être cantonnées à un rôle exceptionnel, le raisonnement ne devant pas intervenir lorsque le recours à la règle de conflit, même étroitement encadrée, est susceptible de donner satisfaction. Une telle conclusion semble découler de la logique actuelle du conflit de lois, où la règle de conflit reste le principe, alors qu'ordre public international et loi de police ne sont que des exceptions.

* * *

Conclusion du paragraphe :

242. La notion d'ordre public international de proximité rapproche donc l'exception d'ordre public international et les lois de police, les logiques des deux mécanismes n'étant pas forcément très éloignées. Pour faire jouer l'exception d'ordre public international, la nécessité d'un rattachement se fait ressentir, comme pour les lois de police, la protection de l'ordre juridique du for, ne jouant alors, dans ces deux hypothèses, que dans un certain champ d'application.

Néanmoins, cette approche ne suffit pas à assimiler les deux techniques qui nous intéressent, à entraîner une confusion générale entre exception d'ordre public international et lois de police.

Tout d'abord, la proximité ne semble pas devoir jouer en toute hypothèse pour l'exception d'ordre public international, les droits et les principes les plus essentiels ne devant pas être soumis à une telle exigence.

Ensuite, même si l'ordre public international de proximité s'inspire quelque peu de la logique des lois de police, il y a tout de même des différences réelles entre ces deux méthodes, les lois de police ayant un caractère beaucoup plus abrupt que l'ordre public international de proximité qui laisse une place certes marginale mais réelle à la loi désignée par la règle de conflit.

Enfin, il faut ajouter que même si la notion d'ordre public international de proximité peut faciliter le rapprochement entre ordre public international et lois de police, ou au moins semer le trouble, à propos d'une distinction qui n'est déjà pas évidente, elle n'en présente pas moins des avantages considérables, suffisant à justifier son existence.

Conclusion de la section :

243. Nous pouvons donc conclure que, dans la théorie générale du droit international privé, l'exception d'ordre public international et les lois de police ne sont pas toujours à opposer, mais peuvent, dans certaines situations, être rapprochées, voire confondues. Cela entraîne des difficultés quant à la détermination des limites exactes des deux notions. Mais d'une part, la confusion n'est pas généralisée et d'autre part, les mécanismes hybrides sont tout à fait justifiés. Ils ont leur utilité propre et apportent des éléments intéressants au droit positif. Une conclusion aussi positive ne semble, en revanche, pas possible dans le domaine de l'arbitrage, dans lequel l'ordre public international et les lois de police sont confondus.

Section II-La possible remise en cause de la distinction dans le domaine particulier de l'arbitrage international.

244. L'ordre public international et les lois de police sont des concepts que l'on retrouve de façon courante dans l'arbitrage international. L'ordre public international est omniprésent et y apparaît comme étant tentaculaire, jouant un rôle devant l'arbitre international, mais aussi devant le juge étatique, chargé du contrôle de la sentence rendue.

Ce qui frappe en se penchant sur la question, c'est que l'ordre public international est utilisé un peu « à tort et à travers ». Un tel phénomène contribue à déformer la notion, à la rendre assez floue et encore plus complexe qu'elle ne l'est dans la théorie générale du droit international privé. Il ne s'agit plus simplement d'un mécanisme d'éviction de la loi normalement compétente.

Un rapprochement entre l'ordre public international et les lois de police est indéniable, puisque le premier va empiéter sur le domaine des secondes, les logiques des deux mécanismes pouvant alors se confondre.

Cela est particulièrement vrai pour la question de l'appréciation de la clause d'arbitrage international (§ 1) mais aussi pour l'ordre public transnational ou réellement international qui, dans ce domaine particulier, peut avoir une réelle portée (§ 2).

§ 1-Confusion et appréciation de la clause d'arbitrage international.

245. L'ordre public international occupe une place cardinale dans l'appréciation de la clause d'arbitrage international, qui est la convention par laquelle des parties s'accordent pour soumettre un litige né ou à naître à un arbitre, juge privé.

Cela est vrai pour ce que l'on peut appeler la compétence personnelle de l'arbitre, l'ordre public international étant utilisé sur un mode hybride, très proche des lois de police, par la jurisprudence, qui fait largement œuvre créatrice en ce domaine. Il s'agit, en l'occurrence, pour le juge, de s'assurer que la clause d'arbitrage a fait l'objet de consentements exempts de tout vice (A).

Mais une telle confusion est encore plus flagrante pour la question particulière de l'arbitrabilité, c'est-à-dire la compétence matérielle ou d'attribution de l'arbitre, qui est une facette majeure de la problématique plus générale de la validité de la clause d'arbitrage international. Tout n'est pas arbitral, l'intérêt général pouvant s'opposer à ce qu'un litige soit soumis à un arbitre. Sur ce point, les lois de police et l'ordre public international peuvent faire l'objet d'une véritable fusion (B)⁴²⁹.

A-La confusion ordre public international-lois de police et la compétence personnelle de l'arbitre.

246. Seront envisagées ici toutes les conditions de validité de la clause, à l'exclusion, rappelons-le, de la question de l'arbitrabilité, cette dernière présentant de réelles particularités, qui seront étudiées plus loin.

L'ordre public international est un des piliers de la construction jurisprudentielle, mais il s'agit d'une notion passablement « déformée » par rapport à celle que nous avons décrite jusqu'ici, l'utilisation de l'expression d'ordre public international pouvant apparaître comme étant un véritable abus de langage (1).

De cette spécificité naît une certaine confusion avec les lois de police (2).

⁴²⁹ Précisons tout de suite que l'arbitrabilité subjective, c'est-à-dire la question de savoir si certaines personnes, en raison de leur nature ou de leur mission, peuvent se soumettre valablement à la juridiction arbitrale, sera exclue de notre propos. En effet, la question, concernant principalement les Etats et les personnes publiques ne présente aujourd'hui plus beaucoup d'intérêt car les prohibitions d'origine internes sont considérées comme n'étant pas applicables au niveau international. Voir en ce sens l'arrêt fondateur Civ. 2 mai 1966, *Galakis*, *Rev. crit.* 1967, 553, n. Goldman ; *JDI* 1966, 648, n. P. Level ; *D.* 1966, 575, n. Robert ; *GA* n°44. Plus récemment : Paris 24 février 1994, *Rev. arb.* 1995, 275, n. Y. Gaudemet et 13 juin 1996, *Rev. arb.* 1997, 251 n. E. Gaillard ; *JDI* 1997, 151, n. E. Loquin. Voir aussi *infra* les développements sur l'ordre public transnational, n°269 et s.

1) La spécificité de l'ordre public international dans l'appréciation de la clause compromissoire.

247. Dans le domaine particulier de l'appréciation de la clause d'arbitrage international, l'ordre public international apparaît comme étant, à l'heure actuelle, la seule et ultime réserve face à un principe de validité clairement affirmé par la jurisprudence. La clause est soumise au principe de l'autonomie, lequel peut se dédoubler. Tout d'abord, elle est indépendante du reste du contrat la contenant et ne suivra pas les aléas de ce dernier. Ensuite, son appréciation se fait également indépendamment de toute référence à un quelconque droit étatique⁴³⁰. Ce sont là les enseignements qui peuvent être tirés d'une construction jurisprudentielle de plus de quarante ans.

248. Les origines de ce mouvement, même si cela peut paraître assez artificiel, remontent aux arrêts Gosset, Hecht et Menicucci⁴³¹. Les deux aspects du principe d'autonomie peuvent en être déduits. La seconde implication, émancipant la clause de tout droit étatique, nous retiendra plus particulièrement, la réserve de l'ordre public international n'ayant de sens réel que par rapport à elle.

Un véritable essor peut être constaté au cours des années 1990, sous l'impulsion notamment de la Cour d'appel de Paris. L'ordre public international prend à ce moment-là sa véritable signification, différentes décisions pouvant être citées en ce sens. L'arrêt Ducler affirme ainsi nettement le principe de l'autonomie de la clause par rapport à la loi interne régissant le contrat mais énonce, dans la foulée, la réserve de l'ordre public international⁴³². Ce parti pris a été confirmé par la suite dans la jurisprudence de la Cour parisienne⁴³³.

Mais surtout cette attitude a été consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt Dalico⁴³⁴. Selon ce dernier, « *la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et [...] son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique* ».

La Haute-juridiction est donc particulièrement claire dans cet arrêt. La volonté des parties constitue la référence pour l'appréciation de la clause d'arbitrage, le raisonnement conflictuel classique étant banni, de même que toute loi étatique. Deux réserves subsistent toutefois : les règles impératives françaises et l'ordre public international.

⁴³⁰ Sur ce principe, voir la communication de référence de M. J.-P. Ancel « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », *TCFDIP* 1991-1992, p.75 et s.

⁴³¹ Respectivement Civ. 1^{ère} 7 mai 1963, *Rev. crit.* 1963, 615, n. Motulsky ; *D.* 1963, 545, n. Robert ; *JDI* 1964, 82, 1^{ère} espèce, n. J.-D. Bredin ; *JCP* 1963, II, 13405, n. Goldman ; Civ. 1^{ère} 4 juillet 1972, *Rev. crit.* 1974, 82, n. P. Level ; *JDI* 1972, 843, n. Oppetit ; Paris 13 décembre 1975, *Rev. crit.* 1976, 507, n. Oppetit ; *JDI* 1977, 106, n. E. Loquin.

⁴³² Paris 8 mars 1990, *Rev. arb.* 1990, 675, n. P. Mayer : « En matière d'arbitrage international, la clause compromissoire possède une complète autonomie juridique, à l'égard tant de la convention principale [...] que de la loi interne applicable à cette convention, sous la seule réserve de l'ordre public international ».

⁴³³ Voir en ce sens Paris 26 mars 1991, *Rev. arb.* 1991, 456, n. H. Gaudemet-Tallon et 17 décembre 1991, Gatoil, *Rev. arb.* 1993, 281, n. H. Synvet.

⁴³⁴ Civ. 1^{ère} 20 décembre 1993, *Dalico*, *Rev. crit.* 1994, 663, n. P. Mayer ; *JDI* 1994, 432, n. E. Gaillard et 692, n. E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994, 116, n. H. Gaudemet-Tallon.

La Cour de Paris a, par la suite, persisté dans son analyse en ne réservant que l'ordre public international et non les règles impératives françaises⁴³⁵.

Récemment, la Cour de cassation a, semble-t-il, franchi un pas supplémentaire. En effet, elle a nettement affirmé un principe de validité de la clause d'arbitrage international, mais aussi confirmé de manière catégorique le rôle exclusif de la volonté des parties pour fonder cette validité. Cela ressort tout d'abord de l'arrêt Zanzi, contenant un visa explicite : « *Vu le principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité...* »⁴³⁶ mais aussi des arrêts Banque Worms et Banque générale du commerce selon lesquels « *la clause d'arbitrage international, valable par le seul effet de la volonté des contractants, est transmise au cessionnaire avec la créance, ...* »⁴³⁷.

Par conséquent, les principes sont nettement affirmés et pour la première fois sans aucune réserve de quelque ordre que ce soit puisque l'ordre public international n'est pas mentionné. Pourtant, une telle réserve semble, selon les auteurs, devoir logiquement s'imposer⁴³⁸. En effet, on voit mal comment une clause pourrait être à tout point de vue inattaquable, certaines limites devant être fixées, de par le bon sens même, afin de pouvoir éviter des solutions choquantes. Nous pensons donc que l'ordre public international est implicitement réservé par les arrêts de la Cour de cassation de 1999, ce qui sera confirmé dans la suite du raisonnement.

249. Mais pour autant, il ne s'agit pas de l'exception d'ordre public international classique que nous avons étudiée jusque-là, à propos du conflit de lois. En effet, nous avons vu que dans cette hypothèse, il s'agissait d'un mécanisme d'éviction de la loi étrangère normalement compétente. Or, pour la question de l'appréciation des clauses d'arbitrage international, toute loi étant exclue du raisonnement, il ne peut s'agir de la même notion⁴³⁹. L'utilisation de l'expression d'ordre public international peut alors passer pour un abus de langage ou pour un manque de rigueur de la part des juges.

L'ordre public concerné pourrait, éventuellement, être l'ordre public interne, puisque sa fonction est, non pas d'évincer une loi étrangère, mais d'annuler une convention⁴⁴⁰. Etant appelé à jouer pour les situations internationales, il serait donc possible d'expliquer ainsi l'emploi du vocable d'ordre public international.

Cela n'est pas très convaincant et il nous semble que malgré la différence de taille que nous avons relevée entre les deux notions d'ordre public international, la conception classique et celle utilisée pour cette question particulière, certains points communs peuvent être mis en évidence, expliquant ainsi la position jurisprudentielle.

250. En premier lieu, la notion d'ordre public international, telle qu'employée dans ce domaine, est destinée à assurer la défense de certains grands principes incontournables qui ne peuvent être violés lors de la conclusion d'une clause. Comme l'écrit M. Ancel, « *si la*

⁴³⁵ En ce sens, entre autres, Paris 13 juin 1996, *JDI* 1997, 151, n. E. Loquin ; *Rev. arb.* 1997, 251, n. E. Gaillard et 10 septembre 1997, *Rev. arb.* 1999, 121, n. D. Bureau. Cet abandon de la réserve des règles impératives du droit français n'est pas surprenant car selon certains auteurs, elle faisait double-emploi avec la réserve de l'ordre public international, celle-ci étant alors suffisante. Voir notamment : E. Gaillard, note précitée sous l'arrêt Dalico, p.439 et H. Gaudemet-Tallon, note précitée sous l'arrêt Dalico, p.125.

⁴³⁶ Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *Rev. crit.* 1999, 546, n. D. Bureau ; *JDI* 1999, 784, n. S. Poillot-Perruzzetto ; *Rev. arb.* 1999, 260, n. Ph. Fouchard ; *RTD com.* 1999, 380, n. E. Loquin ; *D. aff.* 1999, 474, n. X. Delpech.

⁴³⁷ Respectivement Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999 et 19 octobre 1999, *Rev. arb.* 2000, 85, n. Ph. Fouchard.

⁴³⁸ Voir en ce sens Ph. Fouchard, note précitée sous Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999 et 19 octobre 1999, p.90 et D. Bureau, note précitée sous Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, p.558.

⁴³⁹ Pour un tel constat voir H. Synvet, note précitée sous l'arrêt Gatoil, *Rev. arb.* 1993, 294 et H. Gaudemet-Tallon, note précitée sous l'arrêt Dalico, *Rev. arb.* 1994, 125.

⁴⁴⁰ En ce sens voir P. Mayer, note précitée, sous l'arrêt Dalico, p.669.

règle d'autonomie consacre la licéité de principe de la clause compromissoire et lui assure un régime juridique "autonome", elle doit néanmoins permettre le contrôle de la validité de la clause au regard de normes prédéfinies et en quelque sorte "supérieures". A défaut de référence à un système de droit étatique quel qu'il soit, il ne subsiste qu'un critère de contrôle, propre à assurer la vérification de la validité de la convention d'arbitrage international et son accomplissement dans la sécurité juridique, c'est l'ordre public international »⁴⁴¹.

Par conséquent, l'idée de soupape de sécurité est présente. La volonté des parties est prépondérante. Elle doit, en principe, être respectée. Mais pour autant elle ne bénéficie pas d'une liberté absolue et doit toujours être soumise à certains principes considérés par l'ordre juridique français comme s'imposant en toute hypothèse. Le parallèle avec la notion d'exception d'ordre public international en matière de conflit de lois est donc facile. Dans ce dernier cas, une place est laissée aux lois étrangères désignées par les règles de conflit du for, leurs dispositions devant être respectées. Pour autant, l'application de ces lois étrangères n'est pas inconditionnelle, l'ordre public international permettant d'assurer un contrôle minimal et le respect de principes essentiels pour l'ordre juridique français.

Ainsi, une clause d'arbitrage international imposée par la violence à un contractant par l'autre devrait être considérée comme étant nulle en vertu de la réserve de l'ordre public international, la volonté des parties ne pouvant dès lors primer. En matière conflictuelle classique, si une loi étrangère considérait une telle clause comme étant valable, elle serait très certainement évincée par l'exception d'ordre public international.

Il devrait en aller de même pour une clause portant atteinte au principe d'égalité des parties dans la désignation des arbitres. Elle devrait être rejetée par le jeu de l'ordre public international spécifique aux clauses d'arbitrage, comme elle le serait par l'exception d'ordre public international classique si une loi étrangère la validait⁴⁴². Une certaine similitude peut donc être constatée, l'ordre public international évinçant dans le cas des clauses d'arbitrage international ce qui constitue la loi des parties, c'est-à-dire leur volonté et non une loi étrangère. Il s'agit bien d'une exception à un principe nettement affirmé, tenant compte des circonstances particulières de l'espèce puisque chaque clause sera au cas par cas soumise à ce filtre.

251. En second lieu, les conceptions défendues sont nécessairement françaises, comme nous l'avons déjà constaté pour l'exception d'ordre public international classique. En effet, elles sont énoncées, comme pour cette dernière, par les juges français qui ne peuvent qu'exprimer les solutions défendues par l'ordre juridique français. Certes, ils peuvent pour cela s'inspirer de concepts admis à l'étranger ou propres aux affaires internationales ou encore purement internationaux, mais il ne s'agira toujours que de conceptions françaises ou tout du moins de principes auxquels l'ordre juridique français adhère. L'ordre public défendu sera toujours un ordre public international français et non purement international, ce dernier supposant la possibilité, pour présenter une réelle utilité, d'évincer des principes français lui étant contraires⁴⁴³.

252. Par conséquent, il est tentant d'utiliser la notion d'ordre public international pour dénommer la réserve au jeu de la volonté des parties dans l'appréciation des clauses

⁴⁴¹ J.-P. Ancel, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », communication précitée, p.82.

⁴⁴² Sur ce point, voir J.-P. Ancel, « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p.162, spéc. p.166.

⁴⁴³ En faveur de cette interprétation voir E. Gaillard, note sous l'arrêt Dalico, précitée, p.439.

d'arbitrage international. En effet, les deux mécanismes ne sont pas si éloignés que cela et présentent certaines similitudes qui peuvent expliquer le choix des juges.

Malgré cela, la solution est quelque peu critiquable, puisqu'elle tend à obscurcir le concept d'ordre public international, qui est déjà flou et difficile à saisir. Le fait d'y rattacher des mécanismes certes ressemblant mais caractérisés par des spécificités n'est donc pas particulièrement opportun.

De plus, la notion d'ordre public international, telle que dégagée par la jurisprudence dans ce domaine particulier de l'arbitrage, a l'inconvénient supplémentaire d'être fondamentalement hybride et de confondre dans une certaine mesure l'ordre public international et les lois de police.

2) Le rapprochement entre l'ordre public international spécifique et les lois de police.

253. Nous avons vu jusqu'ici que la notion d'ordre public international telle qu'employée pour l'appréciation de la clause compromissoire permettait d'assurer le respect ou la défense de certaines exigences minimales, de poser certaines limites à la volonté des parties. Une telle réserve est destinée à garantir que toute clause soumise à l'appréciation d'un juge français respecte les garanties essentielles que tout contractant est, d'après les conceptions françaises, en droit d'attendre. Il existe donc un seuil en-deçà duquel il est impossible de descendre.

Mais il nous semble qu'il est possible d'aller plus loin et d'affirmer que les conceptions ainsi défendues expriment à la fois un minimum et un maximum, ce en quoi elles se rapprochent de manière significative des lois de police.

En effet, l'objectif de la jurisprudence en recourant au principe de validité et à la prédominance de la volonté des parties est avant tout l'efficacité de l'arbitrage, éviter des discussions et polémiques sans fin, paralysant cette institution ou au moins entraînant des manoeuvres dilatoires, ce qui paraît contradictoire avec l'un des atouts majeurs d'une telle procédure, sa rapidité⁴⁴⁴. Il y a ainsi une volonté de réduire autant que faire se peut les exigences françaises eu égard à cette clause d'arbitrage international.

L'ordre public international n'est là que pour rappeler que cette recherche d'efficacité ne doit pas se faire à n'importe quel prix et qu'il ne saurait être question de sacrifier sur son autel toutes les exigences de régularité⁴⁴⁵.

Par conséquent, les solutions dégagées par les juridictions françaises sont l'expression d'un véritable équilibre entre ces deux exigences. En raisonnant de manière classique et sur des fondements conflictuels, les conclusions suivantes pourraient être tirées : si un droit étranger était plus exigeant que l'ordre juridique français pour les clauses d'arbitrage international, il serait évincé car ne satisfaisant pas la recherche d'efficacité française. En revanche, si un droit étranger était plus « laxiste », il serait rejeté car ne satisfaisant pas les exigences de régularité françaises.

⁴⁴⁴ Sur la mise en valeur de cette rapidité, voir publication CCI n°800, p.4 : « Les parties ont avant tout l'avantage de ne pas s'enliser dans des appels successifs, toujours longs et coûteux. L'arbitrage leur permet de choisir des procédures pouvant être conduites aussi vite et à aussi peu de frais que les circonstances l'autorisent ».

⁴⁴⁵ Précisant de manière tout à fait nette les deux exigences d'efficacité et de régularité, J.-P. Ancel, « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », article précité, p.162.

Ainsi, tout droit étranger se retrouverait enfermé dans ce carcan, seules les conceptions françaises pouvant être satisfaisantes. Cela correspond à la notion de lois de police, qui exprime comme nous l'avons vu auparavant à la fois un minimum et un maximum.

254. La conception jurisprudentielle a le mérite du réalisme, puisqu'elle permet d'éviter des détours inutiles par un raisonnement conflictuel sans enjeu véritable. Il vaut mieux procéder de la sorte plutôt que de recourir systématiquement à des mécanismes tels que l'ordre public international et les lois de police qui doivent rester exceptionnels.

A propos, par exemple, de la transmission d'une clause d'arbitrage figurant dans une créance, au cessionnaire de cette dernière, il vaut mieux procéder comme l'a fait la Cour de cassation dans ses arrêts de 1999⁴⁴⁶ et considérer que la clause est transmise au cessionnaire avec la créance, telle que celle-ci existe dans les rapports entre le cédant et le débiteur cédé et ce en vertu des conceptions françaises, plutôt que de recourir à une éventuelle norme étrangère qui soit confirmera la solution et donc sera sans véritable intérêt soit l'infirmera et sera alors évincée, étant contraire aux exigences françaises d'efficacité.

255. De cela, on peut tirer deux conséquences. Il est possible, tout d'abord, de considérer les solutions retenues sur le fondement de l'ordre public international comme étant de simples règles matérielles, c'est-à-dire des normes spécifiquement conçues pour les relations internationales, appelées à faire respecter certaines conceptions en l'absence d'application de toute norme étatique interne. Mais il faut tout de suite remarquer qu'il s'agit de règles impératives, d'application nécessaire dès lors qu'un juge français est appelé à se prononcer⁴⁴⁷. Par définition, les parties ne peuvent pas y déroger, puisque de telles normes sont précisément appelées à encadrer leur volonté. En cela, elles se rapprochent incontestablement des lois de police et on comprend mieux l'analyse de M. Ancel qui considère précisément les règles fondamentales en matière d'arbitrage comme étant un ensemble de normes très proches des lois de police⁴⁴⁸.

Ensuite, de telles solutions reviennent non pas seulement à adopter une conception défensive, mais bien à imposer de façon positive certaines solutions, ce qui ressemble également au concept des lois de police. Là encore, pour s'en convaincre, il suffit de revenir sur l'exemple de la transmission de la clause d'arbitrage. La Cour de cassation, en affirmant qu'une telle clause est transmise au cessionnaire, ne va pas seulement à l'encontre de la volonté des parties mais impose de façon nette une solution. Elle dégage une règle ressemblant à une loi de police, mécanisme ayant, comme nous le savons, la particularité de ne prendre en compte aucune loi étrangère. Il suffit, en matière d'arbitrage, de remplacer les termes « loi étrangère » par l'expression « volonté des parties » pour retrouver une notion finalement proche.

256. Les solutions jurisprudentielles sont donc très pragmatiques, en ce qu'elles tendent à favoriser une certaine célérité dans la procédure arbitrale, mais également en ce qu'elles évitent de recourir au mécanisme conflictuel qui peut, dans bien des cas, être sans intérêt véritable.

⁴⁴⁶ Précités note 437. La solution a été confirmée depuis : Civ. 1^{ère} 28 mai 2002, *Rev. crit.* 2002, 758, n. N. Coipel-Cordonnier.

⁴⁴⁷ En ce sens voir J.-P. Ancel, « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », article précité, p.162.

⁴⁴⁸ J.-P. Ancel, *ibidem*, p.162 et s.

Néanmoins, elles ne sont pas à l'abri de la critique. En premier lieu, certains auteurs considèrent que la généralité de l'analyse est contestable, le raisonnement en terme de règles matérielles devant être cantonné à certaines questions précises, telles que la licéité de la clause d'arbitrage ou encore sa forme, pour lesquelles il est de toute façon difficile de trouver un rattachement satisfaisant. Le recours systématique aux conceptions du for est donc concevable et souvent aussi légitime qu'une autre solution. En revanche, à propos de la capacité ou du pouvoir de la personne qui a accepté la clause, la démarche serait moins adaptée, la réflexion conflictuelle classique pouvant donner satisfaction⁴⁴⁹.

En second lieu, dans notre perspective, une telle solution a l'inconvénient d'obscurcir quelque peu la notion d'ordre public international, en lui faisant tenir un rôle qui n'est pas, de manière classique, le sien et de créer un rapprochement qui n'est pas forcément satisfaisant avec la notion de loi de police. Ainsi, il est légitime de se demander si effectivement une restriction du raisonnement à certaines hypothèses n'est pas souhaitable, ce qui limiterait quelque peu les risques de confusion.

Enfin, la réflexion sur le fondement de règles matérielles ou d'ordre public international ne simplifie pas forcément les choses. Certes, elle permet de raisonner directement au niveau matériel, sans passer par le stade de la preuve d'un droit étranger, ce qui est un gain de temps assez considérable. Toutefois, des discussions peuvent aussi se faire jour au niveau de l'interprétation ou tout simplement du contenu de l'ordre public international, ce qui risque également d'entraîner des délais ou tout du moins des manoeuvres dilatoires. Le problème ne serait ainsi que déplacé.

La jurisprudence actuelle n'est donc pas la panacée, comme on peut également s'en rendre compte pour la question plus particulière de l'arbitrabilité.

⁴⁴⁹ Voir pour une telle critique, P. Mayer, note précitée sous l'arrêt Dalico.

B-La confusion ordre public international-lois de police et la compétence d'attribution de l'arbitre.

257. Nous passons à un point concernant plus directement les lois de police. Il s'agit, en effet, de savoir si l'arbitre peut se prononcer à propos d'un litige lorsque des lois de police sont en cause. L'arbitrabilité des lois de police est donc plus particulièrement en question. Cette notion d'arbitrabilité a fait l'objet de nombreuses définitions. Selon M. Level, il s'agit de « *la qualité qui s'applique à une matière, à une question ou à un litige, d'être soumis au pouvoir juridictionnel des arbitres* »⁴⁵⁰.

De même, selon M. Jarrosson, l'arbitrabilité désigne « *l'aptitude d'un litige à faire l'objet d'un arbitrage* »⁴⁵¹. Or, dans notre perspective, il est intéressant de constater que l'ordre public a toujours joué un rôle essentiel dans ce domaine.

A cela, deux raisons. Tout d'abord, l'existence de l'article 2060 al. 1 du Code civil, selon lequel :

« On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public ».

Le dernier élément cité est ainsi considéré comme une limite générale à l'arbitrabilité. De plus, cet article joue un rôle capital, le raisonnement conflictuel classique n'étant pas de mise pour l'arbitrabilité. Les juges français raisonnent directement d'après les conceptions françaises en la matière, ce qui est d'ailleurs admis par la Convention de New-York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères en son article V 2 a)⁴⁵².

L'ordre public occupe ainsi une place essentielle en la matière, ce qui est rappelé par la jurisprudence récente (1), les lois de police pouvant être confondues avec cette notion et être, elles aussi, un obstacle à l'arbitrabilité (2).

1) Le rôle prépondérant de l'ordre public international dans l'appréciation de l'arbitrabilité.

258. La question est de savoir dans quelle mesure l'ordre public peut faire échec à la compétence de l'arbitre.

Il est admis depuis longtemps que le fait que des règles d'ordre public soient en cause dans le litige soumis à l'arbitre ne fait pas obstacle à l'arbitrabilité. La solution remonte, selon la

⁴⁵⁰ P. Level, « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992, 213 et s.

⁴⁵¹ Ch. Jarrosson, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ com.* 1996, p.1, spéc. p.3. Voir dans le même sens, A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 1988, p.37, n°86.

⁴⁵² Sur ce point voir, L. Idot, « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », *RJ com.* 1996, p.6, spéc. p.6.

plupart des auteurs, à l'arrêt Tissot qui fait référence en la matière⁴⁵³. Elle n'est plus guère discutée depuis.

Restait alors le problème de la sanction de la violation de telles règles. L'arbitre est-il compétent pour cela, peut-il jouer ce rôle ? Pendant longtemps, la sanction de la violation de l'ordre public était considérée comme étant un monopole des juridictions étatiques, ce pouvoir ne pouvant être attribué à un juge privé, désigné par la volonté des parties.

Cette approche a été remise en cause par la Cour d'appel de Paris, dans son arrêt Ganz du 29 mars 1991, dont on peut citer le considérant fondamental : « *Considérant que dès lors, hors les cas où la non-arbitrabilité relève de la matière-en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage-l'arbitre international, dont la mission consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international, a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations entre partenaires du commerce international* »⁴⁵⁴.

Deux enseignements peuvent être tirés de cette décision. En premier lieu, il existe certaines limites à l'arbitrage, lorsque la matière en cause intéresse au plus près l'ordre public international. L'arbitrabilité n'est donc pas générale, certains domaines ne pouvant être laissés, d'après les conceptions françaises, à l'appréciation de l'arbitre. La réserve se fonde sur l'ordre public international. Selon M. J.-P. Ancel, « *il s'agit, par exemple, du droit pénal, de l'état des personnes-c'est-à-dire des matières qui ne peuvent pas, par nature, échapper à la juridiction de l'Etat* », « *la matière d'ordre public international est celle qui ne doit en aucun cas échapper à la juridiction étatique* »⁴⁵⁵.

En second lieu, dans les autres cas, l'arbitre peut appliquer les règles d'ordre public et surtout sanctionner leur violation éventuelle. Par conséquent, la question des pouvoirs de l'arbitre semble nettement tranchée par cette décision, qui a été confirmée par la suite par cette même juridiction⁴⁵⁶.

La Cour de cassation a implicitement approuvé une telle solution dans l'arrêt Dalico⁴⁵⁷. Dans ce dernier elle a en effet consacré l'appréciation de la validité et de l'efficacité de la clause d'arbitrage d'après la commune volonté des parties, avec pour toute réserve, les règles impératives du droit français et l'ordre public international. Or, cela peut jouer également pour l'arbitrabilité du litige.

259. De larges pouvoirs sont ainsi accordés à l'arbitre, qui est, sur ce point particulier, l'égal du juge étatique. Certes, il est toujours susceptible de faire l'objet d'un éventuel contrôle, mais celui-ci n'interviendra qu'*a posteriori*, une fois la sentence rendue. Comme l'a écrit M. Racine, « *l'ordre public se déplace de la convention d'arbitrage à la sentence*

⁴⁵³ Com. 29 novembre 1950, *D.* 1951, 170 ; *S.* 1951, 1, 120, n. Robert ; *RTD civ.* 1951, 106, obs. Hébraud ; *RTD com.* 1951, 275, obs. Boitard. En ce sens, C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale, op.cit.*, n°306 ; E. Gaillard, *Jcl Dr. Int.*, Fasc. 586-3, « Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Arbitrabilité », n°32.

⁴⁵⁴ Paris 29 mars 1991, *Rev. arb.* 1991, 478, n. L. Idot.

⁴⁵⁵ J.-P. Ancel, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », communication précitée, débats, p.110.

⁴⁵⁶ Voir ainsi : Paris 12 janvier 1993, Norbert Beyrard, *Rev. arb.* 1994, 685 ; 19 mai 1993, Labinal, *Rev. arb.* 1993, 645, n. Ch. Jarrosson ; *JDI* 1993, 957, n. L. Idot ; 14 octobre 1993, Aplix, *Rev. arb.* 1994, 164, n. Ch. Jarrosson ; 7 décembre 1994, *V 2000, Rev. arb.* 1996, 245, n. Ch. Jarrosson ; *D.* 1995, somm. 318, obs. J.-P. Pizzio ; *RTD com.* 1995, 401, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; 20 septembre 1995, *Rev. arb.* 1996, 87, n. D. Cohen ; 10 septembre 1997, *Rev. arb.* 1999, 121, n. D. Bureau. Plus récemment, voir encore Paris 12 septembre 2002, *Rev. arb.* 2003, 173, n. M.-E. Boursier.

⁴⁵⁷ Civ. 1^{ère} 20 décembre 1993, précité note 434.

arbitrale »⁴⁵⁸. Le régime ainsi institué est donc souple et cohérent, en ce qu'il permet de ne pas distinguer selon que des règles d'ordre public ont été violées ou non, l'arbitre étant compétent de manière générale, hors les cas où la matière en cause intéresse au plus près l'ordre public international.

Il est alors légitime de s'interroger sur le régime des lois de police dans un tel contexte, car par définition il s'agit de règles d'ordre public. Or, il apparaît que leur régime se confond très largement avec celui de l'ordre public international, à la fois celui faisant échec à la compétence arbitrale et celui présent dans les règles d'ordre public, sur lesquelles l'arbitre peut se prononcer.

2) Arbitrabilité et confusion entre les lois de police et l'ordre public international.

260. De manière logique, les lois de police, règles d'ordre public, devraient faire l'objet d'un alignement sur les solutions générales, dégagées par la jurisprudence depuis les années 1950.

Ainsi, l'implication d'une loi de police dans un litige ne devrait pas faire obstacle à son arbitrabilité, l'arbitre pouvant malgré tout se prononcer et appliquer de telles lois. Il s'agirait, dès lors, d'un simple alignement sur la solution dégagée par la jurisprudence Tissot, que nous avons rappelée précédemment.

De même, en cas de violation d'une loi de police, l'arbitre devrait être compétent pour la sanctionner, conformément à la jurisprudence Ganz et ses avatars.

Ce sont ces solutions qui ont été retenues de manière expresse par la Cour d'appel de Paris, encore une fois, dans l'arrêt Labinal⁴⁵⁹. Dans cette affaire, étaient en cause les règles du droit communautaire de la concurrence, qualifiées par les juges de « lois de police économique ». Or, la Cour d'appel affirme que « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux » mais aussi que l'arbitre « dispose du pouvoir d'appliquer les principes et les règles qui [relèvent de l'ordre public international] ainsi que d'en sanctionner la méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation ».

Par conséquent, tout semble être exprimé dans cet arrêt. Le régime des lois de police est aligné sur celui des règles d'ordre public en général, ce qui est une bonne chose, puisque cela permet à l'arbitre de disposer de pouvoirs étendus pour résoudre les litiges qui lui sont soumis. De ce point de vue, l'assimilation entre l'ordre public international et les lois de police paraît, pour une fois, ne pas être critiquable, mais être, au contraire, souhaitable.

Toutefois, tout ne nous paraît pas être aussi simple, certaines lois de police faisant l'objet d'un régime dérogatoire et devant, d'après nous, faire obstacle à la compétence de l'arbitre. Deux voies semblent plus particulièrement envisageables.

261. En premier lieu, il est possible de songer aux règles impératives de la jurisprudence Dalico. Nous avons déjà vu que dans cet arrêt la Cour de cassation décidait que la clause d'arbitrage international s'appréciait d'après la commune volonté des parties, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international.

⁴⁵⁸ J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, thèse précitée, n°59.

⁴⁵⁹ Paris 19 mai 1993, précité note 456.

Or, selon la Cour d'appel de Paris, « *la référence aux règles impératives du droit français renvoie aux règles françaises ayant valeur de loi de police* »⁴⁶⁰. Selon elle, de telles règles « *condamnent l'introduction d'une clause compromissoire dans un contrat de travail ou un contrat de consommation, dût-il posséder un caractère international* ».

La possibilité pour une loi de police de faire échec à une clause d'arbitrage est donc envisageable. Il faut toutefois relever que la solution est assez curieuse. En effet, avec le raisonnement actuel, la méthode conflictuelle est abandonnée. Il y aurait néanmoins une place pour les lois de police, qui sont pourtant liées à cette dernière méthode.

La cohérence n'est donc pas forcément évidente et il est légitime de se demander si les lois de police ne peuvent pas intervenir de façon plus générale.

262. En second lieu, de nombreux auteurs préconisent de prendre en considération, en tant que critère de l'arbitrabilité, la libre-disponibilité des droits⁴⁶¹. Certains droits peuvent être rendus indisponibles par l'existence d'une loi de police, au niveau international, dans son champ d'application. Les lois de police traduisant l'intervention de l'ordre public de protection peuvent illustrer cette situation.

Dans ce type d'hypothèses, les droits attribués à la personne protégée sont indisponibles, afin d'éviter qu'elle y renonce trop facilement. Or, cela devrait également faire obstacle à la possibilité de conclure valablement une clause compromissoire, intervenant avant la naissance de tout litige. Ainsi, selon M. P. Ancel, « *ce souci de protection de la personne contre elle-même conduit naturellement à exclure la convention d'arbitrage, dans la mesure où la renonciation aux garanties qu'offre le tribunal étatique est assimilée traditionnellement à la renonciation au droit lui-même* »⁴⁶². Selon M. Jarrosson, la prohibition de la clause compromissoire peut s'expliquer, dans de tels cas, par « *la nécessité de ne pas faire de l'arbitrage une nouvelle arme du fort contre le faible, du spécialiste contre le profane* »⁴⁶³.

Les lois de police traduisant une intervention de l'ordre public de protection devraient alors être opposées à celles traduisant l'intervention de l'ordre public de direction, ces dernières ne faisant pas obstacle à l'arbitrage et étant soumises aux principes dégagés par la jurisprudence Labinal.

Dans le cadre de la jurisprudence actuelle, les premières nommées seraient ainsi confondues avec la réserve générale de l'ordre public international, faisant obstacle à la compétence de l'arbitre. Cela n'est ni illégitime, ni artificiel, l'ordre public n'étant pas exclu par le recours à la libre-disponibilité des droits, mais étant au contraire omniprésent, puisque c'est lui qui justifie l'indisponibilité et la non-arbitrabilité, qui ne sont pas autonomes, mais dans la dépendance de l'ordre public⁴⁶⁴.

L'exemple du droit de la consommation est le symbole d'une telle démarche. Le consommateur est protégé par le droit français, au niveau de la compétence juridictionnelle, notamment grâce à la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et le règlement n°44/2001 qui a pris sa suite. Il est également protégé au niveau du droit applicable par le

⁴⁶⁰ Paris 24 mars 1995, *Rev. arb.* 1996, 259, n. J.-M. Talau.

⁴⁶¹ Voir favorable à cette solution, P. Level, « L'arbitrabilité », article précité, n°23 ; J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, thèse précitée, n°70 ; J.-M. Jacquet-P. Delebecque, *Droit du commerce international*, 3^{ème} édition, Dalloz, 2002, n°518.

⁴⁶² P. Ancel, *Jcl Procédure civile*, Fasc. 1024, « Conventions d'arbitrage ; Conditions de fond ; Litiges arbitrables », n°74.

⁴⁶³ Ch. Jarrosson, « La clause compromissoire : l'article 2061 du Code civil », *Rev. arb.* 1992, 259, spéc. n°13.

⁴⁶⁴ Sur ce point, voir J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, thèse précitée, n°71.

jeu, entre autres, de la Convention de Rome du 19 juin 1980⁴⁶⁵. Enfin, la protection est aussi présente dans le droit français applicable au fond, de nombreux textes ayant adopté un parti protecteur du consommateur.

Certaines de ces dernières dispositions ont été considérées comme étant des lois de police, pouvant intervenir, à ce titre, immédiatement dans l'ordre international et imposant alors les solutions françaises. Dans leur champ d'application, les droits du consommateur devraient être considérés comme étant indisponibles, l'empêchant dès lors de conclure valablement une clause compromissoire.

Certes, l'incohérence signalée précédemment resurgit ici, les lois de police ne devant pas, normalement, interférer, en tant que telles, dans un raisonnement fondé sur des règles matérielles. Mais il s'agit dans une telle situation, d'une inadaptation de la méthode suivie par la jurisprudence, à l'heure actuelle, aux questions dans lesquelles l'ordre public de protection est en cause. En effet, on peut comprendre que dans le domaine des « affaires internationales », entre professionnels, l'objectif d'efficacité soit absolument essentiel, l'arbitrage étant, dans ces circonstances, une pratique courante, voire naturelle. Mais il n'en va pas de même pour toutes les questions présentant un caractère international et plus particulièrement pour les questions touchant au droit de la consommation ou au droit du travail.

Dans ces dernières hypothèses, l'arbitre n'est pas un juge naturel, bien au contraire. La solution présente même beaucoup d'inconvénients pour la partie faible : l'éloignement possible du lieu de l'arbitrage, son coût élevé, la nécessité d'une provision pour constituer le tribunal arbitral, ... La présence d'une clause compromissoire peut donc être dissuasive pour la partie faible, le recours à cette justice privée pouvant être qualifié, dans ce contexte, d'inéquitable. Les nécessités d'efficacité devraient alors s'effacer, cédant la place à l'objectif de régularité, celui-ci étant contradictoire avec l'admission des clauses compromissoires. De plus, un contrôle étatique *a posteriori* ne peut pas être considéré comme étant satisfaisant, l'accès même à la justice arbitrale posant problème.

Par conséquent, il paraît légitime de penser que la méthode utilisée à l'heure actuelle par les juges devrait être limitée à certaines questions. Elle ne devrait pas s'appliquer à des domaines dans lesquels elle ne se justifie pas, ainsi notamment pour le droit de la consommation.

263. Dans de telles matières, le raisonnement conflictuel devrait trouver ou retrouver sa place, avec notamment, l'exception d'ordre public international et les lois de police classiques. D'ailleurs, le Code de la consommation semble prendre position en ce sens. En effet, selon son article L. 135-1,

« Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté ».

Les auteurs de cet article ont ainsi préconisé une méthode. Les dispositions de l'article L.132-1 ne vont s'appliquer, à titre de lois de police, que lorsque la *lex contractus* n'est pas celle d'un Etat appartenant à l'Union européenne. Lorsque la *lex contractus* est celle d'un

⁴⁶⁵ Voir *supra* n°208.

Etat membre, il est considéré que la protection est suffisante. Ces droits doivent contenir des dispositions identiques à celles de l'article L. 132-1, issu comme l'article L.135-1 d'une directive du 5 avril 1993, en raison de la transposition de ce dernier texte⁴⁶⁶.

Or, l'article L. 132-1 définissant les clauses abusives, renvoie à une annexe dans laquelle figurent les clauses d'arbitrage. Ainsi, en cas de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat du fait d'une telle clause, cette dernière pourra être réputée non-écrite⁴⁶⁷.

Selon la logique de l'article L. 135-1 du Code de la consommation, la *lex contractus* doit être consultée. Dans ces hypothèses, le raisonnement devrait être le suivant. Dans le champ d'application des lois de police françaises, le consommateur ne peut conclure de clause compromissaire⁴⁶⁸. Au-delà de ce champ, la *lex contractus* va résoudre la question, avec la réserve générale et classique de l'exception d'ordre public international⁴⁶⁹.

264. Il a également été proposé d'attribuer la qualification de loi de police à l'article 2061 du Code civil⁴⁷⁰. Selon ce dernier,

« Sous réserve de dispositions législatives particulières, la clause compromissaire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

Par conséquent, *a contrario* les clauses compromissaires figurant dans un contrat de consommation ne sont pas valables selon ce texte, solution qui pourrait être appliquée immédiatement dans l'ordre international. La clarté serait alors beaucoup plus grande, car il suffirait d'utiliser des mécanismes habituels et connus. Cela éviterait, de plus, des interrogations sur les notions et des distorsions pouvant apparaître comme étant inutiles.

265. Mais il faut bien remarquer que ce n'est pas, à l'heure actuelle, la voie choisie par la jurisprudence. Pour les contrats de consommation, la Cour de cassation a estimé que *« la clause compromissaire devait recevoir application en vertu de l'indépendance d'une telle clause en droit international, sous la seule réserve des règles d'ordre public international, qu'il appartiendra à l'arbitre de mettre en œuvre, sous le contrôle du juge de l'annulation,*

⁴⁶⁶ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.* n°L. 95 du 21 avril 1993, p.29, *Rev. crit.* 1993, 495, *D.* 1993, 360.

⁴⁶⁷ Sur la question voir Ph. Fouchard, « Clauses abusives en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 1995, 147 et s.

⁴⁶⁸ En revanche, le compromis est possible dans la mesure où il s'agit d'un accord intervenant après la naissance du litige, à un moment où la partie faible a retrouvé la libre-disposition de ses droits.

⁴⁶⁹ Précisons que la *lex contractus* n'est pas forcément celle régissant l'ensemble du contrat contenant la clause compromissaire, mais peut être une loi ne régissant que cette clause, considérée comme étant un contrat particulier.

⁴⁷⁰ Ch. Jarrosson, « Le nouvel essor de la clause compromissaire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP* 2001, I, 333, spéc. n°24. Voir aussi Ph. Delebecque, « Arbitrage et droit de la consommation », *Dr. & Patrim.*, mai 2002, 46, spéc. p.51. Le ministre de la justice a estimé que la limitation découlant de l'article 2061 « semble devoir être étendue aux contrats internationaux conclus par des consommateurs domiciliés en France avec des professionnels établis à l'étranger, dans la mesure où la stipulation d'une clause compromissaire dans ce type de contrats expose le consommateur à des risques équivalents, sinon supérieurs, à ceux résultant de l'insertion d'une telle clause dans l'ordre interne » (Rép. Min. n°35415, *JO Sénat Q*, 31 janvier 2002, p.314 ; *D.* 2002, 626 ; *Rev. crit.* 2002, 171). La technique fondant une telle intervention n'est toutefois pas précisée.

pour vérifier sa propre compétence, spécialement en ce qui concerne l'arbitrabilité du litige »⁴⁷¹.

Elle ne fait donc qu'appliquer à la question particulière du droit de la consommation, la méthode dégagée par ailleurs. Certes, dans les arrêts de 1997, il s'agissait d'une hypothèse particulière, les personnes concernées pouvant en l'occurrence être qualifiées de « consommateurs de luxe », puisqu'était en cause l'achat d'automobiles de marque Jaguar, fabriquées en série limitée. La solution dans le cas d'espèce ne semblait donc pas choquante. Mais il pourrait en aller autrement en présence de consommateurs plus « classiques », le recours à l'arbitrage et à ses spécificités, notamment financières, pouvant alors apparaître comme étant plus dérangeant⁴⁷². Cela ne fait que souligner la nécessité d'une approche différente de ces questions, afin d'assurer une protection efficace au consommateur. Si tel n'était pas le cas, tous les efforts entrepris pour assurer une protection à cette partie faible au niveau de la compétence juridictionnelle seraient ruinés, l'arbitrage devenant alors un moyen extrêmement simple de contournement.

266. Il reste enfin à signaler que la Chambre sociale de la Cour de cassation a adopté une attitude protectrice du travailleur, à l'égard de telles clauses compromissaires. Elle a en effet considéré que « *la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail* »⁴⁷³.

La solution est satisfaisante, la Chambre sociale considérant la clause comme étant valable, sans quoi elle n'aurait pas pu se prononcer sur la question de l'opposabilité. De plus, si le salarié peut, s'il le souhaite, se prévaloir de la clause, elle ne peut pas lui être opposée. L'arbitrage sera ainsi laissé à la discrétion de la partie que l'on entend protéger. La solution est intéressante, car protectrice et surtout très souple.

Il faut malgré tout se demander si le recours au procédé des règles matérielles est le plus adapté en la circonstance. En effet, selon son inspirateur même, M. J.-P. Ancel, cette méthode a pour objectif d'assurer une plus grande efficacité à l'arbitrage international⁴⁷⁴. Or, on ne voit pas pourquoi cet objectif et donc cette méthode s'imposeraient en matière de contrat de travail international. Là encore, l'arbitrage n'est pas une procédure normale ou naturelle et les exigences de régularité doivent reprendre le dessus.

267. Un retour à la méthode bilatérale classique avec l'encadrement de l'exception d'ordre public international et des lois de police s'impose selon nous. De plus, cela éviterait d'appliquer systématiquement les conceptions françaises, alors même qu'il n'est pas toujours légitime qu'elles interviennent. Une loi étrangère autorisant l'arbitrage dans ce genre de circonstances peut très bien avoir un titre sérieux à s'appliquer et ne pas être choquante. Il en va ainsi d'une clause compromissoire librement acceptée par un cadre supérieur, ayant eu la possibilité, étant donné son statut, de négocier son contrat. Si une loi

⁴⁷¹ La solution résulte de plusieurs arrêts quasiment identiques : Civ. 1^{ère} 21 mai 1997, *Rev. crit.* 1998, 87, n. V. Heuzé ; *JDI* 1998, 969, n. S. Poillot-Peruzzeto ; *Rev. arb.* 1997, 537, n. E. Gaillard ; Contrats, concurrence, consommation 1997, n°143, n. L. Leveneur ; *RTD com.* 1998, 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin.

⁴⁷² En ce sens voir V. Heuzé, note précitée sous Civ. 1^{ère} 21 mai 1997, p.96.

⁴⁷³ Soc. 16 février et 4 mai 1999, *Rev. crit.* 1999, 745, n. F. Jault-Seseke ; *Rev. arb.* 1999, 290, n. M.-A. Moreau ; *Gaz. Pal.* 2000, 1, somm. p.699, obs. M.-L. Niboyet-Hoegy ; Voir également un commentaire du second arrêt, *JCP* 2000, II, 10337 par M. Ammar. La solution a été reprise plus récemment : Soc. 9 octobre 2001, *Rev. arb.* 2002, 347, n. T. Clay. Sur la question de l'arbitrage en droit du travail, voir J.-M. Oliver, « Arbitrage et droit du travail », *Dr. & Patrim.*, mai 2002, p.52.

⁴⁷⁴ J.-P. Ancel, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », communication précitée, p.81 et s.

étrangère considère une telle clause comme étant valable et opposable au salarié, on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas être appliquée⁴⁷⁵. Il serait inopportun que la solution dégagée par la Chambre sociale s'applique dans une telle situation. Le salarié bénéficierait d'une véritable option entre le recours aux juridictions étatiques et l'arbitrage alors qu'il a librement accepté et peut-être même négocié la clause compromissoire.

* * *

Conclusion du paragraphe :

268. L'ordre public international et les lois de police sont donc entremêlés à propos de l'appréciation des clauses d'arbitrage international, ce qui ne s'impose pas toujours, un retour à plus de classicisme étant souhaitable pour certaines questions.

Ce n'est pourtant pas le seul point sur lequel les deux mécanismes sont confondus, dans le domaine plus général de l'arbitrage. En effet, la notion d'ordre public transnational, qui trouve son terrain d'élection en matière d'arbitrage, est également équivoque, mélangeant les logiques des deux mécanismes.

⁴⁷⁵ Voir ainsi J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, thèse précitée, n°275, qui signale que les lois rendant un litige inarbitrable sont souvent des lois de police. Le fait de recourir systématiquement et aveuglement à la méthode matérielle empêche selon nous de tenir compte de telles dispositions, alors même qu'elles ont un titre sérieux à s'appliquer. Au contraire, la méthode bilatérale, complétée par la méthode d'application des lois de police étrangères permettrait de consulter une telle règle appréhendant la situation litigieuse dans sa sphère d'application. Une telle solution faciliterait évidemment la circulation de la décision française.

§ 2-Confusion et ordre public transnational.

269. L'ordre public transnational peut être défini comme un mécanisme défendant des valeurs, non pas propres à un ordre juridique national, mais adoptées par la « communauté internationale ».

Cette notion semble être d'une utilité assez limitée devant le juge étatique français. En effet, lorsque ce dernier est saisi, la question qui se pose est de savoir si une loi étrangère, une décision étrangère ou une sentence arbitrale peuvent produire des effets en France. Il s'agit donc d'insérer un élément extérieur dans l'ordre juridique français. Les exigences de l'ordre public international ne peuvent alors s'apprécier que d'après les conceptions fondamentales françaises.

Il est possible pour justifier cette affirmation de tenir le raisonnement suivant. Soit l'ordre public transnational défend un principe que respecte et défend également l'ordre juridique français et dans ce cas la référence à un tel concept n'est pas utile. Soit l'ordre juridique français est en opposition avec l'ordre public transnational sur un point et le juge ne peut pas aller à l'encontre des fondements de son ordre juridique. L'ordre public transnational sera alors également privé de portée dans cette situation.

Certes, rien ne fait obstacle à ce que l'ordre juridique français s'inspire de conceptions plus généralement admises mais cela ne donne pas de caractère transnational à son ordre public⁴⁷⁶. Les conceptions défendues devront toujours et nécessairement faire l'objet d'une sorte de « naturalisation ». Il faut donc parler d'ordre public international français, même s'il peut être fortement influencé par l'ordre public transnational.

270. En revanche, devant un arbitre international, la situation semble devoir être totalement différente. En tant que juge privé, il est dépourvu de for et ne subit pas les influences d'un ordre juridique national. Ayant à trancher des affaires internationales, il est alors envisageable qu'il utilise, le cas échéant, un ordre public présentant un caractère réellement international, détaché des contingences auxquelles un juge national est soumis.

Cet ordre public transnational a fait l'objet d'études doctrinales et a été utilisé par certains arbitres. Pourtant, il s'agit encore à l'heure actuelle d'un concept flou. Tout d'abord, la notion même est discutée, sortant des canons habituels (A).

Ensuite, après avoir traité de cette question nécessairement préalable, nous verrons que les modalités d'intervention de ce phénomène sont également problématiques, puisqu'il est possible d'hésiter entre application immédiate et intervention destinée à évincer la loi normalement applicable (B).

⁴⁷⁶ Voir sur ce point D. Bureau, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1992, n°804, p.527.

A-La controverse autour de la notion d'ordre public transnational.

271. Deux questions sont particulièrement épineuses. L'existence même de l'ordre public transnational est contestée par certains auteurs (1) ; son contenu est également discuté, or il est essentiel pour nous de le connaître car il peut influencer directement le mode d'intervention de la notion (2).

1) L'existence controversée de l'ordre public transnational.

272. L'existence de l'ordre public transnational est discutée et de nombreux arguments ont été échangés, pour la combattre ou, au contraire, la défendre. Ainsi, il a été avancé qu'aucune règle ne pouvait prétendre à l'universalité, le caractère transnational de l'ordre public étant dès lors contestable. De plus, si une règle est véritablement universelle, l'ordre public n'a plus aucune portée, se trouvant dès ce moment privé, au niveau pratique, de tout effet.

L'argument est pourtant réfutable. En effet, l'unanimité n'est pas nécessaire et semble totalement impossible à obtenir ; un large consensus à propos d'une règle ou d'un principe est suffisant pour pouvoir parler d'ordre public transnational⁴⁷⁷.

Un autre argument est avancé pour nier l'existence de l'ordre public transnational. La notion semble correspondre à la partie indérogeable de la *lex mercatoria*, c'est-à-dire un ensemble de règles, de principes, d'usages, découlant de la pratique commerciale internationale, de lois nationales, d'usages professionnels codifiés, de conventions internationales et aptes à régir les relations commerciales internationales⁴⁷⁸.

Or, l'existence de la *lex mercatoria* apparaît comme étant elle-même controversée⁴⁷⁹. Cette fragilité peut évidemment rejaillir sur l'ordre public transnational et remettre en cause sa légitimité. De plus, selon M. Mayer, la supériorité de la *lex mercatoria* par rapport aux

⁴⁷⁷ Voir ainsi J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, thèse précitée, n°632 et s.

⁴⁷⁸ Voir sur cette notion l'article de référence de Goldman, « La *lex mercatoria* dans les contrats internationaux : réalité et perspectives », *JDI* 1979, 475 et *TCFDIP* 1977-1979, p.221 ; voir du même auteur, « Nouvelles réflexions sur la *lex mercatoria* », *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre Lalive*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, p.241 et s. ; Voir aussi : E. Loquin, « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle. A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Litec, 2000, p.23 et s. ; F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 224, 1992 ; J. Paulsson, « La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI », *Rev. arb.* 1990, 55 et s. ; Ph. Kahn, « Droit international économique, droit du développement, *Lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, p.97 et s.

⁴⁷⁹ Voir P. Lagarde, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, Litec, p.125 et s. La Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que l'arbitre international pouvait trancher un litige sur ce fondement : Civ. 1^{ère} 22 octobre 1991, *Rev. crit.* 1992, 113, n. Oppetit ; *JDI* 1992, 177, n. Goldman.

droits étatiques est loin d'être évidente⁴⁸⁰. Les sources principales de ce droit du commerce international sont les usages du commerce international et les principes généraux du droit. Il ne s'agit dès lors pas du droit international au sens propre du terme, émanant de la communauté des Etats et qui est supérieur aux droits étatiques, mais simplement d'un droit de source internationale en ce sens que son processus de création « *implique la constatation d'usages, ou de règles nationales, dans le ressort d'une pluralité d'Etats* »⁴⁸¹. Par conséquent, selon M. Mayer, faire jouer « *le mécanisme de l'ordre public au nom de cette prétendue supériorité, apparaît comme une atteinte au principe du libre-choix par les parties de la loi applicable* »⁴⁸². Cet auteur ne nie toutefois pas la possibilité d'éviction de la loi normalement compétente, mais la fait reposer sur le seul fondement de la volonté de l'arbitre⁴⁸³.

L'argument est particulièrement fort et pose un autre problème, celui de la trop grande marge d'appréciation laissée à l'arbitre, ce qui peut porter atteinte à l'attente légitime des parties⁴⁸⁴. En effet, la notion apparaissant comme étant floue en elle-même, son contenu n'étant pas clairement établi, cela laisse une place importante à la subjectivité de l'arbitre, ce qui n'est pas satisfaisant et peut faire varier les solutions en fonction du ou des arbitres choisis. Cet élément souligne aussi le rôle fondamental de la volonté des parties dans l'arbitrage international, ce qui peut remettre en cause la légitimité de l'ordre public transnational.

273. L'arbitre est en effet compétent en vertu de la seule volonté des parties. Ses pouvoirs viennent du contrat les liant et contenant la clause d'arbitrage. Il doit ainsi respecter la mission qui lui a été confiée. Toute autre action serait illégitime de sa part. Par conséquent, si les parties ont choisi une loi pour régir leur relation, l'arbitre devrait l'appliquer et ne pas pouvoir l'évincer, faute de quoi, il commettrait un excès de pouvoir et dépasserait son office.

Si les parties n'ont pas choisi de loi pour régir leur relation, l'ordre public transnational serait inutile car il appartiendrait dans ce cas à l'arbitre de désigner directement le droit devant s'appliquer et qui n'est pas contraire à de telles exigences fondamentales. Il est cependant possible de répondre à ces arguments.

Tout d'abord, l'arbitre même s'il est une autorité privée, n'en est pas moins le juge du contrat. Il se trouve « au-dessus » de celui-ci et ne peut rendre n'importe quelle décision. Il ne doit pas pouvoir consacrer par sa sentence une situation choquante ou immorale⁴⁸⁵. Il en va de sa propre conscience, de sa propre moralité, mais aussi de la crédibilité de l'institution de l'arbitrage. Par conséquent, il doit pouvoir écarter la loi choisie par les parties, si celle-ci produit un tel résultat, quelle que soit la voie choisie pour cela, ordre public transnational ou seule conscience de l'arbitre.

Si les parties n'ont pas choisi de loi, l'ordre public transnational n'en perd pas pour autant toute utilité. En effet, il peut permettre de justifier la non-application d'une loi semblant

⁴⁸⁰ P. Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international », *Etudes Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p.379, spéc. p.390 et s.

⁴⁸¹ P. Mayer, *ibidem*, p.391.

⁴⁸² P. Mayer, *ibidem*, p.392.

⁴⁸³ P. Mayer, *ibidem*, p.392.

⁴⁸⁴ Sur ce point, voir Y. Derains, « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *TCFDIP* 1984-1985, p.81 et s.

⁴⁸⁵ Sur ces différents arguments, voir P. Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international », précité, p.392-393.

pourtant particulièrement indiquée en l'espèce, notamment en raison de sa proximité avec la situation. L'ordre public transnational est alors un moyen de motiver une décision qui pourrait être autrement considérée comme étant illégitime.

274. On le voit la notion d'ordre public transnational est controversée et des arguments sérieux peuvent être échangés à son propos.

Toutefois, il faut remarquer que de nombreuses sentences arbitrales y font allusion ou même l'utilisent effectivement⁴⁸⁶.

De plus, une résolution de l'Institut de droit international a considéré qu'en « *aucun cas un arbitre ne doit méconnaître les principes d'ordre public international sur lesquels un large consensus s'est formé dans la communauté internationale* »⁴⁸⁷.

L'ordre public transnational semble ainsi être une donnée incontournable, qui est certes discutée, mais qui n'en a pas moins une existence indéniable.

Néanmoins, cela ne résout pas un autre problème, celui de la détermination de son contenu, point auquel il faut nous intéresser car il peut avoir une influence déterminante sur le mode d'intervention de la notion, qui nous retiendra par la suite.

2) Le contenu controversé de l'ordre public transnational.

275. Si l'on part de l'idée que l'arbitre ne doit pas pouvoir consacrer par sa sentence une solution choquante ou immorale, il est légitime de considérer que les premiers principes devant être inclus dans l'ordre public transnational sont, au sens large, les Droits de l'Homme, c'est-à-dire des principes fondamentaux, absolument essentiels et qui ne sont pas propres au commerce international.

L'arbitre ne devrait pas pouvoir consacrer, par sa sentence, une situation d'esclavage ou une discrimination raciale. Le fait d'être un simple juge privé, compétent par la seule volonté des parties ne peut en rien justifier une atteinte à de telles valeurs⁴⁸⁸.

Mais des principes plus circonstanciés et propres au monde du commerce international peuvent également être défendus par l'ordre public transnational. Un exemple frappant de cette situation est celui de la prohibition de la corruption. De nombreuses sentences ont considéré qu'il s'agissait d'une règle ou d'un principe absolument essentiel, pouvant être rattaché à l'ordre public transnational.

Le point de départ de cette jurisprudence est la célèbre sentence du Président Lagergren⁴⁸⁹. Confronté à une demande en paiement de commissions formée par un intermédiaire chargé de corrompre des membres du gouvernement argentin, l'arbitre considère la corruption

⁴⁸⁶ Voir sur ce constat, P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, 329, spéc. p.363. Voir par exemple sentences CCI n°2521 (1975), *JDI* 1976, 997, obs. Y. Derains, n°6503 (1990), *JDI* 1995, 1022, obs. Y. Derains, n°6320 (1992), *JDI* 1995, 986, obs. D. Hascher et toutes les références que nous verrons par la suite.

⁴⁸⁷ Résolution de l'IDI sur l'arbitrage entre Etats, entreprises d'Etat ou entités étatiques et entreprises étrangères, session de St Jacques-de-Compostelle, texte dans *Rev. arb.* 1990, 931, comm. Ph. Fouchard. Pour une opinion plus nuancée, voir les recommandations de l'association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales, *Rev. arb.* 2002, p.1061, avec la présentation de P. Mayer.

⁴⁸⁸ Sur ce point voir Goldman, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *RCADI* 1963, t. 109, p.351, spéc. n°50 et s., p.438 et s. Voir aussi Ch. Jarrosson, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. arb.* 1989, 573 et s.

⁴⁸⁹ Sentence CCI n°1110 (1963), rapportée par Lew *Applicable Law in International Commercial Arbitration: A study in Commercial Arbitration Awards*, Dobbs Ferry, N.-Y., Oceana Publications, Inc./Sitjthoff & Noordhoff International Publishers BV, 1978, p.553-555.

comme étant « *un mal international contraire aux bonnes moeurs et à un ordre public international commun à la communauté des nations* ».

Une telle attitude a depuis été très souvent reprise, cette sentence servant fréquemment de référence⁴⁹⁰. Il est alors possible de penser que la prohibition de la corruption est un principe d'ordre transnational, puisqu'il est traité comme tel par les arbitres qui n'hésitent pas à annuler des contrats le violant⁴⁹¹.

La question de la capacité de l'Etat à compromettre est également à citer ici. Si un Etat ou une société étatique se prévaut de son incapacité, d'après sa loi nationale pour s'opposer à une clause compromissoire, l'ordre public transnational va intervenir et interdire à cet organisme d'invoquer son incapacité, au nom de la bonne foi. Là encore, une convergence de nombreuses sentences arbitrales peut être observée. Ainsi, selon une sentence de 1971, « *l'ordre public international s'opposerait avec force à ce qu'un organe étatique, traitant avec des personnes étrangères puisse passer ouvertement, le sachant et le voulant, une clause d'arbitrage qui met en confiance le cocontractant et puisse ensuite, que ce soit dans la procédure arbitrale ou dans la procédure d'exécution, se prévaloir de la nullité de sa propre parole* »⁴⁹². Il s'agit désormais d'un principe constant, repris dès que la question se pose⁴⁹³ et qui peut être considéré comme faisant partie du noyau dur de l'ordre public transnational, sans que beaucoup de critiques soient élevées à l'encontre de cette solution⁴⁹⁴.

276. D'autres points sont, eux, plus controversés, les arbitres ayant adopté des solutions divergentes à leur égard.

Cela est vrai par exemple pour le principe « *actori incumbit probatio* ». Une sentence de 1981 l'a défini (« *Chaque partie doit prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit* ») et semble le considérer comme étant d'ordre public transnational, la règle s'imposant sous peine d'arbitraire, selon les arbitres⁴⁹⁵.

Au contraire, une sentence plus ancienne avait considéré que les arbitres n'étaient pas tenus à une application aussi stricte des règles en matière de preuve et que les parties devaient collaborer de bonne foi à l'administration de la preuve⁴⁹⁶.

La discussion est donc possible pour cette question. Il peut en aller de même pour d'autres problèmes tel celui de la clause *rebus sic stantibus*, destinée à lutter contre l'imprévision. Elle permettrait, lorsque les circonstances ayant prévalu lors de la conclusion du contrat changent de façon fondamentale et extraordinaire, de modifier également les obligations

⁴⁹⁰ On peut ainsi citer, deux sentences relativement anciennes mais très connues : CCI n°3913 (1981), extraits cités par Y. Derains, *JDI* 1984, 920 et n°3916 (1982), *JDI* 1984, 930, obs. S. Jarvin. Plus récemment, la sentence CCI n°8891 (1998), *JDI* 2000, 1076, obs. D. Hascher a réaffirmé de façon nette cette position.

⁴⁹¹ Comp.V. Heuzé, « La morale, l'arbitre et le juge », *Rev. arb.* 1993, 179 et s. ; Oppetit, « Le paradoxe de la corruption à l'épreuve du droit du commerce international », *JDI* 1987, 5 et s. Voir aussi A. S. El Kosheri et Ph. Leboulanger, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influences », *Rev. arb.* 1984, 3 et s. et P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », précité, p.336 et s.

⁴⁹² Sentence CCI n°1939 (1971), citée par Y. Derains in « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973, 122, spéc. p.145.

⁴⁹³ Voir ainsi sentences CCI n°2404 (1975), *JDI* 1976, 995, obs. Y. Derains ; n°2521 (1975), *JDI* 1976, 997, obs. Y. Derains ; n°3896 (1982), *Framatome c/ Atomic Energy Organization of Iran*, *JDI* 1984, 58 ; n°4381 (1986), *JDI* 1986, 1102, obs. Y. Derains ; n°5103 (1988), *JDI* 1988, 1206, obs. G. A. A.

⁴⁹⁴ Voir toutefois P. Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international », article précité, p.397.

⁴⁹⁵ Sentence CCI n°3344 (1981), *JDI* 1982, 978, obs. Y. Derains.

⁴⁹⁶ Sentence CCI n°1434 (1975), *JDI* 1976, 978, obs. Y. Derains.

contractuelles. L'incertitude peut régner quant à son statut de règle ou de principe d'ordre public international⁴⁹⁷.

277. Par conséquent, certains principes sont affirmés de manière nette alors que le statut de certains autres peut prêter davantage à discussion.

Les limites de l'ordre public transnational sont donc assez difficiles à déterminer. Mais on retrouve là un phénomène qui est tout à fait naturel pour un ordre public quel qu'il soit. En effet, cela est vrai pour l'ordre public interne et pour l'ordre public international français classique. Il n'y a pas lieu de s'en offusquer, bien au contraire. Le fait que certaines questions soient controversées témoigne du dynamisme de la notion, qui peut évoluer et s'enrichir de principes nouveaux, d'autres pouvant tomber en désuétude.

En revanche, plus problématiques seront les modalités d'intervention de l'ordre public transnational. Au vu de son contenu, il est possible d'hésiter entre application immédiate de certaines règles ou principes et intervention sur le mode de l'éviction de la loi normalement compétente.

B-L'hésitation possible quant au mode d'intervention de l'ordre public transnational.

278. La mise en oeuvre de l'ordre public transnational sur un mode similaire à celui de l'exception d'ordre public international est la solution qui est préconisée d'ordinaire, car elle est la plus légitime, dans le contexte particulier de l'arbitrage international (1). Pourtant, il nous semble que l'application immédiate, selon un mécanisme proche de celui des lois de police, n'est pas à exclure catégoriquement (2).

1) La légitimité du mécanisme de l'éviction de la loi normalement compétente.

279. L'intervention de l'ordre public transnational sur un mode proche de celui de l'exception d'ordre public international classique est défendue en raison de la prépondérance de la volonté des parties dans l'arbitrage international.

L'arbitre n'est compétent que par cette volonté et doit la respecter dans toute la mesure du possible. Cela est notamment vrai lorsque les parties ont choisi le droit qui, selon elles, doit s'appliquer à leur relation contractuelle. L'arbitre n'a pas, comme nous l'avons vu, le pouvoir de substituer son choix à celui fait par les parties. Il s'agit d'un principe absolument fondamental de l'arbitrage international⁴⁹⁸.

⁴⁹⁷ Voir sur ce point Y. Derains, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *JDI* 1993, 829, spéc. p.850-851.

⁴⁹⁸ En ce sens voir P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », précité, p.354 et P. Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international », article précité, p.391 ; voir aussi à titre d'exemple, l'article 17 du règlement d'arbitrage de la CCI.

Toutefois, l'ordre public transnational est une exception à ce principe. L'arbitre peut, pour ne pas avoir à consacrer une situation choquante, ne pas appliquer le droit choisi par les parties.

280. Mais si l'on admet cette possibilité, elle doit se faire dans le respect maximum du principe de l'autonomie de la volonté. Cela implique alors, de manière incontournable, l'utilisation du mécanisme de l'éviction de la loi élue. En effet, l'arbitre doit toujours consulter cette loi, puis, le cas échéant, l'évincer. Cette manière de procéder permet de concilier les deux exigences, alors qu'une éventuelle application immédiate de l'ordre public transnational porterait atteinte de manière excessive à la volonté des parties.

La situation particulière de l'arbitre devrait ainsi conduire à ne faire jouer l'ordre public transnational que sur le mode de l'éviction, la protection ainsi assurée étant, de surcroît, suffisante, puisqu'elle permet d'éviter la consécration de solutions choquantes.

281. Il est possible de trouver trace d'un tel mécanisme dans de nombreuses sentences. Ainsi, en 1984, un tribunal arbitral affirme-t-il que « *le droit libyen est en principe applicable à tous les aspects du litige, en ce qu'il n'est pas contraire à l'ordre public international et aux principes de la bonne foi* »⁴⁹⁹. Une telle possibilité n'est d'ailleurs pas nouvelle car dès 1855, des arbitres ont eu l'occasion de l'affirmer dans les termes suivants : « *Je ne pense pas qu'il soit nécessaire de rapporter ici des autorités pour démontrer que l'esclavage, quoique odieux et contraire aux principes de justice et d'humanité, peut être établi par la loi d'une contrée ; et que, ayant été ainsi établi dans plusieurs contrées, il ne peut pas être contraire à la loi des nations* »⁵⁰⁰. Par conséquent, si l'opinion internationale avait été différente, les arbitres auraient pu écarter une loi consacrant la pratique de l'esclavage, le mécanisme de l'éviction étant alors à leur disposition.

D'autres sentences peuvent encore être citées en ce sens⁵⁰¹. Dans l'esprit des arbitres, la notion existe et ils peuvent, le cas échéant, se fonder sur elle pour motiver leur sentence.

282. Mais il faut malgré tout constater que l'on ne trouve pas d'exemples dans lesquels la *lex contractus* choisie par les parties a été effectivement évincée. Les sentences citées ne font qu'affirmer des principes, sans les faire jouer réellement, l'ordre public transnational n'apparaissant souvent que dans des *obiter dictum*, à l'image, notamment, de la sentence n°4761⁵⁰².

Les seules hypothèses d'éviction d'une loi nationale concernent le domaine de l'arbitrabilité subjective. Mais il n'y a alors pas mise à l'écart d'une loi choisie par les parties mais de la loi nationale de l'Etat ou de l'établissement public intéressé, ce qui ne remet pas en cause le principe de l'autonomie de la volonté. Même dans ces cas là, on se trouve très souvent confronté à de simples affirmations de principe, sans réelle portée sur la solution finale, ou alors à des décisions dans lesquelles l'ordre public transnational vient conforter une situation déjà acquise en vertu d'une loi nationale, ce qui permet certes de renforcer la légitimité de la sentence, de lui donner une plus forte assise, mais ne contribue

⁴⁹⁹ Sentence CCI n°4761 (1984), *JDI* 1986, 1137, obs. S. Jarvin.

⁵⁰⁰ Sentence de la Commission mixte de Londres du 15 janvier 1855, citée par P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », précité, p.335-336.

⁵⁰¹ Voir ainsi les sentences CCI n°761 (1951), citée par Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, Bibl. de droit international privé, vol. 2, 1965, n°573 ; n°1526 (1968), *JDI* 1974, 915, obs. Y. Derains ; n°1939 (1971), précitée note 492 ; n°2404 (1975), *JDI* 1976, 995, obs. Y. Derains ; n°2521 (1975), *JDI* 1976, 997, obs. Y. Derains ; n°4381 (1986), *JDI* 1986, 1102, obs. Y. Derains ; n°6320 (1992), *JDI* 1995, 986, obs. D. Hascher.

⁵⁰² Précitée note 499.

pas réellement à l'affirmation de la notion. La sentence n° 2404 est significative⁵⁰³. L'établissement public en cause était apte à compromettre d'après sa loi nationale. Mais le tribunal arbitral a tout de même jugé opportun de compléter sa décision, en considérant que, à supposer qu'il « *n'eût pas été apte à compromettre, il y aurait lieu de retenir que cette inaptitude devrait être considérée comme inopérante en raison de sa contrariété avec l'ordre public international* ».

283. Le constat à dresser peut paraître assez peu satisfaisant. En effet, la notion d'ordre public transnational, telle qu'envisagée classiquement, n'aurait pas d'existence et de traductions positives, au-delà de simples affirmations de principe, dénuées de réelles conséquences pratiques. En d'autres termes, les arbitres n'utiliseraient l'ordre public transnational que lorsque cela n'a aucune incidence sur le fond du litige qui leur est soumis. On peut alors se demander s'ils n'hésiteraient pas à en faire utilisation lorsque cela s'imposera véritablement.

Mais cette conclusion est aussi pour le moins rassurante. Si les interventions de l'ordre public transnational devaient être plus nombreuses, cela serait autrement plus inquiétant, car démontrant la multiplication d'atteintes à des principes fondamentaux par des lois étatiques.

Ce qu'il faut retenir, par conséquent, est que la notion est à la disposition des arbitres, qui pourront la faire jouer le cas échéant, puisqu'ils y ont recours pour renforcer leur motivation même lorsque cela ne s'impose pas.

Pour autant, ce mode d'intervention de l'ordre public transnational ne semble pas devoir être le seul, une application immédiate de certains principes ou de certaines règles étant, selon nous, également envisageable.

2) Une possible application immédiate de l'ordre public transnational ?

284. Il est classiquement admis que l'ordre public transnational peut avoir des effets positifs, mais qui n'ont rien à voir avec une quelconque application immédiate, sur le mode des lois de police.

En premier lieu, lorsque l'ordre public transnational intervient et évince une loi étrangère, il va lui-même servir de norme de substitution, afin de combler la lacune ainsi créée. Cela est dû à l'absence pour l'arbitre de *lex fori* ayant une vocation subsidiaire. Par conséquent, il est naturel que le principe (ou la règle) d'ordre public transnational auquel il est porté atteinte fournisse la solution.

En second lieu, l'ordre public transnational peut également justifier l'annulation d'un contrat⁵⁰⁴. Il a alors une fonction positive, proche de celle de l'ordre public interne. Comme l'a écrit B. Goldman, « *les règles impératives de la communauté internationale sont les principes de son ordre public universel et il n'en existe pas d'autres, car par rapport à elle, tout est, en quelque sorte, à la fois interne et transnational. Il en résulte que ce sont les mêmes règles que l'arbitre peut être amené à opposer à un contrat ou à une loi étatique* »⁵⁰⁵.

⁵⁰³ Précitée note 501.

⁵⁰⁴ Voir par exemple sentences CCI n°2730 (1982), *JDI* 1984, 914, obs. Y. Derains, et n°2930 (1982), *YCA* 1984, p.105.

⁵⁰⁵ Goldman, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », cours précité, n°52.

L'affirmation d'un principe agissant sur le mode de l'éviction vaudra par conséquent aussi pour cette fonction positive. Les deux modes sont d'ailleurs étroitement liés. Il suffit pour s'en convaincre d'imaginer la situation suivante. Soit un contrat international régi par une loi étatique. Cette dernière ne sanctionne pas un comportement pourtant contraire à l'ordre public transnational. La démarche de l'arbitre devrait alors consister à évincer cette loi étatique, en raison de sa contrariété à l'ordre public transnational, puis à lui substituer ce dernier, qui va annuler le contrat.

Il s'agit bien d'un effet positif de l'ordre public transnational, mais qui n'a rien à voir avec les lois de police, ou une quelconque application immédiate, les principes fondamentaux n'étant pas appliqués *a priori*, mais après désignation de la loi normalement compétente pour régir le contrat, loi étatique ou *lex mercatoria*.

Il faut malgré tout se demander si l'ordre public transnational ne peut assumer une telle fonction, si certains de ses principes ou règles ne peuvent être assimilés à des lois d'application immédiate.

285. Certes, *a priori*, une telle approche est inconcevable. En effet, comme nous l'avons vu, la volonté des parties ayant une place essentielle, une éventuelle application immédiate de règles ou de principes d'ordre public transnational, sans même consulter la loi choisie par les parties est contraire au dogme de l'autonomie de la volonté. De plus, l'arbitre n'est pas dépendant d'un ordre juridique étatique. Ainsi, il n'est possible de se fonder ni sur la notion d'organisation étatique, ni sur la volonté d'appliquer certaines politiques législatives pour justifier une application immédiate. Les critères des lois de police sont en théorie absents. Il nous semble que l'application immédiate est tout de même envisageable dans certaines situations.

Cela est tout d'abord possible lorsque la volonté des parties n'est pas en cause. L'exemple le plus flagrant concerne la question de l'arbitrabilité subjective. Nous avons vu plus haut que les arbitres considéraient, de façon constante et systématique, que les Etats ou les établissements publics ne pouvaient se prévaloir d'une incapacité de compromettre, fondée sur leur droit interne, pour faire obstacle à la procédure arbitrale.

Etant donné la généralité de cette solution, il est légitime de se demander si, en l'occurrence, il n'y a pas lieu de faire une économie de raisonnement et donc d'appliquer directement le principe d'ordre public transnational, plutôt que de procéder à la consultation d'une loi étatique nécessairement dépourvue d'intérêt. En effet, cette loi ne pourra que confirmer la solution fondée sur l'ordre public transnational et donc ne rien apporter de concret ou alors contredire le principe d'ordre public transnational et être, de ce fait, évincée.

L'article 5 de la résolution de l'Institut de droit international sur l'arbitrage entre Etats, entreprises d'Etat ou entités étatiques et entreprises étrangères peut être cité à l'appui d'une telle argumentation. Selon ce texte,

« Un Etat, une entreprise d'Etat ou une entité étatique ne peut pas invoquer son incapacité de conclure une convention d'arbitrage pour refuser de participer à l'arbitrage auquel il a consenti »⁵⁰⁶.

⁵⁰⁶ *Rev. arb.* 1990, 931 obs. Ph. Fouchard ; voir aussi l'article II de la Convention européenne relative à l'arbitrage commercial international, signée à Genève le 21 avril 1961.

Cette formulation peut être considérée comme étant celle d'une véritable règle d'application immédiate, sur laquelle un arbitre peut se fonder, sans avoir à recourir à un quelconque droit étatique.

L'ordre public transnational ne semble donc pas agir uniquement sur le mode de l'éviction. Il faut d'ailleurs se demander s'il n'est pas possible d'aller plus loin et de trouver d'autres situations dans lesquelles l'application immédiate est envisageable.

286. Il nous semble qu'une telle solution est concevable lorsque les parties n'ont pas exprimé de choix, quant au droit qu'elles souhaitent voir s'appliquer à leurs relations.

On peut tout d'abord songer à la question particulière de la procédure arbitrale. Dans le règlement de la Chambre de commerce internationale, certaines règles de procédure sont expressément prévues. Pour le reste, il appartient aux parties de choisir le droit applicable, ou à défaut, le tribunal arbitral devra le déterminer (Article 15).

Si les parties n'ont pas pris position, l'arbitre peut très bien, avant même de se pencher sur la question de la loi applicable à la procédure, recourir à des règles d'ordre public transnational, pour répondre à certains problèmes dont la solution semble s'imposer.

Ainsi, il lui sera possible de rejeter une preuve « clandestine », qui n'est pas déposée et soumise à la partie adverse, sans avoir à se fonder sur un quelconque droit étatique, si le problème se pose avant qu'une loi procédurale a été déterminée⁵⁰⁷.

Il pourrait en aller de même pour le principe « *actori incumbit probatio* », s'il devait être considéré comme d'ordre public transnational.

Une telle approche est également envisageable pour la loi applicable au fond du contrat, toujours lorsque les parties n'ont pas exprimé de choix, certains principes, certaines règles d'ordre public transnational pouvant alors encadrer le droit qui sera désigné par l'arbitre.

A priori, cette solution ne présente que peu d'intérêt, l'arbitre n'étant en l'occurrence pas lié par la volonté des parties quant au droit applicable. Il devrait donc pouvoir appliquer librement les principes d'ordre public transnational, sans avoir à consulter une quelconque loi étatique auparavant.

Pourtant, sa liberté n'est pas forcément totale. Il semble en effet qu'il doive malgré tout, dans de telles situations, tenir compte d'autres éléments dans la détermination des règles de droit applicables au litige qui lui est soumis.

En particulier, le critère du lien le plus étroit et celui de l'attente légitime des parties peuvent être mis en évidence et devraient servir de référence à l'arbitre dans la détermination du droit à appliquer, même si la portée de ces principes est discutable⁵⁰⁸.

L'arbitre, s'il recourt à des règles ou principes faisant partie de l'ordre public transnational, peut, selon nous, s'affranchir de ces données, *a priori*, sans que cela soit illégitime, le résultat produit par la loi la plus proche de la situation ou celle correspondant à l'attente légitime des parties ne pouvant être différent de celui obtenu en se fondant sur l'ordre public transnational. L'économie de raisonnement est donc, là encore, possible.

287. Lorsque les parties ont choisi une loi applicable à la procédure ou au fond du contrat la question d'une telle démarche est plus délicate.

Elle pourrait se justifier, là encore, car face à une règle ou un principe d'ordre public transnational constituant à la fois un maximum et un minimum, la consultation de la *lex contractus* pourrait apparaître comme purement formelle et dénuée de toute portée. En

⁵⁰⁷ Sur la question de la preuve clandestine voir P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », précité, n°50, p.349.

⁵⁰⁸ Sur ces principes voir P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », précité, n°67 et s., p.355 et s.

d'autres termes, dans une telle situation, faut-il nécessairement rapporter le contenu du droit normalement applicable, puis dans un second temps recourir à l'ordre public transnational, alors que la solution est acquise et connue à l'avance ? Cela paraît quelque peu artificiel.

En fait, il nous semble qu'un seul obstacle subsiste, pour s'opposer à une telle approche. Nous avons vu précédemment que l'ordre public transnational n'avait pas un contenu très riche et qu'il s'agissait souvent de principes assez généraux. Or, cette généralité peut rendre délicate une application immédiate.

En revanche, ces principes peuvent intervenir pour s'opposer à une disposition légale ou contractuelle précise, afin d'en corriger les effets néfastes et contraires à l'ordre public transnational. En d'autres termes, la réaction est plus facile et envisageable que l'application directe, faute d'un contenu assez détaillé. Il suffit pour s'en convaincre de se référer au principe de la bonne foi qui peut être considéré comme faisant partie de l'ordre public transnational⁵⁰⁹. Il peut avoir de nombreuses ramifications mais surtout, il s'agit d'un principe extrêmement vague et général. Il apparaît comme étant apte à corriger un comportement, une clause d'un contrat, mais non à régir, à lui seul, une situation.

L'application immédiate nous semble donc souvent inconcevable pour cette raison, mais si l'ordre public transnational se développe quantitativement et, surtout qualitativement, elle ne devrait plus être exclue de façon aussi systématique qu'aujourd'hui.

288. Il nous paraît donc indéniable que l'ordre public transnational mélange ou est susceptible de mélanger le phénomène de l'éviction de la règle de droit normalement compétente et celui de l'application immédiate de certaines règles ou de certains principes. Même si ce dernier phénomène reste encore exceptionnel, il peut être appelé à se développer, bénéficiant en cela de l'évolution de la *lex mercatoria*. Si cette notion s'affirme de façon progressive et incontestable, se dote de règles précises et claires, sa partie indérogeable que constitue l'ordre public transnational pourra également en bénéficier, ce qui permettra alors d'envisager une éventuelle application immédiate de règles elles aussi plus précises.

* * *

Conclusion de la section :

289. L'arbitrage international est donc un domaine dans lequel l'ordre public international est utilisé dans de nombreuses hypothèses, souvent de manière éloignée par rapport à la définition classique qui est la sienne en droit international privé. Cela contribue à sa déformation et à un rapprochement avec les lois de police.

Or, très souvent, une telle démarche, une telle omniprésence de l'ordre public ne se justifie pas. D'autres solutions sont possibles comme nous l'avons vu.

Ces hésitations sont peut être dues au fait que les constructions jurisprudentielles qui constituent le fondement de la matière, sont relativement récentes. Avec leur

⁵⁰⁹ Sur ce point voir Y. Derains, « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *JDI* 1993, 824, spéc. n°32, p.848 et P. Mayer, « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », *Etudes de droit international privé en l'honneur de P. Lalive*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, p.543 et s.

développement progressif, les choses pourront aller vers plus de clarté. L'arbitrage subirait finalement le même sort que la théorie générale du droit international privé, dans laquelle la distinction entre ordre public international et lois de police a été très longue à se faire, mais est aujourd'hui nettement affirmée.

Conclusion du chapitre et du titre :

290. En s'intéressant à la distinction générale de l'exception d'ordre public international et des lois de police, nous avons pu nous rendre compte qu'indiscutablement les deux techniques existent, répondent à des logiques propres et sont soumises à des régimes juridiques différents.

Pour autant, l'opposition systématique ne semble pas devoir être de mise, les notions se rejoignant sur certains points de leur régime juridique ou concernant certains mécanismes spécifiques. La différence est réelle mais n'est pas aussi tranchée que cela est souvent affirmé. De plus, des difficultés peuvent être rencontrées pour délimiter le domaine de chaque technique, laissant des questions dans le flou et tiraillées entre les deux, les champs d'intervention pouvant se chevaucher.

Face à une situation précise, il est alors possible d'hésiter entre l'une ou l'autre voie, malgré l'existence de critères généraux. C'est pourquoi, il faut nous intéresser à la distinction particulière de l'ordre public international et des lois de police, domaine par domaine.

Titre II-La distinction ponctuelle entre l'exception d'ordre public international et les lois de police.

291. Nous passons ici à un autre stade du raisonnement. Nous savons que les lois de police et l'exception d'ordre public international sont deux phénomènes distincts, qui ont des logiques et des fonctions différentes. Mais, en ce qui concerne leurs cas d'intervention, certaines hypothèses restent dans le flou. Une hésitation entre l'utilisation de l'un ou l'autre des mécanismes est quelquefois possible. Cela est particulièrement vrai pour ce que l'on appelle la défense des politiques législatives qui se trouve véritablement à cheval entre les deux notions.

Un juge, une autre autorité ou un autre observateur, peut être confronté à une telle hypothèse, connaître un certain embarras quant à la voie à choisir. La prise de position du for lui semble digne de protection mais il est possible d'hésiter entre l'application immédiate des dispositions françaises et leur protection éventuelle par le jeu de l'exception d'ordre public international, laissant sa chance à la règle de conflit et à la loi étrangère par elle désignée. Les critères généraux, permettant d'exposer la distinction entre exception d'ordre public international et lois de police ne sont alors d'aucun secours.

292. Il faut par conséquent affiner la réflexion et voir quels éléments sont susceptibles, dans une telle situation, de faire pencher la balance en faveur de l'un ou l'autre des mécanismes.

Il ne s'agira pas de critères intervenant dans la distinction générale entre les notions, mais d'éléments ponctuels permettant, au cas par cas, pour un domaine donné, en dehors de toute idée de classification, de répondre à une question bien précise.

Il est alors possible d'opposer une analyse que l'on peut qualifier de classique, car utilisant des conceptions bien établies, communément admises et quelque peu schématiques des deux techniques (Chapitre I), à une analyse plus récente, venant bouleverser les repères habituels, en raison de l'intervention des droits fondamentaux, dont il faut tenir compte, puisqu'ils sont susceptibles de fausser la donne valable jusque-là (Chapitre II).

Chapitre I-La distinction ponctuelle entre exception d'ordre public international et lois de police : l'analyse classique.

293. De manière classique, la rigidité des lois de police est opposée à la souplesse de l'exception d'ordre public international, en raison des modes d'intervention des notions, les premières s'appliquant *a priori*, avant le jeu de la règle de conflit bilatérale et donc avant toute possibilité d'ouverture vers les ordres juridiques étrangers, la seconde permettant au contraire aux normes étrangères d'intervenir, même si cela se fait de manière conditionnelle, les solutions du for l'emportant en cas de contrariété.

Ainsi, d'un côté l'ordre juridique en cause se renferme sur ses propres conceptions, seules à pouvoir intervenir dans un certain champ d'application (Section I), alors que de l'autre, il accepte l'accueil de dispositions étrangères, même si elles font l'objet d'un contrôle (Section II). Or, le recours à l'une de ces deux solutions, rigidité ou souplesse dans l'approche conflictuelle, dépend des exigences précises posées par le for. Ces dernières peuvent alors permettre de choisir entre les deux mécanismes, le choix se faisant en fonction des besoins du for.

Section I-Les lois de police et la rigidité isolationniste.

294. Les éléments ponctuels pouvant justifier ce qui peut être considéré comme un renfermement d'un ordre juridique sur lui-même sont de deux ordres.

En premier lieu, il apparaît que la qualification d'une loi de police résulte d'une recherche focalisée sur les seules règles du for. C'est parce que la norme est fondamentale pour ce dernier qu'elle doit s'appliquer, sans concurrence avec une quelconque loi étrangère. Par conséquent, cela nécessite une introspection propre à chaque ordre juridique.

Or, sans contester cet élément, il nous semble qu'une recherche de droit comparé est souvent aussi fructueuse et peut influencer le choix entre exception d'ordre public international et lois de police, le contexte international pouvant imposer le recours à l'une ou l'autre de ces notions, par souci de réalisme ou d'efficacité. L'ouverture sur l'étranger est donc malgré tout présente (§ 1).

En second lieu, les lois de police peuvent présenter un avantage sur la technique de l'exception d'ordre public international. Elles permettent en effet une application détaillée des solutions du for, ce qui est nécessaire dans certaines situations et peut justifier le recours à une telle approche, alors pourtant que le jeu de l'exception d'ordre public international paraît tout à fait acceptable (§ 2).

§ 1-Lois de police et analyse de droit comparé.

295. Il nous faudra d'abord défendre le raisonnement qui peut, selon nous, influencer la décision à prendre, en cas d'hésitation entre les deux mécanismes (A), puis voir que le droit positif peut être interprété comme ayant consacré, au moins implicitement, l'approche que nous proposons (B).

A-Défense de l'analyse de droit comparé.

296. La méthode proposée consiste à compléter la nécessaire investigation au sein même de l'ordre juridique du for pour qualifier une loi de police ou pour opter, au contraire, pour l'application de la règle de conflit assortie de la protection par le jeu de l'exception d'ordre public international, par une recherche prenant en compte des données extérieures (1), raisonnement présentant certains avantages, juridiques et pratiques, pouvant justifier son utilisation (2).

1) La prise en compte du droit comparé : exposé et motivation.

297. Classiquement, pour qualifier une loi de police, il est nécessaire de se pencher avant tout sur l'ordre juridique du for. Seront ainsi prises en compte l'importance de la norme, l'intolérance du for à toute autre solution, la nécessité de voir la disposition s'appliquer dans un champ d'application minimum, ... En fonction de ces éléments, il sera possible de trancher entre application immédiate et recours à la règle de conflit.

L'ensemble du raisonnement, à ce stade, est ainsi braqué sur les normes du for, ce qui est, en apparence, d'une logique absolue, puisque la loi de police empêche de consulter la règle de conflit bilatérale et donc s'oppose à l'intervention d'une quelconque disposition étrangère. Il n'est alors nul besoin d'ouvrir la réflexion à des données externes à l'ordre juridique du for. L'application immédiate des règles de fond du for est un véritable barrage, il est cohérent qu'il ne soit pas tenu compte des ordres juridiques étrangers, seules ses propres conceptions, sa propre organisation étant importantes. En cas d'application d'une loi de police, il est possible d'affirmer qu'il y a une sorte de refus d'internationalisation de la part du for, ce qui explique également un refus d'internationalisation du raisonnement tenu.

298. Pourtant, il nous semble qu'une analyse de droit comparé est souhaitable, voire indispensable pour que le for puisse se prononcer sur le statut de loi de police d'une de ses normes ou au contraire, assurer sa protection uniquement par le jeu de l'exception d'ordre public international.

En effet, lorsqu'un barrage est érigé, il faut nécessairement savoir s'il existe un danger ou non, la défense devant être adaptée aux risques encourus. Par conséquent, avant de vouloir se prémunir contre les politiques suivies par les autres ordres juridiques, puisque c'est d'elles dont on cherche à se protéger, il faut les connaître, d'où la nécessité de tenir une analyse de droit comparé, afin d'adopter une défense qui soit la plus appropriée aux circonstances.

299. Ainsi, lorsque le for est isolé à propos d'une question particulière par rapport aux solutions retenues par les autres Etats, il peut paraître logique, s'il souhaite se défendre, en raison de l'importance accordée à sa solution, de recourir à la technique des lois de police. En effet, la règle de conflit bilatérale ne conduira pas, ou très rarement, vers une loi étrangère satisfaisante aux yeux du for. Si cela est le cas, il vaut mieux faire preuve de réalisme et utiliser la technique de l'application immédiate, au moins dans un champ d'application minimum, nécessaire d'après les autorités du for à l'efficacité de la politique poursuivie. Le fait que le for soit isolé peut alors justifier une approche elle-même isolationniste, la règle de conflit bilatérale pouvant intervenir pour les situations moins proches du for, l'intransigeance n'étant alors pas de mise dans de tels cas.

Le raisonnement n'est pas très éloigné de l'analyse savignienne classique, tenant compte de la notion de communauté de droit. Les règles de conflit bilatérales ne doivent intervenir, selon Savigny lui-même, qu'en présence d'une véritable mise en commun par les Etats d'institutions juridiques. Les lois internes sont alors quasiment interchangeables, aucune n'étant préférable à une autre. Mais en présence de solutions particulières, propres à un Etat, une telle méthode ne doit pas être utilisée ; les règles bilatérales doivent céder la place à une approche unilatéraliste⁵¹⁰.

300. Au contraire, si la politique suivie par le for est largement répandue, il n'y a, *a priori*, aucun argument justifiant un repli sur ses propres normes. La règle de conflit bilatérale peut désigner avec une fréquence assez importante une loi étrangère donnant satisfaction, y compris pour les situations les plus proches du for, en raison de l'existence d'une véritable communauté de droit. Par conséquent, un tel raisonnement peut être utilisé, l'exception d'ordre public international pouvant intervenir, le cas échéant, si le résultat produit par de telles dispositions devait ne pas être acceptable.

301. Il nous semble donc que le choix entre recours à la technique des lois de police et protection par le jeu de l'exception d'ordre public international ne doit pas se faire en tenant compte uniquement de données propres à l'ordre juridique du for, mais en faisant intervenir également des éléments externes. Pour savoir si une certaine communauté de droit existe et donc si la règle de conflit bilatérale se trouve dans un environnement favorable, il est nécessaire de situer la politique poursuivie par le for par rapport à celles poursuivies par les ordres juridiques étrangers, afin d'adopter la méthode de résolution la plus pertinente.

Le juge, qui est le principal intéressé, pourra se servir de tels indices, lorsqu'il est confronté à une situation dans laquelle il hésite entre exception d'ordre public international et loi de police.

Il s'agit par conséquent de faire preuve de réalisme et de tenir compte du contexte international. De plus, une telle façon d'agir peut encore se justifier par certains arguments plus généraux, témoignant de l'opportunité de sa consécration.

⁵¹⁰ Voir Savigny, *op.cit.*, spéc. § 344, 349 et 361 et sur la question voir aussi Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *op.cit.*, spéc. p.1.

2) Les avantages d'une solution fondée sur une analyse de droit comparé.

302. Le premier avantage de cette prise en compte du droit comparé est d'ordre pratique. Si le for est effectivement isolé à propos d'une question précise, que la règle de conflit n'est susceptible de désigner que très exceptionnellement, voire jamais, une loi étrangère poursuivant le même but que celui qu'il recherche, il vaut mieux éviter de mettre en branle la lourde mécanique conflictuelle, de façon inutile. En effet, l'exception d'ordre public international interviendrait, presque systématiquement, à la fin du raisonnement, pour évincer la loi normalement compétente.

L'application immédiate des dispositions du for éviterait d'avoir à prouver le contenu de la *lex causae* étrangère, d'avoir à l'interpréter, à débattre de sa contrariété à l'ordre public international du for, ... alors qu'en fin de compte il y a peu de chances de la voir régir effectivement la situation. Le fait de ne pas avoir à effectuer toutes ces démarches peut constituer une économie assez considérable de temps, d'argent et d'énergie.

303. Dans la plupart des autres cas, la recherche du droit étranger normalement compétent se justifie par un intérêt réel, car il est susceptible d'intervenir à propos d'une situation, de manière satisfaisante. Il ne s'agit donc pas d'une remise en cause générale du rôle de la règle de conflit bilatérale et de la loi étrangère par elle désignée, mais seulement de mettre en évidence le fait que par exception, lorsque le for poursuit une politique qui est marginale au niveau international, les efforts nécessaires à l'établissement de la loi étrangère apparaissent comme étant disproportionnés. Cela peut permettre de préférer la voie des lois de police à celle de la protection par le jeu de l'exception d'ordre public international.

Il est vrai que l'on peut penser qu'un effort équivalent est à faire pour constater l'isolement du for, pour effectuer la recherche de droit comparé. Entre les deux voies, l'enjeu ne serait donc pas très important du point de vue pratique. Pourtant, il nous semble que les deux solutions ne sont pas équivalentes.

Tout d'abord, une recherche de droit comparé paraît plus facile à mener que l'application d'une législation étrangère particulière. En effet, il y a une différence entre établir le contenu exact d'une loi, la traduire, la comprendre, lui faire produire des conséquences et rechercher simplement les tendances, les objectifs des législations étrangères, qu'il est souvent possible de regrouper par grands blocs.

De plus, si la voie de l'exception d'ordre public international est choisie, il faut à chaque fois établir le contenu de la loi étrangère normalement compétente, tout en sachant qu'étant donné l'isolement du for, elle sera évincée systématiquement ou presque, point qu'il faudra motiver spécialement. Au contraire, en utilisant les lois de police, une fois l'isolement constaté par une décision, une recherche poussée ne s'imposera plus par la suite, seul un bouleversement dans les législations étrangères, ne passant pas inaperçu, étant susceptible de modifier l'approche. L'effort ne doit donc pas être fourni à chaque fois, contrairement à ce qui se passe en cas de recours à la règle de conflit et à la loi normalement compétente.

304. Le second avantage de cette prise en compte du droit comparé et de l'application immédiate en cas d'isolement du for à propos d'une question précise est de permettre l'affirmation nette d'une norme particulière. Le fait de recourir à la technique des lois de

police permet d'être certain que l'approche défendue par le for sera consacrée dans un champ d'application minimum, correspondant au rattachement choisi en l'occurrence. Au-delà, pour les situations moins proches, la règle de conflit bilatérale pourra intervenir, assortie, le cas échéant, de l'exception d'ordre public international.

Le fait d'imposer la norme dans une sphère minimale, de façon impérative et incontournable, témoigne de l'attachement du for à la solution qu'il défend, pour les situations qui sont les plus proches, malgré ou à cause de son isolement sur la question. La symbolique paraît plus forte en cas d'application immédiate, qu'en cas de défense par le jeu d'une simple exception intervenant *a posteriori*, de manière casuistique et conditionnelle.

Il est vrai que l'on a pu affirmer que « *les lois de police assurent en même temps qu'une meilleure efficacité, une plus grande discrétion que l'exception d'ordre public dont l'intervention, pour reprendre les termes de M. Francescakis, rompt l'égalité de principe entre la loi du for et la loi étrangère, postulat de base de la méthode conflictuelle* » et « *qu'il paraît moins gênant d'imposer directement l'application d'une disposition au nom de son objectif social que d'y revenir après avoir écarté une loi primitivement désignée par la règle de conflit* »⁵¹¹. Il nous semble pourtant que le raisonnement sur le fondement des lois de police est beaucoup plus significatif, car exprimant avec un maximum de force l'attachement de l'ordre juridique français à ses propres solutions, en les considérant comme vitales et insusceptibles d'être concurrencées par une quelconque loi étrangère.

De plus, les lois de police permettent davantage de certitudes que l'exception d'ordre public international. En effet, le jeu des premières est soumis à une analyse objective de la situation. Il suffit de vérifier, une fois que le choix de la méthode des lois de police a été fait, que la situation en cause entre dans le champ d'application de la disposition concernée, la tâche de l'interprète et plus particulièrement du juge se limitant alors à ce seul point. En revanche, l'intervention de l'exception d'ordre public international est soumise à une analyse subjective pouvant varier d'un juge à l'autre.

Par conséquent, pour être certain qu'une politique sera consacrée dans un certain champ, la technique de l'application immédiate paraît plus adaptée que l'exception d'ordre public international, même assortie du mécanisme de l'*Inlandsbeziehung*. Or, en cas d'isolement du for à propos d'une question particulière, sa solution sera rarement consacrée à l'étranger, les autres ordres juridiques étrangers ayant pris des options différentes. Il est donc encore plus impérieux pour lui d'assurer à ses dispositions un champ d'application minimal, dans les situations internationales, s'il tient à sa solution. Le jeu des lois de police est alors le plus adapté car lui seul permet de fortifier, de façon certaine, une approche marquée par sa grande fragilité en droit comparé. Il y a donc, là encore, un enjeu réel quant au choix entre les deux mécanismes, mais également un indice pour un juge hésitant quant à la voie à suivre.

Il est d'ailleurs possible de trouver en droit positif, certains éléments pouvant se rattacher à cette analyse, même si ce n'est que de façon implicite.

⁵¹¹ F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflit de lois)*, thèse précitée, n°307, p.297.

B-Application du raisonnement prenant en compte le droit comparé.

305. Deux situations peuvent être mises en évidence en droit positif. La prise en compte d'un tel élément peut conduire à la qualification comme à la disqualification d'une loi de police.

Tout d'abord, l'isolement du for a pu conduire à la consécration d'une loi de police concernant la définition de la qualité d'auteur d'une œuvre et la portée du droit moral attaché à une telle qualité (1).

Mais, l'application de cette logique a également entraîné l'abandon de la technique des lois de police dans certains domaines. Cela est plus particulièrement le cas pour la question de la protection des parties faibles (2).

1) Isolement et loi de police : l'exemple de la définition de la qualité d'auteur d'une œuvre et du droit moral.

306. En droit français, le droit d'auteur a une double implication. Il comporte selon l'article L. 111-1 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle « *des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial* ».

Les attributs d'ordre moral de l'auteur sur son œuvre lui donnent le droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre (art. L. 121-1 CPI). L'intégrité de cette dernière est tout particulièrement concernée, aucune atteinte ne pouvant lui être portée sans l'accord de la personne considérée comme en étant l'auteur. De plus, le droit moral est selon l'article L. 121-1 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle « *perpétuel, inaliénable et imprescriptible* ».

Ainsi, même lorsque l'œuvre fait l'objet d'une cession, l'auteur pourra continuer à interdire au cessionnaire toute une série d'agissements, notamment concernant les atteintes à son intégrité. La définition de l'auteur, étant donné les attributs qui lui sont conférés, est alors particulièrement importante. Selon la conception française, l'auteur d'une œuvre est la personne physique qui l'a créée. Le fait créateur est donc décisif dans l'attribution de la qualité d'auteur d'une œuvre de l'esprit⁵¹².

L'ensemble de ces dispositions est l'expression d'une politique législative de l'ordre juridique français. Deux questions se posent alors. Est-elle suffisamment importante pour être défendue contre des solutions étrangères divergentes ? Si oui, par quelle technique cette défense sera-t-elle assurée ?

La jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur ces deux problèmes il y a une dizaine d'années, de prendre nettement position sur la portée internationale de ces dispositions internes, à l'occasion de l'affaire Huston.

307. Les faits de l'espèce étaient les suivants. Un film, « Asphalt Jungle » (« Quand la ville dort »), tourné à l'origine en noir et blanc a été colorisé par la société Turner, ayant-droit du producteur américain du film.

⁵¹² Voir en ce sens l'article L. 111-1 alinéa 1^{er} CPI.

Les héritiers de John Huston, co-réalisateur du film, se sont opposés à la diffusion de cette version par une chaîne de télévision française, en se fondant sur leur droit à faire respecter l'intégrité de l'œuvre que leur accordait le droit français.

Dans son arrêt, la Cour de cassation a visé l'article 1^{er} alinéa 2 de la loi du 8 juillet 1964 (devenu depuis l'article L. 111-4 al. 2 CPI) et l'article 6 de la loi du 11 mars 1957 (devenu depuis l'article L. 121-1 CPI) et a considéré que « *selon le premier de ces textes, qu'en France, aucune atteinte ne peut être portée à l'intégrité d'une œuvre littéraire ou artistique, quel que soit l'Etat sur le territoire duquel cette œuvre a été divulguée pour la première fois ; que la personne qui en est l'auteur du seul fait de sa création est investie du droit moral institué à son bénéfice par le second des textes susvisés ; que ces règles sont des lois d'application impérative* »⁵¹³.

L'arrêt de la Cour d'appel de Paris, qui avait fait application de la loi américaine normalement compétente a été cassé, la Haute-juridiction estimant que le litige relevait en l'espèce de lois de police françaises⁵¹⁴.

308. Une telle solution a été loin de faire l'unanimité au sein de la doctrine, surtout pour la définition de la qualité d'auteur. Il a été proposé avant comme après cette décision de ne pas recourir à l'application immédiate des dispositions françaises, considérée comme excessive, mais de faire jouer le cas échéant l'exception d'ordre public international, au cas où le résultat produit par la *lex causae* heurterait les principes fondamentaux de l'ordre juridique français⁵¹⁵. Il est alors légitime de se demander pour quelles raisons la Cour de cassation a fondé son analyse sur la technique des lois de police.

Dans un premier temps, peut être avancée l'idée d'affirmation nette d'une solution grâce à l'application immédiate des dispositions françaises, par opposition avec le jeu de l'exception d'ordre public international qui ne permet pas une aussi grande clarté. Pour témoigner de ce fait, il suffit de s'intéresser à l'arrêt rendu dans la même affaire par la Cour d'appel de Paris.

Les juges ont fait jouer la règle de conflit et donc rejeté l'application des normes françaises sur le mode des lois de police. Pour eux, la loi américaine était normalement compétente pour régir la situation, ce qui a conduit à dénier aux héritiers Huston toute possibilité de se prévaloir d'un droit moral sur l'œuvre.

Selon la théorie du « Work made for hire », fiction à fondement économique consacrée par la *lex causae*, le producteur, même s'il n'est pas créateur du film, est considéré comme l'auteur, car se trouvant à son origine. Les droits de Turner, ayant-droit de ce producteur, ne comportaient alors aucune restriction découlant d'un quelconque droit moral conféré au créateur réel de l'œuvre, la loi américaine ignorant ce concept selon la Cour de Paris.

Se penchant ensuite sur la contrariété de ce résultat à l'exception d'ordre public international, les juges parisiens ont décidé qu'il « *serait excessif d'assimiler l'atteinte ici alléguée à l'intégrité de l'œuvre aux dommages que des ressortissants étrangers, en particulier des mineurs, seraient, en dehors de tout contrat, menacés de subir en application des coutumes que notre civilisation réprovoque comme attentatoires aux attributs*

⁵¹³ Civ. 1^{ère} 28 mai 1991, *Huston*, *Rev. crit.* 1991, 752, n. P. -Y. Gautier ; *JDI* 1992, 133, n. B. Edelman ; *JCP* 1991, II, 21731, n. Françon ; *D.* 1993, 197, n. J. Raynard ; *JCP éd. E*, 1991, II, 220, n. J. Ginsburg et P. Sirinelli.

⁵¹⁴ Paris 6 juillet 1989, *Rev. crit.* 1989, 706, obs. P.-Y. Gautier ; *JDI* 1989, 979, obs. B. Edelman ; *Gaz. Pal.* 1989, 2, 743, concl. B. Delafaye ; *JCP* 1990, II, 21410, n. Françon ; *D.* 1990, 152, n. B. Audit ; *RIDA* 1990, n°143, 328, obs. Françon.

⁵¹⁵ En ce sens voir : J. Ginsburg et P. Sirinelli, note précitée ; J. Raynard, note précitée ; P.-Y. Gautier, note précitée sous Paris 6 juillet 1989 ; B. Audit, note sous TGI Paris 23 novembre 1988, *D.* 1989, 342.

les plus sacrés de la personne humaine, par exemple l'intégrité physique ou la liberté matrimoniale ».

L'analyse faite par les juges de la Cour d'appel de Paris est critiquable puisqu'elle méconnaît la richesse de l'exception d'ordre public international, qui n'intervient pas uniquement pour défendre des droits fondamentaux, mais peut aussi servir à la protection d'une politique législative française particulière et notamment celle consacrant le droit moral de l'auteur sur son œuvre.

Néanmoins, cette façon d'agir est intéressante car elle nous montre que l'utilisation de l'exception d'ordre public international est susceptible de donner des résultats plus aléatoires que ceux que l'on obtient grâce à l'application immédiate des dispositions françaises. Dans le premier cas, il y a intervention d'un jugement de valeur, impliquant une certaine subjectivité, alors qu'avec la seconde technique, l'ensemble du raisonnement est beaucoup plus objectif. Pour affirmer une solution avec le moins d'ambiguïté et le plus de force possible, il vaut par conséquent mieux recourir à la technique des lois de police.

309. Mais, dans un second temps, si les règles françaises en la matière ont fait l'objet d'une telle consécration sur le plan international, de la part de la Cour de cassation, c'est en raison de l'isolement de la France à propos d'une telle question. Certes, il existe dans ce domaine des directives communautaires⁵¹⁶. Mais ces dernières laissent une grande marge d'appréciation aux Etats membres de l'Union européenne, notamment pour la définition de la qualité d'auteur⁵¹⁷. Ainsi, selon la directive « droit de location », le réalisateur d'un film doit être considéré comme l'auteur ou l'un des co-auteurs (article 2, 2). Il peut par conséquent être « fondu dans la masse », les Etats bénéficiant d'une grande liberté. La directive relative à la durée de la protection adopte la même approche (article 2, 1). Il n'y a donc pas de réelle uniformisation sur ce point. Les solutions peuvent fortement varier d'un Etat membre à l'autre. De plus, les droits moraux de l'auteur ne font l'objet que de dispositions éparses. La diversité des conceptions au sein de l'Union reste donc d'actualité. La France est ainsi un des rares Etats à défendre de manière aussi poussée le droit moral du créateur d'une œuvre de l'esprit. Bon nombre de droits étrangers ont une conception plus mercantile de ces questions et considèrent l'œuvre davantage comme un bien commercial que comme une création de l'esprit⁵¹⁸.

Il en va ainsi des droits consacrant le système dit du copyright, c'est-à-dire principalement les Etats-Unis, le Canada, la Grande-Bretagne ou encore l'Australie. L'auteur est défini

⁵¹⁶ Directive n°92/100/CEE du 19 novembre 1992 relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle, *J.O.C.E.* n°L.346 du 27 novembre 1992, p.61. Directive n°93/83/CEE du 27 septembre 1993 relative à la coordination de certaines règles du droit d'auteur et des droits voisins du droit d'auteur applicables à la radiodiffusion par satellite et à la retransmission par câble, *J.O.C.E.* n°L.248 du 6 octobre 1993, p.15. Directive n°93/98/CEE du 29 octobre 1993 relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins, *J.O.C.E.* n°L.290 du 24 novembre 1993, p.9. Directive n°2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.* n°L.167 du 22 juin 2001, p.10.

⁵¹⁷ Relevant ce point, H. Comte, « Une étape de l'Europe du droit d'auteur : la directive C.E.E. du 19 novembre 1992 relative au prêt et à la location », *RIDA* 1993, n°157, 3, spéc. p.31.

⁵¹⁸ B. Edelman, « Le droit d'auteur, produit commercial comme un autre », *Le Monde diplomatique*, juillet 1990, p.32. Voir également pour une analyse de droit comparé, J.-S. Bergé, *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préf. P. Lagarde, Paris, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 266, 1996.

comme le premier titulaire des droits sur l'oeuvre, même lorsqu'il ne l'a pas créée de son chef⁵¹⁹.

La correspondance entre cette personne et le créateur réel de l'oeuvre n'est pas exclue, mais ne constitue pas le principe. L'illustration la plus flagrante de cette approche est constituée par la doctrine du « Work made for hire », fiction à fondement économique qui était en cause dans l'affaire Huston. Selon elle, il faut prendre en compte, non pas le créateur de l'oeuvre d'esprit, mais la personne qui en est à l'origine. Ainsi, l'employeur sera considéré comme l'auteur d'une oeuvre, lorsque le créateur a agi dans le cadre d'un contrat de travail⁵²⁰, le producteur d'un film en sera considéré comme l'auteur à la place du réalisateur, ...

Or, lorsque l'on connaît l'importance de la production américaine, surtout dans le domaine cinématographique, on comprend également l'importance de la prise de position du droit américain sur ces questions, qui risque d'être, de manière corrélative, dominant dans ce secteur.

D'autres droits, notamment européens, retiennent une conception de l'auteur qui correspond à celle de la loi française du 11 mars 1957. Peuvent ainsi être cités le droit allemand⁵²¹, le droit belge⁵²², le droit italien⁵²³ et le droit suisse⁵²⁴. Dans toutes ces lois, le créateur réel de l'oeuvre d'esprit est considéré comme en étant, en principe, l'auteur. Ils sont donc, *a priori*, aussi protecteurs que le droit français. Mais il faut toutefois apporter certaines nuances.

Ainsi, des exceptions existent, notamment dans le domaine des nouvelles technologies mais surtout, la personne considérée comme auteur peut, dans certaines de ces législations, valablement renoncer à ses droits. L'exemple suisse est significatif. Selon l'article 16 alinéa 1 de la loi sur le droit d'auteur et les droits voisins : « *Les droits d'auteur sont cessibles et transmissibles par cession* ». La possibilité d'une telle renonciation semble également envisageable en droit belge, de façon limitée⁵²⁵.

Or, l'incessibilité des droits, telle que consacrée par la loi française, fait partie de l'arsenal nécessaire à une protection efficace de l'auteur, créateur de l'oeuvre d'esprit. En effet, ce dernier est souvent une partie faible à un contrat, ce qui peut l'amener à renoncer à ses droits, au profit de la partie dominante, le cas du salarié étant assurément le plus parlant. Si cette possibilité de renonciation est permise de façon trop large, la situation peut ne pas être très différente de celle qui est de mise dans le système du copyright, le cessionnaire étant la personne à l'origine de l'oeuvre, au sens économique.

De plus, lorsque l'auteur est défini comme le créateur de l'oeuvre, les prérogatives qui lui sont attribuées concernant les droits moraux, ne sont pas forcément aussi importantes qu'en droit français.

⁵¹⁹ En ce sens, de façon particulièrement nette, l'article 13-1 de la loi canadienne sur le droit d'auteur, selon lequel, « Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, l'auteur d'une oeuvre est le premier titulaire du droit d'auteur sur cette oeuvre ». Cette conception est aussi celle consacrée par la loi des Etats-Unis du 19 octobre 1976. A propos de la Grande-Bretagne, voir P. Kamina, « La protection des oeuvres audiovisuelles en Grande-Bretagne », *RIDC* 2000, 125. A propos de l'Australie, voir S. Ricketson, « Le droit d'auteur en Australie », *RIDA* 1995, n°166, 128.

⁵²⁰ Voir en ce sens l'art. 201 (c) de la loi américaine et l'article 13-3 de la loi canadienne.

⁵²¹ Loi du 9 septembre 1965 (art. 7).

⁵²² Loi du 30 juin 1994 (art. 6).

⁵²³ Loi du 5 février 1992 (art. 6).

⁵²⁴ Loi du 9 octobre 1992 (art. 6).

⁵²⁵ Voir sur cette question, J. Corbet, « La nouvelle loi belge sur le droit d'auteur », *RIDA* 1995, n°164, 51, spéc. p.61.

Ainsi ce dernier consacre le droit de retrait, prévu par l'article L. 121-4 du Code de la propriété intellectuelle français selon lequel, « *Nonobstant la cession de son droit d'exploitation, l'auteur, même postérieurement à la publication de son œuvre, jouit d'un droit de repentir ou de retrait vis-à-vis du cessionnaire ...* ».

Une telle possibilité n'est pas prévue par certains droits européens qui ne sont pourtant pas considérés comme retenant l'approche du copyright. Cela est vrai pour le droit suisse mais aussi pour le droit belge.

L'exemple du droit au respect de l'intégrité de l'œuvre de l'esprit est également significatif. Il est effectivement prévu par de nombreux droits qui entendent ainsi protéger la personne créatrice contre des déformations, des altérations de son œuvre. Mais certaines limites à la protection peuvent être mises en évidence. Ainsi, en droit italien, l'auteur ne peut s'opposer aux atteintes portées à son œuvre que si elles sont préjudiciables à son honneur ou à sa réputation⁵²⁶. La protection de l'œuvre n'existe donc pas en tant que telle mais est médiate et exige une atteinte supplémentaire pour pouvoir être retenue. Elle semble donc moins forte qu'en droit français.

De même, en droit suisse, l'auteur doit démontrer, pour pouvoir s'opposer à une altération de son œuvre, une atteinte à sa personnalité⁵²⁷.

L'ordre juridique français n'est donc pas totalement isolé, mais il est l'un des rares à protéger de manière aussi importante le créateur d'une œuvre et à lui attribuer autant de prérogatives au nom des droits moraux⁵²⁸.

310. Cet isolement peut justifier le recours à la technique des lois de police, afin d'assurer, ainsi, un champ d'application minimum aux dispositions françaises. Il n'y a en effet que très peu de chances d'aboutir à la désignation d'une loi étrangère aussi protectrice de l'auteur, au sens retenu par le droit français.

De plus, si la règle de conflit est effectivement consultée et aboutit à la désignation de l'un de ces droits, proche des normes françaises, mais moins protecteur, le mécanisme de l'exception d'ordre public international risque fort de ne pas pouvoir intervenir, en raison de la proximité avec l'approche française. Il y a par conséquent un risque d'érosion, à la marge, des solutions consacrées en France, les règles étrangères étant moins favorables à l'auteur créateur réel de l'œuvre, que si la loi française avait été appliquée immédiatement.

Le contexte juridique international peut donc expliquer la prise de position catégorique de la Cour de cassation. La conjoncture plus générale a également pu intervenir, soulignant la fragilité de la position française sur un plan international.

311. En effet, pendant l'affaire Huston, la politique française en matière de droit d'auteur avait été singulièrement chahutée.

Tout d'abord, les Etats-Unis d'Amérique ont adhéré à la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, le 31 octobre 1988, avec effet au 5 mars 1989⁵²⁹.

⁵²⁶ Article 20 de la loi italienne sur les droits d'auteur.

⁵²⁷ Article 11 al. 2 de la loi suisse sur le droit d'auteur et les droits voisins.

⁵²⁸ Pour l'Europe centrale et orientale : voir A. Dietz, « Tendances de l'évolution du droit d'auteur dans les pays d'Europe centrale et orientale », *RIDA* 1994, n°162, 120 ; P. Gyertyánfy, « Evolution des législations sur le droit d'auteur en Europe centrale et orientale jusqu'en janvier 1999 », *RIDA* 1999, n°182, 2.

⁵²⁹ Voir sur ce point J. Ginsburg et J. Kernochan, « Cent deux ans plus tard : les Etats-Unis adhèrent à la Convention de Berne », *RIDA* 1989, n°141, 56.

Cette Convention qui a été conclue le 9 septembre 1886 a pour but d'accorder une protection aux auteurs au plan international. Elle a fait l'objet, depuis, de nombreuses révisions. Son article 5 alinéa 1^{er} dispose que :

« Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les oeuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention ».

Ainsi, pour le droit moral de l'auteur sur son œuvre, l'article 6 bis alinéa 1^{er} dispose que :

« Indépendamment des droits patrimoniaux d'auteur, et même après la cession des droits, l'auteur conserve le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre et de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de cette œuvre ou à toute autre atteinte à la même œuvre, préjudiciables à son honneur ou à sa réputation ».

Or, la loi américaine d'application de la Convention de Berne ne reconnaît pas le droit moral. Le groupe de travail *ad hoc* du Congrès américain a en effet estimé dans son rapport final que la protection du droit moral en vigueur aux Etats-Unis est compatible avec la Convention de Berne.

Pourtant, nous avons vu précédemment, en abordant les analyses faites par les juges lors de l'affaire Huston, que le système américain est très éloigné des systèmes européens et surtout du droit français.

Cette ratification américaine a donc mis en évidence la compatibilité du copyright, reposant sur une conception beaucoup plus commerciale de l'œuvre, avec cette Convention, qui est alors apparue comme n'étant pas un mécanisme fondamentalement protecteur du droit moral du créateur réel de l'œuvre.

Ensuite, le « Livre vert de la Communauté économique européenne sur le droit d'auteur et le défi technologique », qui avait pour but l'harmonisation de certains domaines du droit d'auteur avait adopté une approche très mercantiliste de l'œuvre, considérée avant tout comme une marchandise. Ses auteurs préconisaient ainsi à mots couverts la consécration d'un système proche du copyright⁵³⁰.

Enfin, des discussions avaient lieu au sein de ce qui était encore le G.A.T.T., sur les droits de propriété intellectuelle. La conception française et la conception américaine s'opposaient dans ce cadre particulier, ce qui a abouti, par la suite, à la mise à l'écart des droits moraux de l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC), à la demande des Etats-Unis⁵³¹.

⁵³⁰ M. Moller, « A propos du Livre vert », *RIDA* 1989, n°141, 22.

⁵³¹ L'accord a été signé le 15 avril 1994 à Marrakech et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1995. Il constitue l'annexe C de l'Acte final de Marrakech. Il a été publié au *JO*, 26 novembre 1995, annexe et dans « Les résultats des négociations commerciales multilatérales du cycle d'Uruguay. Textes juridiques », Genève, 1994.

Voir sur la question Y. Gaubiac, « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Accord de Marrakech instituant l'organisation mondiale du commerce », *RIDA* 1995, n°166, 2 ; D. Carreau et P. Juillard, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Négociations commerciales multilatérales (Cycle de l'Uruguay)*, spéc. n°82 et s. et Flory, « Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des Accords du cycle d'Uruguay », *JDI* 1995, 877.

Il est alors légitime de se demander si la Cour de cassation n'a pas pris en compte ce contexte et saisi l'opportunité offerte par l'affaire *Huston*, pour réaffirmer avec le maximum de force et d'éclat possible la position de l'ordre juridique français et son attachement aux principes qu'il défend en la matière.

La solution retenue est, en tous cas, beaucoup plus catégorique et retentissante que si l'exception d'ordre public international avait été utilisée, ne faisant qu'évincer une loi particulière, dans une affaire isolée.

312. La qualification d'une loi de police est donc un processus particulièrement complexe et prenant en compte des données propres à l'ordre juridique du for mais également des facteurs externes. Une recherche sur les fondements, sur l'importance de la règle en cause, de même que sur l'intention de son auteur est certes nécessaire, mais n'est pas exclusive. La prise en compte d'éléments plus généraux et extérieurs est possible voire indispensable. Il s'agit, en effet, d'un point particulier pouvant faire pencher la balance en faveur des lois de police ou au contraire de la règle de conflit classique assortie de l'exception d'ordre public international. Toutes les données pertinentes doivent être utilisées pour mettre en œuvre le mécanisme le plus adapté à la situation.

Cette démarche a pu également servir à disqualifier une loi de police et à revenir sur le terrain conflictuel classique.

2) Politiques convergentes et disqualification de lois de police.

313. Une convergence de politiques peut conduire à modifier l'approche préconisée, à substituer l'application de la règle de conflit bilatérale, assortie de la réserve générale que constitue l'exception d'ordre public international, à celle des lois de police.

Un cas significatif de ce type de situation peut être trouvé au sein de l'Union européenne. Les droits des différents Etats membres sont en effet très proches sur certains points, notamment en raison de l'existence des directives communautaires. Il s'agit, d'après l'article 249 alinéa 3 du Traité sur l'Union européenne, d'actes liant tout Etat membre quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens.

Il y a ainsi combinaison entre « *l'adoption d'un acte communautaire fixant les objectifs à atteindre et la transposition par un acte national destiné à traduire ces objectifs dans le droit interne de chaque Etat membre* »⁵³².

Par conséquent, lorsqu'une directive existe sur un point particulier, les droits nationaux ne sont certes pas rigoureusement identiques mais poursuivent nécessairement la même fin, seuls les moyens employés pouvant être différents.

Pour de telles questions, il est possible d'abandonner la technique des lois de police, lorsque celle-ci est employée, une convergence existant nécessairement au sein de l'espace communautaire, à condition que les directives soient suffisamment précises, ce qui n'est pas toujours le cas, comme nous venons de le voir pour les droits d'auteur.

⁵³² D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, collection Droit fondamental, 3^{ème} édition, 2001, n°259, p.324.

Est-il légitime qu'un Etat membre impose sa loi, prise en application d'une directive, alors que la loi d'un autre Etat membre est normalement compétente et qu'elle contient nécessairement des dispositions similaires ? *A priori* non, cela semble choquant.

Mais l'hésitation est permise car la convergence n'est que restreinte, d'un point de vue quantitatif. Disqualifier de façon générale une loi de police paraît excessif pour l'ordre juridique français, si la convergence ne concerne que quatorze autres pays, certes parmi les plus proches, mais qui ne sont pas les plus nombreux.

Une disqualification limitée est alors envisageable, la loi transposant la directive s'appliquant immédiatement uniquement lorsque la *lex causae* n'est pas celle d'un autre Etat membre.

314. Un exemple de cette situation nous est donné par la question des clauses abusives dans les contrats conclus par les consommateurs. Il existe sur ce sujet une directive communautaire, dont l'objet est, selon son article premier « *de rapprocher les dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives aux clauses abusives dans les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur* »⁵³³. Il y a donc, pour cette question, une convergence des politiques suivies par différents Etats membres de l'Union européenne, en raison de l'existence de la directive.

La transposition a eu lieu en France par une loi du 1^{er} février 1995, qui a introduit notamment un article L. 135-1 dans le Code de la consommation, selon lequel :

*« Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté »*⁵³⁴.

Ainsi, lorsque la *lex causae* est celle d'un Etat membre de l'Union européenne elle va s'appliquer de manière pleine et entière, la réserve de l'ordre public international n'étant que théorique, étant donné la convergence des politiques législatives dans les différents Etats membres.

Nous retrouvons par conséquent la notion de loi de police « *à géométrie variable* », adaptation nécessaire du concept classique en raison du contexte communautaire⁵³⁵.

Aucun autre mécanisme ne peut appréhender cette situation, à commencer par l'exception d'ordre public international. En effet, le propre de cette dernière est d'intervenir à l'encontre du résultat produit par l'application d'une *lex causae* étrangère. Or ici, le contenu de la loi normalement compétente n'est même pas consulté et n'est absolument pas pris en

⁵³³ Directive 93/13/CEE du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, *J.O.C.E.* n°L.95 du 21 avril 1993, p.29, *Rev. crit.* 1993, 495, *D.* 1993, 360. L'article 3 alinéa 1^{er} de la directive définit la notion de clause abusive : « Une clause n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat ».

⁵³⁴ Cet article transpose l'article 6 alinéa 2 de la directive, selon lequel « Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres ».

⁵³⁵ Voir *supra* n°43.

compte lorsqu'il s'agit de se prononcer sur la technique à employer. La *lex causae* est écartée par principe dès lors qu'elle n'émane pas d'un Etat membre de l'Union européenne et que les autres conditions de rattachement sont remplies, sans aucun égard pour ses dispositions. L'objectif de la directive sera réalisé par l'application de la *lex fori* la transposant.

Lorsque la *lex causae* est celle d'un Etat membre, la nécessité d'une application immédiate ne se fait pas ressentir, le résultat poursuivi par la directive pouvant être atteint grâce au jeu du principe, la règle de conflit classique.

Enfin, lorsque les éléments de rattachement prévus par le texte ne sont pas remplis, il y a une indifférence quant au résultat produit, la situation n'étant pas suffisamment proche de l'ordre juridique communautaire, duquel émane la norme de référence.

Toutes les personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat membre de l'Union sont ainsi protégées (si le contrat y a été proposé, conclu ou exécuté).

315. Il existe par conséquent des lois de police communautaires nécessitant une adaptation des méthodes, les arguments justifiant une telle approche étant nombreux.

Tout d'abord, il n'y a pas de raison de se fonder sur une exception alors que le principe peut donner satisfaction, permettant d'aboutir au résultat recherché.

Ensuite, il est peu opportun, dans une telle organisation, de mettre à l'écart la loi d'un autre Etat membre, similaire à celle du for, la cohésion et la cohérence ne s'en trouvant pas renforcée si tel devait être le cas.

La notion de loi de police communautaire introduit donc certaines nouveautés, nécessaires en raison du contexte particulier. Certes, le régime de ces dernières est quelque peu malmené mais cela nous montre l'importance de la prise en compte de facteurs dépassant le seul ordre juridique du for.

316. Ce genre de raisonnement est appelé à progresser avec le développement de l'intégration européenne, les différences entre les ordres juridiques pouvant s'effacer peu à peu dans de nombreux domaines.

Surtout, cet exemple montre que l'analyse de droit comparé peut être porteuse et influencer la solution quant à la méthode choisie, loi de police ou application du binôme règle de conflit bilatérale-exception d'ordre public international.

Cela peut être vrai également, en dehors du droit communautaire. Si un large consensus existe à propos d'une question précise, que les politiques suivies par de nombreux Etats tendent vers le même objectif, rien ne semble s'opposer alors à l'abandon d'une loi de police au profit de l'application de la règle de conflit bilatérale. Une communauté de droits suffisante peut être constatée, ce qui justifie la consultation d'une loi étrangère normalement compétente, qui pourra régir la situation litigieuse de manière satisfaisante, par rapport aux exigences du for⁵³⁶.

317. Par conséquent, l'introspection au sein de l'ordre juridique du for est certes importante mais n'est, en aucun cas, exclusive. Le raisonnement se doit de tenir compte de l'environnement juridique et factuel international, au niveau structurel ou même simplement conjoncturel. Certains indices peuvent ainsi être utiles au législateur, au juge ou à tout autre interprète et lui permettre de choisir le mécanisme le plus adapté à la situation à laquelle il est confronté.

⁵³⁶ La convergence d'une analyse en terme de lois de police peut aussi conduire à la création d'une règle de conflit bilatérale, ce que nous verrons plus loin (*infra* n°511 et s.).

Mais il ne s'agit pas d'un facteur unique. Le choix entre loi de police et protection par le jeu de l'exception d'ordre public international peut encore être influencé par une donnée essentielle distinguant les deux notions. Dans un cas, l'application exacte des règles françaises est assurée, alors que dans l'autre, la transposition de ces solutions au niveau international n'est pas garantie et semble même impossible sauf à déformer le mécanisme.

§ 2-Lois de police et application détaillée de la règle du for.

318. Nous l'avons vu, dans certaines situations, en présence d'une politique semblant importante pour l'ordre juridique français, il est possible, pour assurer son respect au niveau international, d'hésiter entre l'emploi des lois de police et le recours à la règle de conflit accompagnée de l'exception d'ordre public international. Or, le choix entre ces deux approches peut se faire en raison de la nécessité de voir s'appliquer les dispositions du for de façon détaillée. Les lois de police semblent seules à même de permettre la réalisation de cet objectif.

Dans de tels cas, la défense sur le mode de l'exception d'ordre public international est imaginable et techniquement possible, mais les lois de police doivent malgré tout l'emporter, en raison de cette exigence de précision de l'ordre juridique français, les règles concernées devant s'appliquer telles quelles dans l'ordre international, dans un certain champ d'application, défini par le critère de rattachement des lois de police.

Après avoir vu la supériorité des lois de police par rapport à l'exception d'ordre public international de ce point de vue (A), il faudra voir quelles sont les raisons pour lesquelles il peut être important de voir une règle s'appliquer de manière détaillée au niveau international, par dérogation à la règle de conflit classique (B).

A-L'adaptation du mécanisme des lois de police à l'application détaillée.

319. Lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles du for dans leur intégralité au niveau international, c'est-à-dire y compris dans leurs plus petits détails, les lois de police semblent particulièrement adaptées, tout d'abord en raison des inconvénients de l'exception d'ordre public international, qui ne paraît pas pouvoir donner satisfaction (1). Mais une telle justification essentiellement négative et en tant que telle peu satisfaisante, peut encore être renforcée par des arguments propres aux lois de police, même si certaines limites se révèlent également (2).

1) Les insuffisances de l'exception d'ordre public international : justification négative.

320. La mise en cause de l'exception d'ordre public international entraîne, en principe, comme nous l'avons vu, un recours subsidiaire à la *lex fori* pour combler les lacunes dues à l'éviction de tout ou partie de la *lex causae*. La loi du for intervient donc effectivement, à la fin du raisonnement conflictuel. Mais pour autant, l'application exacte des dispositions du for par cette voie, ne semble pas possible, l'exception d'ordre public international ne permettant pas d'imposer dans le détail une politique suivie par le for.

321. Le mécanisme peut ainsi intervenir pour défendre certains principes fondamentaux. Dans de tels cas, la *lex causae* peut s'écarter des dispositions du for sans pour autant être évincée, la marge de manoeuvre qui lui est laissée est importante. L'essentiel est qu'elle ne heurte pas ces considérations essentielles, qui sont suffisamment générales pour permettre différentes solutions. Ainsi, il y a diverses manières possibles de défendre des principes tels que le respect de la propriété, l'égalité entre époux, le respect de la vie privée ...

Les règles de droit étranger peuvent adopter d'autres approches que celle préconisée par le droit du for, sans pour autant être systématiquement mises à l'écart. Il est alors évident que la politique du for ne peut s'imposer au niveau international, dans ses moindres détails, par cet intermédiaire.

322. La défense des dispositions exactes de la loi française est *a priori* mieux assurée lorsque l'exception d'ordre public international intervient pour sauvegarder les politiques législatives du for. Le fait qu'une loi étrangère s'écarte de la loi française pourrait alors suffire à l'évincer. Le détail de la *lex fori* pourrait être défendu et s'imposer au niveau international.

Mais la défense de la politique législative est possible sans pour autant défendre le texte exact, seules les politiques prenant le contre-pied de celle suivie par le for étant rejetées. Cela est le cas, par exemple, lorsque le for interdit le divorce et qu'il se trouve confronté à une loi étrangère l'autorisant de manière très large.

En revanche, lorsqu'une politique étrangère tend vers le même objectif que celui poursuivi par le for, il est plus délicat de lui opposer l'exception d'ordre public international, notamment si la différence entre le texte français et le texte étranger est minime.

Imaginons la situation suivante. La loi du for prévoit un délai de préavis assez important en cas de licenciement, afin de protéger le travailleur. La *lex causae* n'en consacre pas ou alors le délai prévu est très court. Dans ce cas, l'exception d'ordre public international peut intervenir sans aucun problème.

Si la *lex causae* retient un délai substantiel mais plus court toutefois que celui instauré par la *lex fori*, il est difficile d'évincer la loi normalement compétente en raison d'une divergence aussi faible, le but poursuivi par le législateur étranger étant de surcroît le même.

Dans cette hypothèse, les conceptions du for peuvent effectivement être défendues par l'exception d'ordre public international mais, pour autant, le texte du for ne sera pas forcément appliqué dans le détail dans l'ordre international, le salarié ne bénéficiant alors pas de la protection exacte offerte par la loi française.

L'intervention systématique de l'exception d'ordre public international afin de protéger les dispositions françaises est certes envisageable dans de telles situations mais il s'agirait alors d'une déformation de la notion, qui ne serait plus cantonnée à un rôle exceptionnel⁵³⁷. De plus, cela entraînerait une confusion flagrante avec les lois de police.

Enfin, nous avons déjà vu que, dans l'hypothèse particulière où le for est isolé à propos d'une question spécifique, les lois de police étaient les plus adaptées à ce genre de situations, l'utilisation de l'exception d'ordre public international n'étant pas opportune, la consultation de la règle de conflit étant trop souvent réduite à néant.

L'exception d'ordre public international semble donc totalement inadaptée pour assurer l'application détaillée de la politique du for dans l'ordre international.

323. Le mécanisme de l'ordre public de proximité est susceptible de faire douter de cette conclusion.

En cas d'utilisation de ce dernier, l'exception d'ordre public international intervient avec d'autant plus d'exigence que la situation est proche du for⁵³⁸. Il est alors possible de faire coïncider proximité géographique du rapport de droit avec le for et proximité de l'ordre public international avec le contenu de la *lex fori*. Par conséquent, il est tout à fait envisageable d'obtenir, grâce à cette technique, un degré de précision assez important et de pouvoir imposer la politique du for au niveau international de manière détaillée, au moins dans un certain champ d'application. Pour les situations moins proches du for, l'éloignement géographique pourrait se traduire par un assouplissement des exigences de l'ordre public international par rapport au contenu de la *lex fori*.

Mais même sur ce mode particulier, l'exception d'ordre public international ne semble pas la plus adaptée pour permettre d'aboutir à l'application détaillée de la politique du for. En effet, même si la marge de manoeuvre laissée à la *lex causae* est minime, elle n'en est pas moins réelle. De plus, il y a toujours en cas d'emploi de cette notion, introduction d'une part de subjectivité dans l'appréciation de l'intensité des liens, des exigences précises de l'ordre public international du for, ... L'incertitude est donc encore susceptible de régner, même pour les situations les plus proches du for.

Par conséquent, l'exception d'ordre public international paraît assez inadaptée pour permettre l'application détaillée de règles précises du for ; les lois de police semblent plus à même de remplir un tel rôle.

2) Les justifications positives.

324. Les lois de police sont des dispositions appliquées par l'ordre juridique du for au niveau international, sans passer par la médiation de la règle de conflit classique.

Il s'agit du moyen le plus simple de consacrer la politique du for dans l'ordre international, avec l'avantage de pouvoir cette fois rentrer dans les détails. La loi du for bénéficie d'une priorité d'application et ne sert pas à combler les lacunes dues à l'éviction d'une loi normalement compétente. Elle ne se trouve donc pas dans la dépendance du contenu de

⁵³⁷ Cela ne remet pas en cause la possibilité d'intégration des lois de police au sein de l'ordre public international en matière d'effets des jugements étrangers. Pour cette dernière hypothèse, l'économie de raisonnement n'est pas pertinente, contrairement au conflit de lois. Voir *supra* n°122 et s.

⁵³⁸ Voir *supra* n°220 et s.

cette loi, contrairement à ce qui se passe lorsque l'exception d'ordre public international est employée. Le risque d'érosion à la marge de la politique législative suivie par le for, qui est possible en cas d'utilisation de cette dernière notion, lorsque la *lex causae* est proche de la *lex fori*, sans être identique, est donc évité par le jeu de l'application immédiate.

L'efficacité est, pour la question qui nous intéresse, optimale, le for pouvant ménager un champ d'application à ses propres règles, les lois étrangères ne pouvant intervenir qu'au-delà.

Pour autant, une telle solution ne semble pas toujours possible, certaines limites devant être mises en évidence, toute règle ne pouvant être appliquée au niveau international par ce moyen.

325. Pour qu'une politique puisse être appliquée de façon détaillée au niveau international par le jeu des lois de police, il faut que les règles de droit en cause présentent un caractère fondamental, sous peine de faire subir une véritable déformation à la notion de loi de police.

Pour illustrer ce phénomène, il est possible de prendre l'exemple de la protection du consommateur.

Nous avons déjà vu à maintes reprises que les lois de police pouvaient intervenir pour assurer la protection d'une partie faible et que cette analyse avait été consacrée par la Cour de cassation⁵³⁹.

De même, il a été démontré que dans ce domaine particulier, l'exception d'ordre public international n'était pas à même de permettre une protection efficace du consommateur⁵⁴⁰.

Cela ne fait que conforter ce que nous avons affirmé jusque-là.

Pour autant, il peut sembler qu'une analyse en termes de lois de police n'est pas forcément toujours très satisfaisante. En effet, cette façon de procéder a l'avantage d'aboutir à un recours direct aux dispositions du domicile du consommateur, dont l'intervention ne dépend pas d'une contrariété à l'ordre public international d'une quelconque *lex causae*⁵⁴¹. Cela paraît opportun.

Mais le but recherché est d'arriver à l'application de la loi qui constitue l'environnement juridique du consommateur, de le faire bénéficier de la loi qui lui est la plus familière, afin, entre autres, d'éviter les complications liées à la preuve d'une loi étrangère.

Ce qui est alors en cause est bien l'ordre public interne de la *lex fori*, puisque l'objectif poursuivi est de traiter la situation internationale dans laquelle est impliqué un consommateur, comme s'il s'agissait d'une relation interne, encore une fois pour protéger la partie faible.

Or, il n'est pas concevable de faire de toutes les dispositions d'ordre public interne des lois de police. Cela entraînerait une modification de la notion et une multiplication des règles internationalement impératives fort peu satisfaisante.

Pour de telles situations, l'ordre public social de protection paraît plus adapté, puisqu'il permet d'englober l'ordre public interne comme en témoignent les règles récemment adoptées dans ce domaine⁵⁴².

⁵³⁹ Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *Rev. crit.* 2000, 29, n. P. Lagarde ; *D.* 2000, p.8, obs. J. F. ; *JDI* 2000, 328, n. J.-B. Racine ; *D.* 2000, 765, n. M. Audit.

⁵⁴⁰ Voir sur ce point F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflit de lois*, thèse précitée, n°192 et s., p.195.

⁵⁴¹ En effet, le tribunal compétent appartiendra très souvent à l'Etat du domicile du consommateur, ce dernier étant protégé également sur ce plan. Il y aura ainsi la plupart du temps coïncidence entre la juridiction saisie et la loi applicable. En ce sens voir notamment l'article 16 du règlement n°44-2001.

⁵⁴² Sur ce point voir *supra* n°207 et s.

326. Un exemple de cette inadaptation des lois de police peut être trouvé, à propos de la protection des parties faibles, dans la jurisprudence belge ayant trait au délai de préavis en matière de licenciement.

La Cour d'appel de Bruxelles, dans une affaire opposant un employé américain travaillant en Belgique pour le compte d'un employeur de la même nationalité que lui, a évincé la loi du Missouri, loi choisie implicitement par les parties, en utilisant l'exception d'ordre public international. Elle ne prévoyait, en effet, pas de délai de préavis minimum à respecter par l'employeur en cas de licenciement. Les dispositions de la loi belge, *lex fori* sont alors intervenues pour combler la lacune due à cette éviction.

La Cour de cassation belge a elle aussi retenu l'application de la loi belge relative au délai de préavis minimum, mais a raisonné différemment. Selon elle, « *en matière de contrat de louage de travail, des dispositions légales qui organisent la protection des travailleurs et qui ont un caractère impératif sont, au sens de l'article 3, alinéa 1^{er}, du Code civil, des lois de police et de sûreté* ». Cela est le cas pour la loi belge prévoyant un délai de préavis minimum en cas de licenciement. Le travailleur exécutant son travail en Belgique, ces règles devaient s'appliquer⁵⁴³.

Le résultat auquel ces deux décisions parviennent est le même, mais la démarche suivie par la Cour de cassation donne davantage de certitudes. L'analyse en termes de loi de police permet d'aboutir de façon plus certaine à l'application exacte des règles du for dans un certain champ, aucune appréciation subjective n'intervenant, contrairement à ce qui se passe pour l'exception d'ordre public international. Il peut notamment être délicat d'employer cette dernière à l'encontre d'une loi étrangère proche de celle du for, mais qui n'en est pas pour autant identique.

En l'absence de différence fondamentale entre la *lex causae* et la *lex fori*, l'exception d'ordre public international est un moyen peu adapté, la loi étrangère n'apparaissant pas comme véritablement choquante. Au contraire, l'emploi de la technique des lois de police évite d'avoir à se poser ce genre de questions, les dispositions du for s'appliquant purement et simplement, en toutes circonstances, dans le champ d'application qui leur est assigné, peu important la loi normalement applicable, d'après la règle de conflit classique.

Les lois de police sont donc à première vue plus satisfaisantes dans la perspective qui est la nôtre. Toutefois, il faut se demander s'il est légitime de faire d'une telle règle sur le préavis minimum en cas de licenciement, une loi de police. S'agit-il véritablement d'une règle fondamentale au sein d'un ordre juridique ? Le mécanisme de l'ordre public social de protection paraît davantage en cause comme l'a montré l'évolution de la jurisprudence belge sur ces questions, suite à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome⁵⁴⁴.

327. Ainsi, lorsque le for souhaite appliquer sa propre loi, de façon détaillée, les lois de police constituent un moyen adapté. Il comporte malgré tout certaines limites, sauf à dénaturer la notion.

Mais l'exception d'ordre public international et les lois de police ne sont pas, pour cette question particulière, l'alpha et l'oméga, d'autres techniques étant également disponibles. Nous avons vu l'ordre public social de protection, mais d'autres solutions sont également concevables. Il est ainsi possible d'adopter, pour de telles questions, une règle de conflit unilatérale délimitant un champ d'application pour les dispositions du for, sans le support de la notion de loi de police qui n'est pas toujours adaptée.

⁵⁴³ Cour de cassation belge 25 juin 1975, *Taylor c. s.a. « Vendo International »*, Pas. 1975, I. 1038, commenté par G. Van Hecke et F. Rigaux, *RCJB* 1976, 266.

⁵⁴⁴ Voir *supra* n°214.

Il reste à voir quelles sont les raisons pour lesquelles une règle particulièrement importante doit être appliquée avant même la consultation de la règle de conflit classique, alors que sa défense par le jeu de l'exception d'ordre public international est également envisageable. En d'autres termes, il faut s'intéresser aux cas dans lesquels cette fermeture d'un ordre juridique sur lui-même et son imperméabilité à toute conception extérieure se justifient.

B-Les hypothèses nécessitant une application détaillée.

328. Nous l'avons vu, l'hésitation entre l'application immédiate des règles françaises et leur défense par le jeu de l'exception d'ordre public international est possible pour certaines questions, notamment à propos de la sauvegarde des politiques législatives.

Dans les situations qui vont nous intéresser ici, le recours à l'exception d'ordre public international est tout à fait envisageable. Pourtant, la technique des lois de police doit l'emporter, l'application détaillée des règles françaises étant nécessaire, ce que seul ce mécanisme peut assurer.

Deux raisons principales peuvent être trouvées. Tout d'abord, la protection d'une personne en situation de faiblesse peut être mise en évidence (1). De plus, l'application immédiate et détaillée est quelquefois nécessaire afin d'arriver à des solutions uniformes au sein d'un même ordre juridique, uniformité pouvant se justifier par diverses raisons (2).

1) Application détaillée et protection optimale d'une personne en situation de faiblesse.

329. L'application immédiate et détaillée de certaines dispositions paraît être un moyen d'assurer une protection efficace aux personnes en situation de faiblesse. Pour le démontrer, il est possible de prendre l'exemple du consommateur.

330. La justification première de l'application à titre de lois de police des dispositions protectrices se fonde sur la nécessité de protection des parties faibles, ce qui est, à l'heure actuelle, considéré comme un cas d'intervention de ce mécanisme.

Pour autant, il serait tout à fait concevable d'assurer la défense des consommateurs par le jeu de l'exception d'ordre public international, évinçant les règles étrangères insuffisamment protectrices et de ce fait contraires aux conceptions fondamentales du for.

Ce qui semble faire la différence en faveur des lois de police est la possibilité d'appliquer la loi du domicile du consommateur, critère de rattachement généralement retenu, de façon très large, y compris pour certains détails qui ne pourraient s'imposer par le jeu de l'exception d'ordre public international, notamment si les règles étrangères normalement compétentes poursuivent un objectif identique à celui du for, mais que les moyens mis en œuvre ne sont pas les mêmes⁵⁴⁵.

⁵⁴⁵ En ce sens, voir également P. Courbe, « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *Etudes offertes à Barthélemy Mercadal*, Ed. Francis Lefebvre, 2002, p.99, spéc. p.111.

Ainsi, une loi étrangère ne comportant pas les mécanismes mis en œuvre par la loi du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dite loi Scrivener⁵⁴⁶, ne devrait pas être considérée comme étant, de ce seul fait, contraire à l'ordre public international du for. Si la loi étrangère prévoit d'autres mécanismes moins protecteurs que ceux mis en place par la loi française, elle ne devrait pas pour autant être évincée.

Pour assurer une protection optimale au consommateur, il est donc beaucoup plus opportun de recourir au mécanisme des lois de police comme l'a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 19 octobre 1999 dans lequel elle a considéré une telle loi comme « *d'application impérative pour le juge français* »⁵⁴⁷.

La délimitation du champ d'intervention de la règle française est alors unilatérale et ne se trouve pas dans la dépendance du contenu d'une loi étrangère. La réglementation française va pouvoir s'appliquer au niveau international, dans son intégralité, de façon précise et détaillée, alors que l'exception d'ordre public international ne semble pas pouvoir permettre ce résultat, sauf à être déformée et à intervenir systématiquement à l'encontre de toute règle au contenu différent de celle du for.

Les lois de police peuvent par conséquent imposer des conceptions, des options législatives que l'exception d'ordre public international ne permet pas de défendre intégralement.

331. De plus, une application détaillée de la loi française a un autre avantage, pratique, cette fois. Une telle démarche évite, en effet, d'avoir à établir le contenu d'un droit étranger, tâche pouvant être très délicate et surtout onéreuse pour un consommateur. Cette charge peut être dissuasive pour une partie faible, la faire renoncer à une éventuelle action en justice.

Or, de ce point de vue, seule l'application immédiate d'une loi du for, si celui-ci correspond au domicile du consommateur permet une protection efficace, l'exception d'ordre public international supposant toujours la preuve du contenu de la loi étrangère normalement compétente. Au contraire, le recours, *a priori*, aux dispositions du for, de manière intégrale et détaillée, permet de faire barrage aux règles étrangères et donc à une preuve de leur contenu, tout en apportant une réponse au problème de droit se posant.

Il s'agit donc, là encore d'un argument en faveur des lois de police, seule une application détaillée des règles du domicile du consommateur pouvant lui assurer une protection efficace.

332. Les mêmes remarques peuvent être faites pour la protection du droit moral de l'auteur-créateur, qui peut également être considéré comme une partie faible, notamment lorsqu'un bailleur de fonds lui permet d'accomplir son œuvre, la dépendance économique pouvant l'amener à conclure un contrat lui étant très défavorable.

L'application immédiate des règles françaises à titre de lois de police permet une protection optimale de cette personne, d'après nos conceptions et assure l'application de règles qui ne seraient pas forcément défendues par le jeu de l'exception d'ordre public international, comme nous l'avons vu à propos de l'affaire Huston⁵⁴⁸.

Ce mécanisme est donc un moyen permettant d'imposer au niveau international ce que l'exception d'ordre public international ne peut pas toujours défendre, ce qui montre la différence de portée entre les deux notions et surtout l'importance du choix entre elles,

⁵⁴⁶ Articles L. 311-1 à L. 311-37 du Code de la consommation.

⁵⁴⁷ Voir *supra* n°67.

⁵⁴⁸ Voir *supra* n°307 et s.

notamment lorsque sont en cause des parties faibles. Une telle approche peut également se justifier pour des raisons de cohérence au sein de l'ordre juridique français, aucune loi étrangère ne devant pouvoir intervenir, l'uniformité étant nécessaire.

2) Application détaillée et application uniforme au sein d'un ordre juridique.

333. Dans certains cas, face à une situation internationale et en présence d'une politique du for particulièrement importante, l'hésitation entre l'intervention immédiate des règles françaises et la défense par le jeu de l'exception d'ordre public international est permise. Or, les nécessités d'une application détaillée des solutions françaises, de façon uniforme dans un certain champ, peuvent faire pencher la balance en faveur des lois de police, elles seules permettant d'atteindre cet objectif.

334. C'est ainsi, nous semble-t-il, que peuvent être expliquées les solutions jurisprudentielles à propos du régime matrimonial primaire.

Ce dernier a été institué par la loi du 13 juillet 1965 modifiant les articles 214 à 226 du Code civil, puis complété par la loi du 23 décembre 1985 et s'applique « *par le seul effet du mariage, quel que soit le régime matrimonial des époux* »⁵⁴⁹.

Il s'agissait d'instaurer, en droit interne, certaines règles de base, indérogeables et générales, relatives à la contribution des époux aux charges du mariage, à la résidence familiale, aux pouvoirs respectifs des époux pour les contrats ayant pour objet l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, à la liberté d'exercice d'une profession pour chaque époux, ...

Les deux finalités de ce régime sont « *d'assurer ce minimum d'association des intérêts pécuniaires que le mariage ne peut pas ne pas engendrer sous la diversité des régimes matrimoniaux, même séparatistes, et, à l'inverse, d'asseoir sur des bases solides l'autonomie des époux qui s'observe même en régime communautaire* »⁵⁵⁰.

Ces règles apparaissent comme étant essentielles dans le système juridique français, en raison de leur contenu, touchant aux fondements mêmes de l'une des institutions les plus essentielles de notre société et en raison de la généralité de leur application. En tant que telles, elles paraissent devoir être protégées dans les situations internationales, face à des normes étrangères leur portant atteinte.

335. La voie à choisir est alors délicate à déterminer. Il est possible tout d'abord de qualifier de telles règles, ou au moins certaines d'entre elles, de lois de police, de les appliquer immédiatement dans un champ défini. Mais il est aussi concevable de protéger les conceptions ainsi dégagées grâce à l'exception d'ordre public international, ce mécanisme permettant d'évincer les solutions étrangères leur portant atteinte et de substituer, selon le système actuel, la *lex fori*.

Cette dernière voie paraît attrayante, d'autant que les règles du régime primaire reposent, pour la plupart sur des principes généraux, faciles à mettre en évidence tels que l'égalité des

⁵⁴⁹ Article 226 du Code civil.

⁵⁵⁰ A. Colomer, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 11^{ème} édition, 2002, n°63, p.39.

époux, leur solidarité pour les dettes contractées pour les besoins du ménage, le droit pour chacun d'entre eux d'exercer une profession ...

Une loi étrangère dont le résultat de l'application heurterait de telles solutions pourrait de ce chef être évincée, la protection des époux et de l'ordre juridique français étant réalisées.

De plus, une communauté de droit existe sur ce point. De nombreux législateurs ont mis en place de tels régimes primaires, contenant souvent des règles assez proches de celles prévues par le droit français. On peut ainsi citer l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, les Pays-Bas, le Québec, la Suisse, ...

La consultation de la règle de conflit est donc envisageable, les règles étrangères pouvant donner satisfaction, l'exception d'ordre public international intervenant lorsque cela s'avère nécessaire.

Pourtant, la jurisprudence a tranché la question en faveur de l'application immédiate des règles françaises relatives au régime matrimonial primaire⁵⁵¹.

336. Cette solution nous semble se justifier par l'esprit même d'un tel régime. Au niveau interne, la réforme avait pour but en instaurant des règles uniformes, s'imposant à tous les époux, de permettre aux personnes ayant des relations juridiques avec l'un seul d'entre eux, de le faire en toute sécurité, de pouvoir agir sans avoir à effectuer de lourdes vérifications, quant au régime matrimonial applicable et à leurs pouvoirs respectifs. L'objectif était de rendre effective l'indépendance des époux, de permettre à chacun d'agir seul.

Un exemple de cette situation est donné par l'article 223 du Code civil, selon lequel, « *si l'un des époux se présente seul pour faire un acte d'administration, de jouissance ou de disposition sur un bien meuble qu'il détient individuellement, il est réputé, à l'égard des tiers de bonne foi, avoir le pouvoir de faire seul cet acte* ». La protection des tiers de bonne foi est donc visée par cette règle, leur permettant de ne pas vérifier les pouvoirs exacts de chaque époux d'après le régime matrimonial.

De même, selon l'article 221 du Code civil, « *chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel* ».

Le banquier ouvrant un compte à l'un seul des époux peut ainsi agir en toute sécurité et sans avoir à effectuer de recherches.

La protection des époux est également assurée de cette manière, car les tiers ne sont pas dissuadés de traiter avec l'un seul d'entre eux, la méfiance à leur égard n'est pas de mise. La sécurité des tiers peut alors être considérée comme permettant d'assurer un des objectifs du régime primaire, c'est-à-dire l'indépendance des époux et notamment celle de la femme. Cette façon de procéder consacre ainsi une convergence sur certaines règles fondamentales, tout en préservant, par ailleurs, la diversité des régimes matrimoniaux.

337. Au niveau international, cette diversité peut provenir des règles étrangères régissant le régime matrimonial des époux. L'insécurité pour les tiers ayant des relations juridiques en France, avec l'un seul des époux, peut ainsi être importante et entraîner des vérifications longues, lourdes et coûteuses quant aux pouvoirs de l'époux en cause, qui peut alors avoir à se justifier. Cette insécurité peut même, de manière évidente, dissuader de traiter avec un seul époux.

La solution réside dans une application uniforme des dispositions françaises régissant le régime matrimonial primaire, afin d'avoir à nouveau un socle commun à toutes les personnes agissant sur le territoire français, ce qu'a décidé la Cour de cassation.

⁵⁵¹ Voir *supra* n°66.

Mais pour que la confiance des tiers et donc l'efficacité soit optimale, il faut que l'application des règles françaises soit complète et détaillée. Ils doivent pouvoir se fier aux solutions françaises et à elles seules, afin d'agir en parfaite sécurité. Toute ouverture laissée à une quelconque règle étrangère, différant même légèrement des normes françaises, serait malvenue. En effet, elle contribuerait à introduire un trouble et entraînerait des formalités, des vérifications pénalisantes pour les tiers mais aussi, de façon corollaire, pour les époux eux-mêmes⁵⁵². Par conséquent, il n'est pas souhaitable de laisser jouer une loi étrangère même poursuivant des objectifs similaires à ceux inspirant les règles françaises, mais mettant en œuvre des moyens différents. La consultation de la règle de conflit se trouve ainsi dépourvue de tout intérêt.

Le choix entre les lois de police et l'exception d'ordre public international doit donc, dans cette situation, être guidé par cette donnée particulière, seule l'application immédiate pouvant donner satisfaction, eu égard au but et à la logique des règles françaises en cause.

La solution de la Cour de cassation dans l'arrêt Cressot⁵⁵³ est donc tout à fait compréhensible et défendable, même si la généralité de l'analyse, comprenant l'ensemble des dispositions du régime primaire, peut être critiquable et a d'ailleurs été critiquée⁵⁵⁴. En effet, toutes ces règles n'ont pas pour objectif d'assurer la sécurité des tiers et la protection des époux. Une analyse au cas par cas des différentes normes s'imposerait donc, afin de trouver la solution la plus adaptée à chaque situation.

Dans cet esprit de nécessaire cohérence, il nous semble que les articles 220, 221, 222 et 223 du Code civil sont des lois de police, car ils doivent être appliqués de façon uniforme sur le territoire français, les tiers étant directement concernés par ces règles.

338. Se pose alors un autre problème, celui du rattachement de ces lois de police, de la détermination de leur champ d'application exact.

La Cour de cassation a considéré, toujours dans l'arrêt Cressot, que le régime matrimonial primaire était d'application territoriale, ce qui ne nous renseigne pas vraiment. En effet, il reste à déterminer quel élément est pertinent pour rattacher une situation au territoire et permettre ainsi l'application de ces règles.

Là encore, une démarche générale paraît difficile, chaque article devant être analysé de manière isolée. Ainsi, l'article 221 du Code civil devrait s'appliquer à « *tout banquier exerçant sa profession en France* »⁵⁵⁵.

De même, l'article 222 Code civil devrait s'appliquer à tout meuble détenu par un des époux en France⁵⁵⁶.

La démarche de la Cour de cassation, traitant le régime primaire comme un bloc à rattachement territorial apparaît donc comme étant trop catégorique et manquant de finesse. Elle peut toutefois s'expliquer par la volonté de donner l'impression que, précisément, aucune faille ne peut intervenir dans le système, permettant l'application de règles étrangères, pouvant remettre en cause la sécurité des tiers traitant avec une personne mariée. La solution semble quelque peu maximaliste mais a le mérite de renforcer de façon optimale la confiance des personnes agissant en France.

339. L'option prise pour le régime matrimonial primaire témoigne de la différence fondamentale qu'il peut y avoir entre l'approche fondée sur les lois de police et celle

⁵⁵² Pour le même constat, voir, « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *Etudes offertes à Barthélemy Mercadal*, Ed. Francis Lefebvre, 2002, p.99, spéc. p.110.

⁵⁵³ Civ. 1^{ère} 20 octobre 1987, *Rev. crit.* 1988, 540, n. Y. Lequette ; *JDI* 1988, 446, n. A. Huet.

⁵⁵⁴ Voir ainsi Y. Lequette, note précitée ; plus nuancé : A. Huet, note précitée.

⁵⁵⁵ Batiffol et Lagarde, t. II, n°631-1, p.380.

⁵⁵⁶ *Ibidem*.

utilisant l'exception d'ordre public international. Les lois de police peuvent, dans un tel cas, être considérées comme une marque de défiance à l'égard, non pas tant d'une loi étrangère normalement applicable, qu'à l'égard de la règle de conflit elle-même et du trouble que son emploi est susceptible de provoquer.

A l'inverse, l'exception d'ordre public international permet d'évincer une loi étrangère en raison de la contrariété du résultat que produit son application dans une espèce particulière, après lui avoir donné une chance de régir la situation.

Cela montre que les deux mécanismes sont bien différents et répondent à une logique qui leur est propre. L'enjeu d'un choix entre eux est ainsi mis en évidence.

Conclusion de la section :

340. En cas d'hésitation entre recours à l'application immédiate des dispositions du for et protection par le jeu de l'exception d'ordre public international, différents éléments peuvent donc intervenir pour faire pencher la balance en faveur du mécanisme des lois de police.

Par conséquent, la qualification d'une telle loi est une phase complexe prenant en compte différents facteurs, allant au-delà de la simple analyse de la teneur d'une règle particulière.

Il est vrai qu'en cas d'emploi de cette méthode, le for se ferme sur lui-même, car il n'accepte pas la possibilité de concurrence d'une norme étrangère, la règle de conflit n'étant même pas consultée. Mais une telle approche peut se justifier par de sérieux arguments, légitimant cette démarche, allant à contre-courant de la recherche d'harmonie internationale censée être un des objectifs de la méthode bilatéraliste. Le for peut, pour de bonnes raisons, rentrer dans une logique isolationniste.

Au contraire, si dans un domaine particulier, la règle de conflit intervient, avec la réserve de l'exception d'ordre public international, le for laisse sa chance à des règles étrangères, ce qui introduit plus de souplesse dans le raisonnement. Un tel élément est susceptible, à son tour, d'être décisif dans le choix entre les deux méthodes protectrices de l'ordre juridique français.

Section II-L'exception d'ordre public international et la souplesse conflictuelle : l'exemple des droits fondamentaux.

341. La souplesse caractérisant l'exception d'ordre public international peut, dans certains cas, faire pencher la balance en sa faveur, alors que l'hésitation avec l'application immédiate sur le mode des lois de police est possible. Un exemple, discuté depuis maintenant de nombreuses années nous semble significatif. Il concerne ce que l'on appelle les droits fondamentaux de l'homme.

Il s'agit de droits et principes, consacrés par l'ordre juridique français et par d'autres Etats ou encore par différentes conventions internationales et qui sont considérés comme étant absolument essentiels et incontournables. Ils peuvent être définis comme étant « *les prérogatives, gouvernées par des règles, que la personne détient en propre dans ses relations avec les particuliers et avec le Pouvoir* »⁵⁵⁷.

342. Deux phénomènes particulièrement marquants peuvent être observés à leur propos.

Tout d'abord, ces droits, après leur apparition dans de nombreux ordres juridiques internes, ont été consacrés dans de multiples instruments internationaux. A l'heure actuelle, il y a donc un véritable foisonnement de tels documents. Parmi eux, peuvent être cités la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme du 10 décembre 1948, la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950, ratifiée par la France le 3 mai 1974, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966 auquel la France a adhéré le 4 novembre 1980, la Convention de New-York relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990, ratifiée par la France le 7 août 1990, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, ...

Ensuite, il faut bien constater que ces droits et principes fondamentaux font l'objet d'un engouement croissant et manifeste, dans toutes les branches du droit. Cela est vrai tout particulièrement pour la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et les principes qu'elle contient, qui tendent à devenir omniprésents au sein de l'ordre juridique français, au point d'en devenir même obsédants.

Un tel attrait est sans aucun doute suscité par la jurisprudence abondante de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui contribue à donner un certain dynamisme à la matière en Europe et offre surtout une voie nouvelle, supra-nationale, aux justiciables.

Ces droits et principes fondamentaux, repris et consacrés par les différents actes que nous avons énumérés de manière non-exhaustive, font partie de l'ordre juridique français qui les avait lui-même consacrés auparavant ou qui les a reconnus en ratifiant les conventions internationales en cause.

De plus, ils sont, par définition, fondamentaux. Par conséquent, ils méritent, à ce titre, d'être défendus dans les situations internationales, face aux normes étrangères (loi ou jugement), qui ne doivent pas pouvoir leur porter atteinte. Si cela n'était pas le cas, la France, en raison de leur internationalisation, pourrait se voir reprocher le non-respect de ses obligations internationales.

⁵⁵⁷ J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 2002, n°1, p.2 ; voir également F. Terré, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2003, p.3 et s.

343. Deux méthodes sont alors concevables : la première consiste à appliquer immédiatement ces droits et principes, tels qu'ils sont formulés au sein de l'ordre juridique français, par les actes internationaux et même, le cas échéant, tels qu'ils sont interprétés par des organes juridictionnels internationaux comme la Cour européenne des Droits de l'Homme.

La seconde méthode consiste à intégrer ces principes fondamentaux au sein de l'exception d'ordre public international français, mécanisme qui sera alors naturellement appelé à évincer les normes étrangères qui leur porterait atteinte.

Cette option est donc offerte, la doctrine ayant défendu les deux solutions, les deux branches étant envisageables et ayant d'ailleurs été, dans une certaine mesure, pratiquées. Un choix s'impose, les arguments en faveur de chaque hypothèse étant assez nombreux, les rendant ainsi toutes deux crédibles (§ 1).

A l'heure actuelle pourtant, l'exception d'ordre public international paraît prendre le dessus de façon nette en jurisprudence. Cette position est également défendue par la doctrine majoritaire. A l'appui de cette solution, la souplesse autorisée par l'exception d'ordre public international est souvent invoquée, s'opposant en cela à la rigidité des lois de police. Il semble s'agir de l'élément décisif pour cette question, permettant de faire pencher la balance, ce qui témoigne du caractère symbolique de la matière (§ 2).

§ 1-La possibilité de recourir aux deux mécanismes pour défendre les droits fondamentaux.

344. La voie des lois de police est tout à fait défendable et a d'ailleurs été défendue, les arguments justifiant cette solution étant nombreux (A). Le recours à l'exception d'ordre public international est lui aussi envisageable (B).

A-Le recours aux lois de police.

345. L'application immédiate des droits et principes fondamentaux peut se justifier de façon sérieuse, les arguments juridiques à l'appui de cette solution paraissant solides (1). De plus, un recours à ce mécanisme présente des avantages non négligeables (2).

1) La justification juridique du recours aux lois de police pour les droits et principes fondamentaux.

346. Le recours au mécanisme de l'application immédiate peut tout d'abord se justifier par le critère général de la défense des politiques législatives, que nous avons mis en évidence plus haut⁵⁵⁸. La protection des droits fondamentaux peut être considérée comme une politique du for, que les principes et droits protégés soient d'origine interne ou consacrés par une convention internationale. Dans ce dernier cas, l'origine internationale n'est pas un obstacle, le for ne faisant que suivre une politique commune à plusieurs États. La même analyse pourrait être faite à propos du droit communautaire dans le domaine de la concurrence⁵⁵⁹.

Mais ce critère de la défense des politiques législatives est trop vague pour être véritablement pertinent. De plus, il est également susceptible de justifier une défense par le jeu de l'exception d'ordre public international, ce qui est le cœur de notre interrogation. Par conséquent, d'autres éléments se doivent d'être avancés.

347. Il est alors possible de penser, en premier lieu, au caractère essentiel des droits et principes en cause. Ils constituent l'incarnation des valeurs les plus essentielles auxquelles adhère l'ordre juridique français et sont ses fondements incontournables. Les principes dégagés par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ou par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales inspirent l'ensemble des politiques françaises. Pour cette dernière, peuvent être cités le droit à la vie (art. 2), l'interdiction de l'esclavage (art. 4), le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8), la liberté de pensée, (art. 9), le droit au mariage (art. 12), l'égalité entre époux (art. 5 du protocole n° 7), ...

Certaines règles ou certains principes fondamentaux peuvent même être considérés comme des éléments du *jus cogens*. La définition de cette notion est donnée par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969. Selon ce dernier, « *une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* »⁵⁶⁰.

Une telle qualification est attribuée, par de nombreux auteurs, aux droits fondamentaux de l'homme⁵⁶¹.

Il faut toutefois signaler que pour l'instant aucune norme de protection des droits de l'homme n'a encore été formellement reconnue comme norme de *jus cogens* en droit

⁵⁵⁸ Voir *supra* n°81 et s.

⁵⁵⁹ Voir sur ce point, L. Idot, « Le domaine spatial du droit communautaire des affaires », *TCFDIP* 1991-1993, p.145 et s.

⁵⁶⁰ Sur cette notion, voir M. Virally, « Réflexions sur le jus cogens », *AFDI* 1966, 5 ; D. Carreau, *Rép.Dalloz, Dr. Int.*, V° *Jus cogens*.

⁵⁶¹ Voir ainsi F. Sudre qui constate une « convergence incontestable des travaux doctrinaux pour inclure les droits fondamentaux de l'homme dans la liste des normes impératives du jus cogens », *Rép.Dalloz, Dr. Int.*, V° *Droits de l'homme*, n°18 ; voir également D. Carreau, *Droit international*, Pédone, Etudes internationales, 7^{ème} édition, 2001, n°999, p.412 et s. et P. Daillier-A. Pellet, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002, n°423 et s., p.658 et s.

positif⁵⁶². Malgré tout, il est concevable, étant donné ces caractères, de ne pas tolérer l'intervention d'une quelconque solution étrangère, au moins dans un champ d'application déterminé. Constituant les fondements mêmes de la société française, voire de la société internationale, seuls les principes fondamentaux français, d'origine purement interne ou consacrés par une convention internationale, peuvent donner satisfaction. La logique et l'efficacité voudraient alors que l'application immédiate de ces droits soit retenue, la consultation d'une règle étrangère étant *de facto* inutile et sans intérêt. En d'autres termes, l'économie de raisonnement qui caractérise ce mécanisme prendrait ici tout son sens, la règle de conflit n'étant pas susceptible de désigner une règle étrangère satisfaisante.

Cela ne signifie pas pour autant une omniscience de ces droits et principes fondamentaux, le jeu du rattachement n'étant pas exclu. L'application immédiate ne concernerait donc que les situations les plus proches du for, même si le fait d'avoir affaire à des normes de *jus cogens* ou largement reconnues par la communauté internationale peut rendre tentante une application que l'on pourrait qualifier d'universelle. Une certaine réserve s'impose toutefois. Il ne s'agit pas de faire de ces droits et principes fondamentaux des règles de compétence exclusives et toujours applicables.

Pour les rapports les plus éloignés, il est concevable de recourir à la règle de conflit, avec la réserve habituelle de l'exception d'ordre public international, les fondements de l'ordre juridique français étant moins concernés étant donné la distance entre ce dernier et la relation en cause. De plus, dans de telles circonstances, il appartient aussi de respecter les options prises par des Etats n'adhérant pas aux mêmes valeurs que l'ordre juridique français, seuls certains principes tel l'interdiction de l'esclavage pouvant être considérés comme véritablement incontournables, faisant ainsi partie du *jus cogens* et justifiant une application systématique par les autorités françaises. Il est inimaginable d'accorder le caractère de norme de *jus cogens* à tout droit fondamental, seul un petit nombre pouvant être concerné.

Mais de façon générale, le rattachement n'est pas un argument permettant de choisir entre l'une ou l'autre des méthodes de protection. En effet, un aménagement spatial est possible tant en cas d'utilisation de la technique de l'application immédiate, qu'en cas de jeu de l'exception d'ordre public international, grâce au phénomène dit de l'*Inlandsbeziehung* ou ordre public international de proximité⁵⁶³.

348. En second lieu, on peut également estimer que l'application immédiate permet à l'Etat en cause de remplir, de façon optimale, ses obligations internationales, lorsque les droits figurent dans une convention internationale, ce qui est de plus en plus fréquent.

Les droits et principes fondamentaux sont appliqués tels qu'ils ont été consacrés dans les textes internationaux. Cela constitue ainsi une garantie quasi-absolue, la marge de manoeuvre des Etats parties étant singulièrement réduite.

Ainsi, l'article 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales prévoit que « *les Hautes parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente convention* ». Il s'agit d'une obligation contraignante pesant sur les Etats parties à la Convention. L'application immédiate permet une transcription fidèle des droits et

⁵⁶² Seul peut être signalé l'arrêt de la CIJ du 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, (Rec. 1970 p.3) selon lequel peuvent être considérés comme des obligations *erga omnes* les principes et règles « concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la pratique de l'esclavage et la discrimination raciale ». Mais il faut immédiatement ajouter qu'il ne s'agit, en l'occurrence, que d'un *obiter dictum*.

⁵⁶³ Voir *supra* n°220 et s.

principes consacrés par le texte de la Convention et interprétés par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Au contraire, l'exception d'ordre public international peut paraître plus propice à un certain laxisme car elle laisse une marge d'appréciation assez importante à chaque Etat quant au contenu des droits et principes, mais aussi quant à leur portée, lors de leur confrontation avec le résultat produit par la loi étrangère. La subjectivité que nous avons pu constater, caractérisant le jeu de l'exception d'ordre public international, semble contradictoire avec les engagements internationaux contractés par les Etats parties à une convention internationale. L'immixtion d'une loi étrangère risque d'être un élément perturbateur empêchant la transposition exacte des droits et principes fondamentaux, seul le mécanisme des lois de police donnant satisfaction de ce point de vue.

Néanmoins, cela pourrait signifier, si l'on s'en tient à la lettre de l'article 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, l'abandon de tout rattachement autre que celui utilisé pour établir la compétence juridictionnelle des tribunaux étatiques. Une fois ces derniers compétents, les droits et principes fondamentaux s'imposeraient sans aucune limitation spatiale, car devant être garantis par les Etats parties à toute personne relevant de leur juridiction. La rigidité d'un tel système apparaît alors nettement.

Pourtant, certains avantages peuvent être trouvés à cette solution, dépassant les strictes justifications juridiques.

2) Les avantages d'une application immédiate des droits et principes fondamentaux.

349. Tout d'abord, en recourant à l'application immédiate des droits et principes fondamentaux qu'il reconnaît, le for témoigne par ce fait de son attachement particulier à de telles solutions. Nous retrouvons ainsi ce que nous avons vu à propos du droit moral de l'auteur⁵⁶⁴. La prise de position est plus éclatante et symbolique par l'application immédiate que par une défense par le jeu de l'exception d'ordre public international.

Cette dernière se caractérise en effet par une analyse au cas par cas et dépendant du contenu d'une loi étrangère ainsi que du résultat de son application, mais aussi d'une appréciation subjective d'un juge, bénéficiant d'une certaine marge de manoeuvre.

Au contraire, en cas de recours à la technique des lois de police, la subjectivité est moins présente, les droits et principes fondamentaux bénéficiant d'un champ d'application au sein duquel ils sont protégés de façon certaine et inconditionnelle par un ordre juridique, qui marque de ce fait l'importance pour lui de telles solutions.

Le caractère fondamental d'une règle ou d'un principe est plus nettement marqué par le jeu de l'application immédiate que par celui de l'exception d'ordre public international.

De plus, une défense sur ce dernier mode est certes envisageable, mais signifie une protection qui se doit d'être exceptionnelle, sauf à modifier la définition du mécanisme. Or, il peut paraître difficile d'admettre que la protection des fondements d'un ordre juridique ne soit qu'exceptionnelle. Là encore, l'application immédiate peut tout à fait se justifier de ce fait.

⁵⁶⁴ Voir *supra* n°306 et s.

350. Cette dernière modalité d'intervention est également intéressante à un autre titre. En effet, elle permet de traiter de façon égale des personnes se trouvant dans des situations similaires, ce qui n'est pas forcément le cas de l'exception d'ordre public international.

L'application immédiate permet une transcription exacte et détaillée des droits et principes fondamentaux, au moins dans un certain champ d'application. Par conséquent, les personnes se trouvant dans des circonstances semblables se verront appliquer de telles solutions de façon quasi-mécanique, ce qui paraît conforme au principe d'égalité.

En revanche, l'utilisation de l'exception d'ordre public international peut aboutir à créer des inégalités assez peu satisfaisantes, étant donné le caractère fondamental des droits et principes en cause et ce en raison de l'intervention d'une loi étrangère pouvant semer le trouble et aboutir à une certaine disparité.

Ainsi, il est possible de prendre l'exemple de deux personnes se trouvant dans une situation quasi-identique par rapport au for, les éléments d'extranéité étant les mêmes, la seule différence étant la loi normalement compétente, désignée par la règle de conflit, en raison d'une divergence telle que la nationalité des personnes en cause. Pour le reste, la situation est la même.

Dans le premier cas, la *lex causae* est manifestement contraire à l'exception d'ordre public international du for, car le résultat de son application contrevient à certains principes fondamentaux qu'il reconnaît. Il y aura alors éviction de la loi étrangère et recours à la *lex fori*.

Dans le second cas, l'intervention de la *lex causae* conduit à un résultat qui, sans être contraire à l'exception d'ordre public international du for, n'est pas exactement celui qui aurait été obtenu par l'application directe des droits et principes fondamentaux en cause.

Une divergence peut ainsi être constatée, entre deux situations pourtant très proches, ce qui étant donné le caractère fondamental des droits concernés est peu satisfaisant. Une telle différence, due, par exemple à la nationalité, est difficilement compréhensible pour les personnes intéressées. De plus, cette façon de procéder peut apparaître comme étant une violation d'un texte comme celui de l'article 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

L'application immédiate permettrait au contraire d'éviter ce genre de situations et d'aboutir aux mêmes solutions lorsque les hypothèses sont similaires, ce qui semble nécessaire.

Par conséquent, elle peut être opportune et apparaît comme une solution envisageable également d'un point de vue juridique. Il s'agit d'une position crédible. Il nous faut alors nous intéresser à l'autre branche de l'alternative que constitue la défense par le jeu de l'exception d'ordre public international, qui peut également être sérieusement soutenue.

B-La défense par le jeu de l'exception d'ordre public international.

351. Pour justifier l'utilisation de l'exception d'ordre public international afin de défendre les droits et principes fondamentaux du for, il est possible, tout d'abord, de mettre en évidence le caractère inadapté des lois de police, de se fonder sur des arguments négatifs, les critères d'application que nous avons dégagés précédemment n'étant pas remplis (1), puis de voir que la tradition veut qu'ils soient défendus de cette manière, la modification partielle de leur source formelle ne devant pas remettre en cause une analyse restant toujours valable (2).

1) L'absence des critères d'application des lois de police.

352. Nous avons vu auparavant que le recours aux lois de police, en cas d'hésitation avec l'utilisation de la règle de conflit complétée par la réserve de l'exception d'ordre public international, pouvait se justifier par deux éléments. Tout d'abord, l'isolement du for à propos de la question discutée, puis la volonté d'application détaillée des règles du for⁵⁶⁵. Or, il nous semble qu'aucun de ces deux éléments n'est rempli pour les droits fondamentaux.

353. Pour le premier d'entre eux, cela semble être une évidence. Nous avons déjà vu que le recours au mécanisme des lois de police est envisageable lorsqu'un Etat est isolé au sujet d'une question particulière. Le réalisme peut alors imposer l'application immédiate des dispositions du for, la consultation de la règle de conflit n'étant pas susceptible de donner satisfaction, les règles étrangères n'allant pas dans le même sens que la politique du for. Ce raisonnement ne devrait pas pouvoir justifier une application immédiate des droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique français. En effet, ils ont, certes, pour la plupart, une origine interne, notamment la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ou le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946.

Mais ils ont également été consacrés par de nombreuses conventions internationales ainsi que différents textes ou documents internationaux, telles, par exemple, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme ou encore la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne datant du 18 décembre 2000.

Or, les conventions, pour ne citer qu'elles, font l'objet d'un nombre de ratifications souvent très important. Ainsi, la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales a été ratifiée, pour l'heure par quarante quatre Etats. Cela signifie que les droits et principes fondamentaux ainsi reconnus par la France, sont partagés par de nombreux ordres juridiques. Par conséquent, une communauté de droit existe en ce qui les concerne. La règle de conflit classique peut donc avoir un rôle à tenir, puisqu'elle est susceptible de désigner de façon suffisamment fréquente une règle étrangère satisfaisante, car respectant les mêmes droits et principes fondamentaux que l'ordre

⁵⁶⁵ Voir *supra* n°318 et s.

juridique français⁵⁶⁶. Certes, les droits des différents Etats parties aux conventions internationales intervenues en la matière ne seront pas forcément conformes en tous points aux solutions ainsi énoncées. Mais étant donné le très large accord concernant ces derniers, l'existence d'une communauté de droit ne semble pas pouvoir être remise en cause, les droits nationaux respectifs s'en inspirant et reposant dans une large mesure sur eux.

La méthode des lois de police ne se justifie donc pas, d'après ce premier élément, ses conditions d'utilisation n'étant pas remplies. Il semble en aller de même pour le second élément, c'est-à-dire l'application détaillée des dispositions du for.

354. Nous avons vu précédemment que le recours à l'application immédiate des règles de fond du for pouvait se justifier par le fait que seule cette technique permettait de les appliquer de façon exacte, ce qui n'est pas possible par le jeu de l'exception d'ordre public international, sauf à la dénaturer.

On peut alors se demander si cela peut être une justification à l'application immédiate des droits et principes fondamentaux reconnus par le for. Il faut bien constater que cela semble assez difficile à soutenir.

En effet, ces solutions n'ont souvent pas de contenu très précis et détaillé, mais sont cantonnées à un degré de généralité assez élevé⁵⁶⁷. Il serait donc paradoxal de vouloir les imposer *a priori* pour cette raison, alors que leurs implications exactes paraissent difficiles à déterminer. Cela est vrai même pour la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, malgré les apports indéniables de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Les droits et principes peuvent intervenir pour être confrontés avec le résultat produit par l'application d'une loi étrangère et révéler une contrariété de cette dernière aux exigences de l'ordre public international du for. Mais il est plus difficile d'affirmer qu'ils peuvent régir *a priori* et de façon exclusive une situation, même si leur degré de précision est de plus en plus important. La conclusion semble être la même que celle à laquelle nous sommes parvenus pour l'ordre public transnational en matière d'arbitrage⁵⁶⁸.

Les droits fondamentaux peuvent servir « d'aiguillage », justifier l'éviction d'un droit étatique au profit d'un autre mais n'ont pas la précision suffisante pour régler une situation directement. Il est donc difficile de retenir l'application détaillée comme justification du recours aux lois de police.

De plus, il apparaît que l'exception d'ordre public international est traditionnellement utilisée pour défendre de tels droits et principes et que leur consécration au niveau international ne devrait pas entraîner de modification de l'approche.

⁵⁶⁶ Pour une conclusion identique voir P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse, Paris I, 1994, n°830.

⁵⁶⁷ Pour un tel constat voir P. Mayer, « La Convention européenne des droits et l'application des normes étrangères », *Rev. crit.* 1991, 651 et s., spéc. p.663.

⁵⁶⁸ Voir *supra* n°287.

2) La tradition du recours à l'exception d'ordre public international.

355. Depuis l'apparition de la théorie moderne de l'exception d'ordre public international, la défense des droits fondamentaux a été considérée comme étant un des cas d'intervention de cette notion.

Cela est vrai en doctrine. Certains auteurs ont très tôt défendu une telle position. On peut ainsi citer tout particulièrement Lerebours-Pigeonnière⁵⁶⁹ et Goldman⁵⁷⁰. Il est vrai toutefois qu'ils poussent leur analyse plus loin et considèrent qu'existe un ordre public réellement international ou universel, lorsqu'il s'agit de défendre un droit consacré par une convention ou certaines déclarations internationales, telle la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948. Malgré tout, l'exception d'ordre public international est au départ de leur analyse.

Chez les auteurs actuels, l'idée du recours à cette notion est toujours présente pour défendre les droits fondamentaux, mais son caractère réellement international n'est plus vraiment invoqué⁵⁷¹.

356. Avant la consécration de ces droits par de nombreuses conventions internationales, la jurisprudence a également suivi une telle analyse. Ainsi, dans le célèbre arrêt Lautour, la Cour de cassation a estimé que l'exception d'ordre public international pouvait intervenir pour protéger « *les principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »⁵⁷². Les droits fondamentaux semblent plus particulièrement visés et notamment ceux consacrés par les conventions internationales largement ratifiées (principes de justice universelle), spécialement par la France (réserve de l'opinion française).

Cette formule de l'arrêt Lautour n'a d'ailleurs pas été critiquée sur ce point précis. Les seules critiques ont été dirigées contre le caractère trop restrictif de la définition, l'exception d'ordre public international pouvant intervenir à d'autres fins également⁵⁷³.

De plus, lors de l'apparition de la théorie moderne des lois de police, les auteurs soutenant cette dernière ont toujours considéré que la défense des principes généraux et notamment des droits fondamentaux restait l'apanage de l'exception d'ordre public international⁵⁷⁴.

Or, nous ne voyons pas pourquoi la présence de plus en plus fréquente de ces droits et principes dans les conventions internationales et dans divers autres documents ainsi que l'intérêt croissant manifesté à leur égard devrait entraîner une modification de l'approche traditionnellement préconisée. En effet, ils restent fondamentalement les mêmes, ne sont

⁵⁶⁹ Lerebours-Pigeonnière, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à G. Ripert*, Tome I, 1950, p.255 et s.

⁵⁷⁰ Goldman, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois », *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, Tome I, 1969, p.449 et s.

⁵⁷¹ Voir ainsi Audit, n°304, p.271 et s. ; Mayer et Heuzé, n°200, p.135 ; voir toutefois pour une reprise du caractère réellement international de l'exception en présence de conventions internationales : Batiffol et Lagarde, n°365, p.586 et s.

⁵⁷² Civ. 25 mai 1948, *Lautour*, *Rev. crit.* 1949, 89, n. Batiffol ; *D.* 1948, 357, n. Lerebours-Pigeonnière ; *S.* 1949, I, 21, n. J.-P. Niboyet ; *JCP* 1948, II, 4532, n. Vasseur ; *GA* n°19.

⁵⁷³ Voir ainsi Batiffol, note précitée sous l'arrêt Lautour, p.93.

⁵⁷⁴ En ce sens voir notamment Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP* 1966-1969, p.149 et s., spéc. p.166.

pas bouleversés par leur reprise dans des actes internationaux, leur nature étant inchangée⁵⁷⁵. Il ne s'agit pas de droits propres à la communauté internationale, de source réellement internationale. Au contraire, les droits fondamentaux ainsi retenus « *expriment surtout une communauté de vue des divers ordres juridiques, à laquelle ils adhèrent mais qu'ils ont également eux-mêmes consacrée* »⁵⁷⁶.

On peut ainsi prendre pour exemple les principaux droits et principes consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Le droit à la liberté et à la sûreté, le droit à un procès équitable, le principe de la liberté de pensée, la protection de la propriété ... étaient déjà connus et admis par l'ordre juridique français. Certes, ces droits peuvent évoluer notamment sous l'impulsion de la Cour de Strasbourg, ce qui peut contribuer, dans un second temps, à modifier les droits nationaux, mais pour autant, il n'y a pas de bouleversement de leur nature.

Une telle analyse pourrait également être faite pour les droits figurant dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Ainsi, comme l'a constaté Goldman, les empêchements au mariage fondés sur les distinctions de race ou de religion étaient depuis fort longtemps considérés comme contraires à l'ordre public international en droit français, la Déclaration ne faisant que consacrer une telle prise de position⁵⁷⁷. Il n'y a donc pas sur ce point de modification essentielle pour l'ordre juridique français.

Etant donné ce constat, la technique appelée à les défendre au niveau international ne devrait pas évoluer. L'exception d'ordre public international était adaptée lorsque ces droits et principes étaient propres à l'ordre juridique français. Il n'y a pas de raison qu'elle ne le soit plus, simplement parce que ces droits ont été mis en commun, proclamés de façon solennelle, au niveau international, par de nombreux Etats.

* * *

Conclusion du paragraphe :

357. Les arguments en faveur de l'un ou l'autre des mécanismes existent et peuvent faire hésiter quant à la voie à choisir. Il s'agit donc d'une situation typique, illustrant l'insuffisance des critères généraux et abstraits distinguant les deux notions, qui souvent ne peuvent apporter de réponse à une question particulière. Le juge ou, de façon générale, l'interprète sait qu'il dispose de deux techniques effectivement distinctes, sans pour autant que le recours à l'une ou l'autre d'entre elles ne coule de source.

En l'occurrence, pour les droits fondamentaux, l'exception d'ordre public international semble toutefois devoir prendre le dessus et ce en raison d'un élément pouvant la caractériser, la souplesse. Les lois de police apparaissent au contraire comme étant trop rigides dans ce domaine particulier qui est de surcroît sensible car touchant aux fondements mêmes des systèmes juridiques.

⁵⁷⁵ Pour un tel constat, P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit.* 1991, 651 et s., spéc. p.661.

⁵⁷⁶ P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse précitée, n°847, p.491.

⁵⁷⁷ Goldman, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois », article précité, p.451.

§ 2-L'argument décisif : la souplesse apportée par l'exception d'ordre public international.

358. En comparant les deux notions, il apparaît que l'exception d'ordre public international est beaucoup plus souple que le mécanisme des lois de police, ce qui fait, apparemment, la différence en la matière aux yeux notamment des auteurs, qui préconisent de ce fait la consultation de la règle de conflit accompagnée de sa réserve naturelle (A).

C'est d'ailleurs dans cette voie que semble s'être engagée la jurisprudence française, après quelques hésitations, la preuve étant faite en pratique que l'exception d'ordre public international est plus adaptée sur ce point que la technique de l'application immédiate, trop abrupte pour donner satisfaction (B).

A-La souplesse intrinsèque de l'exception d'ordre public international.

359. La souplesse de l'exception d'ordre public international est principalement due au fait que, tout en protégeant l'ordre juridique du for, elle permet de s'ouvrir sur des conceptions étrangères, ce qui n'est pas le cas des lois de police. Une plus grande tolérance se manifeste ainsi. De plus, elle est également synonyme d'une possibilité d'analyse concrète des résultats produits par les solutions étrangères, contrairement à l'application immédiate (1). Or, il apparaît que ces caractéristiques sont tout à fait indispensables pour les droits fondamentaux (2).

1) Mise en évidence de la souplesse de l'exception d'ordre public international.

360. La souplesse de l'exception d'ordre public international est tout d'abord liée au fait qu'elle permet de consulter la règle de conflit et, par la suite, la loi étrangère normalement compétente d'après le système français de conflit. L'ouverture sur les conceptions étrangères est ainsi possible, le for ne se cantonnant pas à ses seules solutions, imposées *a priori*. La tolérance est davantage présente par cette voie. Cela paraît évident, d'un simple point de vue théorique⁵⁷⁸.

De plus, une telle approche permet de ne pas rester figé sur ses positions. En effet, la réflexion va prendre en compte une institution étrangère donnée ainsi que les résultats concrets qu'elle est susceptible de produire au sein de l'ordre juridique français. Une prise

⁵⁷⁸ Pour une telle analyse voir notamment B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000, 797, spéc. n°17 et s., p.810 et s.

de conscience est par conséquent possible. Les lois de police, au contraire, en entraînant l'application *a priori* des solutions françaises ne permettent pas une confrontation réelle des institutions étrangères avec les conceptions fondamentales de notre ordre juridique, ce qui bloque de façon corollaire la réflexion ainsi que de possibles avancées.

Le recours à la règle de conflit associé à la réserve de l'exception d'ordre public international manifeste une plus grande ouverture d'esprit, puisqu'elle permet de connaître et de comprendre les lois étrangères puis de les accueillir, le cas échéant, une fois leur objectif ou leur justification connus.

Il permet également d'appliquer des normes étrangères qui sont théoriquement contraires aux exigences fondamentales françaises mais qui, par exception, se révèlent compatibles avec ces dernières, en raison de circonstances propres à une espèce.

361. Ce raisonnement a pu permettre d'accepter que des répudiations prononcées à l'étranger puissent produire effet en France, alors qu'à première vue, la rupture du lien matrimonial, de façon discrétionnaire, par l'un seul des époux, en l'occurrence le mari, est contraire à nos conceptions fondamentales. Cela porte atteinte au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage⁵⁷⁹. Certes, il s'agit alors de solutions concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions étrangères, mais elles témoignent tout de même de la souplesse du mécanisme.

Pour illustrer ces propos, il est ainsi possible de citer un arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 30 août 2000⁵⁸⁰. Dans cette affaire, le couple concerné était composé d'une Française et d'un Marocain qui s'étaient mariés à Paris en 1981. De cette union sont nés trois enfants, à Rabat, où le couple s'était installé. En 1997, une procédure de répudiation avec compensation (« Khol' ») a été introduite, conformément à l'article 61 du Code du statut personnel marocain⁵⁸¹. Le juge des homologations et des affaires des mineurs du tribunal de première instance de Rabat a homologué l'acceptation de la répudiation par l'épouse, cette dernière renonçant au reliquat de sa dot, à sa prime de jouissance et à son droit de garde des enfants.

Lors de la procédure d'exequatur en France, la question de la contrariété à l'exception d'ordre public international de cette décision marocaine s'est évidemment posée. Les juges de la Cour d'appel de Colmar ont considéré que la procédure suivie supposait le consentement de l'épouse, à défaut de quoi le mari aurait dû recourir à d'autres formes de répudiations. De ce fait, ils en ont conclu qu'il n'y avait pas, en l'occurrence, violation de l'ordre public international français et ce d'autant plus que l'épouse était personnellement présente tout au long de la procédure, qui selon la Cour « *s'est déroulée de manière concertée et contradictoire, en conformité avec l'ordre public français* ».

362. Cette décision récente nous permet donc de constater la souplesse de l'exception d'ordre public international. En effet, au premier abord et de façon abstraite, les dispositions du droit marocain sont contraires à l'exception d'ordre public international français. Certes, il s'agit d'une répudiation « par consentement mutuel ». Toutefois, le mécanisme est le suivant. La femme dont le mari refuse la répudiation et qui ne peut obtenir un divorce « classique », peut demander à son mari de la répudier, moyennant une contrepartie financière. Il est donc difficile de considérer qu'il s'agit d'une institution

⁵⁷⁹ Sur la question globale des répudiations, voir l'étude de R. El Hussein-Begdache, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *Rev. crit.* 1999, 427 et s. Du même auteur, voir *Le droit international privé et la répudiation islamique*, préf. J. Foyer, Paris, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 361, 2002.

⁵⁸⁰ L'arrêt n'a pas été publié et aucun pourvoi n'a été formé. La décision figure en annexe.

⁵⁸¹ Article 61 du Code du Statut personnel marocain, selon lequel « les époux peuvent convenir entre eux de la répudiation moyennant compensation ».

respectant le principe d'égalité entre époux. La femme est dans la dépendance de la volonté discrétionnaire de son mari, ne disposant pas, contrairement à ce dernier, de la possibilité de mettre fin, de manière unilatérale, au lien matrimonial. De plus, la contrepartie financière due par l'épouse peut également apparaître comme étant une atteinte à ce principe, même si, en cas de répudiation simple (« Talaq ») le mari est lui aussi tenu de verser un « don de consolation » (« Mout'a ») à son épouse (article 52 bis alinéa 2 du Code du statut personnel marocain)⁵⁸².

Pourtant, par exception, il est possible, en raison de circonstances propres à l'espèce, que le principe d'égalité entre les époux soit respecté. La norme étrangère pourra alors être efficace en France, l'ordre public international français n'étant pas atteint.

Une telle analyse a depuis été confirmée par la Cour de cassation qui a estimé que « *la conception française de l'ordre public international ne s'opposait pas à la reconnaissance en France d'un divorce étranger par répudiation unilatérale par le mari dès lors que le choix du tribunal par celui-ci n'avait pas été frauduleux, que la répudiation avait ouvert une procédure à la faveur de laquelle chaque partie avait fait valoir ses prétentions et ses défenses et que le jugement algérien (...) avait garanti des avantages financiers à l'épouse en condamnant le mari à lui payer des dommages-intérêts pour divorce abusif, une pension de retraite légale et une pension alimentaire d'abandon* »⁵⁸³.

363. En faisant intervenir cette notion sur le mode de l'éviction de la loi normalement compétente, il est possible de s'intéresser aux dispositions du droit étranger et de leur laisser produire effet au sein de l'ordre juridique français, alors même qu'*a priori* elles sont contraires à nos conceptions fondamentales. De plus, le pragmatisme de ce mécanisme est ici mis en évidence, la réflexion prenant en compte le déroulement concret des faits et ne se contentant pas d'une affirmation théorique de principes.

Or, un tel raisonnement au cas par cas n'est évidemment pas possible lorsque les dispositions françaises sont appliquées immédiatement, ce qui entraîne davantage de ruptures entre les ordres juridiques. L'approche est alors teintée de « nationalisme juridique », car imposant d'emblée les solutions françaises, sans aucun intérêt pour les institutions étrangères. Il est évident que si l'on ne s'intéresse pas à ces dernières, il y a peu de chances qu'elles puissent un jour jouer un rôle en France, la situation étant bloquée par le jeu des règles du for qui risquent dès lors de concentrer l'essentiel de l'intérêt.

Une telle façon de procéder ne semble pas pertinente pour les droits et principes fondamentaux, pour lesquels l'ouverture d'esprit et la tolérance semblent indispensables.

⁵⁸² Sur l'ensemble de ces questions, voir Fatna Sarehane, *Jcl Droit comparé, Maroc*, Fasc. 2-1, « Le statut personnel : droit commun. Capacité. Mariage. Filiation. », spéc. n°186 et s. ; pour un éclairage sur le droit marocain, voir également M. M'Salha, « Qu'en est-il aujourd'hui de la polygamie et de la répudiation en droit marocain ? », *RIDC* 2001, 171, spéc. p.178 et s.

⁵⁸³ Civ 1^{ère} 3 juillet 2001, *Rev. crit.* 2001, 704, n. L. Gannagé ; *JDI* 2002, 181, n. Ph. Kahn ; *JCP* 2002, II, 10039, n. Th. Vignal ; *D.* 2001, 3378, n. M.-L. Niboyet ; *Petites affiches* 2002, n°108, p.11, n. P. Courbe ; *Dr. & Patrim.* octobre 2001, n°97, p.116, obs. F. Monéger. Voir également M. Farge, « Les répudiations musulmanes : le glas de l'ordre public fondé sur le principe d'égalité des sexes », *Dr. fam.* 2002, n°17.

2) La nécessaire ouverture sur les conceptions extérieures.

364. Il faut tout d'abord partir d'un constat. Les droits fondamentaux tels qu'ils sont connus dans l'ordre juridique français n'ont pas forcément une portée universelle, certaines différences pouvant être établies.

Certes, il est possible de trouver des actes internationaux ayant une portée considérable et emportant par la même une relative uniformité et une très large adhésion. L'exemple le plus caractéristique est sans doute la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme. Selon Goldman, elle s'impose à tous les Etats membres des Nations-Unies, les non-membres pouvant également s'en inspirer⁵⁸⁴.

En revanche, un acte tel que la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ne lie que des Etats européens, ne fait qu'exprimer une communauté de droit qui leur est propre et ne peut ainsi avoir de vocation plus générale.

Il n'est alors pas souhaitable, dans les situations internationales, d'imposer de telles conceptions de façon péremptoire, sur un sujet nécessairement sensible, puisque sont en cause les fondements mêmes des systèmes juridiques.

Cela pourrait être considéré comme une attitude impérialiste et impliquant que les seules conceptions françaises, influencées par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, sont admissibles et dignes d'intérêt.

Par conséquent, la méthode des lois de police est à bannir dans toute la mesure du possible pour de telles questions, car elle témoigne d'un rejet *a priori* des autres philosophies et laisse effectivement à penser que seules les solutions du for sont acceptables.

Certes, il est possible de moduler une telle intervention et de ne la faire jouer que dans un certain champ d'application, par le jeu du rattachement. Cette méthode, en étant limitée aux situations les plus proches du for pourrait alors être admissible. Pourtant, cette idée de variation est également présente et possible en cas d'emploi de l'exception d'ordre public international, grâce à la théorie de l'*Inlandsbeziehung*, les exigences du for variant en fonction de l'intensité de ses liens avec le rapport en cause.

Dans un domaine aussi sensible, il peut être préférable de choisir la méthode permettant de faire preuve du maximum de tolérance, ce qui est le cas du diptyque règle de conflit-exception d'ordre public international, par rapport à la méthode de l'application immédiate. Le pragmatisme et la souplesse de l'exception d'ordre public international sont ainsi particulièrement adaptés en raison de la nécessité de ne pas condamner de façon trop catégorique les conceptions divergentes.

365. Pour autant, il ne s'agit pas de la panacée. En effet, l'exception d'ordre public international, lorsqu'elle intervient effectivement, présente l'inconvénient de mettre à l'index une loi en particulier, soulignant ainsi sa contrariété aux droits les plus essentiels aux yeux de la société française. Cela peut démontrer que la loi en cause ne respecte pas les règles les plus élémentaires de l'humanité, telles qu'elles sont conçues en France.

Ce dernier élément risque d'être particulièrement gênant, notamment lorsqu'il s'agit d'évincer une loi nationale de personnes immigrées, fortement représentées en France.

⁵⁸⁴ Goldman, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois », article précité, p.457.

Par exemple, comme l'a mis en évidence M. Agostini, condamner une institution fondée sur l'Islam ou au moins étroitement associée à cette religion, telle que la répudiation, c'est par la même « *attenter à la dignité de ceux qui le professent* »⁵⁸⁵. Cela peut être inopportun et renforcer le racisme et la xénophobie, en établissant une sorte d'infériorité de telles lois étrangères, considérées comme ne respectant pas les principes incontournables sur lesquels toute société développée devrait se fonder.

De plus, il est évident qu'une telle attitude peut être mal ressentie par les personnes dont la loi nationale est ainsi condamnée. Les lois de police, certes plus abruptes, ont l'avantage, sur ce point précis, de la discrétion. Toutefois, elles coupent de façon radicale le lien avec les règles du pays d'origine des mêmes personnes.

366. Tout est donc, en la matière, affaire de nuances. Il nous semble que, malgré tout, l'exception d'ordre public international est plus adaptée car elle permet de telles subtilités, alors que les lois de police sont plus rigides et peuvent entraîner des conséquences pratiques excessives, comme l'a montré la jurisprudence intervenue en la matière qui a tranché en faveur de l'exception d'ordre public international.

B-La démonstration pratique de la souplesse de l'exception d'ordre public international.

367. Les juges ont-ils hésité entre l'application immédiate des conceptions fondamentales reconnues par l'ordre juridique français et leur défense par le jeu de l'exception d'ordre public international.

Or, lorsque la méthode des lois de police est utilisée, la rigidité est manifeste, les règles et principes français s'appliquant de façon très large (1).

Depuis quelques temps toutefois, la tendance est plutôt au recours à l'exception d'ordre public international, une certaine souplesse pouvant alors être mise en évidence (2).

Ainsi, les arguments en faveur de l'exception d'ordre public international sont à la fois positifs et négatifs, tirés autant de ses propres vertus que de l'inadaptation de l'application immédiate.

1) Rigidité et application immédiate en jurisprudence.

368. Une illustration de l'application immédiate des principes fondamentaux reconnus par l'ordre juridique français est donnée par un arrêt de la Cour d'appel de Paris, devenu, de ce fait, célèbre⁵⁸⁶.

Dans cette affaire, une personne de nationalité argentine et déclarée à l'état civil de ce pays de sexe masculin, a subi au cours des années 1980, un traitement lui donnant une apparence féminine. Elle vient alors en France et sollicite le statut de réfugié politique, qui lui est refusé. Malgré tout, elle reste sur le territoire français et obtient une carte de séjour. Cet individu souhaite ensuite que son état civil soit rectifié, afin que celui-ci soit en accord avec

⁵⁸⁵ E. Agostini, note sous Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *D.* 1999, 671.

⁵⁸⁶ Paris 14 juin 1994, *Rev. crit.* 1995, 308, n. Y. Lequette.

son apparence physique. Le tribunal de grande instance de Bobigny rejette sa demande, au motif que la loi argentine, normalement compétente, ignore le changement de sexe et n'est pas contraire à l'ordre public international français.

La Cour d'appel de Paris infirme ce jugement et déclare l'action recevable, sans considération du statut personnel de l'intéressé.

Elle se fonde pour cela sur l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, consacrant le droit au respect de la vie privée et familiale, ainsi que sur les articles 9 et 57 du Code civil français.

Selon ces dispositions, telles qu'interprétées par les juges de la Cour de Paris, « *lorsque, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, subi dans un but thérapeutique, une personne présentant le syndrome du transsexualisme ne possède plus tous les caractères de son sexe d'origine et a pris une apparence physique le rapprochant de l'autre sexe, auquel correspond son comportement social, le principe du respect dû à la vie privée justifie que son état civil indique désormais le sexe dont elle a l'apparence* ».

La Cour considère que la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales est d'application directe en droit français et que la matière des droits de l'homme est d'ordre public. De plus, selon elle, leur protection par le juge français doit profiter aux nationaux comme aux ressortissants des Etats tiers, à condition qu'ils soient domiciliés sur le territoire français.

Par conséquent, puisque la loi argentine normalement compétente est écartée *a priori*, sans que l'on s'intéresse à son contenu, il s'agit d'une hypothèse d'application immédiate des principes fondamentaux dégagés par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et faisant en tant que tels, partie de l'ordre juridique français.

369. Les critiques doctrinales ont été nombreuses, l'emploi d'une telle méthode ayant été dénoncé, car étant trop radicale. Ainsi, M. Lequette a considéré que l'on risquait d'assister, si une telle méthode devait être utilisée, à « *l'érection de cloisons hermétiques entre les ordres juridiques* », l'espace traditionnellement abandonné au jeu des conflits de lois se réduisant comme une peau de chagrin⁵⁸⁷. L'auteur considère, par conséquent, que l'utilisation de l'exception d'ordre public international, pour protéger les droits et principes fondamentaux, est plus opportune, car cette dernière permet de consulter malgré tout la règle de conflit et donc la loi normalement compétente⁵⁸⁸.

De plus, il semble que les juges de la Cour d'appel de Paris ont confondu applicabilité directe de la Convention et application immédiate de ses dispositions en droit international privé.

S'il est exact que la Convention peut être directement invoquée devant les juridictions françaises par des particuliers, cela ne préjuge en rien de la méthode à retenir pour assurer le respect de son contenu dans les situations internationales. L'applicabilité directe et la défense des droits et principes peuvent être assurées par leur application immédiate, cela est vrai, mais elles peuvent également se faire par le jeu d'une intervention de l'exception d'ordre public international les intégrant en son sein⁵⁸⁹.

⁵⁸⁷ Y. Lequette, note précitée, p.316.

⁵⁸⁸ Pour une autre critique de l'arrêt voir P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit.* 1997, 1, spéc. p.11.

⁵⁸⁹ Dénonçant également la confusion faite par la Cour de Paris : P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », article précité, p.10-11.

370. Il nous semble, en effet, que l'exception d'ordre public international est plus adaptée, à ce genre de questions. Le problème du transsexualisme peut d'ailleurs parfaitement l'illustrer.

Ce qui est en cause, ce n'est pas tant l'admission de ce phénomène particulier que l'atteinte excessive à la vie privée que peut causer sa non-reconnaissance par l'Etat dans les documents officiels. Cet état de fait peut obliger l'intéressé à révéler de manière quotidienne, ou au moins très fréquente, que son sexe d'origine n'est pas celui correspondant à son apparence sociale. Le transsexuel est obligé de divulguer « *l'artifice de sa situation, suscite l'interrogation d'autrui, et pose sur la place publique ces secrets du corps et de ses manipulations qui appartiennent au plus intime de la vie privée* »⁵⁹⁰.

Ce sont ces éléments qui, en 1992, ont entraîné la condamnation de la France par la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui n'a pas pour autant considéré qu'il existait une obligation absolue pour les Etats de reconnaître juridiquement le changement de sexe⁵⁹¹.

De ce fait, la modification de tous les actes officiels en raison du transsexualisme, n'est pas non plus un droit absolu, comme l'a rappelé la même Cour européenne en 1998, tout particulièrement pour les registres de naissance⁵⁹².

L'important est que les personnes transsexuelles n'aient pas à révéler leur « ancien » sexe avec une fréquence telle que cela porte atteinte à leur vie privée. Par conséquent, il est primordial, d'après la Cour de trouver dans ce genre de cas, un équilibre entre les nécessités de protection de l'intérêt général et celles de la vie privée des personnes concernées.

371. Cela signifie que dans un rapport international, il est difficile d'appliquer un quelconque principe de façon immédiate et catégorique, reflétant la position française, inspirée par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. En effet, chaque situation nécessite une analyse spécifique. Ainsi, rien ne fait obstacle à ce que la loi étrangère normalement compétente soit consultée dans une hypothèse de transsexualisme, telle que celle qui a été soumise aux juges parisiens. Ensuite, il faudra voir si son application conduit à des résultats compatibles avec le principe du respect de la vie privée et en tirer les conclusions.

L'exception d'ordre public international est parfaitement adaptée à ce genre d'analyse au cas par cas, sous le couvert de principes généraux, pouvant intervenir pour justifier la mise à l'écart des normes étrangères et l'intervention subsidiaire de la *lex fori*.

Par conséquent, le tort des juges de la Cour d'appel de Paris est d'avoir utilisé l'application immédiate alors qu'elle ne s'imposait pas, ce qui a permis de mettre en évidence le caractère trop abrupt de cette méthode pour ce type de questions.

Mais cette prise de position et les critiques qui l'ont accompagnée ont également contribué à une réaction en jurisprudence, faisant que désormais l'exception d'ordre public international est utilisée pour défendre les droits fondamentaux.

⁵⁹⁰ G. Mémeteau, note sous Ass. Plén. 11 décembre 1992, *JCP* 1993, II, 21991.

⁵⁹¹ CEDH 25 mars 1992, *D.* 1993, 101, n. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1992, I, n°3593, obs. P. Murat ; *RTD civ.* 1992, 540, obs. J. Hauser. Cette condamnation a entraîné une modification de la position jurisprudentielle française : Ass. Plén. 11 décembre 1992, *JCP* 1993, II, 21991, concl. M. Jéol et n. G. Mémeteau ; *RTD civ.* 1993, 97, obs. J. Hauser ; *Rép. Defrénois* 1993, 431, n. J. Massip.

⁵⁹² CEDH 30 juillet 1998, *D.* 1998, somm. 370, obs. J.-F. Renucci.

2) Souplesse et exception d'ordre public international en jurisprudence.

372. En dehors de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, les juges français ont défendu les principes fondamentaux de l'ordre juridique français en les intégrant dans l'exception d'ordre public international. Ainsi, les droits et principes fondamentaux et notamment ceux issus de conventions internationales, ont été considérés comme pouvant faire obstacle à la réception d'une loi étrangère comme d'une décision étrangère.

373. Une des premières décisions marquantes dans ce domaine est l'arrêt Pistre de la Cour de cassation⁵⁹³. Les juges ont examiné l'applicabilité de la loi brésilienne en matière d'adoption en relevant que ses dispositions « *ne sont contraires ni à la conception française de l'ordre public international, ni aux dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, ni à celles du Pacte international des Nations-Unies relatif aux droits civils et politiques* ».

La loi étrangère est ainsi confrontée à des exigences fondées sur des principes posés par des conventions internationales, mais il faut toutefois relever que ces derniers sont juxtaposés à l'ordre public international par la Cour de cassation, sans y être formellement intégrés, d'après la formulation même retenue par les juges en l'espèce.

374. Cette approche, prenant en compte de manière très large les droits et principes fondamentaux et les faisant intervenir sur le mode de l'éviction, a pu sembler faire l'objet d'une remise en cause par l'arrêt Mommeja⁵⁹⁴. A propos de l'exequatur d'un jugement gabonais, les juges ont estimé que les principes de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ne pouvaient être pris en compte, car celle-ci « *ne crée d'obligations qu'à l'égard des Etats qui y sont parties, ce qui n'est pas le cas de la République du Gabon* ». Or, il est évident que l'utilité de l'intervention de tels principes s'en trouverait dès lors singulièrement réduite, les Etats parties à la Convention ayant pour leur part, dans une large mesure, un droit en conformité avec les conceptions énoncées par ce texte fondamental.

375. Toutefois, une telle analyse, critiquée par la doctrine⁵⁹⁵, a été abandonnée par la jurisprudence postérieure de la Cour de cassation, approuvée en cela par la Cour européenne des Droits de l'Homme⁵⁹⁶. Les principes fondamentaux dégagés par cette convention ont ainsi été mis en avant. Ils ont dès lors pris une importance quantitative et qualitative considérable en droit international privé français, permettant d'évincer des normes étrangères invoquées en France.

⁵⁹³ Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990, *Pistre*, *Rev. crit.* 1990, 519, n. E. Poisson-Drocourt ; *D.* 1991, 105, n. F. Boulanger ; *JCP* 1991, II, 21635, n. H. Muir-Watt ; *Rép. Defrénois.* 1990, 961, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, 481, n. B. Sturlèse ; *GA* n°68.

⁵⁹⁴ Civ. 1^{ère} 10 juillet 1990, *Rev. crit.* 1991, 757.

⁵⁹⁵ Voir notamment P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit.* 1991, 651, spéc. p.654.

⁵⁹⁶ CEDH 20 juillet 2001, *Pellegrini*, *RTDH* 2002, 463, n. J.-P. Costa ; *RTD civ.* 2001, 986, obs. J.-P. Marguénaud. Voir aussi les chroniques : L. Sinopoli, « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome », *Gaz. Pal.* 2002, doct. 1157 ; J.-F. Flauss, « L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *Petites affiches* 2002, n°78, p.11.

En effet, lorsqu'ils sont utilisés, ces principes n'interviennent pas immédiatement mais à l'encontre d'une solution concrète produite par l'application d'une loi étrangère ou d'un jugement étranger. Une chance est ainsi laissée aux conceptions étrangères.

376. Un exemple particulièrement frappant concerne le principe d'égalité des époux, posé par l'article 5 du protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

Ce principe est intervenu dans le raisonnement justifiant le rejet de répudiations marocaines par des décisions récentes de la Cour de cassation⁵⁹⁷. Dans l'analyse suivie par les juges, les actes étrangers sont repoussés en raison du non-respect des articles 13 alinéa 1^{er} de la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 et 16 littera b de la Convention franco-marocaine du 5 octobre 1957 de la combinaison desquels il résulte que les décisions marocaines constatant ou prononçant la dissolution du lien conjugal ne produisent effet en France que si la partie défenderesse a été légalement citée ou représentée⁵⁹⁸.

De plus, le principe de l'égalité de droits et de responsabilités des époux lors de la dissolution du mariage a été considéré comme étant violé par les décisions étrangères.

Cela signifie également que si, par exception, les exigences posées par ces textes sont respectées, en raison de circonstances particulières, les répudiations pourront le cas échéant produire effet en France⁵⁹⁹.

Le même principe joue également pour la dissolution du régime matrimonial, comme en témoigne un arrêt de la Cour de cassation du 24 février 1998⁶⁰⁰. Dans cette affaire, le mari de nationalité suisse et la femme, française, avaient fixé leur premier domicile matrimonial en Suisse.

La Cour d'appel de Chambéry, statuant après divorce sur la liquidation de leurs droits respectifs, a de ce fait considéré que la loi suisse était normalement compétente pour régir cette dernière question. Elle a, par la suite, appliqué l'ancien régime légal suisse dit de l'union des biens, jusqu'au terme du raisonnement.

Selon ce dernier, lorsque l'union prend fin, la femme reprend ses apports, c'est-à-dire les biens qui lui appartenaient au moment du mariage ainsi que ses biens réservés. Le mari est propriétaire du reste des biens. Il reprend également ses apports. Puis, sur la masse restante, vient le calcul du bénéfice de l'union conjugale, constitué par les acquêts, qui sont les biens acquis au cours du mariage autrement qu'à titre gratuit et les biens perçus pendant le mariage, ce à quoi il faut retirer les dettes. Ce bénéfice est partagé à concurrence de deux tiers pour le mari et un tiers pour la femme.

⁵⁹⁷ Voir ainsi : Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1994, *Rev. crit.* 1995, 103, 2^{ème} espèce, n. J. Déprez ; *D.* 1995, 263, n. J. Massip ; *GA* n°64 ; Civ. 1^{ère} 31 janvier 1995, *Rev. crit.* 1995, 569, n. J. Déprez ; *JDI* 1995, 343, 2^{ème} espèce, n. Ph. Kahn ; Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995, *B. I.*, n°469 ; Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *D.* 1997, 400, n. M.-L. Niboyet ; *JDI* 1998, 110, n. Ph. Kahn ; *JCP* 1997, I, 101, obs. H. Fulchiron ; Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *D.* 1999, 671, n. E. Agostini ; *Dr. fam.* 2000, n°54, n. H. Fulchiron ; *JCP* 2001, I, 293, obs. M. Farge.

⁵⁹⁸ Toutefois de manière surprenante : Dijon 15 septembre 1999 (*JDI* 2000, 997, n. Ph. Kahn) qui considère que la non-convocation de l'épouse ne constitue pas un grief pertinent pour contester la régularité de la décision, car elle relève « du caractère unilatéral de la répudiation conforme au statut personnel des deux époux ».

⁵⁹⁹ Voir ainsi l'arrêt de la Cour d'appel de Colmar du 30 août 2000 que nous avons déjà abordé (v. *supra* n°361). Il est par ailleurs à remarquer qu'une réforme du Code du statut personnel marocain est intervenue, exigeant la présence de la femme lors de la procédure de répudiation, ou au moins sa convocation, voir *infra* n°444.

⁶⁰⁰ Civ. 1^{ère} 24 février 1998, *Rev. crit.* 1998, 637, n. G. Droz ; *D.* 1999, 309, n. J. Thierry ; *D.* 1999, somm. 290, obs. B. Audit ; *JDI* 1998, 730, n. E. Kerckhove.

En l'occurrence, l'épouse a formé une demande en partage et en attribution préférentielle d'un immeuble acquis au cours du mariage et dont l'acte de vente précisait qu'il appartenait indivisément aux deux époux. Il s'agissait d'un acquêt. Par conséquent, en appliquant les règles sus-énoncées, le mari devait être considéré comme le seul propriétaire du bien, la femme n'étant titulaire que d'une créance en valeur.

Il y a donc une discrimination à l'encontre de l'épouse dans ce partage, puisqu'elle se trouve nettement désavantagée par rapport à son mari. Non seulement elle n'est pas propriétaire du bien litigieux, mais en plus, elle ne peut prétendre à un partage égal du bénéfice de l'union conjugale.

Ce traitement a été pris en compte par la Cour de cassation et a justifié la mise à l'écart de la loi normalement compétente, en raison de sa contrariété au principe de l'égalité des époux durant le mariage et lors de sa dissolution, posé par l'article 5 du protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

Dans cette affaire, la contrariété du droit suisse est appréciée *in concreto*, sous le couvert d'un principe général, consacré par une convention internationale. Une chance est donc laissée au droit étranger, ce qui multiplie évidemment ses possibilités d'application effective, les conceptions fondamentales auxquelles adhère l'ordre juridique français n'étant pas imposées de manière immédiate et catégorique⁶⁰¹. Certes, la Cour de cassation considère que l'article 5 du protocole n° 7 « s'impose directement au juge français ». Mais encore une fois, il ne faut pas confondre application directe d'une convention internationale et application immédiate d'un des principes qu'elle énonce.

De plus, à travers cet exemple précis, il est possible de mettre en évidence les limites d'une éventuelle application immédiate d'un tel principe. En effet, on voit mal comment il aurait pu régler de façon détaillée la liquidation de l'ensemble du régime matrimonial en l'espèce, dire à qui appartient tel immeuble ou tel bien particulier en litige.

En revanche, il est possible de confronter le résultat de l'application d'une loi étrangère à ce principe, afin de voir s'il y a contrariété ou non à l'ordre public international français. Si effectivement la réponse est positive, la loi française interviendra afin de combler la lacune due à l'éviction de la loi normalement compétente.

377. Le principe selon lequel chacun a le droit d'accéder au juge chargé de statuer sur sa prétention, consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales peut encore illustrer le propos. Il a été intégré par la Cour de cassation dans les principes défendus par la conception française de l'ordre public international, par un arrêt du 16 mars 1999⁶⁰².

Les faits de l'espèce étaient les suivants. M. Pordéa, français résidant en France, a assigné devant la Haute Cour de justice de Londres la société Times Newspapers limited et M. Swain, journaliste, en réparation du préjudice résultant de la publication, dans le Sunday Times, d'articles qu'il jugeait diffamatoires. Le tribunal a alors imposé au demandeur le versement d'une caution judiciaire de 25 000 Livres sterling pour garantir le paiement éventuel des frais des défendeurs, au cas où la demande serait rejetée. M. Pordéa n'ayant pas versé cette caution a, de ce fait, été débouté de sa demande, sans que celle-ci soit examinée et a été condamné à payer les frais des défendeurs.

⁶⁰¹ Voir plus sceptique, E. Kerckhove, note précitée, qui trouve la formulation de la Cour de cassation ambiguë.

⁶⁰² Civ. 1^{ère} 16 mars 1999, *Pordéa*, *JDI* 1999, 773, n. A. Huet. Voir également la chronique de G. Droz, « Variations Pordéa », *Rev. crit.* 2000, 181 et s.

Ces frais ont été taxés pour un montant hors TVA de 20 078 Livres sterling, par une décision du 15 août 1988, rectifiée par une autre du 17 novembre 1988.

La Cour d'appel de Bordeaux a accordé l'exequatur à ces deux décisions, en appliquant les règles de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.

Son arrêt est cassé car, « *l'importance des frais ainsi mis à la charge de M. Pordéa, dont la demande n'avait même pas été examinée, avait été de nature à faire objectivement obstacle à son libre-accès à la justice* ».

Le respect de ce dernier principe est ainsi imposé au niveau international par le jeu de l'exception d'ordre public international, intervenant de manière particulièrement souple, puisqu'une analyse concrète est faite en l'occurrence, le résultat produit par l'application de la norme étrangère étant pris en compte. C'est l'importance de la somme exigée, en vertu de la loi appliquée par le juge d'origine, qui est prise en considération pour décider s'il y a eu ou non violation du droit d'accès au juge.

Certes, là encore, il s'agit d'une décision intervenue dans le domaine de l'exequatur mais elle démontre malgré tout que les principes fondamentaux peuvent être défendus de manière efficace, sans qu'il soit besoin pour cela d'imposer les conceptions françaises ou reconnues par l'ordre juridique français de façon catégorique. Les normes étrangères-lois ou décisions-peuvent avoir un rôle à tenir et il n'est nul besoin de les écarter de façon systématique, puisqu'elles peuvent tout à fait satisfaire les exigences du principe général qu'il s'agit de défendre. Une conciliation entre cette nécessaire défense et les besoins d'une continuité entre les ordres juridiques est ainsi concevable, par le jeu de l'exception d'ordre public international, qui paraît, par conséquent, être le moyen le plus adapté à cette question particulière.

De plus, le débat est parfaitement illustré par cette décision et par le principe qu'elle défend. Ce dernier existe incontestablement, est consacré par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et en tant que tel est reconnu par l'ordre juridique français. Pourtant, pour notre problématique, il est assez évident qu'il ne peut intervenir que suite à une confrontation avec le résultat produit par l'application d'une norme étrangère. Il ne peut régir à lui seul une situation, n'étant pas assez précis pour cela.

Conclusion du paragraphe :

378. L'exception d'ordre public international est donc caractérisée par une souplesse effective lorsque la jurisprudence l'emploie. Le résultat de l'application de la norme étrangère est pris en compte, une place étant faite aux conceptions étrangères, une chance leur étant donnée de régir la situation en cause.

Le résultat de cette application pratique est alors confronté à un principe général, tel que le principe d'égalité des époux, notamment, qui doit être respecté, sous peine pour l'Etat en cause de violer ses obligations internationales. Pour autant, une totale intransigeance ne doit pas être de mise.

De plus, nous pouvons nous apercevoir que la protection de tels principes fondamentaux est tangible, aucun laxisme n'est présent au sein de la jurisprudence que nous avons étudiée. La conciliation entre la nécessaire continuité entre les ordres juridiques et la défense des principes fondamentaux est donc réelle et apparaît en tant que telle satisfaisante.

Conclusion de la section et du chapitre :

379. Nous avons vu que pour la défense des droits fondamentaux, des arguments sérieux pouvaient être avancés en faveur de l'utilisation des lois de police comme de celle de l'exception d'ordre public international. La protection de ces droits est une nécessité seul le choix entre les méthodes n'est pas évident.

Il s'agit donc d'une illustration de la difficulté de se prononcer pour tel ou tel mécanisme dans un domaine particulier et également de la proximité entre leurs cas d'intervention.

Ce qui nous semble devoir faire la différence en l'occurrence est la souplesse de l'exception d'ordre public international. Le recours à cette dernière est possible, les principes à protéger n'étant pas univoques, une marge de manoeuvre réelle existant dans de très nombreuses hypothèses, en raison de la généralité des solutions proclamées notamment par les conventions internationales. De plus, il est également souhaitable, pour des raisons d'opportunité cette fois, afin de ne pas avoir la tentation d'imposer systématiquement nos seules conceptions.

380. Toutefois, deux tempéraments doivent être mis en évidence.

Tout d'abord, une telle approche, fondée sur l'exception d'ordre public international est praticable à l'heure actuelle mais cela ne signifie pas que les choses sont nécessairement et définitivement figées et cela pour deux raisons.

En premier lieu, si certains droits se précisent et nous pensons ici tout particulièrement à ceux figurant dans la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales sous l'impulsion de la Cour de Strasbourg, cela peut signifier une plus grande intolérance de leur part. Plus un principe est précis, plus les solutions étrangères voient leur marge de manoeuvre diminuer.

En second lieu et de manière corollaire, cela peut signifier une rupture de la communauté de droit existant pour de telles questions, l'ordre juridique européen adoptant des droits et principes spécifiques.

Ces deux éléments peuvent justifier, à plus ou moins long terme, le recours à la technique de l'application immédiate.

Ensuite, second tempérament, la protection par le jeu de l'exception d'ordre public international n'est pas forcément en soi une garantie de souplesse. Tout dépend de l'utilisation qui en est faite. Ce mécanisme peut lui-même être la marque d'une grande intolérance et marquer une séparation profonde entre les ordres juridiques, s'il intervient de façon trop systématique. En d'autres termes, l'analyse classique est susceptible d'être remise en cause.

Chapitre II-La distinction ponctuelle entre exception d'ordre public international et lois de police : la possible remise en cause de l'analyse classique par l'intrusion des droits fondamentaux.

381. Il est possible de se demander si l'analyse classique que nous avons vue jusque-là n'est pas susceptible d'être largement remise en cause, en raison de l'attrait croissant pour les droits fondamentaux qui marque l'époque actuelle.

Leur introduction en droit international privé peut signifier un renouvellement du contenu de l'exception d'ordre public international et de la problématique qui est la nôtre.

En effet, même si ces droits et principes fondamentaux sont défendus par le jeu de l'exception d'ordre public international, ce qui est la voie choisie par la jurisprudence française, leur multiplication et leur défense dans un champ de plus en plus large, en raison de l'importance qui leur est attribuée, peuvent entraîner une rigidification de ce mécanisme. L'opposition entre sa souplesse et le caractère plus abrupt des lois de police ne serait ainsi plus aussi forte, ce qui troublerait les indices que nous avons essayés de mettre en avant dans le chapitre précédent. Les deux notions se rapprochant, le choix ponctuel entre l'une ou l'autre ne pourrait plus se faire en fonction de ces caractéristiques générales.

382. Deux éléments sont alors à mettre en évidence. Nous allons tout d'abord nous intéresser aux « symptômes » de l'évolution, c'est-à-dire aux éléments faisant apparaître une possible modification de la question. Effectivement, les risques de bouleversement de l'analyse classique sont importants, relayés et renforcés par certaines opinions doctrinales. Pour autant, il ne devrait pas y avoir de révolution, de nombreuses nuances pouvant être introduites, les repères habituels restant dans une large mesure valables (Section I).

En outre, il est légitime de s'interroger sur la portée réelle de cet engouement pour les droits fondamentaux. Il faut en effet se demander s'il s'agit d'un attrait passager, circonstanciel ou si une telle omniprésence va perdurer, l'alternative restant pour l'heure ouverte (Section II).

Section I-Les risques de bouleversement de l'analyse classique par l'intrusion des droits fondamentaux.

383. Deux phénomènes majeurs peuvent être constatés.

En premier lieu, de plus en plus de droits et principes sont considérés comme étant fondamentaux. S'ils devaient tous nourrir l'exception d'ordre public international et être défendus par elle, la souplesse ne serait plus la caractéristique principale de ce mécanisme, sa fréquence d'intervention étant évidemment multipliée (§ 1).

En second lieu, une adaptation de l'*Inlandsbeziehung* requise pour permettre l'intervention de l'exception d'ordre public international, se traduisant par un relâchement des exigences géographiques, a été proposée en doctrine, lorsqu'il s'agit de défendre un droit ou un principe que l'on peut qualifier de fondamental. Il s'agit là encore d'un élément pouvant remettre en cause les données considérées jusque-là comme étant acquises. En effet, une telle approche peut entraîner une intervention plus systématique de l'exception d'ordre

public international. Elle est ainsi susceptible de jouer dans des situations pour lesquelles aucune contrariété n'avait été relevée auparavant, en raison du caractère trop lointain de la situation avec le for. Le renforcement de l'exception d'ordre public international est donc là encore évident (§ 2).

§ 1-La multiplication des droits et principes fondamentaux.

384. Les droits et principes qualifiés de fondamentaux ont de plus en plus d'importance au sein de l'ordre juridique français. Cette situation est essentiellement due à l'attrait suscité par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950 mais également à l'interprétation très large des textes par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Il y a donc, à l'heure actuelle, un foisonnement indéniable stimulant la réflexion dans toutes les branches du droit (A).

Malgré tout, il faut faire preuve de prudence et de mesure. En effet, tous ces droits et principes, même s'ils sont qualifiés de fondamentaux par les auteurs et par les juges de la Cour de Strasbourg, en raison de l'autorité des textes auxquels ils se rattachent, ne sont pas pour autant appelés à être défendus par l'exception d'ordre public international, les deux phénomènes ne devant pas être liés, ce qui est pourtant particulièrement tentant (B).

A-Le constat de la multiplication des droits et principes fondamentaux.

385. Les dispositions des conventions internationales consacrées aux droits fondamentaux sont souvent assez floues, se caractérisant par leur généralité. La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ne déroge pas à la règle. Les juges de la Cour de Strasbourg se sont engouffrés dans cette brèche et font une interprétation très large du texte et de ses protocoles additionnels, ce qui contribue principalement à cette impression d'omniprésence des droits fondamentaux en droit français à l'heure actuelle (1).

Or, une telle attitude n'est pas sans entraîner des conséquences importantes dans de nombreux domaines, tout particulièrement en droit international privé (2).

1) L'interprétation souple des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

386. Nous l'avons déjà vu, les dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales sont très générales et ne font souvent qu'énoncer de grands principes fondamentaux, tels que le droit à la vie, la liberté d'expression ou de réunion, ...

La marge de manoeuvre d'une autorité, confrontée à un cas précis, est importante, les implications concrètes de ces principes généraux pouvant être nombreuses.

Les juges de la Cour de Strasbourg ont fait une interprétation souvent audacieuse des textes, ne se cantonnant pas à la lettre de la Convention⁶⁰³.

387. Un exemple de cette situation est fourni par l'article 8 alinéa 1^{er} de la Convention selon lequel :

« Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

Les juges de la Cour européenne des Droits de l'Homme ont fait une analyse particulièrement large de ces dispositions qui ne brillent pas par leur précision et auxquelles il est possible de rattacher bon nombre de conséquences.

388. Ainsi, la protection du domicile a été étendue aux locaux professionnels⁶⁰⁴. Pourtant, l'article 8 semble, *a priori*, ne concerner que la sphère privée de la vie des individus et ne devrait pas s'appliquer à des situations ne la concernant pas, c'est-à-dire par définition même l'aspect professionnel de leur existence. Pourtant, selon l'analyse de la Cour, il serait *« trop restrictif de la limiter à un cercle intime où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober dans une certaine mesure le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables »*. Or, *« c'est dans le travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur »*⁶⁰⁵.

389. La protection de la correspondance a également fait l'objet d'une jurisprudence importante, relative en particulier à la situation des détenus, qui sont par hypothèse dans un contexte délicat de ce point de vue. La Cour européenne a considéré que l'article 8 était

⁶⁰³ Pour une analyse de cette jurisprudence : F. Matscher, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », *TCFDIP* 1995-1998, p.211 et s. Voir aussi F. Sudre, « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *JCP* 2001, I, 335.

⁶⁰⁴ Voir sur ce point : CEDH 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, *JDI* 1993, 755, obs. E. Decaux et P. Tavernier ; *D.* 1993, somm. 386, obs. J.-F. Renucci ; *AFDI* 1992, 629, obs. V. Coussirat-Coustère ; *RTDH* 1993, 470, obs. P. Lambert et F. Rigaux ; CEDH 16 avril 2002, *D.* 2003, somm. 527, obs. C. Birsan.

⁶⁰⁵ CEDH 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, précité, § 29.

violé dès lors qu'un simple obstacle à la possibilité de correspondre existait⁶⁰⁶. De plus, si l'Etat en cause ne peut prouver que la correspondance destinée aux détenus leur est effectivement parvenue, il pourra être condamné à ce titre, une présomption négative pesant sur lui⁶⁰⁷.

Il faut souligner que le texte même de la Convention ne contient aucune disposition relative au droit de correspondance des détenus en particulier. Le rôle capital de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est ainsi mis en évidence.

390. Le même article 8 et le droit au respect de la vie familiale ont fait un temps obstacle aux mesures d'expulsion prises à l'encontre des immigrés de la deuxième génération⁶⁰⁸. Il s'agit, là encore, d'une interprétation souple du texte de la Convention, qui a donc des conséquences assez inattendues, puisque le rapprochement entre ces mesures et ce principe général n'était pas forcément envisagé par les auteurs du Traité et ne tombe pas sous le sens.

391. De manière toute aussi audacieuse, la Cour européenne a estimé que le respect de la vie privée et familiale devait entraîner une protection du nom de famille, alors pourtant que celui-ci ne fait l'objet d'aucune disposition expresse dans la Convention⁶⁰⁹. Selon la Cour, « *en tant que moyen d'identification personnelle et de rattachement à une famille, le nom d'une personne n'en concerne pas moins la vie privée et familiale de celle-ci* ». La Convention s'applique donc à des situations qui n'étaient pas prises en considération à l'origine, ce qui témoigne d'une extension significative.

392. Enfin, nous avons déjà vu que l'article 8 a été analysé comme accordant une protection aux personnes transsexuelles, le respect de leur vie privée impliquant qu'elles ne soient pas contraintes, de manière trop fréquente, à révéler leur sexe véritable, ne correspondant pas à leur apparence⁶¹⁰.

393. Ce ne sont là que des exemples, mais ils montrent que, sous couvert d'interprétation, il est possible d'aller fort loin et de tirer des conséquences inattendues de principes généraux qui brillent par leur imprécision. Un article de la Convention comporte des sous-catégories, qui ont elles-mêmes des implications importantes et éloignées du texte initial. Les droits fondamentaux protégés ne sont donc pas seulement ceux qui sont énumérés en apparence et qui font l'objet d'une consécration expresse.

394. Il faut toutefois signaler que la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales n'est pas pour autant une boîte de Pandore. L'interprétation a certaines limites. Tout ne peut être rattaché aux dispositions de base.

⁶⁰⁶ CEDH 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, AFDI 1975, 330, obs. R. Pelloux.

⁶⁰⁷ CEDH 26 février 1993, *Messina*, Série A n°257 H.

⁶⁰⁸ Voir par exemple : CEDH 26 mars 1992, *D.* 1993, somm. 388, obs. J.-F. Renucci. Depuis quelques temps toutefois, la quasi-obligation pesant sur les Etats de ne pas expulser les immigrés de la deuxième génération semble levée. Voir en ce sens notamment : CEDH 24 avril et 7 août 1996, *RTD civ.* 1996, 1025, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1997, I, 4000, n°37, obs. F. Sudre ; CEDH 29 janvier 1997, *JCP* 1997, II, 22924, n. M. Lévinet ; *RTD civ.* 1997, 540, obs. J.-P. Marguénaud. Voir aussi J.-Y. Carlier, « Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ? » *RUDH* 1993, 449 et s.

⁶⁰⁹ CEDH 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, JDI 1995, 744, obs. E. Decaux et P. Tavernier ; *D.* 1995, 5, obs. J.-P. Marguénaud ; AFDI 1994, 658, obs. V. Coussirat-Coustère ; *RTDH* 1995, 57, obs. H. Hausheer.

⁶¹⁰ Voir *supra* n°368 et s.

Ainsi, le droit au divorce a été considéré comme n'étant pas un droit fondamental garanti par la Convention. L'article 12 consacrant un droit au mariage, concerne la formation des relations conjugales et non leur dissolution⁶¹¹.

La Cour a aussi estimé que la Convention n'accordait pas à une personne célibataire homosexuelle le droit d'adopter un enfant⁶¹². Les autorités étatiques peuvent donc rejeter une demande d'agrément en se fondant sur la seule orientation sexuelle de l'intéressé. Cela ne constitue pas une discrimination au regard de l'article 14 combiné à l'article 8. Le but poursuivi est en effet légitime : protéger la santé et les droits des enfants potentiellement concernés par la procédure d'adoption.

Pourtant, les juges auraient tout aussi bien pu se prononcer en sens contraire. Ils ont d'ailleurs failli le faire, la décision n'ayant été adoptée qu'à la majorité de quatre voix contre trois. La marge de manoeuvre des interprètes est ainsi mise en évidence.

395. Il est possible de se demander jusqu'où l'interprétation va permettre d'aller. La Convention apparaît comme un ensemble insaisissable et en perpétuelle évolution. Les droits et principes fondamentaux ne sont pas figés mais bénéficient de la dynamique due à la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme, qui est le véritable moteur de l'extension, donnant vie à des principes solennels qui sans cela n'auraient pas le même impact sur les ordres juridiques des différents Etats parties.

Ce foisonnement de droits qualifiés de fondamentaux a des conséquences dans bon nombre de domaines au sein de l'ordre juridique français. Le droit international privé n'y échappe pas, l'exception d'ordre public international étant particulièrement concernée, puisqu'elle est, en principe, chargée d'assurer leur défense dans des situations internationales.

2) Les conséquences de l'interprétation souple de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

396. Il n'est pas dans notre propos de nous prononcer sur le bien ou le mal fondé de l'attitude des juges de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Il nous appartient seulement de nous intéresser aux conséquences qu'une telle approche peut avoir sur le droit international privé et notamment l'exception d'ordre public international. Or, ces dernières peuvent être importantes.

En effet, si toutes les solutions dégagées sont qualifiées de fondamentales par l'ordre juridique français, ce qui est tentant étant donné le texte auquel elles se rapportent et la juridiction les ayant énoncées, il est alors légitime de penser qu'elles doivent être défendues dans les situations à caractère international. Elles devraient alimenter l'ordre public international et être protégées face aux normes étrangères, ces dernières devant être évincées en cas de contrariété du résultat qu'elles produisent.

⁶¹¹ CEDH 18 décembre 1986, *Johnston c/ Irlande*, JDI 1987, 812, obs. P. Rolland et P. Tavernier ; *AFDI* 1987, 239, obs. V. Coussirat-Coustère. Article 12 selon lequel : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ».

⁶¹² CEDH 26 février 2002, *D.* 2002, 2569, obs. C. Courtin ; *JCP* 2002, II, 10074, n. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre.

Le risque est alors de se retrouver face à une véritable compartimentation des ordres juridiques, le mécanisme d'éviction devenant tout aussi rigide que celui de l'application immédiate. En effet, étant donné la multiplicité des droits et principes fondamentaux, la fréquence d'intervention de l'exception risque d'être élevée, les conceptions à défendre étant particulièrement nombreuses.

De plus, face à une question touchant aux droits de l'homme, dès lors qu'un ordre juridique étranger a pris une option différente ou ne connaît pas un droit fondamental consacré par le for, sa norme devrait être évincée de ce seul fait, puisqu'il paraît difficile de transiger dans une matière aussi importante.

Ces deux éléments risquent de conduire à un renforcement considérable de l'exception d'ordre public international. Une affaire soumise à la Cour de Strasbourg permet d'illustrer ce propos.

397. En 1984, un citoyen suisse a épousé en Allemagne une femme ayant la double-nationalité, allemande et suisse, les époux choisissant comme nom de famille celui de cette dernière, Burghartz. Le mari a quant à lui fait précéder le nom de famille du sien propre, prérogative accordée par le droit allemand, pour s'appeler ainsi Schnyder-Burghartz. Mais en Suisse, lieu de résidence de la famille, le seul nom de Schnyder a été retenu par l'état civil, en tant que patronyme commun aux époux.

Ces derniers souhaitaient une symétrie, dans ce pays, avec la situation prévalant en Allemagne, ce qui leur a été refusé, le mari n'obtenant pas l'autorisation de porter le double nom qui était le sien en Allemagne, le droit suisse ne prévoyant pas cette possibilité.

Après un dernier refus émanant du Tribunal fédéral suisse, les époux saisirent la Commission européenne des Droits de l'Homme, l'affaire étant par la suite portée devant la Cour européenne des Droits de l'Homme.

Cette dernière a estimé qu'il y avait en l'occurrence violation des articles 8 et 14 de la Convention⁶¹³. En effet, le droit suisse permet aux épouses ayant choisi pour nom de famille celui du mari, de le faire précéder de leur propre nom, les hommes ne bénéficiant pas de cette possibilité lorsque le nom de famille choisi est celui de l'épouse. Il y a donc une différence de traitement fondée sur le sexe qui n'est pas justifiée par des considérations objectives et raisonnables d'après la Cour⁶¹⁴.

398. Il est possible de dégager un principe de cette décision : il ne doit pas y avoir d'inégalité entre l'homme et la femme, quant à la détermination du nom de famille ainsi que du nom de chacun des époux. En droit international privé, cela peut signifier que, dès lors qu'une telle inégalité entre l'homme et la femme est constatée sur ce point, due à l'application d'une norme étrangère, cette dernière devrait être évincée. Un tel état de fait est susceptible de se présenter de façon fréquente, de nombreuses législations de pays non-européens mais aussi européens ayant instauré une inégalité entre les époux au profit du mari.

Cela est susceptible d'entraîner une évolution notable de l'exception d'ordre public international français. Il était considéré jusque-là qu'elle ne devait pas intervenir face à une loi étrangère prévoyant une attribution selon des critères inégalitaires, eu égard au contenu

⁶¹³ Article 14 selon lequel : « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

⁶¹⁴ CEDH 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, précité note 609.

du droit interne français⁶¹⁵. Ce dernier peut en effet être analysé comme ne donnant pas les mêmes droits aux hommes et aux femmes et ce malgré la loi du 4 mars 2002⁶¹⁶.

399. Si tous les principes dégagés par la Cour européenne des Droits de l'Homme étaient *ipso facto* considérés comme étant d'ordre public international, quelle que soit leur portée réelle, le recours à la règle de conflit risquerait d'être souvent purement formel, toute variation de la part de la norme étrangère par rapport au principe étant sanctionnée par son éviction.

Une telle situation, étant donné le nombre considérable de droits et principes fondamentaux consacrés, risquerait de se produire fréquemment et à propos de nombreuses questions.

Ainsi, l'interprétation souple des dispositions de la Convention par la Cour européenne des Droits de l'Homme et l'abondance de droits fondamentaux qui en résulte, assure une protection très poussée des individus dans l'espace européen. Les droits reconnus apparaissent souvent comme particulièrement progressistes. Mais cette évolution est aussi susceptible de se traduire en droit international privé, de façon corollaire, par une certaine régression, la tolérance nécessaire à tout raisonnement conflictuel étant absente, ou en voie de se dissiper fortement⁶¹⁷.

Il nous semble pourtant que plusieurs nuances peuvent être introduites dans le raisonnement, tempérant le risque d'expansionnisme et de remise en cause de la théorie bilatéraliste classique.

B-Les nuances à introduire dans le raisonnement.

400. Deux éléments sont à mettre plus particulièrement en relief pour nuancer les craintes émises jusque-là.

En premier lieu, toutes les solutions dégagées sur le fondement de conventions internationales ayant trait aux droits de l'homme ne sont pas nécessairement essentielles au point de devoir être qualifiées de principes d'ordre public international. Un tri s'impose parmi elles (1).

En second lieu, il faut bien constater que malgré l'entrée en force des droits fondamentaux et de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales sur le devant de la scène, il n'y a pas, pour l'instant, de bouleversement de l'approche retenue par le droit international privé français. On ne peut parler de révolution et il peut même être difficile de mettre en évidence une véritable évolution liée à ce phénomène (2).

⁶¹⁵ En ce sens : P. Hammje, *Rép. Dalloz, Dr. Int., V° Nom*, n°21.

⁶¹⁶ Voir notamment, J. Rochfeld, *RTD civ.* 2002, p.377-378. Voir également avant la réforme, G. Goubeaux, « Le nom », in *Droit de l'enfant et de la famille, Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Presses Universitaires de Nancy, 1998, p.23, spéc. p.30.

⁶¹⁷ Pour une analyse critique voir Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2003, p.87 et s.

1) Le nécessaire tri parmi les principes fondamentaux.

401. Nous avons vu que les principes dégagés sur le fondement de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales étaient non seulement nombreux mais, de plus, pouvaient, pour certains d'entre eux, être particulièrement détaillés. Il suffit de penser pour s'en convaincre à la problématique de la correspondance des détenus⁶¹⁸.

La question qui se pose est de savoir si tous ces principes doivent être systématiquement défendus par l'exception d'ordre public international. Celle-ci se trouverait de la sorte fortement enrichie, la continuité entre les ordres juridiques en souffrant.

Faire de toutes ces hypothèses des principes d'ordre public international, appelés à être défendus par l'exception d'ordre public international nous semble être exagéré. Il ne doit pas en aller ainsi.

402. En effet, si une solution préconisée par un Etat partie est jugée contraire à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales par la Cour de Strasbourg, il n'y a pour l'instant aucune obligation de modification de la norme litigieuse, l'arrêt étant déclaratoire et n'ayant qu'une autorité relative de chose jugée, ne concernant que le cas tranché.

Toutefois, l'Etat a tout intérêt à modifier sa position, pour ne pas donner une mauvaise image, sur le plan international et interne, mais aussi pour éviter de nouveaux recours et de nouvelles condamnations. Une mise en conformité s'impose de cette manière.

La condamnation se fonde donc sur le non-respect par l'Etat de principes consacrés par la Convention, telle qu'interprétée par les juges européens. L'ensemble de ces éléments constitue ce qui peut être appelé un ordre public européen, que les Etats doivent observer sous peine d'être condamnés en cas de recours, la sanction étant liée à la violation d'une obligation pesant sur eux⁶¹⁹.

Cela sous-entend un respect des Etats parties de cet ordre public dans leur législation qui doit tendre vers une conformité aux textes internationaux de référence.

403. Pour autant, en présence d'une situation à caractère international, les solutions divergentes, consacrées par des normes étrangères, au sein de l'ordre juridique d'un Etat partie à la Convention, ne devraient pas être systématiquement écartées.

On retrouverait une distinction classique et bien connue, proche de celle existant entre l'ordre public interne et l'ordre public international. L'ordre public européen est moins exigeant lorsqu'il s'agit d'apprécier la contrariété d'une norme étrangère que lorsqu'est en cause une réglementation interne de l'Etat partie contre qui le recours est formé.

Les exigences posées par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales s'imposent aux Etats liés par la Convention pour leur droit

⁶¹⁸ Voir *supra* n°389.

⁶¹⁹ Sur la notion d'ordre public européen voir notamment J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, *op.cit.*, n°304, p.428-429 et F. Sudre, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, P. Tavernier (éd.), Bruylant, Bruxelles, 1996, p.39 et s. L'expression a été utilisée par les organes de Strasbourg : Comm. EDH 4 mars 1991, *RUDH* 1991, 193, spéc. p.201, § 22 ; CEDH 23 mars 1995, *RUDH* 1995, 130, *JDI* 1997, 273, obs. P. Tavernier.

interne mais ne condamnent pas la diversité au niveau international, car elles ne nourrissent pas systématiquement l'ordre public international, la sévérité étant moindre en cas d'internationalité de la situation.

Ainsi, il est possible de penser qu'il existe un ordre public européen « interne » et un ordre public européen « international », la distinction étant la même que celle qui peut être retrouvée au sein de l'ordre public français, le second ne recueillant en son sein que les principes les plus essentiels du premier.

Si un droit étranger désigné par une règle de conflit d'un Etat partie⁶²⁰ consacre une solution différente de celle correspondant aux exigences de l'ordre public européen, il ne sera pas de ce seul fait à évincer. En effet, dans l'analyse classique, ce n'est pas parce que le droit étranger est différent de celui du for, même si ce dernier est d'ordre public interne, qu'il doit nécessairement être mis à l'écart.

Le fait que l'ordre public soit énoncé par une convention internationale que les législations internes des Etats parties doivent respecter ne devrait rien changer.

404. Il nous semble par conséquent, qu'un tri doit être fait entre les différents principes énoncés par la Cour européenne des Droits de l'Homme⁶²¹. Certains peuvent effectivement accéder au statut de principes d'ordre public international et être défendus en tant que tels dans les situations à caractère international, face à des normes étrangères. En revanche, d'autres ne devraient concerner que les normes consacrées par la législation des Etats parties eux-mêmes, les résultats obtenus par l'application de règles étrangères ne devant pas nécessairement s'y conformer.

Il s'agit donc d'un premier élément susceptible de tempérer quelque peu les inquiétudes pouvant naître de la multiplication des droits et principes fondamentaux.

De plus, il est possible de constater, en observant la pratique jurisprudentielle, que pour l'heure, il n'y a pas véritablement de révolution liée à l'utilisation de plus en plus fréquente de telles solutions, dégagées au niveau international. Leur introduction en droit positif ne bouleverse pas les résultats obtenus sur le fond, mais influence uniquement la motivation.

⁶²⁰ Cette règle est quant à elle un élément du droit interne et doit respecter les principes de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

⁶²¹ Voir en ce sens également, F. Sudre, « Existe t-il un ordre public européen ? », précité et également, de façon encore plus explicite, dans le même ouvrage *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, p.207.

2) L'absence actuelle de révolution (et d'évolution) liée à l'introduction des droits fondamentaux.

405. L'intrusion des droits fondamentaux dans le domaine du droit international privé est mise en avant à l'heure actuelle par la doctrine, de nombreuses études étant consacrées à ce sujet⁶²².

De même, nous avons déjà vu que la jurisprudence s'était fondée à plusieurs reprises sur des principes énoncés par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales pour évincer des normes étrangères, loi ou jugement⁶²³.

Pour autant, il nous semble que cette prise en compte n'a pas encore provoqué de réels bouleversements des solutions retenues en droit international privé français⁶²⁴. Certes, cette donnée nouvelle ne peut pas être niée, mais il faut également constater que les résultats engendrés ne sont pas forcément très spectaculaires, différents exemples pouvant illustrer ce propos.

406. La question des répudiations est ainsi considérée comme le symbole de l'introduction des droits fondamentaux au sein de l'exception d'ordre public international français, l'un de ses terrains d'élection⁶²⁵.

Nous avons vu qu'effectivement la jurisprudence et notamment la Cour de cassation n'hésitait pas à recourir à l'article 5 du protocole additionnel n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, consacrant le principe de l'égalité des époux, pour repousser de telles décisions étrangères⁶²⁶. Il s'agit d'une donnée importante et particulièrement marquante, ne serait-ce qu'au niveau des symboles, le rejet apparaissant comme catégorique et imposé à la France par ses obligations internationales.

⁶²² Voir ainsi : D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit.* 1989, 451 et s. ; P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit.* 1991, 651 et s. et « Droit au procès équitable et conflits de juridictions » in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p.125 et s. ; P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse précitée et « Droits fondamentaux et ordre public », article précité ; P. Courbe, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français » in P. Tavernier (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une "union plus étroite"*, P. Tavernier (éd.), Bruylant, Bruxelles, 1996, p.249 ; J. Foyer, « Droits internationaux de l'homme et ordre public international », in *Mélanges R. Goy, Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p.333 ; B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000, 797.

⁶²³ Voir *supra* n°367 et s.

⁶²⁴ Egalement D. Bureau, « Les conflits de conventions », *TCFDIP* 1998-2000, p.201, spéc. p.218.

⁶²⁵ Pour un tel constat, R. El Husseini-Begdache, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », article précité, p.429-430.

⁶²⁶ Voir ainsi : Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1994, *Rev. crit.* 1995, 103, 2^{ème} espèce, n. J. Déprez ; *D.* 1995, 263, n. J. Massip ; *GA* n°64 ; Civ. 1^{ère} 31 janvier 1995, *Rev. crit.* 1995, 569, n. J. Déprez ; *JDI* 1995, 343, 2^{ème} espèce, n. Ph. Kahn ; Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995, *B. I.*, n°469 ; Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *JDI* 1998, 110, n. Ph. Kahn ; *D.* 1997, 400, n. M.-L. Niboyet ; *JCP* 1997, I, 101, obs. H. Fulchiron ; Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *D.* 1999, 671, n. E. Agostini ; *Dr. fam.* 2000, n°54, n. H. Fulchiron ; *JCP* 2001, I, 293, obs. M. Farge. Voir aussi la chronique de M.-C. Meyzeaud-Garaud, « Un principe de la CEDH pour neutraliser les répudiations marocaines : l'égalité entre époux », *Dr. fam.* 1998, n°13.

407. Toutefois, en s'en tenant au seul plan des résultats, il faut bien constater que les droits fondamentaux n'ont pas fait évoluer les solutions sur cette question particulière. En effet, avant même leur emploi, la jurisprudence rejetait déjà les répudiations. Différents moyens avaient été utilisés pour cela, après une période plutôt favorable à leur accueil, symbolisée par les arrêts Dahar⁶²⁷ et Rohbi⁶²⁸.

La fraude au jugement a été l'un d'eux. Selon une situation courante, alors que la femme intentait une action en contribution aux charges du mariage ou en divorce en France, le mari se rendait dans leur pays d'origine et y procédait à une répudiation ou obtenait un divorce plus avantageux que ce qu'il pouvait espérer en agissant en France. Il invoquait par la suite cette décision pour faire obstacle à l'action de son épouse ou, pour mettre fin à son obligation de contribuer aux charges du mariage à laquelle il avait été condamné par une décision française.

Cette façon de procéder a été considérée comme étant frauduleuse, la juridiction étrangère étant saisie, d'après les juges français, dans le seul but d'échapper aux conséquences du jugement français déjà intervenu ou à intervenir⁶²⁹.

L'exception d'ordre public international a également été utilisée, mais sans le renfort des droits fondamentaux. Seuls des principes de l'ordre juridique français ont été invoqués à cette fin. Un arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 6 juin 1990 peut être cité en ce sens⁶³⁰. La situation était exactement celle que nous avons décrite précédemment, entre deux époux marocains, domiciliés en France, l'épouse ayant intenté en France une action en contribution aux charges du mariage, le mari obtenant peu après une répudiation au Maroc. La Cour d'appel de Toulouse avait accordé l'exequatur à cette dernière décision, en application de la Convention franco-marocaine.

Les magistrats de la Cour de cassation cassent cet arrêt. Ils considèrent dans un premier temps que les juges du fond auraient dû rechercher si la saisine de la juridiction marocaine n'avait pas été faite par le mari dans le seul but d'échapper aux conséquences du jugement français. Il s'agit là du raisonnement relatif à la fraude au jugement, classique à l'époque.

Mais dans un second temps, la Cour d'appel se voit également reprocher le fait d'avoir repoussé l'obstacle tiré de l'exception d'ordre public international, sans avoir recherché si la procédure suivie à l'étranger permettait à chaque partie de faire valoir ses prétentions ou ses défenses.

Il s'agit donc d'un des éléments utilisés par la suite par la jurisprudence, sous le couvert de l'article 5 du protocole additionnel n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Les décisions marocaines portent atteinte au principe de l'égalité des époux énoncé par ce texte, du fait de la non-convocation de la femme et du caractère non-contradictoire de la procédure, d'après certains arrêts essentiels⁶³¹.

⁶²⁷ Civ. 1^{ère} 18 décembre 1979, *Rev. crit.* 1981, 88, 2^{ème} espèce ; *JDI* 1981, 597, obs. Ph. Kahn ; *D.* 1980, 549, 2^{ème} espèce, n. E. Poisson-Drocourt.

⁶²⁸ Civ. 1^{ère} 3 novembre 1983, *Rev. crit.* 1984, 325, 1^{ère} espèce, n. I. Fadlallah ; *JDI* 1984, 329, n. Ph. Kahn ; *JCP* 1984, II, 20131, concl. Gulphe ; *GA* n°63.

⁶²⁹ Voir entre autres : Civ. 1^{ère} 1^{er} mars 1988 (divorce obtenu en Algérie), *Rev. crit.* 1989, 721, n. A. Sinay-Cytermann ; *D.* 1988, 486, n. J. Massip ; Civ. 1^{ère} 18 décembre 1990 (annulation du mariage en Iran), *B. I.*, n°295 ; Civ. 1^{ère} 4 mai 1994 (répudiation obtenue au Maroc), *Rev. crit.* 1995, 103, 1^{ère} espèce, n. J. Déprez ; Civ. 1^{ère} 13 décembre 1994 (répudiation obtenue au Maroc), *JDI* 1995, 343, 1^{ère} espèce, n. Ph. Kahn ; Civ. 1^{ère} 18 juillet 1995 (divorce obtenu en Algérie), *B. I.*, n°321 ; Civ. 1^{ère} 14 janvier 1997 (répudiation obtenue au Maroc), *B. I.*, n°13.

⁶³⁰ Civ. 1^{ère} 6 juin 1990, *Rev. crit.* 1991, 593, 1^{ère} espèce, n. P. Courbe ; *D.* 1990, somm. 263, obs. B. Audit.

⁶³¹ L'arrêt le plus significatif est celui du 31 janvier 1995 (précité note 626) qui a estimé « qu'un acte de répudiation rendu non contradictoirement n'était pas susceptible d'être reconnu en France ».

408. L'hostilité de l'ordre juridique français à l'égard des répudiations n'est pas dû à l'introduction dans le raisonnement de ces droits ou principes fondamentaux, il n'y a donc ni bouleversement, ni revirement lié à leur prise en compte sur ce point précis. L'analyse s'enrichit simplement d'un fondement textuel. D'autres questions peuvent accréditer cette thèse, les conclusions paraissant devoir être les mêmes.

409. Ainsi, nous avons vu précédemment l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 24 février 1998, considérant que le résultat de l'application de l'ancien régime matrimonial légal suisse était contraire au même principe d'égalité des époux, énoncé toujours par le même article du protocole additionnel n° 7⁶³².

A nouveau, le fait de viser un tel texte n'a pas entraîné de bouleversement des solutions. Il est possible de penser que même en son absence, l'issue aurait été identique. En effet, le principe d'égalité des époux trouve également sa source dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, qui fait partie du bloc de constitutionnalité et selon lequel « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* ». L'exception d'ordre public international est appelée à défendre ce principe, d'origine purement interne, face à des normes étrangères⁶³³.

Par conséquent, aucune innovation ne peut être mise en évidence du fait de l'intervention de principes fondamentaux, énoncés par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

410. La même conclusion peut être tirée concernant d'autres principes que celui de l'égalité des époux.

L'arrêt Pordéa illustre ce propos⁶³⁴. Dans cette affaire, la Cour de cassation a considéré que l'importance de la caution judiciaire mise à la charge d'un demandeur, qui ne l'avait pas versée et dont la demande n'avait pas été examinée de ce fait, « *avait été de nature à faire objectivement obstacle à son libre-accès à la justice* », droit consacré par l'article 6-1° de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. L'exequatur des décisions anglaises déboutant M. Pordéa et le condamnant à payer les frais des défendeurs devait donc être refusé, alors pourtant que la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 était applicable, ce qui aurait dû rendre la chose plus facile qu'en droit commun, puisqu'il s'agit de l'un des objectifs énoncé par ce traité.

Pourtant, le principe utilisé ne paraît pas neuf en lui-même, une situation similaire aurait pu être sanctionnée en se fondant uniquement sur des principes propres à l'ordre juridique français, même si l'accent est traditionnellement mis plutôt sur les droits du défendeur. Le demandeur, même s'il est souvent considéré comme étant un parent pauvre, n'est pas négligé pour autant⁶³⁵.

⁶³² Voir *supra* n°376.

⁶³³ En ce sens voir, B. Audit, observations sous l'arrêt, *D.* 1999, somm. 290 ; E. Kerckhove, note précitée, *JDI* 1998, 730, spéc. p.735. J. Foyer, « Droits internationaux de l'homme et ordre public international », article précité, p.342. En jurisprudence, voir Poitiers 24 juillet 1980, *JDI* 1981, 567, n. C. Labrusse-Riou.

⁶³⁴ Civ. 1^{ère} 16 mars 1999, *JDI* 1999, 773, n. A. Huet. Voir *supra* n°377.

⁶³⁵ Voir notamment G. Droz, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP* 1993-1994, p.97 et s.

La seule nouveauté en l'occurrence est l'intégration de l'ordre public procédural dans la clause générale d'ordre public prévue par l'article 27-1° de la Convention de Bruxelles, point qui était discuté jusque-là⁶³⁶.

411. Dans la jurisprudence de la Haute-juridiction, il n'y a donc pas vraiment de bouleversements marquants. Il n'y a même pas de réelle évolution du fait de l'utilisation de droits et principes fondamentaux issus de conventions internationales et plus particulièrement de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

Au contraire, une remarquable stabilité peut être constatée quant au fond des décisions, le résultat final ne variant pas, seuls les arguments utilisés changeant véritablement.

Par conséquent, il ne faut pas exagérer les conséquences de cette apparition récente sur le droit international privé français.

412. Cela rejoint un constat que nous avons déjà dressé, qui est que les conventions internationales ne font, dans une très large mesure, que consacrer des principes retenus antérieurement par la plupart des ordres juridiques nationaux et notamment l'ordre juridique français. Certes, la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, grâce essentiellement à la jurisprudence de la Cour européenne précise certains droits et principes généraux, mais toutes les conséquences qui peuvent être tirées d'un principe général ne sont pas forcément essentielles au point de pouvoir être qualifiées de principe d'ordre public international.

Les dangers que présente la multiplication des droits fondamentaux méritent donc d'être quelque peu nuancés sur ce point précis. Un autre risque est toutefois présent et fréquemment mis en avant, celui du relâchement du lien exigé pour l'intervention de l'exception d'ordre public international.

§ 2-Le relâchement du lien exigé pour l'intervention de l'exception d'ordre public international.

413. Un courant s'est développé en doctrine, proposant de conserver le recours à l'exception d'ordre public international pour assurer la défense des droits fondamentaux, mais préconisant une adaptation de son mode d'intervention à la spécificité de ces droits. La conséquence principale de cette approche, dite de « l'affinement » de l'exception d'ordre public international, est un assouplissement ou un relâchement du lien exigible pour permettre l'intervention de cette notion, justifiant l'éviction de la norme étrangère en cause. L'*Inlandsbeziehung* serait ainsi appréciée moins sévèrement lorsqu'il s'agit d'assurer la protection d'un droit fondamental que dans les autres hypothèses (A). Cette solution fermement défendue ne nous semble pourtant pas convaincante, puisqu'elle est non seulement difficilement praticable mais aussi, dans une large mesure, artificielle (B).

⁶³⁶ Voir sur ce point P. Gothot et D. Holleaux, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Jupiter, 1985, n°254, 258 et 271 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 2^{ème} édition, 1996, n°353 et 367. Voir également H. Muir-Watt, « Contre une géométrie variable des droits fondamentaux de la procédure », *Justices* 1996, n°4, p.329 et s.

A-L' affinement de l'exception d'ordre public international.

414. Nous verrons successivement les propositions qui ont été faites (1), puis leurs conséquences, c'est-à-dire principalement une rigidification de l'exception d'ordre public international, la rapprochant singulièrement des lois de police (2).

1) Exposé de la théorie de l'affinement.

415. La théorie de l'affinement de l'exception d'ordre public international a été soutenue principalement, en France, par Mme Petra Hammje⁶³⁷. Cet auteur a d'abord mis en évidence les limites de l'application immédiate des droits et principes fondamentaux et en a conclu que leur défense devait être assurée par le jeu de l'exception d'ordre public international, celle-ci présentant l'avantage de permettre la consultation de la loi étrangère normalement compétente.

Toutefois, elle considère que cette exception, assortie de son régime habituel, est insuffisante. D'où la proposition de modifier son fonctionnement selon la nature des principes en cause, de l'adapter aux nécessités de leur défense. Cette dernière doit se faire « *directement à partir des exigences des principes fondamentaux, celles-ci dictant la mesure de la modulation à apporter aux conditions de déclenchement* »⁶³⁸.

416. La conséquence principale de cette analyse a trait au lien exigé pour permettre l'intervention de l'exception d'ordre public international. Selon l'auteur, « *il faut partir du droit fondamental dont la violation est alléguée et rechercher quel champ d'application dans l'espace il s'assigne* »⁶³⁹. Ainsi, ce lien ne devra pas être déterminé abstraitement, l'examen de la situation soumise n'étant pas suffisant. Plusieurs moyens sont alors concevables pour consacrer une telle approche.

417. L'auteur envisage les clauses spéciales d'ordre public, que nous avons déjà abordées plus haut⁶⁴⁰. Mme Hammje semble les rejeter en raison de leur manque de flexibilité et surtout de leur caractère national, les liens exigibles étant déterminés par chaque ordre juridique. Cet élément peut être difficilement compatible avec le caractère international de certains droits fondamentaux et notamment ceux issus de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

418. Une autre modalité consiste à faire varier les conditions de déclenchement au sein d'une réserve générale d'ordre public. Dans ce cadre, quelques auteurs, allemands et suisses

⁶³⁷ P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse précitée ; « Droits fondamentaux et ordre public », article précité.

⁶³⁸ P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », article précité, p.15.

⁶³⁹ *Ibidem*.

⁶⁴⁰ Voir *supra* n°227.

notamment, proposent de supprimer, pour certains droits fondamentaux, tout particulièrement ceux consacrés par une convention internationale, toute exigence de liens avec le for. Il apparaît en effet inacceptable qu'un Etat puisse faire varier la défense d'un tel principe en fonction des liens qu'il entretient avec la situation en cause. Toute atteinte devrait être sanctionnée quelle que soit la proximité avec le for⁶⁴¹.

Là encore, Mme Hammje est opposée à une telle solution, puisqu'elle risque de « *conduire à une application systématique des droits fondamentaux* »⁶⁴². Nous retrouvons donc ce que nous avons vu auparavant, la notion de proximité étant avant tout une marque de tolérance. La jurisprudence allemande semble d'ailleurs rejeter cette conception, puisque certains arrêts exigent, de manière expresse, pour l'intervention de l'exception d'ordre public international, une certaine Inlandsbeziehung, même en présence de droits fondamentaux⁶⁴³.

419. C'est pourquoi la dernière modalité envisagée maintient l'exigence de proximité mais en propose « *une appréciation différente, directement liée à l'origine et au contenu du droit fondamental* ». Ce dernier détermine « *l'étendue de la protection au regard de la gravité de l'atteinte* »⁶⁴⁴. Quant à la proximité, elle est appréciée en fonction de l'origine du droit concerné.

Ainsi, lorsque la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales est en cause, une approche européenne du raisonnement devrait prévaloir sur une réflexion purement nationale. Dans ce type de situation, les liens devant être pris en compte ne seraient pas ceux qui rattachent la situation à l'ordre juridique du for mais à « *l'ordre juridique européen* », c'est-à-dire à l'ensemble des Etats parties à la Convention.

Au contraire, si un principe fondamental d'origine nationale et non consacré par une convention internationale est en cause, l'appréciation des liens se fera en fonction d'une analyse classique, elle aussi nationale.

420. Toute exigence de proximité n'est, par conséquent, pas abandonnée, l'application des droits et principes fondamentaux n'étant pas systématique, dès lors que la compétence d'une juridiction du for est établie. Une cohérence existe ainsi entre l'origine du droit et la réflexion qu'il y a lieu de tenir quant au lien exigé pour faire intervenir l'exception d'ordre public international pour assurer sa protection, face à une norme étrangère lui portant atteinte.

L'approche préconisée permettrait donc de combiner la souplesse caractérisant le mécanisme d'éviction de manière classique et la spécificité des droits fondamentaux, nécessitant une adaptation de la technique appelée à les défendre.

En effet, la *lex causae* est consultée, sa contrariété est appréciée de façon concrète, sa mise à l'écart devant rester un phénomène exceptionnel. La nécessaire ouverture sur les conceptions étrangères est préservée de la sorte, tout en aboutissant à une protection renforcée des solutions en cause, indispensable en raison de leur particulière importance et de leur consécration au niveau international.

Enfin, une telle façon d'agir lorsque la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales est en cause ne peut que contribuer à l'apparition

⁶⁴¹ Voir par exemple en ce sens : I. Schwander, « Diskriminierungsverbot und Gleichstellungsrecht im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht », *PJA* 1993, p.1400 et s. ; de manière plus récente : A. Dörig, *Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer Entscheidungen in der Schweiz*, St Gall/Lachen, St. Galler Studien zum internationalen Recht, vol. 23, 1998, p.355 et s.

⁶⁴² P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », article précité, p.16.

⁶⁴³ BGH 14 octobre 1992, *BGHZ* 120, 29 ; *IPRax* 1994, 102 ; BVerfG 23 avril 1991, *NJW* 1991, 1600.

⁶⁴⁴ P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », article précité, p.16.

d'un véritable ordre juridique européen, voire d'un ordre public européen, commun à tous les Etats parties à cette Convention, la réflexion dépassant le strict cadre national dans lequel elle se trouve classiquement enfermée.

Les avantages de cette théorie paraissent donc nombreux, ce qui la rend attractive. De plus, le choix entre l'exception d'ordre public international et les lois de police pourrait être fait sur des fondements classiques, que nous avons vus auparavant. La méthode de l'affinement serait alors une simple évolution plus qu'un véritable bouleversement du régime juridique de la première nommée.

Il nous semble pourtant que certaines critiques peuvent être émises à son encontre. Ses attraits doivent être quelque peu relativisés.

2) Les risques de la théorie de l'affinement.

421. Si l'on s'en tient aux propositions qui ont été faites au sujet de l'affinement de l'exception d'ordre public international et notamment à la dernière, qui a la préférence de Mme Hammje, un risque d'une plus grande intolérance de la part de l'ordre juridique français apparaît, la fréquence de l'éviction des normes étrangères devenant plus importante.

422. Pour illustrer ce risque, il suffit de prendre un exemple, énoncé par l'auteur elle-même, relatif à la polygamie.

La jurisprudence française protège à l'heure actuelle uniquement la première femme, lorsqu'elle est de nationalité française, en cas de second mariage de son mari, afin que cette nouvelle union ne lui nuise pas ou en tout cas le moins possible⁶⁴⁵.

L'approche préconisée, entre autres par Mme Hammje, consiste à prendre en compte l'origine du droit en cause, c'est-à-dire l'égalité des époux consacrée par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et d'en tirer les conséquences suivantes : « *le texte s'oppose à ce que le juge consacre une solution inégalitaire ressentie sur le territoire d'un Etat contractant, ce qui permettrait alors de ne pas réserver la protection à la seule épouse française mais à toute première épouse résidant sur le territoire d'un Etat contractant* »⁶⁴⁶.

423. La rançon d'une telle solution est une rigidification de l'exception d'ordre public international, puisque si l'ordre juridique européen et les contacts rattachant la situation à ce dernier sont pris comme référence, les hypothèses d'intervention vont, de façon corollaire, être plus nombreuses. En effet, l'un des postulats de la théorie est de permettre l'intervention de l'exception d'ordre public international alors que « *les liens de la situation avec le for ne sont pas en eux-mêmes significatifs* »⁶⁴⁷.

Or, la théorie de l'ordre public de proximité classique permet précisément d'éviter ce genre de conséquences en limitant les cas dans lesquels la *lex causae* est évincée⁶⁴⁸.

⁶⁴⁵ Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988, *Baaziz*, *Rev. crit.* 1989, 71, n. Y. Lequette.

⁶⁴⁶ P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », article précité, p.17.

⁶⁴⁷ *Ibidem*.

⁶⁴⁸ Voir *supra* n°220 et s.

De plus, étant donné le nombre de droits et principes figurant dans la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, il est possible de penser que ce raisonnement risque de devenir le principe et non une simple exception, n'intervenant qu'occasionnellement.

De très nombreuses solutions défendues par l'ordre juridique français par le jeu de l'exception d'ordre public international peuvent être rattachées à ce texte, l'exemple de la polygamie étant significatif. En effet, jusqu'à présent, la jurisprudence n'y a fait aucune référence dans ses décisions ayant trait à ce problème. Les possibilités d'évolution sont alors considérables, dans bien des domaines.

Par conséquent, la fréquence d'intervention de l'exception d'ordre public international risque d'augmenter de façon notable, si la théorie de l'affinement devait être consacrée par le droit positif.

Nous avons vu précédemment que la théorie de l'*Inlandsbeziehung* permettait à notre sens d'introduire une certaine tolérance dans le raisonnement relatif à l'exception d'ordre public international⁶⁴⁹. Si cet élément devait être remis en cause, l'intransigeance risquerait d'être plus importante. De plus, l'affinement de l'exception d'ordre public international est susceptible de remettre en cause la souplesse du mécanisme et donc les critères déterminant le choix entre cette dernière et les lois de police dans un domaine précis.

Il nous semble pourtant que cette solution n'est pas inéluctable, cette théorie présentant certaines limites qui devraient faire obstacle à sa consécration.

B-Les limites de l'affinement de l'exception d'ordre public international.

424. Deux points nous semblent importants. Tout d'abord, il faut constater que si la théorie est séduisante lorsque son application est cantonnée aux droits et principes issus de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, son extension à d'autres hypothèses peut mettre en évidence son caractère artificiel (1).

Surtout, l'approche préconisée n'est pas réellement novatrice, elle ne fait que mettre en œuvre des mécanismes classiques mais en tire des conclusions selon nous erronées (2).

⁶⁴⁹ Voir spécialement *supra* n°237 et 238.

1) Le caractère artificiel de la présentation.

425. Tout d'abord la prise en compte de l'origine du droit ou du principe en cause pour déterminer la proximité exigée paraît quelque peu ardue et artificielle.

En effet, très souvent un droit est consacré non par une convention ou un acte international unique mais par plusieurs. Ainsi, les droits consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales ou au moins certains d'entre eux sont présents également dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 ou les Pactes des Nations Unies de 1966. Par exemple, le droit au respect de la vie privée est consacré par l'article 8 du texte européen, mais aussi par l'article 12 de la Déclaration et l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Quelle approche faut-il alors retenir ? Une approche européenne ou une approche mondiale ? Choisir l'une plutôt que l'autre est difficile mais également artificiel et arbitraire.

De plus, si une convention existe au niveau non pas régional mais mondial, le fait de défendre un principe consacré par elle reviendrait à bannir toute exigence de rattachement pour permettre le jeu de l'exception d'ordre public international. Un raisonnement tenu à l'échelon mondial est seul pertinent, dans l'optique que nous avons décrite. Au lieu de défendre l'ordre juridique européen, il faudrait défendre un ordre juridique mondial dans ce type de situations. Or, l'abandon de l'exigence de proximité est précisément une conséquence que Mme Hammje souhaite éviter⁶⁵⁰.

426. Ensuite, de manière plus générale, il nous semble que la méthode préconisée repose sur certaines confusions. En effet, que la convention soit universelle ou régionale, les droits et principes fondamentaux sont avant tout intégrés dans chaque ordre juridique, qui les reconnaît et s'engage à les respecter et à les défendre dans sa sphère de compétence.

Une modification des modalités d'intervention de l'exception d'ordre public international n'est donc pas forcément la bienvenue, surtout si elle se traduit par un renforcement. Elle ne nous semble, de plus, pas nécessaire.

427. Selon Mme Hammje, lorsqu'il s'agit de défendre un principe consacré par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, « *un lien avec l'ordre juridique européen serait suffisant, même si les liens de la situation avec le for ne sont pas en eux-mêmes significatifs* »⁶⁵¹.

Si cela est le cas, si véritablement le for français a des liens faibles avec la situation, il peut être délicat de trouver un titre de compétence pour les juridictions françaises. Dans la majorité des cas, le problème sera plutôt de reconnaître un jugement étranger ayant été rendu dans un Etat européen.

Imaginons un mariage polygamique entre deux personnes marocaines au Maroc. La première épouse du mari est une canadienne qui réside au Danemark.

On voit mal à quel titre une juridiction française pourrait intervenir directement. Si un jugement danois est rendu, protégeant la première épouse au nom du principe de l'égalité des époux, il sera sur ce point reconnu par l'ordre juridique français, sans difficultés

⁶⁵⁰ P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », article précité, p.16.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p.17.

puisque notre ordre public international n'est pas heurté par la solution consacrée par le jugement étranger.

Si toutefois une situation telle que décrite par l'auteur devait se présenter devant un juge français, il nous semble que l'approche traditionnelle ne devrait pas être modifiée, ou en tous cas pas de façon aussi radicale que celle préconisée.

Cela n'est pas forcément rétrograde car si chaque Etat assure une protection de ces principes dans son champ de compétence, il y aura effectivement apparition tangible d'un ordre public européen.

428. Seule peut se poser la question de la prise en compte de la nationalité en tant qu'élément permettant l'intervention de l'exception d'ordre public international. Est-il légitime de ne protéger que les personnes de nationalité française dans des hypothèses telles que celles de la polygamie ? L'approche semble quelque peu restrictive et inégalitaire. Si un droit est considéré comme fondamental, qu'il est un droit de l'homme, au moins d'après les conceptions françaises ou européennes, mais qu'un contact est malgré tout nécessaire pour permettre l'intervention de l'exception d'ordre public international, il est délicat de le réserver à ses propres nationaux et de ne pas en assurer la protection lorsque des personnes présentant un lien fort avec l'ordre juridique français sont concernées.

La Cour de cassation a utilisé, à propos du raisonnement relatif à l'*Inlandsbeziehung*, la résidence habituelle en France, sur un pied d'égalité avec la nationalité française. Ces deux éléments peuvent justifier le jeu de l'exception d'ordre public international à l'encontre d'une loi étrangère ayant « *pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation* »⁶⁵². Cela n'est toutefois pas systématique. Ainsi, une loi étrangère prohibant l'adoption n'a pas été considérée comme étant contraire à l'exception d'ordre public international, alors même que les requérants et l'enfant résidaient en France mais étaient de nationalité marocaine⁶⁵³. Les liens avec la France n'ont pas été considérés comme suffisants pour entraîner l'évitement de la loi marocaine.

Il convient donc, dans chaque domaine, de rechercher la solution la plus opportune. Une large palette d'éléments peuvent être pris en compte, la nationalité n'étant en aucun cas un critère exclusif.

Une approche objective est donc concevable en restant sur le terrain de la théorie classique de l'exception d'ordre public international, sans qu'il soit nécessaire de modifier ou d'affiner son régime. Si une telle solution était consacrée par tous les Etats européens, parties à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, par exemple en matière de polygamie, la protection d'une épouse domiciliée dans l'un de ces Etats serait particulièrement forte et assurée par les autorités de son domicile, quelle que soit, par ailleurs, sa nationalité.

Il serait alors possible de parler d'un véritable ordre public européen. Mais il incombe à chaque Etat d'agir dans sa sphère de compétence, en choisissant le lien le plus adapté, le plus opportun pour entraîner l'intervention de l'exception d'ordre public international. Dans ce contexte, le rattachement à la nationalité pourra très souvent être considéré comme étant critiquable, car inégalitaire, voire discriminatoire.

Pour autant, il n'appartient pas à chaque Etat de défendre à lui seul l'ensemble de l'ordre public européen, en voie de formation. Le raisonnement proposé par Mme Hammje va donc trop loin sur ce point. Au contraire, il peut être analysé de manière assez traditionnelle.

⁶⁵² Civ. 1^{ère} 10 février 1993, *Rev. crit.* 1993, 620, n. J. Foyer ; *JDI* 1994, 124, 1^{ère} espèce, n. I. Barrière-Brousse.

⁶⁵³ Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *JDI* 2000, 737, n. F. Monéger.

2) Le caractère peu novateur du raisonnement.

429. De façon classique, l'intervention de l'exception d'ordre public international implique un raisonnement quant au lien de la situation avec l'ordre juridique du for, cet élément ayant été mis en exergue au cours des vingt dernières années par la doctrine et la jurisprudence française. Mais l'examen du rapport de droit et de ses différents points de contact avec l'ordre juridique du for ne sont pas exhaustifs. La législation du for ou les principes défendus tiennent aussi un rôle important dans ce raisonnement.

La notion d'*Inlandsbeziehung* a été utilisée dans certains cas afin de corriger un rattachement peu opportun adopté par la règle de conflit⁶⁵⁴.

Dans de telles hypothèses, les juges ont estimé que les solutions consacrées par le droit français devaient s'appliquer, ou au moins être respectées dans un certain champ d'application minimal, malgré les lacunes de la règle de conflit classique. Pour autant, la technique des lois de police n'est pas retenue.

L'importance, la teneur de la législation française est prise en compte dans une telle réflexion. L'idée de revendication d'un champ d'application minimal par des règles françaises de fond est donc présente.

430. La théorie de l'ordre public de proximité est marquée dans son ensemble par cette analyse, même lorsqu'il ne s'agit pas de rectifier un rattachement inadapté. Un tel raisonnement s'applique de façon logique à la défense des droits fondamentaux et il ne s'agit que d'une utilisation classique de l'exception d'ordre public international. Dans l'analyse traditionnelle, cela peut impliquer que, pour protéger certains droits ou principes, de portée universelle, aucun lien avec l'ordre juridique du for ne doit être exigé, autre que celui sur lequel la compétence juridictionnelle est fondée. Il n'y a là rien de choquant, mais cela ne peut jouer que pour certaines solutions absolument essentielles, non en fonction de leur origine formelle, c'est-à-dire le texte les consacrant, mais selon leur importance matérielle, même si le premier élément peut être un indice quant à la portée du second.

Ainsi, par exemple, peu importe le document consacrant le principe de l'interdiction de l'esclavage, il est inconcevable d'envisager l'exigence d'un rattachement pour assurer sa protection. Quel que soit le lien avec le for, une telle situation doit être condamnée, le fait de l'admettre pouvant être considéré comme intolérable. Il ne s'agit pas d'une solution excessive.

Le point crucial est de faire le « tri » au sein des droits qualifiés de fondamentaux méritant d'être défendus par l'exception d'ordre public international, entre ceux ayant une portée universelle et ceux ayant une portée plus limitée. L'analyse du champ dans lequel un droit doit être protégé est donc possible en recourant à la théorie classique. Mais encore une fois, l'origine textuelle des droits en cause ne doit pas être l'élément décisif, mais seulement, le cas échéant, un des facteurs entrant dans le raisonnement.

⁶⁵⁴ Voir *supra* n°235.

Conclusion du paragraphe :

431. La théorie de l'affinement n'est donc absolument pas novatrice, en ce qui concerne l'idée de déduire du droit fondamental en cause le champ d'application qu'il s'assigne. Elle consiste simplement, sur ce point, à utiliser des mécanismes anciens et à justifier un relâchement des exigences tenant au lien nécessaire pour permettre l'intervention de l'exception d'ordre public international.

La seule nouveauté est la prise en compte de l'origine textuelle des droits en cause pour déterminer leur champ d'application.

Or, il s'agit d'une solution difficilement praticable et assez artificielle. La théorie proposée nous semble donc critiquable à bien des égards et ne devrait pas être consacrée par le droit positif, les inconvénients l'emportant sur les avantages.

* * *

Conclusion de la section :

432. En faisant un rapide bilan, il faut bien conclure que l'impact des droits fondamentaux n'est peut être pas si déterminant que ce que l'on a pu craindre ou espérer selon ses opinions.

En effet, tous ne doivent pas être défendus par le jeu de l'exception d'ordre public international, tous n'accèdent pas au statut de principe d'ordre public international.

De plus, le relâchement du lien exigé pour assurer la protection des droits et principes le méritant n'est pas forcément inéluctable.

Nous nous trouvons donc à l'heure actuelle à une période charnière, d'importants choix doivent être faits.

Il faut par conséquent s'intéresser aux perspectives d'évolution, ce qui sera pour nous l'occasion d'essayer d'aborder des aspects plus constructifs.

Section II-Les perspectives d'évolution des droits fondamentaux : une approche nouvelle sans bouleversement.

433. L'emploi des droits fondamentaux paraît correspondre à la résolution de certains problèmes épineux en droit international privé contemporain, notamment liés à la présence de conventions internationales. Ces notions essentielles sont alors appelées à la rescousse par les juges français, pour essayer d'apporter une réponse catégorique et afin de régler la question de manière définitive, ou en tous cas de la façon la moins discutable.

Si les droits et principes fondamentaux ne sont employés qu'à cette seule fin, il est possible de penser que l'intérêt dont ils sont l'objet à l'heure actuelle déclinera une fois ces questions réglées, une sorte de banalisation pouvant alors s'instaurer (§ 1).

Une seconde approche est également envisageable, celle de la persistance de l'utilisation des droits et principes fondamentaux, au-delà de simples circonstances conjoncturelles. Si tel devait être le cas, un traitement spécifique de la question serait possible, différant d'un affinement dont nous avons vu les inconvénients et permettant non seulement de conserver une approche classique dans le choix ponctuel entre l'exception d'ordre public international et les lois de police, mais également d'assurer une meilleure défense des solutions en cause (§ 2).

§ 1-Vers la banalisation des droits fondamentaux ? La prise en compte de l'élément conventionnel.

434. Les droits fondamentaux ont tout d'abord été utilisés par la jurisprudence française alors que la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 était en cause. Certaines de ses solutions ont été mises à l'écart. Cette question a marqué la réelle apparition de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales au sein du droit international privé français (A).

Le problème de la coordination entre les articles 27-1° et 27-2° de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 a également été résolu grâce aux droits fondamentaux, à la fois par les juges français et par la Cour de Justice des Communautés européennes, alors que la question était âprement discutée jusque-là (B)⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ Le règlement n°44-2001 a désormais pris la suite de la Convention de Bruxelles. L'article 34 du nouveau texte correspond à l'article 27 auquel nous nous intéressons. Il reprend dans son paragraphe premier l'exception d'ordre public international du for.

A-Les droits fondamentaux et la Convention franco-marocaine du 10 août 1981.

435. L'apparition des droits fondamentaux s'est faite dans des circonstances tout à fait particulières, alors que le problème de la reconnaissance des répudiations se posait avec acuité au sein de l'ordre juridique français (1).

Cet élément peut faire penser qu'une fois cette difficulté résolue, les droits fondamentaux pourraient perdre l'un de leurs terrains d'élection, ce qui diminuerait leur portée à l'avenir (2).

1) Les circonstances d'apparition des droits fondamentaux faisant échec à la Convention franco-marocaine.

436. La jurisprudence, lorsqu'elle a commencé à repousser les décisions marocaines de répudiation, a d'abord utilisé la fraude. Puis l'absence de caractère contradictoire de la procédure suivie au Maroc a justifié leur rejet⁶⁵⁶.

Cette attitude a suscité bien des interrogations. En effet, la Convention franco-marocaine du 10 août 1981 était applicable. Ses solutions étaient ainsi fortement remises en cause.

437. L'utilisation de la fraude revient à nier la compétence des juridictions marocaines pourtant fondée sur les dispositions expresses du Traité, notamment l'article 11 alinéa 2 lorsque deux personnes de nationalité marocaine sont concernées⁶⁵⁷.

438. Le rejet des décisions marocaines, en raison du caractère non-contradictoire de la procédure est quant à lui prévu par la combinaison de l'article 13 alinéa 1^{er} de la Convention de 1981 selon lequel « *les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologués par un juge au Maroc entre conjoints de nationalité marocaine dans les formes prévues par leur loi nationale produisent effet en France dans les mêmes conditions que les divorces prononcés à l'étranger* » et de l'article 16 b de la Convention du 5 octobre 1957, qui retient en tant que condition de reconnaissance que les parties aient été légalement citées, représentées ou déclarées défaillantes.

Mais l'emploi systématique de cette échappatoire paraît critiquable, car cela revient à remettre en cause l'un des objectifs de l'accord de 1981 qui a été conclu en raison de « *l'importance des relations personnelles et familiales entre les ressortissants des deux Etats et [de] la nécessité de conserver aux personnes les principes fondamentaux de leur*

⁶⁵⁶ Voir *supra* n°407. Sur la question, voir D. Bureau, « Les conflits de conventions », communication précitée, spéc. p.218 et s. ; L. Gannagé, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé (étude de droit international privé de la famille)*, thèse précitée, n°310 et s., p.214 et s.

⁶⁵⁷ Article 11 al. 2 selon lequel : « ... au cas où les époux ont tous deux la nationalité de l'un des deux Etats, les juridictions de cet Etat peuvent également être compétentes, quel que soit le domicile des époux au moment de l'introduction de l'action judiciaire ».

identité nationale »⁶⁵⁸. Ce dernier élément n'est absolument pas respecté pour la question particulière des répudiations.

439. Une telle attitude semble contraire à l'obligation d'exécuter ses engagements internationaux de bonne foi, codifiée dans l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969⁶⁵⁹.

Ainsi, les Etats parties doivent s'abstenir « *d'user de mécanismes correcteurs quand ceux-ci sont susceptibles de priver d'effet le traité* »⁶⁶⁰. Or, les juridictions françaises agissent précisément de la sorte, en recourant massivement à des techniques permettant de ne pas reconnaître les décisions marocaines de répudiation.

440. La doctrine s'est expressément interrogée sur l'attitude française et a mis en évidence sa difficile compatibilité avec le principe *Pacta sunt servanda*⁶⁶¹.

Or, une fois ces diverses interrogations apparues, la position de la Cour de cassation a évolué. Elle a fait appel aux droits fondamentaux et notamment à l'article 5 du protocole n°7 à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales qui consacre le principe de l'égalité des époux, pour la question des répudiations. La problématique de la fraude a été abandonnée, le raisonnement tenant au caractère non-contradictoire de la procédure s'enrichissant quant à lui, de ce nouvel élément.

L'utilisation des droits fondamentaux semble donc être liée à ces circonstances, à une conjoncture spécifique. Ce recours permet de répondre aux interrogations provoquées par les prises de position antérieures.

Les droits et principes en cause apparaissent comme fournissant une réponse permettant de justifier la solution de l'ordre juridique français malgré ses engagements conventionnels avec le Maroc. Cet élément explique certes leur intrusion pour cette question, mais est également susceptible de limiter leur portée pour l'avenir.

2) Des circonstances limitant la portée de l'utilisation des droits fondamentaux.

441. Le recours aux droits fondamentaux peut s'expliquer par la volonté des magistrats de répondre non seulement aux interrogations doctrinales mais aussi d'éviter la mise en jeu de la responsabilité internationale de la France, en raison de la remise en cause unilatérale des solutions contenues dans la Convention franco-marocaine. La Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales servirait ainsi d'argument, de justification ultime et incontournable.

⁶⁵⁸ Préambule de la Convention du 10 août 1981. Voir le texte : *Rev. crit.* 1983, 532 ; *JDI* 1983, 922. Voir les commentaires de F. Monéger, *Rev. crit.* 1984, 29 et 267 et P. Decroux, *JDI* 1985, 49.

⁶⁵⁹ Article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 : « Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté de bonne foi ».

⁶⁶⁰ M.-L. Niboyet-Hoegy, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p.313, spéc. p.323.

⁶⁶¹ Voir M.-L. Niboyet-Hoegy, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national) », article précité.

442. L'origine formelle des droits concernés peut dans un premier temps être avancée à ces fins. Le non-respect d'une convention internationale pourrait alors se justifier par le nécessaire respect d'une autre. Les entorses aux objectifs du traité conclu avec le Maroc apparaissent plus légitimes que si des principes purement internes étaient invoqués pour ce faire.

Mais l'article 30-4 b de la Convention de Vienne de 1969 pose comme règle, qu'en présence de deux traités internationaux successifs, « *dans les relations entre un Etat partie aux deux traités et un Etat partie à l'un de ces traités seulement, le traité auquel les deux Etats sont parties régit leurs droits et obligations réciproques* ».

Par conséquent, d'après cette norme, la Convention franco-marocaine devrait l'emporter sur la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales à laquelle le Maroc n'est pas partie.

Le raisonnement ne semble donc pas pleinement convaincant.

443. En revanche, dans un second temps, la prise en compte de la nature des droits et principes peut être plus satisfaisante pour justifier la prise de position française.

En effet, les droits de l'homme peuvent être considérés comme faisant partie du *jus cogens*⁶⁶². Par conséquent, aucun engagement conventionnel ne peut les remettre en cause conformément à la définition de cette notion⁶⁶³.

Les solutions consacrées par la Convention franco-marocaine ne devraient donc pas pouvoir l'emporter sur les droits et principes consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, si ceux-ci sont assimilés à des normes impératives du droit international général⁶⁶⁴.

La position française pourrait ainsi aisément s'expliquer. La solution jurisprudentielle peut se prévaloir de l'appui d'un concept aussi fort que le *jus cogens*, ne tolérant aucune dérogation et qui peut être considéré comme une sorte de justification absolue du recours à l'exception d'ordre public international, celle-ci intervenant pour assurer la défense des principes qu'il consacre.

Le rejet des décisions marocaines de répudiation non seulement ne serait pas fautif, mais serait même obligatoire, afin de ne pas aboutir à une violation par la France de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, cette dernière étant porteuse de normes l'emportant sur toute autre règle conventionnelle.

Il est possible d'envisager la jurisprudence de la Cour de cassation sous cet angle essentiellement justificateur.

Toutefois, Mme Brière a mis en évidence que le recours au *jus cogens* « *reviendrait cependant à considérer que l'instrument international contraire aux conventions protectrices des droits de l'Homme devrait être frappé de nullité, ce qui apparaît*

⁶⁶² Sur ce point voir *supra* n°347.

⁶⁶³ Article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁶⁶⁴ Cette question a été abordée par différents auteurs. Voir ainsi C. Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, préf. P. Courbe, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 347, 2001, n°425 ; L. François, « La Convention européenne des droits de l'homme est-elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ? », *D.* 2002, 2958, spéc. p.2960 ; Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2003, p.87, spéc. p.102-103 ; A. Malan, *La concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, préf. B. Audit, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, n°503. M.-L. Niboyet-Hoegy, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national) », article précité, p.328.

difficilement concevable »⁶⁶⁵. Selon cet auteur, la primauté de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales est justifiée mais s'explique par l'intégration des principes qu'elle consacre au sein de l'exception traditionnelle d'ordre public international. Cette dernière protège les valeurs fondamentales du for et empêche la consécration de solutions choquantes, même lorsque ces dernières résultent d'une convention internationale⁶⁶⁶. Il n'y a ainsi pas de hiérarchie entre les différents traités. La priorité donnée en France à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales peut alors s'expliquer par l'existence d'un contrôle de conformité, assuré par un organe juridictionnel doté de pouvoirs contraignants pour les Etats⁶⁶⁷.

444. De façon pratique, cette utilisation des principes fondamentaux semble correspondre, chez les magistrats de la Cour de cassation, à « *une forte réticence à l'égard de la Convention franco-marocaine dont les solutions heurtent profondément les valeurs de la société française sans qu'elle ait donné vraiment satisfaction sur le plan du rapatriement des enfants déplacés illégalement au Maroc, contrepartie à laquelle le Maroc s'était engagé* »⁶⁶⁸.

Dans cette perspective, l'introduction des droits fondamentaux exprimerait le rejet catégorique des solutions consacrées par la Convention franco-marocaine. En effet, certaines décisions peuvent être interprétées comme allant au-delà de simples considérations procédurales, plaçant le débat au niveau des questions de fond.

Tel est le cas pour l'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 11 mars 1997⁶⁶⁹. Dans cette affaire, le mari avait obtenu au Maroc, pays dont les deux époux étaient ressortissants, une décision de répudiation, qu'il a invoquée en France, afin de mettre fin à son obligation de contribuer aux charges du mariage, qui lui avait été imposée par une décision française antérieure.

La Haute juridiction casse l'arrêt d'appel qui avait reconnu la décision marocaine en visant les articles 13 alinéa 1^{er} de la Convention de 1981 et 16 b de la Convention de 1957, ainsi que l'article 5 du protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

Toutefois, les magistrats de la Cour de cassation ne mettent pas l'accent sur le caractère non-contradictoire de la procédure au Maroc, la violation des droits de la défense n'est pas mise en exergue, ce qui peut faire penser que le rejet des répudiations ne repose plus sur des données procédurales particulières à chaque espèce, mais sur la violation du principe de l'égalité des époux par l'acte même de répudiation. L'éviction serait donc justifiée par un argument beaucoup plus fort, dépassant de simples contingences circonstancielles, remettant en cause les objectifs de la Convention de 1981.

⁶⁶⁵ C. Brière, *Les conflits de conventions internationales en droit privé, op.cit.*, n°425.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, n°433 et s.

⁶⁶⁷ Pour une telle analyse voir A. Malan, *La concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois, op.cit.*, n°500 et s.

⁶⁶⁸ M.-L. Niboyet, note sous Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *D.* 1997, 400, spéc. p.402-403. La confirmation de cette opinion a été donnée par M. Lemontey, président de la première Chambre civile de la Cour de cassation, selon lequel « la convention franco-marocaine n'a pas bon crédit puisque le pacte qu'elle devait consacrer ne l'a pas été par le partenaire et nous ne sommes pas enclin à n'ouvrir le volet qu'à notre détriment », débats sous la communication de F. Matscher, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », précité, p.233.

⁶⁶⁹ Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *JDI* 1998, 110, n. Ph. Kahn ; *D.* 1997, 400, n. M.-L. Niboyet ; *JCP* 1997, I, 101, obs. H. Fulchiron.

Ce rejet net peut encore être mis en évidence par le fait que la modification de la motivation de la Cour de cassation intervient juste après une réforme du droit marocain, imposant la présence de la femme lors de la procédure de répudiation, ou au moins sa convocation⁶⁷⁰.

Si le recours à l'article 5 du protocole n° 7 dépasse les seules considérations procédurales, il peut être considéré comme une volonté de repousser, même par anticipation, les actes de répudiation à venir, que la procédure suivie devant la juridiction marocaine soit contradictoire ou non.

L'attitude de la Cour de cassation peut donc s'interpréter comme condamnant les solutions conventionnelles entre la France et le Maroc, au moins pour la répudiation.

445. Mais la solution apportée par les droits fondamentaux est trop catégorique. Le refus de toute répudiation, sans tenir compte des circonstances propres à chaque espèce est difficilement concevable⁶⁷¹.

C'est peut-être ce qui explique l'abandon, à deux reprises, de la voie des droits fondamentaux par la Cour de cassation. Elle a en effet utilisé l'ordre public international pour rejeter des répudiations mais sans mentionner la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

Dans le premier arrêt, alors qu'était en cause une répudiation prononcée en Algérie, le seul caractère non-contradictoire de la procédure a justifié l'intervention de l'ordre public international⁶⁷². L'article 5 du protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales n'a pas été utilisé par les juges pour motiver leur décision. Il est vrai que cette affaire met en cause la Convention franco-algérienne et non les rapports avec le Maroc.

Dans le second arrêt, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a elle aussi fait jouer l'ordre public international, à l'encontre d'une répudiation marocaine, sans invoquer les droits fondamentaux issus du texte européen⁶⁷³. Les juges prennent en compte les liens de la situation avec l'ordre juridique français. L'ordre public international joue en raison de la proximité avec la France, caractérisée par la nationalité du mari et le domicile des époux en France. La souplesse du mécanisme d'éviction paraît donc restaurée, chaque espèce devant faire l'objet d'une étude au cas par cas, sans prise de position définitive et absolue.

Plus récemment, la première Chambre civile de la Cour de cassation a eu recours, à nouveau, aux droits fondamentaux pour faire obstacle à des décisions algériennes⁶⁷⁴. Mais dans ces deux arrêts, ils sont intégrés au sein d'un ordre public international de proximité. Le divorce qui résulte de la seule volonté unilatérale et discrétionnaire du mari heurte le principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage consacré par l'article 5 du protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et donc l'ordre public international, même s'il résulte d'une procédure loyale et

⁶⁷⁰ Sur ce point, voir F. Sarehane, *Jcl Droit comparé, Maroc*, Fasc. 2-1, « Le statut personnel : droit commun. Capacité. Mariage. Filiation. », spéc. n°187. Voir également J. Déprez, note sous Civ. 1^{ère} 4 mai 1994 et 1^{er} juin 1994, *Rev. crit.* 1995, 103, spéc. p.116.

⁶⁷¹ Voir sur ce point, *Rép.Dalloz, Dr. Int., Cahiers de l'actualité*, 2003-1, p.8-9 ; H. Fulchiron, note sous Civ. 2^{ème} 14 mars 2002, *JCP* 2002, II, 10095 ; Ph. Kahn, note sous le même arrêt, *JDI* 2002, 1062.

⁶⁷² Civ. 1^{ère} 12 juillet 2001, *B. I.*, n°217.

⁶⁷³ Civ. 2^{ème} 14 mars 2002, *JDI* 2002, 1062, n. Ph. Kahn ; *JCP* 2002, II, 10095, n. H. Fulchiron ; *JCP* 2003, I, 107, obs. S. Poillot-Peruzzetto. Entre ces deux arrêts, la Cour d'appel de Paris a persisté et a fait intervenir l'article 5 du protocole n°7 dans son raisonnement : Paris 13 décembre 2001, *Rev. crit.* 2002, 730, n. L. Gannagé.

⁶⁷⁴ Civ. 1^{ère} 17 février 2004, *D.* 2004, 824, 1^{ère} et 2^{ème} espèces, concl. F. Cavarroc. Voir aussi, P. Courbe, « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.* 2004, 815.

contradictoire, si l'épouse et *a fortiori* les deux époux sont domiciliés sur le territoire français.

La solution permet un compromis. D'une part, les droits fondamentaux sont invoqués et justifient, pour les magistrats, la mise en échec des règles conventionnelles. D'autre part, une nécessaire souplesse est préservée, malgré leur intervention ; toutes les répudiations ne sont pas forcément contraires à l'ordre public international. Ce dernier ne devrait être intervenir que dans les situations affectant effectivement la sphère sociale française.

Une réponse est apportée de la sorte aux deux critiques essentielles formulées par la doctrine.

Cette approche devrait être reprise pour la Convention franco-marocaine. La Cour de cassation a rendu le même jour trois autres décisions relatives à des répudiations. Elle a ainsi vraisemblablement voulu arrêter sa position en la matière et consacrer une nécessaire « *stabilité jurisprudentielle* »⁶⁷⁵.

Les droits fondamentaux apparaissent donc toujours comme un moyen permettant de légitimer les dérogations aux solutions conventionnelles. Mais il serait souhaitable d'aboutir à une renégociation de ces dernières, surtout pour la question des répudiations, afin de ne plus avoir à traiter ces problèmes par la voie d'exceptions nécessairement insatisfaisantes. Les droits fondamentaux perdraient alors un terrain d'élection.

Surtout, une banalisation de leur intervention peut être mise en évidence grâce aux dernières décisions. Ils sont utilisés sans spécificité. Comme les principes d'origine interne, ils nourrissent l'ordre public international, l'intensité de ce dernier variant en fonction des liens entre la situation et « le territoire français », selon les termes mêmes de la Cour de cassation. L'approche ne présente donc pas de particularité.

Si tel devait être le cas, les droits fondamentaux ne bouleverseraient pas les choses pour le choix entre l'exception d'ordre public international et les lois de police, les données classiques restant valables.

Un recours uniquement circonstancié nous paraît crédible puisqu'ils ont également été appelés à la rescousse concernant la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, permettant d'apporter, là encore, une réponse à un problème délicat.

⁶⁷⁵ Selon la volonté de l'avocat général F. Cavarroc, conclusions sous Civ. 1^{ère} 17 février 2004, *D.* 2004, 824, spéc. p.827.

B-Les droits fondamentaux et l'article 27 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968⁶⁷⁶.

446. Là encore, l'apparition des droits fondamentaux s'est faite dans des circonstances très particulières, un problème épineux, particulièrement discuté en doctrine, ayant été tranché par les juges (1).

Il est alors légitime de se demander si, une fois ce problème résolu, les droits fondamentaux conserveront une place aussi éminente qu'à l'heure actuelle pour cette question spécifique ou s'ils s'effaceront ou tout du moins se banaliseront (2).

1) Les circonstances d'apparition des droits fondamentaux.

447. La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale a été conclue afin d'aboutir à une véritable libre-circulation des jugements au sein de l'espace communautaire.

Elle se caractérise ainsi par un extrême libéralisme en matière d'effet des décisions. Certains motifs de refus de reconnaissance existant en droit commun ont été écartés dans ce but.

Toutefois, l'article 27-1° maintient la réserve de l'ordre public international de l'Etat requis.

L'article 27-2° prévoit, quant à lui, que la décision étrangère n'est pas reconnue « *si l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent n'a pas été signifié ou notifié au défendeur défaillant, régulièrement et en temps utile, pour qu'il puisse se défendre* ».

De nombreux auteurs ont alors considéré que l'article 27-1° ne visait que l'ordre public substantiel et non l'ordre public procédural, l'article 27-2° assurant la défense de ce dernier uniquement dans le cas particulier expressément énoncé.

La solution serait contraire à celle consacrée par le droit international privé français depuis l'arrêt Bachir selon lequel « *le juge de l'exequatur doit vérifier si le déroulement du procès devant la juridiction étrangère a été régulier, cette condition de régularité [devant] s'apprécier uniquement par rapport à l'ordre public international français et au respect*

⁶⁷⁶ La Convention de Bruxelles est désormais relayée, dans le cadre communautaire, par un règlement CE n°44-2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. L'article 34 de ce texte reprend en substance les dispositions de l'article 27 de la Convention de Bruxelles, l'analyse valant pour ces deux instruments. A propos du règlement voir J.-P. Beraudo, « Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2001, 1033 ; G. Droz et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit.* 2001, 601 ; A. Marmisse, « Le règlement du Conseil du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Petites affiches* 2002, n°248, p.6 ; M.-L. Niboyet-Hoegy, « La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le Règlement du 22 décembre 2000 », *Gaz. Pal.* 10-12 juin 2001, p.10 et s. ; Voir aussi de façon plus générale C. Bruneau, « La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne », *JCP* 2001, I, 314.

des droits de la défense »⁶⁷⁷. La réserve de l'ordre public international français englobe donc l'ordre public au fond et l'ordre public procédural.

Dans la Convention de Bruxelles, ce dernier ne pourrait être défendu que sur le fondement de l'article 27-2° et seulement dans l'hypothèse prévue⁶⁷⁸.

Cette opinion correspond à la volonté des auteurs de la Convention, qui est de faciliter la circulation des jugements et donc de restreindre les cas d'intervention de l'ordre public international⁶⁷⁹.

De plus, l'état d'esprit général du système de reconnaissance et d'exécution des décisions est de faire confiance au juge de l'Etat d'origine. *A priori*, une décision émanant d'une juridiction d'un Etat membre est censée avoir été rendue après une procédure ayant respecté les droits de chaque partie. Cette opinion paraît donc tout à fait acceptable.

448. Toutefois, certains bémols peuvent être apportés, la solution opposée étant également crédible et digne d'intérêt.

Tout d'abord, le contrôle de la procédure ne fait pas l'objet d'une exclusion expresse dans le texte de la convention, contrairement à d'autres questions, telle que la suppression du contrôle de la compétence du juge d'origine (art. 28 alinéa 3)⁶⁸⁰.

Ensuite, la jurisprudence a paru, quant à elle, assez hésitante et n'a pas pris réellement position sur ce point. Ainsi, la Cour de cassation française a considéré qu'est « contraire à la conception française de l'ordre public international la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée lorsque ne sont pas produits des documents de nature à servir d'équivalent à la motivation défailante »⁶⁸¹. Or, cet élément est généralement rattaché à l'ordre public procédural, la motivation devant servir à vérifier que les droits de la défense ont été respectés par le juge d'origine⁶⁸². Dans le même sens, si une décision se fondait sur une expertise non contradictoire, elle pourrait être rejetée de ce fait⁶⁸³.

Une possibilité de faire jouer l'ordre public procédural dans d'autres hypothèses que celle prévue par l'article 27-2° semble donc offerte dans de tels cas.

Mais dans le même temps, les juges de la Haute-juridiction ont également estimé que le contrôle de la régularité de la procédure suivie à l'étranger n'était pas prévu par la Convention⁶⁸⁴.

En dernier lieu, il est apparu que les procédures des différents Etats membres ne respectaient pas forcément de façon satisfaisante les droits des différentes parties en toute hypothèse.

⁶⁷⁷ Civ. 4 octobre 1967, *Bachir*, *Rev. crit.* 1968, 98, n. P. Lagarde ; *JDI* 1969, 102, n. Goldman ; *D.* 1968, 95, n. Mezger ; *JCP* 1968, II, 15634, n. Sialelli ; *GA* n°45.

⁶⁷⁸ En ce sens : G. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, Paris, Dalloz, 1972, n°489 ; P. Gothot et D. Holleaux, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, *op.cit.*, n°254, n°271 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, *op.cit.*, n°353 et n°367. Pour une opinion plus nuancée de Mme Gaudemet-Tallon, voir *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 2002, n°403.

⁶⁷⁹ Sur ce point, voir le rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *J.O.C.E.* C 59 du 5 mars 1979, p.1 et s., spéc. p.44.

⁶⁸⁰ Article 35 al. 3 du règlement du 22 décembre 2000.

⁶⁸¹ Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, *Rev. crit.* 1992, 516, 1^{ère} espèce, n. C. Kessedjian ; *JDI* 1993, 157, obs. A. Huet. Voir déjà auparavant Civ. 1^{ère} 17 mai 1978, *JDI* 1979, 380, 1^{ère} espèce, n. D. Holleaux.

⁶⁸² Voir C. Kessedjian, note précitée.

⁶⁸³ Civ. 1^{ère} 2 mai 1990, cité par G. Pluyette, « La Convention de Bruxelles et les droits de la défense », *Etudes Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p.433, spéc. p.455.

⁶⁸⁴ Civ. 1^{ère} 10 mars 1981, *Rev. crit.* 1981, 553, n. E. Mezger. Voir aussi Civ. 1^{ère} 3 juin 1986, *B.* n°149 et Civ. 1^{ère} 6 mars 1996, *JCP* 1996, IV, 985.

449. Certains auteurs ont alors estimé qu'une évolution était nécessaire, l'exception d'ordre public international prévue par l'article 27-1° de la Convention devant inclure également l'ordre public procédural⁶⁸⁵. Une prise de position claire paraissait donc indispensable.

450. La jurisprudence a tranché la question de façon particulièrement nette, récemment, en se servant des droits fondamentaux et notamment du droit au procès équitable, consacré par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

451. La Cour de cassation française a ainsi pris position dans l'arrêt Pordéa que nous avons déjà étudié⁶⁸⁶. La Cour de Justice des Communautés européennes l'a fait peu de temps après, dans l'arrêt Krombach⁶⁸⁷.

Dans les deux cas, les juges ont estimé que la Convention ne limitait pas le contrôle de la procédure à l'hypothèse prévue par l'article 27-2° mais qu'il pouvait également être exercé au titre de l'ordre public international au sens de l'article 27-1°.

452. Ainsi, dans l'arrêt Krombach, les juges de la Cour de Luxembourg ont été saisis par le Bundesgerichtshof, à l'occasion d'une procédure d'exécution en Allemagne d'une condamnation civile contenue dans une décision pénale émanant d'une juridiction française.

Les faits étaient les suivants. Un médecin allemand, M. Krombach, avait été condamné à quinze ans de réclusion criminelle pour violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner et au paiement de dommages et intérêts à la partie civile, M. Bamberski, père de la victime. L'accusé ayant refusé de comparaître, la Cour d'assises a appliqué la procédure de contumace, aucun défenseur ne pouvant se présenter pour le contumax (article 630 du Code de procédure pénale français).

Lors de l'instance en exequatur en Allemagne de la décision civile, M. Krombach a fait valoir qu'il n'avait pu se défendre de manière effective devant la juridiction française.

Face à cette situation, le Bundesgerichtshof a décidé de surseoir à statuer et a interrogé la Cour de Justice des Communautés européennes afin de savoir si le juge de l'Etat requis pouvait, alors que la Convention de Bruxelles était applicable, tenir compte du fait que le juge de l'Etat d'origine avait refusé au défendeur le droit de se faire défendre et ce sur le fondement de l'article 27-1°⁶⁸⁸. La question plus générale était donc de savoir si l'exception d'ordre public international pouvait englober le contrôle de la procédure suivie par le juge d'origine.

453. Pour la Cour de Justice, le juge d'un Etat contractant est en droit de considérer que le refus d'entendre la défense d'un accusé absent des débats constitue une violation manifeste

⁶⁸⁵ H. Muir-Watt, « Contre une géométrie variable des droits fondamentaux de la procédure », *Justices*, n°4, 1996, p.329 et s. ; J. Normand, « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de R. Perrot, Paris, Dalloz, 1996, p.337 et s.

⁶⁸⁶ Voir *supra* n°377.

⁶⁸⁷ CJCE 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Krombach*, *Rev. crit.* 2000, 481, n. H. Muir-Watt ; *JDI* 2001, 690 ; *RTD civ.* 2000, 944, obs. J. Raynard ; *Gaz. Pal.* 2000, n°275, p.30, n. M.-L. Niboyet ; *Europe* 2000, n°157, obs. L. Idot.

⁶⁸⁸ Les juges allemands ont également soulevé le problème de la compétence de la juridiction française, celle-ci se fondant uniquement sur la nationalité de la victime en l'espèce. La Cour de Justice a considéré que ce point ne pouvait donner lieu à un contrôle de la part du juge requis, en vertu de l'article 28 paragraphe 3 selon lequel « ... il ne peut être procédé au contrôle de la compétence des juridictions de l'Etat d'origine ; les règles relatives à la compétence ne concernent pas l'ordre public visé à l'article 27 paragraphe 1 ».

d'un droit fondamental. Le recours à la clause de l'ordre public est possible « *dans les cas exceptionnels où les garanties inscrites dans la législation de l'Etat d'origine et dans la Convention elle-même n'ont pas suffi à protéger le défendeur d'une violation manifeste de son droit de se défendre devant le juge d'origine, tel que reconnu par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* ».

Le contrôle de la procédure est intégré au sein de la clause générale d'ordre public prévue par l'article 27-1°, au nom de la défense des droits fondamentaux et plus particulièrement ceux consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales notamment le droit à un procès équitable (article 6-1°).

La solution est donc la même que celle retenue peu avant par la Cour de cassation française dans l'arrêt Pordéa.

454. Il y a par conséquent une sorte de « dilatation » de l'ordre public international au sens de l'article 27-1°, les droits fondamentaux étant la raison primordiale de cette évolution. Les exigences du procès équitable doivent primer sur les dispositions de la Convention de Bruxelles, telles qu'interprétées classiquement et sur l'objectif général d'efficacité des jugements. Ce but d'ordre technique s'efface devant les valeurs essentielles en cause⁶⁸⁹.

Ainsi, le conflit entre les deux textes européens semble être désamorcé, au profit de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

Mais une fois cette solution admise, l'analyse se fondant sur les droits fondamentaux risque de ne pas perdurer. La portée de la consécration peut se poser.

2) La portée de la consécration des droits fondamentaux.

455. Le recours aux droits fondamentaux issus de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales permet de justifier l'extension de l'article 27-1° de façon catégorique, afin qu'il assure également la défense de l'ordre public procédural.

En effet, il s'agit d'un texte s'imposant à tous les Etats parties à la Convention de Bruxelles.

De plus, ces solutions s'imposent à l'Union européenne elle-même, comme l'a rappelé la Charte des droits fondamentaux du 18 décembre 2000.

La Cour de Justice des Communautés européennes ne pouvait donc tolérer que des droits consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales puissent être remis en cause au nom de l'objectif de libre-circulation des jugements. Les droits fondamentaux doivent l'emporter en raison de leur origine mais aussi de leur nature, notamment si l'on estime qu'il s'agit de normes de *jus cogens*, aucune règle conventionnelle ne pouvant aller à leur encontre.

456. Une fois cette solution acquise, le risque d'assister à une banalisation des droits fondamentaux est réel. En effet, la discussion quant à la possibilité de contrôler la procédure suivie par le juge d'origine par le biais de la clause d'ordre public général était

⁶⁸⁹ Voir en ce sens : D. Bureau, « Les conflits de conventions », communication précitée, spéc. p.218 et s.

ouverte, la réponse à la question étant particulièrement problématique. L'esprit de la Convention de Bruxelles semblait devoir empêcher le contrôle général de la procédure suivie par le juge d'origine et de façon corollaire le jeu de l'ordre public procédural. Les droits fondamentaux ont alors été introduits dans le débat. Ils interviennent par conséquent, comme pour la Convention franco-marocaine, pour résoudre un problème épineux. Il est donc légitime de se demander si leur utilité n'est pas réduite à cette seule fonction, leur « prestige » permettant de résoudre bien des problèmes de façon indiscutable. Une réponse se fondant sur eux apparaîtrait difficile à remettre en cause.

En dehors de cela, l'attrait pour les droits fondamentaux en droit international privé peut paraître moins important, les solutions jurisprudentielles étant pour l'heure peu nombreuses en dehors de ces questions particulières.

De plus, pour l'article 27 de la Convention de Bruxelles, le recours aux droits fondamentaux afin de permettre la défense de l'ordre public procédural ne semble plus essentiel. Une fois le principe du contrôle admis, ils pourraient s'effacer et céder la place à une analyse plus classique. Leur utilisation serait ainsi passagère, ne servant qu'à justifier une interprétation quasiment *contra legem* de l'article 27-1°.

457. Il est vrai que cette analyse est critiquable, la Cour de Justice exigeant, pour l'intervention de l'ordre public, « *la violation manifeste d'un droit fondamental* »⁶⁹⁰. Pourtant, la portée de cette affirmation nous semble devoir être limitée.

En effet, l'exigence d'une violation manifeste est somme toute assez banale dans une convention internationale, il s'agit même d'une clause de style, qui n'est toutefois pas consacrée par l'article 27 de la Convention de Bruxelles⁶⁹¹. Ce n'est donc pas, dans une telle hypothèse, une analyse novatrice.

L'exigence de la violation d'un droit « *fondamental* » correspond également à cette idée, l'objectif étant de limiter les cas d'intervention de l'ordre public international.

458. C'est pourquoi nous pensons qu'une fois la justification fournie, les droits fondamentaux pourraient ne plus tenir le haut de l'affiche, une analyse utilisant l'ordre public international classique étant possible.

L'attrait pour les droits et principes fondamentaux peut donc être considéré comme n'étant pour cette question qu'épisodique et circonstanciel.

De plus, l'intervention de l'ordre public procédural devrait être exceptionnelle, en raison certes du cadre conventionnel, mais aussi parce que les législations des différents Etats parties à la Convention de Bruxelles respectent dans une très large mesure les principes fondamentaux en matière de procédure.

⁶⁹⁰ Arrêt *Krombach*, motif n°40.

⁶⁹¹ L'article 34 al. 1 du règlement du 22 décembre 2000 introduit quant à lui l'adverbe « manifestement », rejoignant les solutions conventionnelles classiques (voir *supra* n°161 et s.).

Conclusion du paragraphe :

459. Le recours aux droits fondamentaux paraît assez circonstancié. Il s'agit souvent d'une sorte d'argument « massue », destiné à résoudre des problèmes délicats, à justifier des interprétations audacieuses, voire quelquefois *contra legem*.

Cela est vrai pour la Convention franco-marocaine, mais aussi pour la Convention de Bruxelles.

L'écrasante majorité des droits fondamentaux issus de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et intégrés au sein de l'exception d'ordre public international concerne ces accords internationaux.

L'introduction des droits fondamentaux n'a donc pas, pour l'instant bouleversé l'analyse classique et le choix entre l'exception d'ordre public international et les lois de police.

Une évolution des conceptions essentielles, reposant notamment sur les principes de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, n'est toutefois pas à exclure. Mais il nous semble que si une modification de l'approche classique devait intervenir, elle devrait concerner les conséquences du jeu de l'exception d'ordre public international et non les causes. Il s'agirait donc d'une voie médiane, entre l'exception classique et l'affinement proposé, une troisième voie par conséquent.

§ 2-Vers l'apparition d'une troisième voie pour la protection des droits fondamentaux?

460. Cette voie consiste à aménager l'exception d'ordre public international non au niveau de ses cas d'intervention, c'est-à-dire en amont, mais au niveau des effets de l'intervention, en aval par conséquent. Cela est forcément différent, la souplesse du mécanisme étant préservée, tout en assurant une protection plus satisfaisante des droits et principes fondamentaux.

Il nous faut ainsi, dans un premier temps, exposer cette solution (A). Dans un second temps, nous essayerons de montrer en quoi cette approche semble plus avantageuse que les autres, en la mettant à l'épreuve (B).

A-Exposé de la troisième voie.

461. La théorie de l'affinement de l'exception d'ordre public international prétend assurer une défense plus efficace et plus adaptée des droits fondamentaux que celle obtenue par l'exception d'ordre public international classique. Pour cela, elle agit sur les conditions d'intervention de ce mécanisme.

Pourtant, malgré les aménagements proposés, une faille subsiste au niveau des conséquences de l'intervention de l'exception. La norme finalement appliquée pour

combler la lacune peut, en effet, être tout aussi problématique que la règle initialement appliquée (1).

C'est pourquoi une modification de l'approche à ce niveau nous semble nécessaire, une application subsidiaire du principe fondamental violé devant être envisagée (2).

1) Les risques de contradiction au stade de la substitution.

462. Un inconvénient majeur de la méthode dite de l'affinement de l'exception d'ordre public international est la rigidification d'un mécanisme caractérisé, en principe, par sa souplesse. L'éviction de la loi étrangère normalement compétente risque en effet d'être plus fréquente qu'en cas d'utilisation de l'exception classique.

La distinction avec les lois de police peut alors être problématique, l'éviction intervenant certes toujours *a posteriori*, la règle de conflit pouvant être consultée, de même que la loi qu'elle désigne, mais il n'y a que peu ou pas de marge laissée à la *lex causae*. L'enjeu du choix ponctuel entre les deux voies se trouve alors singulièrement réduit, ce qui constitue un appauvrissement pour la théorie générale du droit international privé. La défense de l'ordre juridique du for ne se fait quasiment plus que sur un mode, l'exception d'ordre public international se rapprochant des lois de police, et non grâce à deux techniques distinctes, caractérisant également deux niveaux de protection différents.

C'est là une limite de l'approche.

Mais surtout, cet appauvrissement est préconisé afin d'arriver à une protection plus satisfaisante des droits fondamentaux.

Si cela était effectivement le cas, le sacrifice consenti paraîtrait concevable, la contrepartie étant importante. Mais il faut bien constater que le mécanisme proposé souffre d'un défaut majeur, même si ses exigences sont renforcées et que la protection assurée est théoriquement plus satisfaisante. Cette imperfection peut être constatée au niveau des conséquences de l'intervention de l'exception.

463. En effet, dans le raisonnement classique, la loi étrangère normalement compétente est évincée, ce qui crée une lacune, qui doit être comblée, un droit devant intervenir pour régir le rapport en cause. La *lex fori* est alors appliquée, de manière subsidiaire, à cette fin, alors qu'elle n'est pas désignée par la règle de conflit.

Or, cette loi du for peut elle-même ne pas respecter le principe fondamental qui a été violé, ce qui a justifié l'intervention de l'exception d'ordre public international puis l'éviction de la *lex causae*.

Ainsi, par exemple, une loi étrangère peut être écartée par un juge français, car elle ne respecte pas un principe consacré par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. La loi française sera alors appliquée afin de combler la lacune due à cette mise à l'écart. Mais il est concevable que cette norme de remplacement ne respecte pas, à son tour, les exigences du texte européen, l'ensemble du droit français ne pouvant prétendre, à l'heure actuelle, à une parfaite conformité avec ce dernier. Cela est vrai pour la plupart sinon tous les droits des Etats parties.

Le for risque alors d'adopter une attitude contradictoire, la situation pouvant être la même que celle que nous avons mise en évidence en cas de variation du contenu de l'ordre public international dans le temps⁶⁹².

⁶⁹² Voir *supra* n°150 et s.

Cela est dû au fait que les conceptions fondamentales du for sont influencées par des principes supra-nationaux et par des organes ayant également ce caractère, notamment la Cour européenne des Droits de l'Homme. En d'autres termes, le for n'est plus entièrement maître du contenu de son ordre public international dès lors qu'il consent à se soumettre à de tels mécanismes. La loi du for n'est pas la seule source de l'ordre public international du for.

Il peut arriver que le texte d'origine internationale consacre un principe devant être défendu par l'exception d'ordre public international alors que la *lex fori* viole elle-même ce principe.

464. Cette question mérite donc d'être résolue, sous peine de consacrer des solutions fort peu satisfaisantes. Il faut donc se demander si la norme de substitution doit toujours être issue de la *lex fori* en cas de défense d'un principe fondamental ou si une autre solution est envisageable. La substitution directe du principe fondamental lui-même nous semble une réponse plus adéquate à la question soulevée.

2) La substitution directe du droit ou du principe fondamental.

465. Une modification de la norme intervenant subsidiairement constitue bien un aménagement du régime de l'exception d'ordre public international classique, non au niveau de ses cas d'intervention ou de ses conditions de déclenchement mais au niveau de ses conséquences ultimes. Cela permettrait de ne pas brouiller les repères habituels pour le choix ponctuel entre l'exception d'ordre public international et les lois de police et de garder ainsi en toute hypothèse deux niveaux de protection, sans que l'un soit assimilé à l'autre.

466. Le principe défendu, justifiant l'éviction de la *lex causae* ou de certaines de ses dispositions devrait intervenir lui-même afin de régir la situation en cause et de combler la lacune existante. Il n'y aurait, de la sorte, plus aucun risque de contradiction à ce stade ultime du raisonnement.

Lorsqu'un principe consacré par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales est en cause, l'interprétation donnée par la Cour de Strasbourg des différents principes existant dans le texte devrait être utilisée et appliquée, sans passer par l'intermédiaire de la *lex fori*, qui risque de « parasiter » la protection des solutions fondamentales.

467. Il est vrai qu'il peut être objecté qu'une telle attitude n'est pas nécessaire, une simple mise à l'écart de la *lex fori* française sur le fondement de l'article 55 de la Constitution étant possible en cas de contrariété avec un Traité international⁶⁹³.

Mais, il peut être difficile de savoir si une règle interne est contraire ou non à un texte tel que la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, en raison de l'interprétation souple qui est faite de ses dispositions.

⁶⁹³ Article 55 selon lequel : « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

Différents éléments, en jurisprudence, peuvent d'ailleurs être interprétés comme allant dans le sens de la consécration d'une voie nouvelle au niveau de la norme à substituer, en cas d'atteinte à un principe fondamental.

468. Tout d'abord, une spécificité de l'approche peut être constatée, lorsque l'éviction de la loi étrangère normalement compétente se justifie par la nécessité de défendre des solutions fondamentales consacrées par un texte international.

Dans de telles circonstances, la Cour de cassation, à plusieurs reprises, n'a pas utilisé les termes mêmes « *d'ordre public international* »⁶⁹⁴. Dans certains cas, les principes défendus sont simplement juxtaposés à l'exception d'ordre public international⁶⁹⁵. Pourtant, dans toutes ces situations, de manière incontestable, la norme étrangère est évincée après avoir été consultée et confrontée aux droits et principes fondamentaux concernés. Le fait que ces derniers ne soient pas formellement intégrés au sein de l'exception classique peut témoigner d'une spécificité de l'approche utilisée lorsqu'ils sont en cause. De cette manière, le raisonnement s'éloigne de la méthode habituelle.

Ensuite, pour ce qui est de l'application directe du principe, aux fins de substitution à la loi étrangère normalement compétente, il est possible de citer l'arrêt de la Cour de cassation, du 24 février 1998. Selon la Haute-juridiction, les juges du fond en appliquant les dispositions de la loi suisse alors applicable, en ce qu'elles imposaient une discrimination à l'encontre de la seule épouse dans la liquidation et le partage des biens de l'union conjugale ont violé l'article 5 du protocole n° 7 à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Or, il s'agit d'un « *texte qui s'impose directement au juge français à qui il appartenait de rétablir l'égalité des droits entre les époux* ».

Aucun rappel de l'exception d'ordre public international n'est fait dans cette décision. De plus, la substitution de la loi française n'est pas expressément envisagée, ce qui est pourtant quelquefois le cas, la Cour de cassation rappelant le principe du recours à la *lex fori*⁶⁹⁶. Mais la loi suisse est indiscutablement évincée après avoir été confrontée aux principes fondamentaux ; elle n'est en aucun cas écartée *a priori*.

469. Il est alors tentant de considérer que nous sommes en présence du raisonnement suivant : selon la Cour de cassation, la loi suisse normalement compétente devait être consultée, les juges du fond ne se voyant pas reprocher le fait d'avoir fait jouer la règle de conflit. Il convenait par la suite de mettre à l'écart cette *lex causae* en raison de sa contrariété avec le principe d'égalité des époux. Enfin, la lacune créée de ce fait devait être comblée par l'application directe de ce principe et non par un quelconque recours à la loi française en raison de la vocation subsidiaire de la *lex fori*, le juge français devant « rétablir l'égalité entre les époux » sur le fondement de l'article 5 du protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.

Nous serions par conséquent confrontés à une voie différant quelque peu de l'exception d'ordre public international classique, une spécificité intervenant au stade de la substitution. Toutefois, il ne s'agit que de l'interprétation d'une seule décision. C'est pourquoi, afin de

⁶⁹⁴ Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1994 précité note 626, 31 janvier 1995 précité note 626, 24 février 1998 précité note 600, 5 janvier 1999 précité note 626.

⁶⁹⁵ Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990, *Pistre*, précité note 593.

⁶⁹⁶ Par exemple : Civ. 1^{ère} 16 juillet 1992, *Rev. crit.* 1993, 269, n. P. Courbe ; *D.* 1993, 476, n. K. Saïdi ; *JCP* 1993, II, 22138, n. J. Deprez.

voir si la solution est véritablement intéressante et si elle mérite d'être consacrée, il faut procéder à sa mise à l'épreuve, pour faire ressortir ses avantages mais aussi ses inconvénients.

B-La mise à l'épreuve de la troisième voie.

470. La solution présente selon nous des avantages considérables (1). Pour autant, elle n'est pas à l'abri de toute critique négative (2).

1) Les avantages de la troisième voie.

471. Le premier avantage de la solution, la cohérence qu'elle permet d'instaurer, est évident et constitue la justification même de cette voie.

En cas d'intervention de l'exception d'ordre public international, le for ne devrait pas rendre de décision contradictoire ou incohérente.

472. De plus, cet aménagement peut se faire en respectant la souplesse de l'exception d'ordre public international. Il n'y a pas de rapprochement entre cette dernière et la méthode des lois de police. Cela permet d'avoir toujours deux degrés de protection de l'ordre juridique du for, l'un intervenant *a priori*, avant le jeu de la règle de conflit, de manière radicale, l'autre *a posteriori*, après avoir laissé une chance à la loi étrangère normalement compétente. Ainsi, dans un domaine particulier, il sera possible de continuer à choisir entre ces deux techniques, d'opter pour la plus adaptée à la question en cause, l'enjeu étant réel et non purement formel.

473. Une telle approche ne se fait pas au détriment de la protection des droits fondamentaux. En effet, soit la loi étrangère désignée par la règle de conflit est conforme au principe fondamental en cause et dans ce cas elle s'appliquera de manière pleine et entière, soit elle le viole et le principe se substituera lui-même, sans avoir à passer par l'intermédiaire de la *lex fori*. Dans les deux cas, le droit fondamental est donc respecté, ce qui peut être douteux lorsque la *lex fori* intervient dans le raisonnement.

474. Il est vrai que cette voie peut n'être que transitoire, les droits des différents Etats parties à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et notamment le droit français, respectant de plus en plus les solutions consacrées par ce texte. Par conséquent, au bout d'un certain temps, le fait de recourir, en tant que norme de substitution, au principe lui-même ou à la loi française risque d'être équivalent.

Mais cette méthode est alors susceptible d'accélérer ce processus. Elle permet d'appliquer au sein de l'ordre juridique du for des solutions internationales qui ne sont pas identiques à la loi interne. Cela peut révéler la contrariété de cette dernière et inciter les Etats à modifier leurs propres règles, la violation d'une Convention internationale par une règle interne

n'étant pas toujours flagrante, lorsqu'elle n'est pas mise en évidence par un organe comme la Cour européenne des droits de l'Homme.

475. Il est possible de rétorquer, comme nous l'avons vu que cette méthode est artificielle, car il suffirait au juge français, dans les cas de contrariété entre la loi interne du for et la Convention internationale, d'écarter la première en vertu de l'article 55 de la Constitution, après avoir déjà évincé la *lex causae*. La conformité au principe fondamental serait ainsi assurée de manière toute aussi satisfaisante, car soit la loi substituée le respecte, soit elle le viole et elle est alors mise à l'écart.

Toutefois, il nous semble que cette façon de faire est moins protectrice. La situation suivante est imaginable. La *lex causae* étrangère est contraire de manière flagrante à un principe fondamental consacré par une convention internationale, aucun doute n'étant possible quant à la nécessité de son éviction.

En revanche, pour la *lex fori* à substituer, cela est moins indiscutable, l'hésitation étant permise. Dans ce cas, le juge peut, en raison du doute, ne pas l'écarter, et consacrer une solution contraire au principe. Cette situation risque d'être fréquente concernant la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Lorsque la Cour européenne n'a pas pris position de façon claire, certains points peuvent rester dans le flou.

Cette analyse peut encore être renforcée par un autre élément. Il est relativement facile pour un juge de considérer une loi étrangère contraire à un principe fondamental, puis de la mettre à l'écart, cette norme émanant par définition d'un ordre juridique dont il ne relève pas. Mais il est plus délicat pour lui d'évincer une norme nationale, qui bénéficie nécessairement d'une présomption favorable, la contrariété d'une telle règle étant plus difficilement concevable pour lui.

Le fait de recourir systématiquement au principe fondamental en cause afin de combler la lacune existante nous semble donc être une garantie supplémentaire.

476. C'est de cette façon qu'il est concevable d'assister à l'apparition d'un véritable ordre juridique européen.

D'une part, les droits internes des différents Etats parties à la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales tendent vers les mêmes objectifs et respectent les solutions qu'elle consacre, par cette voie, mais aussi de façon plus directe par le jeu des condamnations prononcées par la Cour européenne.

D'autre part, les principes d'ordre public international de ces Etats convergent eux aussi, chacun les défendant dans son propre champ de compétence, comme nous l'avons vu auparavant.

477. Un dernier avantage peut encore être trouvé à cette approche. La substitution d'un principe international largement partagé peut résoudre le problème de l'inadéquation de l'application à titre subsidiaire de la *lex fori* dans certains litiges. Ce recours est en effet critiquable lorsque le for présente des liens très lâches avec la situation en cause, l'immixtion de sa loi apparaît alors comme inopportune et artificielle⁶⁹⁷.

En substituant une approche internationale, il est évident qu'une telle inadaptation se présentera moins fréquemment. Ainsi, un rapport de droit peut ne pas présenter de liens forts avec l'ordre juridique français tout en étant proche de l'ordre juridique européen. Le recours à la *lex fori* en tant que norme de substitution risque d'apparaître comme illégitime

⁶⁹⁷ Voir *supra* n°96.

dans ce cas. Si le principe violé est consacré par la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, qu'il appartient par conséquent à l'ordre juridique européen et qu'il est appliqué lui-même, afin de combler la lacune existante, la légitimité de son intervention est plus grande que celle de la *lex fori*.

478. La perspective d'utilisation de cette méthode nous paraît donc intéressante, ses avantages étant nombreux. Toutefois, il faut également mettre en évidence les limites de cette approche, qui ne constitue assurément pas la panacée.

2) Les limites de la troisième voie.

479. Le premier point auquel il faut s'intéresser concerne l'imprécision des principes fondamentaux. Nous avons vu auparavant, qu'ils sont, pour la plupart, trop généraux pour pouvoir régir à eux seuls une situation, ce qui constitue un obstacle à leur éventuelle application immédiate. Il est alors difficile d'imaginer leur intervention selon la méthode que nous préconisons, le même inconvénient apparaissant nécessairement. Ils ne peuvent apporter de réponse satisfaisante sur un point précis, leur contenu n'étant pas suffisamment étoffé, quel que soit le moment de leur intervention, avant ou après le jeu de la règle de conflit.

480. Mais une différence fondamentale doit être mise en évidence entre les deux situations. Lorsqu'ils sont appliqués en tant que norme de substitution, ces principes fondamentaux n'interviennent pas purement et simplement et ne régissent pas à eux seuls un rapport de droit.

En effet, dans une telle hypothèse, ils ne jouent qu'en réaction à la contrariété d'une norme étrangère. Il existe donc la plupart du temps un arrière-plan solide sur lequel il est possible de s'appuyer, puisque l'éviction est limitée aux seules dispositions contraires aux exigences que l'on dégage du principe en cause.

Très souvent, ce dernier interviendra donc essentiellement sur un mode correcteur et non uniquement directeur. Il sera ainsi juxtaposé à une norme d'origine étatique, ce qui n'est pas le cas de l'application immédiate.

De plus, dans bon nombre d'hypothèses, il suffira de prendre le contre-pied de la solution défendue par la *lex causae*. Mais une hésitation sur l'utilité de la solution et sur sa portée peut alors apparaître.

En effet, si l'on se trouve face à ce que nous avons appelé un « Ja/Nein Konflikt » pour lequel la réponse à apporter est insusceptible de modulation, il faut se demander si la réflexion est pertinente⁶⁹⁸. Le principe fondamental justifie l'éviction de la loi étrangère normalement compétente, le résultat final devant être l'opposé de celui retenu par la *lex causae*.

Par exemple, une personne ne peut, en principe, se marier en vertu de la loi étrangère normalement applicable, régissant les conditions de fond du mariage. Celle-ci est évincée parce qu'elle porte atteinte au droit de se marier, consacré par l'article 12 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Cela signifie que le mariage doit pouvoir être célébré. Il s'agit de la seule réponse cohérente

⁶⁹⁸ Sur la définition du « Ja/Nein Konflikt » voir *supra* n°97.

suite à l'éviction, la loi substituée ne pouvant qu'aller en ce sens, sous peine de consacrer une contradiction flagrante entre les deux étapes du raisonnement.

Mais pour ce type de réponse limitée, peu importe que l'on se fonde sur la solution internationale que l'on cherche à défendre ou sur la *lex fori*. Soit cette dernière va dans le même sens que le principe fondamental et il n'y a aucune différence entre les deux voies, soit elle en prend le contre-pied et dans ce cas, aucun doute ne subsiste quant à sa contrariété et à sa nécessaire mise à l'écart, en vertu de l'article 55 de la Constitution.

En dehors de ces « Ja/Nein Konflikten », l'éviction n'apporte pas en elle-même la réponse à la question posée, une modulation est possible quant à la solution à consacrer au final.

La voie que nous préconisons est alors susceptible, *a priori*, de produire ses pleins effets. Il peut dans ces cas-là, y avoir doute quant à la contrariété de la *lex fori* aux principes consacrés par la Convention internationale en cause, ce qui n'est pas rare, en raison de l'interprétation large qui est faite, par exemple de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales. Savoir à quoi s'en tenir est souvent ardu. Il est alors avantageux de recourir à l'application directe (mais non immédiate) du principe international en cause, afin d'éviter toute hésitation. En revanche, s'il n'y a pas de doute quant à la contrariété de la *lex fori*, elle devrait être écartée en vertu de l'article 55 de la Constitution.

Mais précisément, s'il y a incertitude quant à la contrariété d'un résultat retenu par un des Etats parties à la Convention, c'est essentiellement parce qu'il n'y a pas de jurisprudence claire de la Cour européenne sur la portée du principe en cause.

Puisque la modulation quant à la réponse à apporter est concevable, il peut alors être délicat de donner une solution précise à partir du seul principe impliqué qui risque d'être trop général pour pouvoir régir une situation efficacement.

De plus, s'il n'y a pas de prise de position nette au niveau international, l'interprétation du principe concerné sera forcément nationale et il peut être délicat pour un juge de s'éloigner de la *lex fori*, une telle attitude pouvant signifier la contrariété de cette dernière à la Convention internationale, alors pourtant que les organes de Strasbourg ne se sont pas clairement prononcés.

Ce point est donc délicat et paraît susceptible de remettre en cause la portée de la troisième voie. Il est possible d'hésiter. Mais il est certain que le fait d'appliquer directement le principe international signifie son application exacte. La *lex fori*, quant à elle, n'est pas forcément contraire mais ne traduit pas non plus nécessairement de manière fidèle ses exigences.

481. Un second problème mérite également d'être soulevé. Le fait de recourir à ces principes généraux donne un caractère judiciaire au droit international privé, les solutions précises ne pouvant être connues que si la question est portée devant un juge. Cela entraîne, de façon corollaire, une imprévisibilité latente pour les personnes concernées par le rapport de droit en cause, ce qui n'est guère satisfaisant.

Pourtant, cet inconvénient peut être nuancé. En effet, le jeu de l'exception d'ordre public international est, comme son nom l'indique, exceptionnel. Il est en lui-même relativement imprévisible. Le fait de recourir à un principe général pour combler la lacune due à l'éviction de la loi normalement compétente n'ajoute donc pas grand chose à cela, les personnes intéressées ayant de toute façon vraisemblablement fondé leurs prévisions sur la loi normalement compétente et non sur une quelconque autre norme.

Conclusion du paragraphe :

482. La troisième voie est donc offerte. Il est possible d'y recourir, ce qui dans notre perspective serait particulièrement utile. Il est d'ailleurs légitime de se demander si la jurisprudence et notamment la Cour de cassation ne prend pas déjà des libertés par rapport au régime classique de l'exception d'ordre public international dans certaines décisions. Cela pourrait contribuer à l'apparition d'une technique intervenant postérieurement au jeu de la règle de conflit et à la consultation de la loi étrangère normalement applicable, mais présentant certaines spécificités par rapport au mécanisme habituel.

Malgré tout, cette solution présente également des inconvénients, qui peuvent nuire à sa consécration et il sera intéressant d'observer les prises de position jurisprudentielles à venir.

* * *

Conclusion du chapitre et du titre :

483. L'intrusion des droits et principes fondamentaux au sein de l'ordre juridique français, manifeste depuis quelques années, est une donnée qu'il faut prendre en compte en droit international privé. Il est impossible de l'ignorer.

Pour autant, ce facteur ne devrait pas entraîner de bouleversement mais seulement contribuer à l'apparition de certaines modifications ponctuelles, notamment pour le régime de l'exception d'ordre public international.

Il sera également intéressant de voir si l'attrait qu'ils suscitent à l'heure actuelle dépassera le simple effet de mode et si leur omniprésence subsistera.

484. Toujours est-il que le choix ponctuel entre l'exception d'ordre public international et les lois de police ne devrait pas être remis en cause de leur fait, les théories proposées n'étant pas pleinement satisfaisantes. Les points de repère habituels restent alors valables, l'exception d'ordre public international étant toujours caractérisée par une plus grande souplesse que les lois de police, la consultation de la *lex causae* n'étant pas purement formelle et ayant un intérêt réel.

Face à une situation donnée, il sera toujours possible de moduler la réponse de l'ordre juridique français en fonction des intérêts en cause, cette dualité étant selon nous profitable et devant en tant que telle être préservée et non altérée par des théories aux conséquences douteuses.

Conclusion de la première partie :

485. La séparation entre l'exception d'ordre public international et les lois de police est donc réelle, il s'agit bien de deux notions distinctes en droit international privé français actuel.

Toutefois, il ne faut pas l'exagérer et considérer qu'il y a une opposition systématique entre elles.

D'une part, leurs cas d'intervention sont flous et peuvent se chevaucher, ce qui entretient une certaine confusion. Mais cette circonstance permet aussi de disposer de deux degrés d'intervention dans de nombreuses situations à caractère international et de choisir la plus adaptée à la question en cause. Cela constitue donc également une richesse.

D'autre part, leurs régimes respectifs ne sont pas non plus systématiquement antagonistes. Des rapprochements ponctuels sont possibles et souhaitables afin d'aboutir à une plus grande cohérence. Ils existent d'ailleurs déjà pour certains mécanismes particuliers, tels que l'ordre public social de protection ou l'ordre public de proximité.

Les deux techniques sont donc autonomes, mais il peut être intéressant de voir également, outre leur distinction, leur complémentarité dans la dynamique du droit international privé, point négligé jusque-là, mais qui nous paraît pourtant important.

Seconde partie :

La nécessaire complémentarité entre l'exception d'ordre public international et les lois de police.

486. Nous abordons un autre aspect de la relation entre l'exception d'ordre public international et les lois de police. Il s'agit comme nous avons pu le constater de deux notions autonomes, présentant chacune certaines particularités. Mais de cette indépendance naît aussi une possibilité de complémentarité, à partir du moment où leur rôle n'est pas strictement le même. Cela est d'autant plus crédible que tout en ayant leur spécificité, elles ne sont pas opposées et peuvent même être rapprochées dans une certaine mesure.

Or, de ces constats il résulte que l'exception d'ordre public international et les lois de police sont susceptibles de contribuer à l'évolution du droit international privé, cela recouvrant plus particulièrement deux aspects.

487. Tout d'abord, ces deux mécanismes exceptionnels peuvent mettre en évidence, par le fait même de leur intervention, l'inadaptation d'une règle de conflit de principe aux besoins d'un ordre juridique. Leur mise en jeu répétée peut provoquer une réflexion entraînant l'apparition d'une nouvelle solution conflictuelle de principe. Cette dernière se fonde alors sur les leçons qui peuvent être tirées du jeu des exceptions, notamment pour le critère de rattachement. Il s'agit d'un rôle très important, permettant d'instaurer une dynamique de droit international privé, une adaptation des solutions conflictuelles (Titre 1).

488. Ensuite, la complémentarité apparaît également pour l'ordre public international étranger et les lois de police étrangères. Etant donné les rapprochements entre les notions, il est difficile de comprendre pourquoi le jeu du premier est catégoriquement rejeté alors que l'application des secondes est acceptée, au moins en théorie.

Il importe alors de se pencher sur la question. Selon nous, l'ordre public international étranger a un rôle à tenir, certes résiduel mais réel. L'opposition avec les lois de police étrangères n'est pas justifiée. Cela est dû également au fait que trop d'importance a été donnée au phénomène de l'application de ces dernières (Titre 2).

Titre I-La complémentarité entre l'exception d'ordre public international et les lois de police : la création de solutions conflictuelles nouvelles.

489. Des leçons peuvent être tirées de l'intervention de l'exception d'ordre public international et des lois de police. Ces mécanismes peuvent servir à révéler l'inadaptation d'une règle de conflit et à l'apparition d'une nouvelle solution plus satisfaisante. Ils peuvent donc avoir une fonction constructrice⁶⁹⁹.

Aux Etats-Unis, cet aspect des choses a attiré l'attention depuis longtemps. Il a été mis en évidence que la Public Policy, version américaine de l'exception d'ordre public international était souvent un subterfuge, corrigeant une norme conflictuelle insatisfaisante. Cela a entraîné dans ce pays une véritable révolution des méthodes pratiquées jusque-là.

Dans nos systèmes également, des leçons peuvent être tirées du jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police, au niveau du raisonnement conflictuel. Toutefois, les conséquences ne devraient pas être aussi extrêmes qu'outre-Atlantique.

Nous étudierons donc rapidement l'évolution américaine afin de voir les points positifs à retenir et de mettre en évidence les excès dans lesquels il ne faut pas tomber (Chapitre préliminaire).

Bien entendu, en fonction des méthodes utilisées, l'exception d'ordre public international et les lois de police n'ont ni la même fonction, ni la même importance, ce qui a nécessairement une influence sur leur rôle de révélateur de l'inadaptation d'une règle de conflit.

C'est pourquoi nous verrons que la création de règles de conflit bilatérales par le jeu des exceptions est possible (Chapitre I).

Une telle analyse est concevable aussi pour les méthodes minoritaires que sont l'unilatéralisme et les règles matérielles de droit international privé, alors que cela paraît plus difficile à première vue (Chapitre II).

⁶⁹⁹ Cette fonction de l'exception d'ordre public international a également été mise en évidence en droit communautaire par Madame S. Poillot-Peruzzetto dans sa communication du 28 mars 2003 au comité français de droit international privé, « Ordre public et lois de police en droit communautaire », à paraître aux travaux du comité. Voir également pour la mise en évidence d'une fonction constructive de l'ordre public international, G. Canivet, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RIDC* 2003, 7.

Chapitre préliminaire-La création de solutions conflictuelles par des subterfuges : l'exemple américain.

490. La Public Policy a joué un rôle destructeur aux Etats-Unis, le premier Restatement étant remis en cause en même temps que les méthodes pratiquées jusque-là (Section I). Mais pour autant, l'aspect constructeur de ce mécanisme ne doit pas être négligé (Section II).

Section I – La Public Policy, élément destructeur de solutions conflictuelles.

491. Le premier Restatement a été inspiré par Beale⁷⁰⁰. Il contenait des règles de conflit reposant sur la doctrine des droits acquis. Elles ressemblaient, dans une certaine mesure, aux normes conflictuelles que nous connaissons encore aujourd'hui en France, leur structure étant similaire.

Leur remise en cause est due à l'intervention répétée de subterfuges, dont la Public Policy, mais aussi d'autres mécanismes tels que le renvoi par exemple.

Selon le schéma traditionnel, la Public Policy (ou l'exception d'ordre public international) évince une loi étrangère, désignée par la règle de conflit, en raison de son caractère choquant d'après les conceptions de l'ordre juridique du for. La *lex fori* est ensuite appliquée afin de combler la lacune, faute de solution plus satisfaisante.

La doctrine américaine a mis en évidence que, dans la jurisprudence s'inspirant du premier Restatement, la Public Policy jouait non pas parce que la *lex causae* heurtait les principes fondamentaux du for, mais simplement parce que le recours à la loi du for apparaissait comme étant préférable, essentiellement en raison de l'existence de contacts significatifs entre la situation et l'ordre juridique du for⁷⁰¹.

Les juges considérant que l'application de la *lex causae* étrangère était inadaptée en tant que telle, profitaient de l'indétermination des cas d'intervention de la Public Policy et de la substitution de la *lex fori* pour arriver à leurs fins⁷⁰². La technique employée est donc hybride. Elle se rapproche de l'exception d'ordre public international et des lois de police.

Il s'agit visiblement d'un schéma traditionnel dans la jurisprudence américaine de cette période, la Public Policy servant à corriger les effets de règles de conflit inappropriées, lorsque l'application de la *lex fori* était préférable. Il y a bien, dans de tels cas, un détournement de fonction de l'exception, qui s'intéresse à la logique conflictuelle et non plus uniquement à l'aspect matériel des solutions.

⁷⁰⁰ Un Restatement est un « code privé » dont les tribunaux peuvent s'inspirer mais qui n'a aucune force obligatoire.

⁷⁰¹ Parmi les auteurs relevant cet aspect des choses, voir Cavers, « A Critique of the Choice of Law Problem », 47 *Harv. L. R.* 173, (1933), spéc. p.183, Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963, p.132-133, Leflar, « Choice-Influencing Considerations », 41 *N.Y.U.L.R.* 268 (1966).

⁷⁰² Relevant ce point, B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI* 1984, t. 186, p.219, spéc. p.346 et s.

492. Les critiques contre cet état de fait ont été nombreuses et souvent fortes. En effet, les auteurs considéraient que les règles énoncées par le premier Restatement étaient respectées en apparence mais que cela n'était absolument pas le cas en pratique. Par conséquent, l'utilisation de subterfuges a été dénoncée, démontrant en fait l'inadaptation des règles de conflit inspirées par Beale, qui étaient tout autant visées et remises en cause par les critiques.

Ces procédés ont alors été qualifiés d'« escape devices », cette expression ayant un sens péjoratif.

493. Certes, la démarche jurisprudentielle est contestable, en raison de son caractère artificiel et l'on peut comprendre les critiques contre une telle attitude, le système de conflit utilisé en apparence n'étant, dans une très large mesure, que fictif.

Mais il faut également relever que l'intervention de la Public Policy comme un subterfuge n'est pas uniquement négative, elle peut avoir une certaine utilité. Elle a en effet le mérite de mettre en évidence une inadaptation, aspect trop souvent négligé.

494. L'emploi de la Public Policy de cette façon peut être dénoncé, car il s'agit d'un détournement de la notion, même si étant donné le flou régnant autour de sa définition, cela peut être discuté. Il est en effet très difficile de la délimiter exactement.

Néanmoins, cette utilisation a également un côté positif, qui est celui de la révélation de l'inadéquation d'une règle de conflit particulière, élément pouvant être utile dans un système de droit international privé. La répétition des hypothèses peut être significative. Un symptôme particulièrement visible est mis en évidence. Cela montre qu'un élément de l'ensemble est atteint et permet de réfléchir à un remède adapté, ce qui peut par la suite entraîner un ajustement s'avérant nécessaire.

De cette manière, la Public Policy est une sorte de moteur de l'évolution des règles de conflit au sein d'un ordre juridique.

La norme conflictuelle jusque-là utilisée est dénoncée et mise ainsi à l'index. Cette règle a pu être adaptée aux besoins initiaux, lors de son apparition et peut ne plus l'être postérieurement, pour une question précise ou de façon plus générale, en raison d'une modification des circonstances ou d'exigences nouvelles.

495. La Public Policy introduit alors une véritable dynamique dans le raisonnement conflictuel. Cela oblige donc à nuancer quelque peu les critiques négatives adressées à l'encontre de cet emploi particulier. Il permet aux juges d'obtenir une solution satisfaisante, malgré tout, au niveau conflictuel, cette analyse pouvant par la suite être reprise à titre de principe et non plus de simple exception.

Il s'agit certes d'un artifice, peu satisfaisant en tant que tel puisque l'on s'éloigne de la pureté des concepts. Mais une telle démarche peut également être considérée comme un mal nécessaire permettant une adaptabilité des solutions conflictuelles.

Section II – La Public Policy, élément constructeur de situations conflictuelles.

496. La Public Policy a été utilisée comme une échappatoire, cela a été reconnu, l'objectif étant d'aboutir à l'application de la *lex fori*, non pas en raison d'une quelconque contrariété de la loi étrangère normalement compétente, établie au terme du raisonnement matériel, mais d'une réflexion se situant sur le terrain conflictuel.

Un aspect constructif de cette approche est envisageable. Mais il faut que les juges fassent nettement apparaître les contacts qui, à leurs yeux, justifient une telle solution. Cette exigence a été mise en évidence par certains auteurs américains⁷⁰³.

En d'autres termes, les liens exigibles, puisque formellement le raisonnement est toujours fondé sur l'exception d'ordre public international, doivent être précisés, afin que l'artifice puisse être le terreau d'un principe se nourrissant des solutions antérieures. Si cette condition est remplie, la Public Policy peut être un véritable moteur de la dynamique de droit international privé.

Aux Etats-Unis, les conséquences ont été radicales. Il y a eu une remise en cause totale des méthodes jusque-là pratiquées et non un simple ajustement de quelques règles de conflit particulières. Une véritable révolution conflictuelle a eu lieu⁷⁰⁴.

497. David F. Cavers a ainsi suggéré de placer la réflexion à un autre niveau et de s'intéresser au contenu des règles de fond en cause et aux politiques qui les sous-tendent, ce qui constitue le conflit véritable selon lui. Les règles de conflit classiques et indirectes ne permettent pas cela, en raison de leur caractère mécanique et aveugle qui est dénoncé.

Il est donc proposé, en tant que directive générale, d'appliquer dans chaque cas, la règle dont l'application produit le résultat le plus satisfaisant, compte tenu des rattachements de la situation et du contenu des lois en cause⁷⁰⁵. La désignation de la loi applicable n'est, de la sorte, plus le fruit de simples engrenages et n'est par conséquent pas uniquement mécanique. La logique n'est pas celle d'une justice de droit international privé pur.

498. Ce système a été lui-même critiqué, car il va trop loin dans la volonté de ne pas résoudre les questions en se fondant sur des *a priori*, la conséquence nécessaire étant une imprécision et une imprévision flagrantes. Cavers, pour essayer de remédier à ces inconvénients, a alors édicté des « *principes de préférence* », servant de guide au juge appelé à résoudre le conflit de lois⁷⁰⁶.

Le raisonnement est donc à nouveau indirect, dans une certaine mesure, mais permet d'avoir des repères dans la réflexion conflictuelle⁷⁰⁷.

⁷⁰³ Paulsen et Sovern, « Public Policy in the Conflict of Laws », 56 *Col. L. R.* 969.

⁷⁰⁴ Voir notamment Von Mehren, « Une esquisse de l'évolution du droit international privé », *JDI* 1973, 116.

⁷⁰⁵ David F. Cavers, « A Critique of the Choice of Law Problem », précité.

⁷⁰⁶ David F. Cavers, *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1965.

⁷⁰⁷ Les travaux de Cavers ont été rassemblés dans un ouvrage : *The Choice of Law, Selected Essays, 1933-1983*, Duke University Press, Durham, 1985.

499. Cette théorie, malgré ses faiblesses, est à prendre en considération, ayant une importance certaine encore aujourd'hui.

En premier lieu, le Restatement 2nd, datant de 1971, a été fortement influencé par la pensée initiée par Cavers⁷⁰⁸. Elle est donc encore, d'actualité, de nombreux Etats américains suivant, de manière plus ou moins rigoureuse, le raisonnement consacré par ce texte, même s'il est en retrait par rapport aux développements de l'auteur.

En second lieu, cette nouvelle approche a ouvert une brèche, dans laquelle d'autres auteurs se sont engouffrés. Elle a donc eu une vertu initiatrice.

500. Parmi les théories marquantes s'inspirant de celles de Cavers, il est possible de citer celle de Leflar, qui préconise la prise en compte de différents éléments, l'un d'entre eux étant l'application de la meilleure loi (better law)⁷⁰⁹. Il s'agit d'un raisonnement purement matérialiste, mettant totalement à l'écart la logique de droit international privé classique.

D'autres auteurs sont quant à eux partis des principes fondamentaux de Cavers, consistant notamment à considérer que le choix doit se faire entre des règles de fond précises et non entre des ordres juridiques uniquement, mais ont modifié certaines données, prenant en compte non pas le contenu des règles en cause, mais de façon plus large, les intérêts étatiques en cause.

501. L'auteur le plus marquant de cette tendance est incontestablement Brainerd Currie⁷¹⁰. Selon lui, la réflexion conflictuelle doit se faire en fonction des règles de fond et plus particulièrement des politiques qu'elles expriment.

Il convient ainsi, dans un premier temps, d'identifier les lois potentiellement applicables, c'est-à-dire celles ayant un contact matériel avec le rapport en cause.

Puis, dans un second temps, il faut rechercher les règles voulant s'appliquer à l'hypothèse concernée. En l'absence de délimitation expresse, une interprétation est nécessaire afin de savoir si la situation entre dans leur champ d'application. Pour ce faire, il faut déterminer la politique sous-tendant les dispositions en conflit et voir si leur objectif serait satisfait par une application à l'espèce. Si tel est le cas, la politique est « impliquée » par le rapport de droit.

A la fin de ce raisonnement, plusieurs possibilités peuvent se présenter. Si la loi d'un seul Etat est intéressée, il y a un « faux-conflit » et cette loi sera appliquée. Il s'agit de la situation la plus simple.

En revanche, lorsque plusieurs lois concernées se veulent applicables, il y a un « vrai conflit ».

Currie préconise dans ces cas l'application de la *lex fori*, sauf si le for est désintéressé, le juge devant alors se dessaisir, sur le fondement de la théorie du *forum non conveniens*⁷¹¹.

⁷⁰⁸ Sur ce point, voir B. Audit, « Le second Restatement du conflit de lois aux Etats-Unis », *TCFDIP* 1977-1979, p.29, spéc. p.35.

⁷⁰⁹ Leflar, « Choice-Influencing Considerations in Conflict Law », 41 *N.Y.U.L.R.*, 267 (1966) et « More on Choice-Influencing Considerations », 54 *Cal. L. R.*, 1585 (1966).

⁷¹⁰ Ses travaux ont été regroupés dans : *Selected Essays on the Conflict of Laws*, *op.cit.*

⁷¹¹ La doctrine du *forum non conveniens* est celle consacrant le « pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de refuser d'entendre une action pour laquelle il a compétence s'il apparaît qu'un déroulement du procès ailleurs serait plus approprié » selon Blair, « The Doctrine of Forum non Conveniens in Anglo-American Law », 29 *Col. L. R.*, 1 (1929). Sur la question, voir également C. Chalas, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, préf. H. Muir-Watt, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

502. La théorie de Currie a été critiquée, notamment en raison de l'application de la *lex fori* en présence d'un vrai conflit mais aussi parce qu'il est délicat d'identifier la politique inspirant une règle et par la suite d'en déduire un champ d'application déterminé⁷¹².

Mais, là encore, une voie a été ouverte, approfondie par la suite par de nombreux auteurs, la prédominance de la *lex fori* étant en particulier abandonnée par certains⁷¹³.

Dans la même lignée peut également être citée la méthode dite du Comparative Impairment⁷¹⁴. Selon cette dernière, il convient dans un premier temps, d'identifier les lois concernées par la situation en cause et de vérifier le caractère incompatible des solutions matérielles qu'elles consacrent, faute de quoi il n'y a pas de conflit.

Par la suite, il faut évaluer l'intérêt de chaque Etat, un faux conflit pouvant à nouveau apparaître. Si cela est le cas, la seule loi intéressée devra être appliquée.

En cas de vrai conflit, il convient d'appliquer la loi qui serait la plus affectée en cas de non-application.

503. Là encore, ces théories ont influencé le Restatement 2nd et certains droits positifs dans différents Etats américains, même s'il ne s'agit pas toujours d'une transcription exacte.

Peut ainsi être cité l'article 3515 de l'acte louisianais de droit international privé selon lequel :

« Sauf disposition contraire énoncée au présent article, toute question soulevée par une situation présentant un lien avec plusieurs Etats est régie par la loi de l'Etat dont les objectifs de politique législative se trouveraient le plus gravement entravés si cette loi n'était pas appliquée à ladite question.

Ledit Etat est déterminé en évaluant la portée et la pertinence des objectifs de politique législative poursuivis par les Etats impliqués, compte tenu

- 1. des liens rattachant chaque Etat aux parties et au litige ainsi que*
- 2. des objectifs et besoins des systèmes inter-étatiques et internationaux, y compris les principes tendant au respect des attentes légitimes des parties et à minimiser les conséquences néfastes auxquelles pourrait conduire la soumission d'une partie à la loi de plus d'un Etat »⁷¹⁵.*

D'autres Etats pratiquent également de telles méthodes, avec certains aménagements. Parmi eux figurent la Californie, le New-Jersey et dans une certaine mesure l'Etat de New-York.

504. Le raisonnement caractérisant l'exception d'ordre public international et les lois de police devient ainsi le principe. Cet élément peut être vérifié par l'effacement de ces notions en cas d'utilisation des méthodes que nous venons de décrire.

⁷¹² Pour une approche critique de la théorie de Currie, voir entre autres : G. Kegel, « The Crisis of the Conflict of Laws », *RCADI* 1964, t. 112, p.91, spéc. p.180 et s. Pour une liste de travaux critiques voir : H. H. Kay, « A Defense of Currie's Governmental Interest Analysis », *RCADI* 1989, t. 215, p.9, spéc. p.102 et s.

⁷¹³ Sur ce point, voir par exemple D. T. Trautman, « Reflections on Conflict of Laws Methodology », 32 *Hastings L. J.* 1612 (1981).

⁷¹⁴ Sur cette théorie, voir en particulier, Baxter, « Choice of Law and the Federal System », 16 *Stan. L. R.* 1 (1963).

⁷¹⁵ Acte louisianais de 1991, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992. Texte publié en français : *Rev. crit.* 1992, 394, commentaire S. Syméonidès, p.223.

505. Pour les lois de police, cela peut paraître évident. De nombreux points communs existent entre les lois de police et les méthodes américaines décrites jusque-là⁷¹⁶. Dans les deux cas, une norme en particulier est étudiée. Elle sera appliquée ou non, en fonction de son contenu ou de la politique législative qu'elle traduit.

Il n'y a donc pas de passage par une règle de conflit abstraite, désignant un ensemble de règles de droit. Toutefois, tant pour les lois de police que pour les théories américaines, la notion de contact matériel n'est pas absente. Le concept de rattachement ne leur est donc pas étranger, comme nous l'avons vu précédemment⁷¹⁷.

Mais surtout, la caractéristique fondamentale de ces raisonnements est leur fonctionnalité. La *ratio* des règles concernées et leur volonté d'application interviennent dans la réflexion et sont prépondérantes dans la délimitation du champ d'application des lois. Il s'agit par conséquent également de théories d'essence unilatéraliste.

506. Toutefois, certaines différences entre les lois de police et les théories américaines peuvent être mises en avant.

La plus évidente concerne l'envergure des deux approches. La théorie des lois de police n'a pas pour ambition de supplanter la méthode dominante, le bilatéralisme. Il ne s'agit que d'une solution exceptionnelle, côtoyant d'autres approches et n'ayant dans l'esprit de ses promoteurs aucune vocation à l'exclusivité.

Au contraire, les théories de Cavers et Currie notamment, sont destinées à remplacer totalement toute autre approche concurrente et tout particulièrement les règles de conflit classiques et abstraites. Il s'agit bien de doctrines conçues, non pas comme étant complémentaires et exceptionnelles mais comme devant être le principe en présence d'une situation à caractère international.

Cette généralité fait que les lois de police sont en quelque sorte noyées dans le raisonnement et ne peuvent survivre en tant que telles dans le contexte existant actuellement aux Etats-Unis.

Il ne s'agit pas d'une disparition de leur logique mais tout simplement d'une extension de la réflexion qui les caractérise. Cette dernière passe du statut d'exception à celui de principe ; il y a donc un renversement par rapport à ce qui existe en droit international privé français.

507. Pour ce qui est de la Public Policy, la jurisprudence paraît donner la réponse. Plusieurs décisions condamnent un tel mécanisme.

Cela est quelquefois explicite. Ainsi, la Cour d'appel de New York a estimé que :

*« The necessity for the Public Policy exception has virtually disappeared with the institution of the governmental interest »*⁷¹⁸.

De même, la Cour d'appel du Maryland a lié la quasi-disparition de l'exception d'ordre public international à l'adoption de l'approche préconisée par le Restatement 2nd par une majorité d'Etats⁷¹⁹.

L'analyse de la Cour suprême du Montana est également intéressante. Adoptant l'approche du Restatement 2nd pour les délits, les juges affirment que :

⁷¹⁶ Pour une comparaison voir T. G. Guedj, « The Theory of the Lois de Police. A functional Trend in Continental Private International Law. A Comparative Analysis with Modern American Theories », 39 *A.J.C.L.*, 661 (1991).

⁷¹⁷ Pour les lois de police voir *supra* n°37 et s.; pour les méthodes américaines voir *supra* n°497 et s.

⁷¹⁸ *Feldman v. Acapulco*, 520 *N.Y.S. 2d* 477 (S.C. New-York, 1987).

⁷¹⁹ *Rhee*, 536 *A. 2d* 1197 (A. C. Maryland, 1988).

« *Considerations of Public Policy are expressly subsumed within the most significant relationship approach ... [in that] in order to determine which state has the more significant relationship, the public policies of all interested states must be considered* »⁷²⁰.

Dans d'autres cas, l'affirmation est seulement implicite, mais ferme malgré tout. Peut être citée en ce sens une décision de la Cour suprême du Dakota du Sud⁷²¹. La situation litigieuse concernait un accident survenu dans l'Etat de l'Indiana. La victime, résidente du Dakota du Sud avait engagé une action en responsabilité contre son mari, qu'elle tenait pour responsable de l'accident, action autorisée par la loi du Dakota mais non par celle du lieu de l'accident.

Les juges ont considéré cette dernière comme étant applicable, en tant que *lex loci delicti*, mais ils l'ont écartée en vertu de l'exception d'ordre public international. La *lex fori* est alors appliquée, la solution étant justifiée, selon la Cour, par les liens substantiels existant entre le for et la situation et surtout par la quasi-inexistence des intérêts de l'Indiana. Cela montre que l'on passe très facilement d'une analyse classique, fondée sur la règle de conflit et l'exception d'ordre public international à une approche en terme d'intérêts étatiques. Or, lorsque cette dernière est adoptée, l'exception paraît superflue, le raisonnement de principe permettant d'aboutir à l'application de la *lex fori*, les deux solutions paraissant interchangeables. D'autres arrêts peuvent être interprétés comme allant dans le même sens⁷²².

508. Il nous semble qu'aller aussi loin n'est pas souhaitable dans nos systèmes. Raisonner au cas par cas en s'inspirant de la politique législative sous – tendant une norme, des liens entretenus par une situation avec le for est concevable pour des mécanismes exceptionnels. Mais cela ne saurait fonder une méthode de principe, aléatoire et complexe, telles que celles pratiquées par la plupart des Etats américains.

Cependant, tout ne doit pas être rejeté. L'adaptation de règles de conflit en s'inspirant de l'intervention des exceptions est transposable aux méthodes que nous pratiquons. L'exemple américain peut servir de référence, à condition de ne pas verser dans les mêmes excès.

⁷²⁰ *Phillips v. General Motors Corp.*, 995 P 2d 1015 (S.C. Montana, 2000).

⁷²¹ *Owen v. Owen*, 444 NW. 2d 710 (S.C. South Dakota, 1989).

⁷²² Par exemple : un arrêt de la Court of Appeals de New-York, *Intercontinental Planning LTD. v. Daystrom Inc.*, JDI 1970, 733 et un autre arrêt de la Cour suprême de New-York, *Pallavicini v. I.T.T.*, cité par P. Lagarde, « Public policy », in *International Encyclopedia of Comparative law*, précité, spéc. n°15 note 89. Voir aussi un arrêt de la Cour suprême de l'Ohio, raisonnant dans le cadre de la démarche préconisée par le Second Restatement : *Jarvis v. Ashland Oil*, 478 N.E. 2d 786 (S.C. Ohio, 1985). Voir également un arrêt de la Cour suprême du Kansas : *St Paul Surplus Lines Ins. V. International Playtex*, 777 P. 2d 1259, (S.C. Kansas, 1989), suivant un raisonnement proche de celui du Second Restatement. Dans le même ordre d'idées, voir l'analyse suivie par une Cour fédérale, statuant selon le droit du Michigan dans l'arrêt *Comshare v. Execucom Systems*, 593 F Supp.981 (U.S.D.C. Michigan, 1984).

De façon plus récente : *Roberts v. Energy Development Corp.*, 235 F. 3d 935 (5th Circuit, 2000), *Streber v. Hunter*, 221 F. 3d 701 (5th Circuit, 2000), *J. S. Alberici Construction Co. Inc. V. Mid-West Conveyor Co. Inc.*, 750 A. 2d 518 (S.C. Delaware, 2000).

Chapitre I-La création de règles de conflit bilatérales par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police.

509. Deux types de bilatéralisme existent à l'heure actuelle. L'un est neutre, en principe, c'est-à-dire que non seulement les règles de conflit ne prennent pas en compte les intérêts à satisfaire, notamment ceux des Etats concernés, mais de plus, elles se tiennent à l'écart des problèmes de fond, le conflit étant tranché sans égard au contenu des lois en présence⁷²³.

L'autre, au contraire, prend en compte la solution matérielle subséquente, le conflit de lois étant influencé par cet élément. Il s'agit alors d'un bilatéralisme qui peut être qualifié d'orienté ou à connotation matérielle. La règle de conflit se caractérise par des rattachements multiples, le but avoué étant « *de désigner l'ordre juridique qui permettra le plus sûrement d'obtenir le résultat matériel voulu par l'auteur de la règle de conflit* »⁷²⁴.

510. Or, les rapports entre ces différents types de règles de conflit et l'exception d'ordre public international et les lois de police ne semblent pas devoir être les mêmes, l'aspect matériel étant présent pour le second type de règles, de même que pour les deux mécanismes qui nous intéressent. Leurs logiques ne sont pas opposées.

Pour les règles de conflit classiques, au contraire, l'objectif est de localiser un rapport de droit. L'opposition avec les mécanismes exceptionnels est donc plus nette, ce qui devrait empêcher toute possibilité d'interaction. L'exception d'ordre public international et les lois de police ne devraient pas pouvoir donner naissance à ce type de règles.

La problématique apparaît donc bien différente, selon le bilatéralisme en cause, ce qui justifie que nous abordions les questions de façon successive.

⁷²³ Sur ces deux aspects de la neutralité, voir Y. Loussouarn, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP* 1980-81, p.43 et s.

⁷²⁴ P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, t. 196, n°41, p.56.

Section I-Le bilatéralisme classique

511. Pour établir que l'exception d'ordre public international et les lois de police peuvent contribuer à créer une règle de conflit bilatérale classique (§ 2), il faut tout d'abord vérifier que les logiques des différents mécanismes ne sont pas antagonistes, faute de quoi la règle de conflit bilatérale ne peut être bâtie sur les fondations que peuvent constituer ces exceptions.

Or, contrairement aux apparences, il n'y a pas d'un côté une logique matérialiste et de l'autre une logique cherchant à assurer la seule justice de droit international privé de façon neutre par rapport aux solutions de fond. L'opposition entre les règles de conflit et l'ensemble exception d'ordre public international-lois de police peut donc être fortement nuancée (§ 1).

§ 1-La nuance de l'opposition entre les règles de conflit bilatérales et l'ensemble exception d'ordre public international-lois de police.

512. Le système de conflit actuel repose sur certaines données classiques, selon lesquelles la logique des règles de conflit bilatérales est opposée à celle de l'exception d'ordre public international et des lois de police, ces mécanismes apparaissant comme des correctifs essentiellement matériels à la logique purement conflictuelle et en tant que telle aveugle du raisonnement censé s'inscrire dans le courant de la pensée savignienne (A).

Pourtant, il apparaît que la méthode bilatérale, telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui, n'a plus grand-chose à voir avec la doctrine de celui qui est considéré comme étant son initiateur, un rapprochement entre les règles de conflit bilatérales et le diptyque exception d'ordre public international-lois de police pouvant être constaté (B).

Cet élément doit alors donner lieu à une relecture favorable à une interaction entre les différents mécanismes.

A-Exposé des perspectives classiques.

513. La méthode bilatéraliste actuelle repose, d'après la majorité des auteurs, sur la pensée de Savigny, qui est à l'origine des raisonnements de principe. Il s'agit d'un système original (1), caractérisé par la neutralité des règles de conflit s'opposant aux lois de police et à l'exception d'ordre public international (2).

La création de règles de conflit par ces dernières ne serait alors pas possible, étant donné l'opposition des mécanismes, l'une ne pouvant s'inspirer des autres.

1) Les fondements de la doctrine savignienne.

514. L'analyse de droit international privé de Savigny s'inscrit dans une doctrine plus large, accordant un rôle primordial à la libre-volonté des individus, les rapports de droit ne faisant que délimiter le domaine de celle de chaque personne.

Mais pour nous, l'élément-clé, en droit international privé, est le suivant : il est possible de déterminer pour chaque rapport juridique un « siège ». Ce dernier est défini d'après le facteur considéré comme étant le plus caractéristique de la relation et sa nature. Cela permet la localisation et la détermination de la loi normalement applicable⁷²⁵.

En d'autres termes, chaque rapport de droit peut être rattaché à un système juridique auquel il appartient d'après sa nature propre⁷²⁶.

De plus, selon la conception savignienne, la nature de chaque rapport de droit est fondamentalement la même dans chaque ordre juridique, ce qui entraîne une nécessaire convergence des analyses, les solutions conflictuelles devant être les mêmes.

L'auteur préconise ainsi l'application de la loi du domicile à l'état des personnes, de la loi de la situation de la chose pour les droits réels, de la loi du lieu d'exécution pour les obligations contractuelles, ...

Des règles de conflit similaires à celles que nous connaissons à l'heure actuelle peuvent ainsi être retrouvées, une catégorie se voyant assigner un rattachement, le siège, permettant de connaître la loi devant s'appliquer au rapport de droit concerné. La ressemblance avec les normes actuelles est frappante.

515. Il faut également remarquer que dans cette réflexion, l'intérêt se porte uniquement sur le rapport de droit lui-même et plus particulièrement sur sa nature, les éléments extérieurs ne devant en principe jouer aucun rôle. La démarche est fondamentalement abstraite.

516. L'intérêt des Etats impliqués dans la relation n'intervient par conséquent pas dans la détermination de la loi normalement applicable. Il n'a pas d'influence sur la définition du champ d'application des normes, de même qu'aucun autre intérêt.

⁷²⁵ Pour une analyse récente de la doctrine savignienne voir U. Seif, « Savigny und das internationale Privatrecht des 19. Jahrhunderts », *RabelsZ* 2001, p.492 et s.

⁷²⁶ Savigny, *op.cit.*, § 362.

Le contenu matériel des règles de fond en cause et le résultat produit par leur application n'entrent pas non plus en ligne de compte.

En effet, quel que soit le résultat auquel elles conduisent, la solution au problème de la détermination de la loi normalement applicable est la même, dépendant de la localisation du rapport de droit par son siège et donc de la nature du problème en cause et de lui seul.

517. La règle est ainsi doublement neutre et s'oppose à la fois à l'exception d'ordre public international et aux lois de police. Les logiques sont contraires ou complémentaires selon la perspective, mais l'interaction n'est pas envisageable en raison de ce simple constat⁷²⁷.

2) L'opposition avec l'exception d'ordre public international et les lois de police.

518. Par définition même, les lois de police interviennent immédiatement en raison de la revendication d'un champ d'application, elle-même liée au contenu de la règle de droit en cause. La teneur de la règle de fond a par conséquent une influence déterminante, le for souhaitant voir sa politique s'appliquer dans certaines situations internationales, sans passer par la médiation de la règle de conflit bilatérale de principe, afin que sa politique soit respectée dans l'espace approprié, déduit de la *ratio* de la norme.

L'exception d'ordre public international intervient quant à elle au niveau matériel, pour corriger un résultat choquant ou inadapté, produit par l'application d'une norme étrangère.

Il s'agit donc de deux mécanismes complétant la règle de conflit bilatérale, ce qui est d'autant plus évident qu'ils sont toujours situés par rapport à elle. Mais cela implique également qu'une différence de nature existe entre ces techniques, chacune ayant une fonction propre. Il n'y a pas de possibilité de faire évoluer les autres en raison du cloisonnement qui résulte de leur particularité. Il paraît alors impossible que les uns donnent naissance à l'autre, la nature et le siège d'un rapport de droit ne pouvant être modifiés de cette manière, les raisonnements se situant à des stades totalement différents.

519. Cela ne signifie pas que l'exception d'ordre public international et les lois de police ne peuvent avoir de place dans la théorie savignienne classique ; l'auteur les prévoyait d'ailleurs lui-même⁷²⁸.

Simplement, il faut constater qu'ils doivent en rester au stade de l'exception. Les lois de police ne concernent alors que plusieurs règles en particulier et demeurent un mécanisme fondamentalement unilatéral, ne pouvant donner naissance à une règle de conflit bilatérale ou entraîner une adaptation de cette dernière.

L'exception d'ordre public international n'intervient quant à elle que pour corriger ponctuellement une solution donnée, mais ne peut avoir d'impact plus important notamment au niveau du raisonnement purement conflictuel.

La répartition naturelle des lois telle qu'elle est envisagée par l'auteur entraîne un nécessaire cantonnement des raisonnements. Il n'est pas possible d'envisager, dans cette doctrine, une réelle dynamique de droit international privé impulsée par l'exception d'ordre

⁷²⁷ Pour une nuance de la neutralité des règles de conflit dans la doctrine savignienne, Y. Loussouarn, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », communication précitée, p.48.

⁷²⁸ Sur ce point voir *supra* n°6.

public international et les lois de police et influençant directement les solutions conflictuelles de principe.

Pour admettre une telle possibilité, il faut donc établir dans un premier temps que le droit international privé français actuel s'est éloigné de ces données fondamentales et que les règles de conflit bilatérales que nous connaissons ne correspondent pas à ces éléments auxquels on les rattache pourtant traditionnellement, la ressemblance n'étant alors que formelle.

Cela n'est pas forcément évident. En effet, Savigny est considéré comme le père des méthodes actuelles, ayant initié un raisonnement partant du rapport de droit, alors que précédemment la méthode consistait à partir de la loi et à déterminer son champ d'application. Il a ainsi donné un élan, toujours suivi aujourd'hui. Pourtant, une remise en cause des perspectives classiques nous semble envisageable.

B-Remise en cause des perspectives classiques.

520. Il est possible d'établir qu'à l'heure actuelle le rattachement de la règle de conflit bilatérale est choisi d'une façon tout à fait différente de celle envisagée par Savigny.

Cela est vrai tout d'abord pour deux doctrines particulièrement importantes, ayant marqué les dernières décennies et occupant toujours une place considérable : la théorie des intérêts et celle s'appuyant sur le principe de proximité (1).

Cela est également vrai pour ce que l'on peut appeler l'unilatéralisation du bilatéralisme, c'est-à-dire une doctrine proposant une relecture des règles de conflit bilatérales, leur structure étant la même que dans la pensée savignienne, mais leur mode de formation étant totalement différent (2).

1) La remise en cause par la théorie des intérêts et le principe de proximité.

521. La démarche suivie pour déterminer le rattachement d'une règle de conflit n'a plus rien à voir avec la recherche du siège du rapport de droit, en se fondant sur sa seule nature. Cette perspective est abandonnée par la doctrine contemporaine.

522. Pour s'en convaincre, il suffit de s'intéresser aux travaux d'auteurs comptant parmi les plus influents des cinquante dernières années : Henri Batiffol et Gerhard Kegel. En faisant une synthèse de leurs travaux, on peut constater qu'ils distinguent deux idées de justice ; la première de droit international privé censée aboutir à la désignation de la loi qu'il est le plus juste d'appliquer, la seconde matérielle, destinée à consacrer la solution la plus juste.

La justice de droit international privé doit tenir compte de trois intérêts : celui des parties, celui de la communauté internationale ou du commerce international et celui de l'ordre juridique énonçant la règle de conflit⁷²⁹.

La différence avec la doctrine savignienne est donc importante puisque des éléments extérieurs au seul rapport de droit sont pris en compte dans le raisonnement. La démarche apparaît comme étant nettement moins abstraite, l'analyse n'étant pas ciblée uniquement sur la nature de la relation juridique en cause.

La justice matérielle doit quant à elle prendre deux intérêts en compte : celui du droit au fond, de la solution matérielle consacrée et celui de la puissance étatique. Elle est assurée notamment par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police, permettant de déroger au mécanisme conflictuel habituel.

Ces deux idées de justice sont donc distinguées, la première étant le principe, la seconde ne pouvant intervenir qu'exceptionnellement afin de corriger la solution conflictuelle classique.

Une hiérarchie existe ainsi entre elles, empêchant *a priori* toute possibilité d'interaction, les logiques n'étant pas les mêmes.

523. Toutefois, une possibilité de communication peut être mise en évidence. En effet, comme l'a remarqué M. Pataut, l'intérêt étatique intervient à la fois dans la justice de droit international privé et la justice matérielle⁷³⁰. Cela montre que les ponts ne sont pas forcément coupés entre les différents raisonnements. Une règle de conflit bilatérale peut ainsi être édictée en prenant en compte l'intérêt de l'ordre juridique dont elle relève. L'exemple le plus frappant concerne le statut personnel, le choix entre rattachement à la nationalité et celui au domicile pouvant varier selon que l'Etat énonçant la règle de conflit est un pays d'immigration ou d'émigration.

Une loi de police s'applique, quant à elle, immédiatement dans l'ordre international pour satisfaire ce même intérêt étatique.

524. Le principe de proximité, qui occupe une place importante à l'heure actuelle, bon nombre de codifications récentes s'en réclamant, peut faire l'objet de la même analyse⁷³¹. De façon générale et quelque peu schématique, le but des règles de conflit utilisant cette méthode est d'aboutir à l'application de la loi de l'Etat ayant les liens les plus étroits avec la relation juridique en cause.

Là encore, l'attention ne se focalise pas ou pas uniquement sur le rapport de droit lui-même, sur sa nature. D'autres éléments extérieurs interviennent également pour déterminer la loi normalement applicable. Il ne s'agit donc pas d'un raisonnement s'inscrivant dans le droit fil de la pensée savignienne, au sens le plus rigoureux.

Pour autant, cette doctrine, même si elle s'éloigne de la logique classique, se cantonne, pour la règle de conflit, à une simple justice de droit international privé et ne s'intéresse pas à la justice de droit matériel, qui est nettement distinguée. En ce sens, le contenu des règles de fond en conflit et le résultat matériel qu'elles sont susceptibles de consacrer, n'entrent pas en ligne de compte.

⁷²⁹ Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956 ; « Les intérêts de droit international privé », *Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort-sur-le-Main, 1977, p.11 et s. ; G. Kegel, « Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht », *Festschrift Hans Lewald*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 1953, p.253 et s. ; « The Crisis of Conflict of Laws », *RCADI* 1964, t. 112, p.91 et s.

⁷³⁰ E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé)*, préf. P. Lagarde, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 298, 1999, n°22, p.14.

⁷³¹ Sur ce principe voir P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », cours précité.

Par conséquent, la communication entre lois de police et exception d'ordre public international d'un côté et règles de conflit bilatérales de l'autre ne serait pas davantage possible que précédemment, les logiques étant, là encore, plus complémentaires que similaires. La modification de la façon de procéder n'aurait pas d'influence sur l'interaction entre les différents mécanismes. Il nous semble toutefois que cela peut être quelque peu remis en cause.

525. Ainsi, grâce à l'introduction de la notion d'ordre public de proximité, la frontière entre un mécanisme d'exception intervenant au stade matériel ultime et la règle de conflit de principe n'est plus aussi nette, la notion de lien étroit les caractérisant tous les deux. Il y a donc un rapprochement des logiques qui introduit déjà un certain doute et une possibilité de communication.

De même, pour les lois de police, une relation étroite avec la situation qu'elles souhaitent régir est la plupart du temps exigée, ce qui introduit un élément caractéristique du principe de proximité. Tel est notamment le cas de l'article 7 § 1 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles⁷³².

Là encore, cela montre que les logiques des différents mécanismes en cause ne sont pas forcément opposées mais peuvent se rencontrer, le principe de proximité débordant le seul domaine des règles de conflit de principe pour pénétrer au sein du régime des exceptions.

526. Les clauses d'exception sont un autre point de jonction entre le principe de proximité et le binôme exception d'ordre public international-lois de police. Ces clauses interviennent en théorie au niveau du raisonnement conflictuel pour corriger un rattachement général qui de façon particulière est inadapté. Une loi plus proche de la situation est alors substituée à celle désignée par la règle de conflit habituelle. Elles constituent un des symboles de la doctrine de la proximité. Un exemple est donné par l'article 15 de la loi suisse de droit international privé selon lequel :

« Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit ».

Ce mécanisme intervient par conséquent encore au niveau conflictuel et donc indépendamment du contenu des règles de fond en conflit.

Tel ne semble pourtant pas être le cas en pratique, la clause jouant autant pour corriger un résultat inadapté qu'un rattachement inadéquat par rapport aux exigences du principe de proximité. Ce constat a été mis en évidence par certains auteurs⁷³³. Les juges recourant à une telle clause prennent en compte dans leur raisonnement les résultats respectifs que consacrent les droits en conflit. Cela permet d'écarter une loi consacrant un résultat insatisfaisant sans avoir recours à l'exception d'ordre public international.

⁷³² Cela n'est toutefois vrai que pour les lois de police étrangères. Voir *supra* n°171.

⁷³³ Voir en ce sens G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, *op.cit.*, spéc. n°195 et s., p.85 et s. ; A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP* 1994-1995, p.209, spéc. p.217.

L'application systématique de la loi du for, à titre subsidiaire, peut ainsi être évitée, une loi tierce pouvant intervenir à la place de celle normalement applicable. De plus, cette façon de faire a le mérite de la discrétion, évitant d'avoir à mettre une norme précise à l'index, ce qui n'est pas le cas de l'exception d'ordre public international.

Le rapprochement est encore plus flagrant si l'on prend en considération le phénomène de l'*Inlandsbeziehung* reposant également, au moins en partie, sur la logique de la proximité et caractérisant le régime de l'exception d'ordre public international. Selon M. Lagarde, « *cette notion est à la vérité très proche de la notion de proximité qui sert de support aux clauses d'exception* »⁷³⁴.

Ces dernières s'appuient donc sur un raisonnement mélangeant les approches conflictualistes et matérialistes, témoignant du fait que le principe de proximité, par certaines de ses manifestations, n'est pas fondamentalement opposé à la logique de l'exception d'ordre public international et des lois de police, un rapprochement étant possible, même s'il se fait par le jeu de mécanismes détournés de leur fonction initiale. Une interaction entre les techniques est alors concevable.

Mais tout cela montre également que les règles de conflit bilatérales ne peuvent faire abstraction de considérations matérielles, qui doivent pénétrer en leur sein, ce qui se traduit à l'heure actuelle par une unilatéralisation du bilatéralisme.

2) La remise en cause par l'unilatéralisation du bilatéralisme.

527. Le bilatéralisme, tel qu'il est pratiqué à l'heure actuelle, ne correspond plus, dans une certaine mesure, à ces analyses, fondées sur la proximité ou la théorie des intérêts telle que défendue par Batiffol ou Kegel. Il peut faire l'objet d'une relecture, entraînant un rapprochement entre la justice matérielle et celle de droit international privé, la première n'étant plus reléguée à un niveau secondaire. Une telle analyse a été faite par M. Andreas Bucher⁷³⁵.

⁷³⁴ P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », cours précité, n°104.

⁷³⁵ A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », communication précitée, p.209 et s. ; « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, t. 239, p.9 et s. ; « La famille en droit international privé », *RCADI* 2000, t. 283, p.9 et s. ; « Savigny sans siège en droit international privé », *Pour un droit pluriel, Etudes offertes au professeur J-F. Perrin*, Genève/Bâle/Munich, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 2002, p.167 et s.

528. L'auteur part du constat selon lequel, à l'heure actuelle, « *les lois sont conçues en fonction d'objectifs que l'Etat entend réaliser dans la communauté* »⁷³⁶.

Par conséquent, « *en fixant le domaine d'application des lois de droit privé dans l'espace, la règle de conflit ne peut pas, au regard de sa propre finalité, faire abstraction des objectifs propres aux lois de droit matériel. Pour remplir son rôle régulateur de l'organisation socio-économique de l'Etat, le droit matériel doit, en principe, jouir d'une sphère d'efficacité qui puisse englober des situations comportant des éléments d'extranéité* »⁷³⁷.

L'Etat a donc un intérêt à l'application de ses normes dans l'ordre international, dans un certain champ. Le respect de cet intérêt « *constitue un élément inhérent à la finalité de la règle de conflit* »⁷³⁸. La justice matérielle au sens de Kegel pénètre ainsi, dans cette doctrine, au sein même de la réflexion conflictuelle de principe, le contenu des lois de fond ayant une influence déterminante sur les solutions conflictuelles. Le rapprochement entre les différents mécanismes est alors flagrant, la communication étant possible, leurs logiques n'étant pas opposées ou concurrentes. Il est concevable dès lors de convertir certaines exceptions, intervenant au niveau matériel, en règle de principe, des considérations substantielles étant présentes dans le raisonnement ayant trait aux règles de conflit.

529. Mais cela signifie également que l'objectif primaire de la règle de conflit, dans cette perspective, est de fixer le champ d'application de la loi du for. Cette manière de procéder est donc foncièrement empreinte d'unilatéralisme, même si de nombreuses règles de conflit sont bilatérales en apparence. Selon M. Bucher, « *pour la formation des règles de conflit de lois, il y a lieu de se placer dans un système de droit positif et, en conséquence, d'envisager tout d'abord l'intérêt de l'Etat du for à l'application, voire à la non-application de ses propres lois* »⁷³⁹. Une telle approche paraît d'autant plus légitime qu'il appartient à chaque Etat de se doter de son propre système de droit international privé. Il est alors normal qu'il fasse prévaloir ses propres intérêts, avant d'autres considérations et notamment l'harmonie internationale des solutions, lors du choix de l'élément de rattachement.

Cette unilatéralisation du bilatéralisme ne fait que renforcer les possibilités de rapprochement entre les différents mécanismes. Cette façon de déterminer unilatéralement un champ d'application est évidemment proche de celle des lois de police, mais aussi de celle de l'exception d'ordre public international, notamment lorsque celle-ci intervient sur le mode de l'*Inlandsbeziehung*.

530. En se référant aux codifications récentes, aux travaux préparatoires les concernant, aux commentaires qu'elles ont suscités, il est effectivement possible de constater que lorsqu'un ordre juridique énonce une règle de conflit, il recherche, dans bon nombre de cas, le rattachement qui lui convient le mieux, qui satisfait ses propres intérêts.

Cela est assez évident pour certaines dispositions de la loi suisse de droit international privé qui sont pourtant des règles de conflit bilatérales. L'objectif des auteurs est d'accorder un champ d'application déterminé à la loi suisse, le rattachement le plus approprié pour satisfaire cette exigence étant choisi.

⁷³⁶ A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », communication précitée, p.218.

⁷³⁷ *Ibidem*.

⁷³⁸ *Ibidem*.

⁷³⁹ A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », communication précitée, p.219.

Il est possible de citer en ce sens l'article 139 alinéa 2 selon lequel :

« *Le droit de réponse à l'encontre de médias à caractère périodique est exclusivement régi par le droit de l'Etat dans lequel la publication a paru ou l'émission a été diffusée* ».

Il s'agit d'une règle de conflit bilatérale, le rattachement pouvant désigner la *lex fori* ou une loi étrangère. Mais elle participe à l'expression normative des dispositions internationalement impératives de la loi suisse. En effet, cette règle est, d'après les commentateurs, calquée sur les exigences de l'ordre public⁷⁴⁰. La volonté du législateur, en l'édictant, est d'imposer un champ d'application à la loi suisse, en fonction de ses objectifs ; le but dans ce cas précis est le jeu de la solution suisse relative au droit de réponse suite à une publication en Suisse ou à une émission diffusée dans ce pays.

Au-delà de ce champ, l'ordre juridique suisse est moins concerné, ce qui fait que le droit suisse n'a pas vocation à s'appliquer, l'intérêt de l'ordre juridique en cause étant moins important.

531. La méthode bouscule donc les données classiques mais est fondamentalement réaliste. Il vaut mieux consacrer un rattachement adapté de cette manière, plutôt qu'en retenir un autre et de le corriger par la suite, par l'intervention de notions matérialistes d'exception. Le raisonnement s'en trouve simplifié. De plus, la règle de conflit bilatérale n'est pas fondamentalement éloignée de la logique de l'exception d'ordre public international et des lois de police. La préoccupation du législateur suisse était bien d'assurer, en premier lieu, l'application de la loi suisse dans un champ satisfaisant, au niveau international. Ensuite, une fois ce rattachement énoncé, il peut être bilatéralisé, l'ordre juridique énonçant la règle de conflit ayant de toute façon la certitude de voir ses dispositions s'appliquer dans une sphère correspondant à ses intérêts. Il pourra servir également à la désignation d'une loi étrangère au-delà de cette zone. Il ne s'agit là que d'un exemple.

532. Dans tous ces cas, l'apparence est celle d'une règle bilatérale de conflit, mais la logique est avant tout unilatéraliste, l'élément déterminant étant la délimitation du champ d'application de la *lex fori*, la « localisation » du rapport de droit servant à satisfaire les intérêts de l'ordre juridique concerné.

Il ne s'agit donc pas de trouver un quelconque siège naturel du rapport de droit. La proximité n'est pas non plus au premier rang des préoccupations, même si l'intérêt du for et le principe de proximité, désignant la loi présentant les liens les plus étroits avec la situation peuvent coïncider.

Ces règles de conflit ont donc toujours un aspect identique à celles préconisées par Savigny, mais leur formation répond à une réflexion totalement différente.

533. L'interaction entre les lois de police, l'exception d'ordre public international et les règles de conflit bilatérales est dès lors concevable, leurs logiques n'étant pas opposées.

⁷⁴⁰ A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », cours précité, *RCADI* 1993, n°30, p.58.

L'intervention des deux mécanismes d'exception peut être la preuve d'un intérêt de l'Etat, ce qui est susceptible par la suite, de se traduire par l'apparition d'une règle de principe. Il reste à illustrer concrètement cette possibilité.

§ 2-La possibilité de création de règles de conflit bilatérales par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police.

534. Dans un premier temps, nous verrons le mode d'intervention de l'exception d'ordre public international et des lois de police, c'est-à-dire comment ces mécanismes peuvent influencer les solutions conflictuelles de principe et non uniquement le résultat au fond dans une espèce donnée (A).

Puis, dans un second temps, nous nous intéresserons à certains exemples de cette approche, à certaines règles de conflit bilatérales ayant été « bâties » sur ce mode, traduisant de façon concrète l'évolution notable des règles de conflit et plus particulièrement l'unilatéralisation du bilatéralisme (B).

A-Le mode de création des règles de conflit bilatérales par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police.

535. Le rôle premier et classique de l'exception d'ordre public international consiste à corriger l'inadaptation du résultat matériel consacré par l'application d'une loi étrangère. Elle agit par conséquent en dehors du raisonnement strictement conflictuel, la loi normalement applicable étant déjà connue. Mais de façon détournée, l'exception d'ordre public international peut également servir à mettre en évidence l'inadaptation d'une solution conflictuelle. Elle peut témoigner de l'intérêt de la loi du for à intervenir, alors pourtant que la règle de conflit ne la considère pas comme étant normalement applicable. Comme l'a relevé M. Goldstein, elle remplit le rôle d'une clause d'exception, dans un système ne connaissant pas expressément ce dernier mécanisme⁷⁴¹.

Dans de tels cas, elle jouera essentiellement pour permettre l'application de la *lex fori*, celle-ci étant tout particulièrement intéressée. La compétence même de la *lex causae* étrangère est par conséquent remise en cause.

536. De ce fait, une inadaptation de la règle de conflit de principe est mise en évidence, par le détournement de fonction de l'exception d'ordre public international, qui s'immisce cette fois, dans le raisonnement conflictuel, même si les considérations matérielles ne sont pas complètement absentes.

En effet, si le résultat atteint par le jeu de la loi étrangère dont la compétence paraît inadéquate est satisfaisant, l'exception d'ordre public international n'interviendra vraisemblablement pas pour revendiquer l'application de la loi du for qui est intéressée.

⁷⁴¹ G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, op.cit., n°199.

Par conséquent, lorsque l'exception d'ordre public international agit en tant que clause d'exception, sa fonction est à la fois de corriger le rattachement et le résultat matériel consacré, l'analyse étant fondamentalement hybride.

537. Mais le fait d'utiliser l'exception d'ordre public international ne permet que de rectifier l'analyse conflictuelle lorsque la *lex fori* est la plus concernée, étant donné que celle-ci est, dans le système actuel, seule appliquée de façon subsidiaire, après éviction de la loi normalement applicable.

L'intervention de l'exception peut alors être qualifiée, comme dans le cas des méthodes américaines, de subterfuge, mettant en avant la nécessité de rectifier le rattachement utilisé, non pas seulement de façon ponctuelle, dans une espèce donnée, mais de façon générale.

538. Il faut alors se demander si plusieurs décisions concordantes utilisant ce faux-semblant sont nécessaires ou si une seule espèce est suffisante. Cette dernière hypothèse peut être admise s'il s'agit d'une décision particulièrement significative et ayant une portée considérable.

L'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} avril 1981 peut être pris comme exemple, même s'il concerne l'article 310 du Code civil, règle de conflit unilatérale⁷⁴².

Nous en avons déjà vu l'attendu de principe selon lequel, une loi étrangère prohibitive du divorce est « *contraire à la conception actuelle de l'ordre public international qui impose la faculté pour un Français domicilié en France, de demander le divorce* ».

Cette décision a pu être interprétée comme signifiant que le droit français devait être appliqué dans une telle situation, ce qui était le cas avant l'apparition de l'article 310 du Code civil, la consultation d'une loi étrangère étant de toute façon largement dépourvue d'intérêt. Une inadaptation de la règle de conflit écrite était ainsi mise en évidence, une rectification étant sinon nécessaire au moins opportune⁷⁴³.

Une seule décision de ce type peut être suffisante. Mais en général, une répétition des hypothèses semble nécessaire pour prendre conscience du problème, pour établir que l'utilisation de l'exception d'ordre public international constitue un subterfuge, mettant en évidence un intérêt de la loi du for à s'appliquer et privant d'enjeu réel la consultation de la règle de conflit et de la loi étrangère par elle désignée, dans un certain champ.

Il faut en effet souligner que l'éviction d'une loi étrangère par ce mécanisme ne signifie pas nécessairement la remise en cause systématique de la règle de conflit, même lorsque les liens avec le for justifient l'intervention de l'exception d'ordre public international. Il est des cas dans lesquels les rattachements avec le for justifient la mise à l'écart d'une loi produisant un résultat choquant, sans que pour autant la règle de conflit soit remise en cause et sans que cela soit une preuve de l'intérêt de la loi du for à s'appliquer. Cette dernière interviendra de manière subsidiaire et quasiment accidentelle, à défaut d'une meilleure solution et non parce qu'elle est intéressée par le litige.

539. Les lois de police, quant à elles, par définition, pallient l'inadaptation d'une règle de conflit et permettent à une norme d'un ordre juridique de jouer immédiatement au niveau international, alors même qu'elle ne relève pas de la *lex causae*.

Il s'agit donc clairement de corriger l'inadéquation d'une règle de conflit générale à une politique particulière. Les lois de police sont par conséquent dans la dépendance du rattachement général, choisi pour la règle de conflit bilatérale classique.

⁷⁴² Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1981, *JDI* 1981, 812, n. D. Alexandre.

⁷⁴³ Sur ces différents points, voir notamment Audit, n°663, p.567 et s.

Ainsi, elles foisonnent dans le domaine contractuel car l'autonomie de la volonté permet aux parties de se soustraire très facilement à certaines dispositions qu'un ordre juridique considère pourtant comme particulièrement importantes et ce alors même que la relation présente avec lui des liens significatifs. La théorie des lois de police évite de telles conséquences et remédie à cette situation.

L'inadaptation est révélée cette fois par le mécanisme employé dans sa fonction normale et non de façon détournée. Là encore, un double aspect des lois de police peut être relevé.

D'un côté, leur intervention permet de résoudre une hypothèse particulière de façon satisfaisante. De l'autre côté, la présence de lois de police peut entraîner une réflexion sur l'adéquation de la solution conflictuelle de principe, un renversement des perspectives étant envisageable.

540. La mise en évidence d'une inadaptation est donc le premier aspect plutôt destructeur des mécanismes exceptionnels, puisqu'il tend à remettre en cause certaines règles de conflit bilatérales. Il s'agit d'un élément intéressant mais qui en tant que tel n'est ni satisfaisant, ni suffisant. Il faut alors s'intéresser au second volet de l'analyse, à l'aspect constructif du raisonnement, la transformation des exceptions en principe.

541. Il faut préciser d'emblée qu'une telle transformation des exceptions en règle de conflit de principe n'est aucunement obligatoire ou nécessaire. Elle se révèle simplement opportune dans certaines circonstances. Une règle de conflit classique n'est pas appelée à naître suite à chaque intervention des mécanismes exceptionnels.

L'idée générale est de tirer les leçons de la pratique antérieure, fondée sur les exceptions, de reprendre notamment les rattachements utilisés jusque-là et de s'en servir cette fois pour le raisonnement conflictuel de principe.

Ainsi, l'intérêt de l'Etat à voir sa loi s'appliquer dans un certain champ, mis en évidence par le jeu des exceptions, se trouve, de ce fait, intégré dans la logique de la règle de conflit habituelle, ce qui nous l'avons vu est courant.

Le raisonnement en termes de lois de police ou d'exception d'ordre public international n'est donc que passager dans ces cas-là, permettant d'assurer une transition entre une règle de conflit inadaptée et la nouvelle solution bilatérale.

542. Pour les hypothèses dans lesquelles l'exception d'ordre public international est utilisée, la transformation est relativement aisée, à condition que les liens justifiant l'intervention de la loi du for aient été précisés antérieurement⁷⁴⁴. Les constats des auteurs américains restent pleinement valables.

Si tel est le cas, le champ dans lequel la loi de l'ordre juridique en question a intérêt à s'appliquer est mis en évidence par l'intervention du subterfuge. La mutation est alors susceptible de se faire en tenant compte de l'expérience jurisprudentielle, le rattachement dégagé en cas de recours au raisonnement exceptionnel peut être utilisé comme rattachement principal et bilatéral. Une nouvelle règle de conflit est alors créée. Elle peut être générale englobant une catégorie et utilisant un nouveau point de rattachement, ou spéciale, dérogeant à une règle de conflit générale.

L'avantage de cette approche est évidemment la clarté et la prévisibilité des solutions. En effet, elle permet de connaître nettement la position de principe d'un ordre juridique et évite d'avoir à se référer en plus aux exceptions, plus difficiles d'accès.

⁷⁴⁴ Pour la mise en évidence d'une telle possibilité : G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, *op.cit.*, n°694 et s., même si la réflexion est essentiellement axée sur les clauses spéciales d'ordre public.

543. Une fois cette conversion effectuée, l'exception d'ordre public international peut encore intervenir, dans le champ laissé aux lois étrangères. Elle jouera alors en raison du caractère choquant de la solution produite par l'application de la *lex causae*.

Mais elle pourra également intervenir si une nouvelle inadaptation se fait jour, sous forme de subterfuge, l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit étant dénoncée tout autant que le résultat matériel que produit sa mise en œuvre. Un intérêt nouveau sera ainsi révélé par cette utilisation, à l'encontre d'une règle de conflit pourtant antérieurement modifiée.

544. L'exception d'ordre public international apparaît alors comme étant un véritable moteur, permettant une adaptation du droit international privé, ponctuelle, dans une affaire précise, mais aussi de façon générale, entraînant une correction des solutions conflictuelles à plus long terme. Les lois de police peuvent tenir un rôle similaire, d'où la complémentarité des mécanismes.

545. En effet, lorsque ces dernières interviennent, une telle transformation est également possible⁷⁴⁵. Le rattachement jusque-là utilisé pour imposer unilatéralement le recours à la *lex fori* devient bilatéral, permettant de désigner également une loi étrangère.

Il s'agit d'une solution séduisante, puisqu'elle permet d'être en présence d'une règle de conflit générale ou spéciale de principe, mais sans que cela se fasse au détriment de l'intérêt de l'ordre juridique énonçant la règle de conflit nouvelle.

Puisque le rattachement des lois de police est repris, la loi de cet Etat continuera à s'appliquer dans le même champ qu'auparavant, la seule différence se situant dans le fait que désormais une loi étrangère peut être désignée par le même rattachement, au-delà de cette zone.

546. Il y a alors création d'une solution de principe, plus propice à la prévisibilité que les lois de police, mécanisme exceptionnel. Toutefois, ce point reste ouvert à la discussion, une loi de police fermement établie pouvant être, de ce point de vue, tout aussi satisfaisante que les règles de conflit classiques.

Un tel basculement est toutefois souhaitable lorsqu'il y a un foisonnement de lois d'application immédiate dans une catégorie, utilisant le même rattachement. Il est dès lors concevable de renverser les perspectives et de transformer l'exception en principe.

547. Toutefois, en procédant de la sorte, on se trouve confronté aux critiques adressées à la bilatéralisation des lois de police, déjà proposée il y a une trentaine d'années par certains auteurs⁷⁴⁶. Cette idée a d'ailleurs été reprise plus récemment⁷⁴⁷.

⁷⁴⁵ En ce sens, sur le fait que les lois de police peuvent être « un passage d'une période d'imperfection vers une période de perfection qui sera cristallisée dans les nouvelles règles de conflits », Ernst Mezger, *TCFDIP* 1966-1969, p.170, débats suite à la communication de Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », précité, p.149.

⁷⁴⁶ A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé : contrats internationaux et dirigisme étatique*, Paris, Dalloz, Bibl. de droit international privé, vol. 14, 1972, n°429 et s. ; F. Deby-Gerard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, Bibl. de droit international privé, vol. 16, 1973, n°54 et s. Voir auparavant Zweigert, « Droit international privé et droit public », *Rev. crit.* 1965, 645, spéc. p.656.

⁷⁴⁷ S. Kröll, « Future Perspectives of Conflicts, Mandatory Rules in International Contracts, in *Perspectives of Air Law, Space and International Business Law for the Next Century*, Carl Heymans Verlag, 1996, p.87 et s.

Selon eux, le rattachement utilisé pour les lois de police du for peut servir également à désigner les lois étrangères. Le phénomène exceptionnel se transformant en règle de principe, avec un rattachement bilatéral cette fois, cela permet de ne pas avoir différentes méthodes conflictuelles au sein d'un même système. De plus, une telle façon de procéder est censée aboutir à une symétrie des solutions dans l'ordre international.

Or, ces propositions ont été critiquées par une majorité de la doctrine⁷⁴⁸. L'analyse méconnaîtrait le propre d'une loi de police qui est le lien entre sa teneur et son champ d'application dans l'espace. Cet élément est négligé par la bilatéralisation, pour les lois de police étrangères. Une telle réflexion serait également insatisfaisante car elle ne permettrait pas de tenir compte des lois de police étrangères, dès lors que la *lex fori* ne poursuit pas les mêmes objectifs. La bilatéralisation est alors par définition impossible.

De plus, selon M. Mayer, l'approche préconisée « *présume sans raison de l'existence d'une loi de police dans l'ordre juridique étranger désigné par le critère* »⁷⁴⁹. Or, il se peut que l'ordre juridique du for raisonne en termes de loi de police sur une question particulière, sans que cela soit le cas pour celui de la *lex causae*.

Notre solution revient à la bilatéralisation des lois de police du for. Elle encourt par conséquent les mêmes critiques. Mais elle nous semble malgré tout défendable.

548. En cas de convergence des analyses quant au droit au fond et quant au rattachement utilisé dans une matière donnée, c'est-à-dire dans les cas dans lesquels la bilatéralisation est *a priori* la plus légitime, elle peut paraître simpliste, certaines règles particulières nécessitant un autre champ d'application.

Par exemple, l'article 5 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles adopte pour la protection du consommateur, partie à un contrat international, le critère de sa résidence habituelle, ce qui peut être considéré comme étant la bilatéralisation d'un rattachement utilisé pour les lois de police⁷⁵⁰. Or, il a été mis en évidence que cette solution était inadaptée pour certaines règles françaises particulières⁷⁵¹.

Pourtant, à notre avis, la bilatéralisation constitue, même dans de tels cas, un progrès. En effet, elle permet d'appliquer de façon courante et par une voie habituelle des lois de police étrangères, alors qu'elles ne le sont pas fréquemment par la voie exceptionnelle⁷⁵². Il s'agit donc d'une banalisation qui mérite d'être signalée, même si la bilatéralisation est par ailleurs critiquable.

Ainsi, en matière de consommation, la démarche consisterait plutôt à recourir, après avoir constaté que l'on ne se trouve pas dans le champ d'application de la loi de police du for, à la loi choisie par les parties et à l'évincer par le jeu de l'exception d'ordre public international, au cas où elle ne serait pas suffisamment protectrice. La méthode consistant à appliquer une loi de police étrangère en tant que telle n'est pas forcément évidente en pratique.

549. En l'absence de toute convergence internationale, cette solution serait alors totalement inadmissible, entraînant l'application d'une *lex causae* étrangère alors que celle-ci n'est pas

⁷⁴⁸ Voir pour un résumé de ces critiques, F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflit de lois)*, thèse précitée, n°333, p.321. Egalement P. Mayer, *Rép. Dalloz, Dr. Int.*, V° *Lois de police*, n°33 et s.

⁷⁴⁹ P. Mayer, *Rép. Dalloz*, précité n°37.

⁷⁵⁰ Voir *infra* n°574 et s.

⁷⁵¹ F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflit de lois)*, thèse précitée, n°335, p.322.

⁷⁵² Voir *infra* n°693 et s.

une loi de police et qu'elle ne se veut pas applicable. Les solutions étrangères ne seraient pas respectées, ce qui est très insatisfaisant en apparence.

550. Mais la bilatéralisation que nous défendons ne s'inscrit pas dans la même logique que la théorie envisagée précédemment. Elle n'a pas vocation à réduire la méthode des lois de police au bilatéralisme classique et à lui nier toute spécificité. Il ne s'agit que de préconiser la transformation ponctuelle de certaines lois de police en règle de conflit de principe. En aucun cas une telle approche ne doit être systématique. Ainsi, l'application de lois de police « en tant que telles » reste possible, qu'il s'agisse de normes du for ou étrangères. L'argument selon lequel la bilatéralisation ne permet pas de tenir compte de lois de police étrangères, n'appartenant pas à la *lex causae*, poursuivant des objectifs négligés par le for mais malgré tout légitimes, peut donc être écarté⁷⁵³.

De plus, il nous semble que, dès lors que la bilatéralisation d'une loi de police est effective, il faut en tirer les conséquences. A partir de ce moment, il s'agit d'une règle de conflit bilatérale. Il ne faut plus lui appliquer le régime des lois de police. La présence ou l'absence d'une loi de ce type dans la *lex causae* est indifférente, comme lorsqu'une règle de conflit bilatérale apparue différemment désigne une loi étrangère.

Si à propos de la question concernée, il n'y a pas de loi de police au sein de la *lex causae*, la loi étrangère s'appliquera de façon classique et banale, même si une loi de police du for est à l'origine de la règle de conflit la désignant, ce point important peu.

S'il y a une loi de police au sein de la *lex causae*, si elle n'est pas auto-limitée, peu importe qu'elle soit appliquée dans le champ minimum qu'elle réclame ou au-delà, puisqu'il ne s'agit pas en même temps d'un maximum⁷⁵⁴. Si cette loi est auto-limitée, que son champ d'application minimum est aussi un maximum, deux situations peuvent se présenter : soit la norme est appliquée dans l'espace qu'elle s'assigne et il n'y a aucun problème, soit cette loi de police ne veut pas s'appliquer à l'hypothèse en cause et à nouveau il n'y a aucune difficulté car le droit étranger connaît alors toujours une autre disposition comme cela a déjà été démontré⁷⁵⁵.

Par conséquent, en cas de bilatéralisation, il faut aller au bout du raisonnement, ne plus continuer à appliquer le régime juridique des lois de police puisqu'elles ne sont plus réellement impliquées. La bilatéralisation que nous préconisons se démarque donc nettement de la théorie connue sous ce nom et nous semble échapper aux critiques formulées contre cette dernière.

De plus, malgré les controverses, il faut bien constater que cette théorie a été utilisée en pratique, les critères dégagés par le jeu d'exceptions ayant servi à donner naissance à des règles de conflit bilatérales.

⁷⁵³ Enonçant l'argument, voir P. Mayer, *Rép. Dalloz, Dr. Int., V° Lois de police*, n°36.

⁷⁵⁴ A propos de la notion de loi auto-limitée, voir *supra* n°15.

⁷⁵⁵ Voir P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, 277, spéc. n°60 et s., p.331 et s.

B-La traduction de l'analyse : exemple de règles de conflit bilatérales créées par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police.

551. Schématiquement, il est possible d'envisager les cas dans lesquels les lois de police ont joué un rôle moteur (1) et ceux dans lesquels l'exception d'ordre public international a été fondamentale (2).

Chacun de ces mécanismes contribue ainsi à la dynamique du droit international privé.

1) Le rôle des lois de police.

552. Les lois de police peuvent être considérées comme étant à l'origine des solutions actuellement pratiquées pour la loi applicable au contrat de travail international. Elles ont permis de prendre conscience de la place prépondérante que doit avoir la loi du lieu d'exécution du travail, même en cas de choix d'une loi par les parties pour régir leur relation contractuelle. L'autonomie de la volonté, règle de conflit générale et habituelle en matière de contrat a ainsi été mise progressivement à l'écart, au profit de la *lex loci executionis*, qui est fréquemment la plus proche de la situation. Les lois de police ont joué, d'après l'expression d'un auteur, un rôle « historique »⁷⁵⁶. Elles ont servi de « simple intermédiaire entre l'utilisation d'une règle de conflit ancienne et la création d'une catégorie régie par une règle de conflit spécifique et dérogatoire »⁷⁵⁷.

De nombreux arrêts peuvent être cités en ce sens, témoignant de cette évolution⁷⁵⁸. La loi du lieu d'exécution occupe, dans toutes ces espèces, une place prédominante. Elle intervient systématiquement, par le jeu des lois de police, même si cette expression n'est pas employée. La notion apparaît mais sous le couvert de vocables équivoques tels que « règles d'ordre public », « dispositions relevant de l'ordre public local », ...

553. Le caractère de loi de police peut aisément se justifier⁷⁵⁹. L'impact social du statut du travailleur est indéniable. De plus, les règles applicables font souvent intervenir des autorités administratives, par exemple les inspecteurs du travail en France. Enfin, des nécessités de cohérence peuvent également imposer la compétence de la loi locale. Il peut en effet être difficile d'appliquer des lois diverses aux différents salariés, par exemple en matière d'hygiène et de sécurité. Cette dernière idée ressort notamment de l'arrêt Thuillier, dans lequel la Cour de cassation a considéré que les dispositions de la loi du lieu

⁷⁵⁶ E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé)*, thèse précitée, n°212, p.141 et s.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, p.141-142.

⁷⁵⁸ Soc. 9 décembre 1960, *JCP* 1961, II, 12029, n. Simon-Depitre ; Paris 9 octobre 1962, *JDI* 1963, 776, n. Goldman ; *Rev. crit.* 1964, 467, 2^{ème} espèce, n. Simon-Depitre ; Soc. 31 mai 1972, Thuillier, *Rev. crit.* 1973, 683, n. P. Lagarde ; *JCP* 1973, II, 17317, n. G. Lyon-Caen ; *GADT* n°108, p.298 ; Soc. 23 octobre 1974, *Rev. crit.* 1976, 87, n. G. Lyon-Caen ; Civ. 1^{ère} 29 janvier 1975, *B. I.*, n°39 ; Soc. 25 mai 1977, *Rev. crit.* 1978, 701, 1^{ère} espèce, n. A. Lyon-Caen.

⁷⁵⁹ Voir *supra* n°64.

d'exécution du travail « *relatives à l'organisation ou à la réglementation administrative du travail* » étaient applicables de plein droit.

554. Il est important de remarquer que la *lex loci executionis* s'applique, dans les différentes décisions, qu'il s'agisse de la loi française ou d'une loi étrangère. Le concept de loi de police étrangère a donc également contribué à l'évolution dans ce domaine.

Etant donné ce constat, il est possible de modifier l'analyse et de recourir à une règle de conflit classique, retenant le lieu d'exécution du travail comme point de rattachement.

D'une part, cela ne se fait pas au détriment de l'intérêt de l'ordre juridique français, puisque ses propres lois continuent à s'appliquer dans le même champ.

D'autre part, cela ne peut que faciliter l'application de la loi étrangère du pays du lieu d'exécution du travail. En effet, si cette dernière est désignée par la règle de conflit de principe, son intervention sera courante voire banale. En revanche, si ces dispositions devaient être appliquées sur le seul fondement de la théorie des lois de police étrangères, leur intervention pourrait se révéler beaucoup plus problématique et sujette à discussion⁷⁶⁰.

Enfin, une telle approche classique est beaucoup plus satisfaisante, puisqu'en pratique l'exception est devenue le principe et inversement. Le raisonnement conflictuel est ainsi en adéquation avec la réalité.

555. Par la suite, l'ordre public social de protection a pu être introduit dans le raisonnement, les lois de police disparaissant progressivement de l'analyse, d'abord dans la jurisprudence française⁷⁶¹, puis dans la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dont l'article 6 dispose :

« 1. *Nonobstant les dispositions de l'article 3, dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, en vertu du paragraphe 2 du présent article.*

2. *Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, le contrat de travail est régi :*

a) *Par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays, ou*

b) *Si le travailleur n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur,*

à moins qu'il ne résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens étroits avec un autre pays, auquel cas la loi de cet autre pays est applicable ».

⁷⁶⁰ Voir *infra* n°693 et s.

⁷⁶¹ Voir notamment l'arrêt considéré comme fondateur de ce raisonnement : Soc. 31 mars 1978, *Rev. crit.* 1978, 701, 2^{ème} espèce, n. A. Lyon-Caen, analysé *supra* n°207.

La place centrale est ainsi toujours occupée par la *lex loci executionis*, même si un choix de loi est valable, à condition de ne pas nuire au salarié. Deux éléments sont donc essentiels dans cette règle de conflit : la protection du salarié, la désignation d'une loi par une clause contractuelle ne pouvant dégrader sa situation, mais aussi la proximité. La loi du lieu d'exécution intervient en effet également en raison de ses liens significatifs, voire prépondérants avec la situation. L'importance du principe de proximité est d'ailleurs mise en évidence par la présence au sein de l'article 6 de la Convention de Rome d'une clause d'exception. La loi objectivement applicable, c'est-à-dire celle du pays du lieu d'exécution du travail ou lorsque le salarié n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, celle du lieu de l'établissement d'embauche, peut être écartée si un pays présente des liens plus étroits avec le rapport de droit en cause. La loi de ce pays est alors substituée.

Par conséquent, la règle de conflit recouvre deux aspects. La volonté initiale d'aboutir à la désignation de la loi la plus proche de la situation, que l'on trouve déjà dans la jurisprudence française ancienne, est toujours réelle, même si le souci de protéger le travailleur est également apparu. C'est pourquoi, il ne s'agit pas uniquement d'une règle protectrice d'une partie faible. Cette préoccupation est présente mais ni de façon exclusive, ni de façon prépondérante.

556. Un constat peut donc être fait : les lois de police du for et les lois de police étrangères ont contribué à forger une nouvelle règle de conflit dans ce domaine particulier, même si elles n'apparaissent pas dans les solutions actuelles. L'exception d'ordre public international est également intervenue dans une certaine mesure, puisque dans plusieurs décisions cette notion est présente et confondue avec le mécanisme d'application directe.

Les exceptions ont mis en évidence une inadaptation et ont provoqué une évolution de la norme conflictuelle de principe. Désormais, la *lex loci executionis* s'applique en vertu du raisonnement classique sans avoir besoin de recourir à un quelconque subterfuge⁷⁶². Le rôle des deux techniques qui nous intéressent n'a été qu'intérimaire.

Or, il nous semble que l'exception d'ordre public international peut également tenir le même rôle, en étant prédominante dans le raisonnement cette fois, les deux mécanismes étant dès lors complémentaires car participant tous deux à la dynamique du droit international privé.

⁷⁶² *Contra* : E. Moreau, *Lois de police et contrat international de travail*, thèse dactylographiée, Paris X, 1993. Selon l'auteur, la loi du lieu d'exécution du travail doit s'appliquer. Il s'agit selon Mme Moreau d'une règle de conflit bilatérale (p.58 et s.). Elle considère malgré tout que cette loi du lieu d'exécution reste une loi de police.

2) Le rôle de l'exception d'ordre public international.

557. La loi suisse de droit international privé a, pour certaines règles de conflit bilatérales, pris en compte l'intervention antérieure de l'exception d'ordre public international, modifiant ainsi l'analyse suivie jusque-là.

L'exemple le plus évident est l'article 68 alinéa 1^{er} de cette loi, selon lequel :

« L'établissement, la constatation et la contestation de la filiation sont régis par le droit de l'Etat de la résidence habituelle de l'enfant ».

Auparavant se posait le problème de l'action en désaveu de paternité de l'enfant domicilié en Suisse, en cas d'internationalité de la situation. Selon la règle de conflit classique, la loi normalement applicable était la loi nationale du père.

Or, depuis 1962, le droit interne suisse admettait le droit d'agir de l'enfant lui-même. Des tribunaux suisses ont alors fait usage de l'exception d'ordre public international à l'encontre de lois étrangères ne prévoyant pas cette possibilité, lorsque l'enfant, quelle que soit sa nationalité, était domicilié en Suisse⁷⁶³. Il apparaissait donc que le droit d'agir lui-même en désaveu de paternité devait être accordé à tout enfant domicilié en Suisse, ce qui signifiait que le droit suisse devait s'appliquer dans ce champ, cet ordre juridique étant fortement intéressé par une telle situation.

558. Les leçons de cette analyse, tenue sur des fondements exceptionnels, ont été tirées par le législateur. La règle de conflit nouvelle prend en compte le fait que les dispositions suisses doivent s'appliquer à tout enfant domicilié dans ce pays pour ce type d'action. Le lien dégagé par la jurisprudence par le jeu de l'exception d'ordre public international a été retenu comme critère principal de rattachement de la règle de conflit bilatérale « classique ».

Une véritable mutation a donc eu lieu, l'exception d'ordre public international étant à l'origine d'une règle de conflit ordinaire ; un basculement s'est produit, en raison de l'intérêt de l'ordre juridique suisse à voir s'appliquer sa loi dans un certain champ, différent de celui instauré par la règle de conflit initiale.

559. Désormais, le droit suisse est normalement applicable lorsque l'enfant exerçant son action réside habituellement en Suisse.

L'exception d'ordre public international ne devrait par conséquent plus intervenir fréquemment, en raison de cette adéquation entre les intérêts suisses et le champ d'application de la loi suisse. Elle conserve malgré tout une place résiduelle mais réelle. Ainsi, elle peut jouer contre une loi étrangère choquante, si le lien avec la Suisse existe sans pour autant justifier l'application normale de la loi de ce pays.

De plus, elle pourra intervenir le cas échéant pour mettre en évidence un nouvel intérêt de l'ordre juridique suisse et une inadaptation de la règle de conflit.

⁷⁶³ Sur ce point, voir A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », cours précité, *RCADI* 1993, n°30, p.58.

560. Cela montre à nouveau que sous une apparence bilatérale, la méthode est profondément empreinte d'unilatéralisme, la réflexion étant centrée d'abord et avant tout sur le champ d'application de la loi suisse.

L'approche a le mérite du réalisme, car si la règle de conflit n'avait pas été rectifiée, de toute façon, des subterfuges seraient utilisés pour aboutir au résultat souhaité. Le raisonnement est donc proche de celui tenu à propos des lois de police, la problématique étant la même.

Il faut encore ajouter qu'il ne s'agit pas de la seule disposition de la loi suisse adoptant cette méthode et tirant les conséquences d'une construction jurisprudentielle antérieure fondée sur l'exception d'ordre public international. Ce n'est donc pas une solution isolée mais bien une politique affirmée nettement⁷⁶⁴.

561. L'exception d'ordre public international et les lois de police peuvent donc agir sur les solutions conflictuelles de façon complémentaire, provoquant ainsi une adaptation des règles de principe, certes facultative, mais particulièrement opportune. Le raisonnement est en effet simplifié de la sorte, notamment au niveau pratique pour le juge, les solutions étant également plus prévisibles.

Enfin, dans ces cas-là, le for exprime un intérêt à l'application de sa propre loi dans un certain champ, mais également un intérêt matériel, l'objectif étant d'assurer la préservation de ses solutions substantielles dans ce même espace.

Cette préoccupation est encore décuplée lorsqu'il s'agit du bilatéralisme à coloration matérielle, lequel exprime ouvertement une préférence pour un résultat de fond.

Section II-Le bilatéralisme orienté ou à connotation matérielle.

562. Le rapprochement entre les règles de conflit à coloration matérielle et le binôme exception d'ordre public international-lois de police ne fait pas de doute, à partir du moment où des considérations matérielles pénètrent au sein du raisonnement conflictuel et interviennent dans la détermination du droit normalement applicable (§ 1).

Les deux mécanismes d'exception peuvent alors susciter l'apparition de règles de conflit orientées, participant là encore à la dynamique du droit international privé (§ 2).

⁷⁶⁴ Voir pour des illustrations de cette démarche, A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », cours précité, *RCADI* 1993, n°30, p.58 et « La famille en droit international privé », cours précité, *RCADI* 2000, spéc. n°34 et s., p.62 et s.

§ 1-Le rapprochement des règles de conflit orientées et de l'ensemble exception d'ordre public international-lois de police.

563. Deux techniques peuvent être considérées comme faisant partie de cette notion de règles de conflit « orientées ». Dans les deux cas, les solutions conflictuelles se caractérisent par l'utilisation de rattachements multiples, mettant en évidence leur différence par rapport aux règles de conflit bilatérales classiques que nous avons vues jusque-là⁷⁶⁵.

564. En premier lieu, l'ordre public social de protection peut y être classé. Nous avons déjà abordé cette notion, sous un autre angle, c'est pourquoi nous la traiterons assez rapidement⁷⁶⁶.

Les règles de conflit utilisant la technique de l'ordre public social de protection sont orientées car leur but est de protéger une personne ou une catégorie de personnes, dans des relations contractuelles internationales, contre un choix de loi qui d'une part leur est, la plupart du temps, imposé et qui, d'autre part, leur est souvent défavorable.

565. Les articles 5 et 6 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, que nous avons vus auparavant, peuvent être considérés comme les symboles de cette démarche particulière. Ils s'éloignent tous deux des préceptes de la règle de conflit classique, l'objectif principal étant de protéger une partie faible, consommateur ou travailleur. Toutefois, pour l'article 6 plus particulièrement, le raisonnement ayant trait à la proximité n'est pas délaissé, loin de là, comme en témoigne avec éclat la clause d'exception y figurant. C'est pourquoi seul l'article 5 sera abordé ici.

566. L'efficacité de la protection de la partie faible doit de plus être nuancée puisqu'elle peut se révéler assez médiocre, l'ensemble dépendant quasi-exclusivement du contenu d'une loi de référence, qui peut ne pas accorder de garanties particulières au consommateur. L'objectif général est donc affirmé mais les moyens mis en œuvre ne sont pas très importants, les systèmes n'étant pas véritablement perfectionnés.

Par conséquent, la coloration matérielle de ces règles n'est pas fortement marquée. Un résultat matériel précis n'est pas recherché, seule une préoccupation générale est proclamée. Toutefois, cette démarche permet, de façon certes indirecte mais certaine, à chaque Etat d'assurer l'application de ses règles aux consommateurs domiciliés sur son territoire, à titre de minimum éventuellement améliorable par un choix de loi. L'intérêt étatique est donc présent et préservé par les règles de conflit bilatérales.

En ce sens, la réflexion est proche de celle relative à l'exception d'ordre public international et aux lois de police.

De plus, comme nous l'avons déjà vu, l'ordre public social de protection peut être considéré comme un mécanisme hybride, empruntant à la logique de chacune de ces exceptions⁷⁶⁷.

⁷⁶⁵ Sur la notion de règles de conflit orientées, voir F. Soirat, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, Thèse dactylographiée, Paris I, 1995.

⁷⁶⁶ Voir *supra* n°204 et s.

⁷⁶⁷ Voir *supra* n°212 et s.

Ces dernières sont alors susceptibles de provoquer l'apparition de règles de conflit utilisant une telle technique. Une communication est possible, les raisonnements étant proches, prenant en compte des éléments matériels.

567. En second lieu, les règles de conflit à coloration matérielle au sens strict font également partie des règles orientées. Il s'agit de normes conflictuelles qui sont toujours bilatérales, pouvant désigner la loi du for ou une loi étrangère, mais qui sont marquées par des considérations matérielles précises. La résolution du conflit de lois est dans la dépendance des solutions au fond, produites par les différentes lois en présence.

La volonté de protéger une personne ou une catégorie de personnes est certes présente mais l'objectif clairement affirmé est d'aboutir à un résultat matériel donné, ce qui n'est pas le cas pour l'ordre public social de protection.

568. Pour arriver à cette fin, il est possible d'utiliser tout d'abord la technique des rattachements alternatifs.

Pour les règles de conflit de ce type, un résultat matériel est recherché. Son auteur, législateur ou juge, estime que l'aléa conflictuel doit être sinon éliminé, au moins limité. Il s'agit d'une prise de position d'une autorité étatique souhaitant privilégier une solution.

Des rattachements multiples sont ainsi énoncés, afin d'avoir plus de chances d'atteindre l'objectif souhaité. En effet, le résultat recherché peut être obtenu par l'une ou l'autre des lois désignées par ces rattachements, d'où l'utilité d'en énoncer plusieurs.

Des variantes existent toutefois. Ainsi, il peut y avoir une hiérarchie entre les différentes lois en présence, la loi désignée par le deuxième rattachement ne pouvant être consultée que si la première n'a pas donné satisfaction, la troisième que si la deuxième n'a pas permis d'atteindre le but visé, ... Un exemple d'utilisation de cette technique se trouve dans la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, sur la loi applicable aux obligations alimentaires.

Selon l'article 4 :

« La loi interne de la résidence habituelle du créancier d'aliments régit les obligations alimentaires visées à l'article premier ».

L'article 5, dispose quant à lui, que :

« La loi nationale commune s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments du débiteur en vertu de la loi visée à l'article 4 ».

Enfin, en vertu de l'article 6,

« La loi interne de l'autorité saisie s'applique lorsque le créancier ne peut obtenir d'aliments en vertu des lois visées aux articles 4 et 5 ».

La nécessité de consulter les lois dans l'ordre dans lequel elles sont énoncées apparaît ainsi nettement.

Mais il peut également ne pas y avoir de hiérarchie, l'une quelconque des lois désignées étant susceptible d'intervenir afin de satisfaire le résultat recherché, sans qu'aucune priorité ne soit instaurée.

L'article 311-18 du Code civil retient une telle solution. Il dispose que :

« L'action à fins de subsides est régie au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur ».

Le fait de pouvoir choisir entre les deux lois que désignent les rattachements permet à l'enfant d'opter pour la solution qui est la plus avantageuse pour lui, soit que l'une seule d'entre elles permette d'obtenir des subsides, soit que l'une d'entre elles lui permette d'en obtenir davantage que l'autre. Ce second aspect est important car en cas de hiérarchisation entre les rattachements énoncés, il n'est pas possible de recourir systématiquement à la solution la plus avantageuse, la première loi donnant satisfaction devant être appliquée, quel que soit le contenu des autres.

569. Malgré tout, dans les deux hypothèses, une institution est nettement favorisée, par le jeu même de la règle de conflit, le raisonnement matériel se mêlant intimement à la réflexion conflictuelle, cette dernière étant mise au service du premier. Le souci de localisation n'est certes pas absent, puisqu'il ne s'agit pas d'une règle purement matérielle, mais passe tout de même à l'arrière-plan.

De plus, une telle démarche permet d'assurer un résultat matériel dans un certain champ, de façon certaine, en consacrant l'application de la loi française, lorsque l'ordre juridique français est particulièrement intéressé, c'est-à-dire, par exemple pour l'article 311-18, quand l'enfant et/ou le débiteur résident habituellement en France. L'aléa conflictuel est ainsi repoussé et ne subsiste qu'au-delà de ce domaine.

570. Le rapprochement avec l'exception d'ordre public international et les lois de police est alors facile à faire. Ces mécanismes sont aussi utilisés pour arriver à un résultat, pour favoriser une institution, lui permettre d'exister au niveau international, au moins dans un certain champ puisque la notion de rattachement ne leur est pas étrangère.

L'interaction entre les exceptions et les règles de conflit de ce type est donc parfaitement envisageable. Les premières peuvent attirer l'attention sur la nécessité de favoriser un certain résultat dans l'ordre international, en énonçant également l'espace dans lequel cela est souhaitable. Les secondes peuvent traduire cette approche de façon plus concrète et sur le fondement d'une solution de principe cette fois.

571. Ensuite, le résultat recherché peut aussi être de faire obstacle à une institution, des rattachements cumulatifs étant énoncés à cette fin, ce qui modifie « l'esprit » de la règle.

Dans ce cas, la règle à coloration matérielle est énoncée afin de faire obstacle dans une très large mesure, à un résultat matériel. Cela correspond à nouveau à une prise de position sur le fond de la part de l'ordre juridique énonçant la règle de conflit.

Cette fois, les différentes lois désignées par les rattachements multiples doivent être consultées et ce n'est que si toutes permettent d'atteindre le résultat auquel on veut faire échec, qu'il sera malgré tout toléré.

Le fait que l'une seule des lois en présence soit divergente, suffit à faire obstacle à ce résultat matériel et permet donc d'atteindre l'objectif ouvertement recherché par la règle de conflit à rattachements multiples.

A titre d'exemple, la jurisprudence française estimant que l'article 311-17 du Code civil est applicable à l'action en nullité et à celle en contestation de reconnaissance peut être citée⁷⁶⁸. En raison du recours à cette disposition, elles doivent être possibles à la fois au regard de la loi de l'auteur et de la loi de l'enfant. Il s'agit bien d'une prise de position destinée à rendre difficile de telles actions, même si l'analyse est contestable. En effet, selon une partie de la doctrine, l'article 311-14 est plus adapté et aurait dû être utilisé⁷⁶⁹.

La jurisprudence de la Cour de cassation belge selon laquelle le divorce d'époux de nationalités différentes ne pouvait être admis en Belgique que pour des causes reconnues à la fois par la loi nationale du mari et par celle de la femme est également une illustration de cette technique⁷⁷⁰.

572. A nouveau, la règle de conflit n'est pas neutre par rapport au résultat matériel final. En cela, il y a un rapprochement avec l'exception d'ordre public international et les lois de police, qui peuvent également témoigner de l'hostilité d'un ordre juridique envers certaines institutions, au moins dans un certain champ, dans lequel son intérêt est présent.

Ainsi, exemple classique, l'exception d'ordre public international a pu intervenir un temps, en France, pour faire obstacle à l'institution du divorce et évincer des lois étrangères la consacrant. De même, les lois de police peuvent jouer dans le domaine contractuel pour faire échec à certaines stipulations ce qui est le cas notamment pour la réglementation des clauses abusives⁷⁷¹.

Les techniques employées sont différentes mais les résultats peuvent être les mêmes et surtout l'exception d'ordre public international et les lois de police sont susceptibles d'attirer l'attention sur un tel point et de contribuer ainsi à l'apparition d'une règle de conflit de ce type, prenant position sur le plan matériel.

Cela permet de ne pas laisser cette hostilité à la seule appréciation des juges, mais de la traduire en terme de règle de principe. Elle doit dès lors être systématiquement consultée. Il s'agit d'un des avantages de la conversion, pouvant expliquer que certaines règles de conflit orientées aient effectivement vu le jour suite à l'intervention de l'exception d'ordre public international et des lois de police.

⁷⁶⁸ Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, *B. I.*, n°225 ; *D.* 1999, 483, concl. J. Sainte-Rose, *D.* 2000, somm. 162, obs. A. Bottiau, *JCP* 2000, II, 10353, n. T. Vignal ; Paris 13 janvier 2000, *D.* 2000, 898, n. S. Aubert.

⁷⁶⁹ Voir notamment en ce sens, S. Aubert, note précitée.

⁷⁷⁰ Cass. belge 16 février 1955, *JDI* 1955, 930, n. Philonenko. Le droit belge a évolué depuis, avec notamment la loi du 27 juin 1960.

⁷⁷¹ Voir *supra* n°263 et 314.

§ 2-La création de règles de conflit orientées par le jeu de l'ensemble exception d'ordre public international-lois de police.

573. Certaines règles de conflit « orientées » trouvent leurs origines dans une analyse fondée sur l'exception d'ordre public international et les lois de police. Des exemples concrets peuvent illustrer le propos.

574. En premier lieu, les mécanismes exceptionnels peuvent donner naissance à des règles de conflit utilisant la technique de l'ordre public social de protection. L'article 5 de la Convention de Rome peut être considéré comme ayant ses racines dans une analyse utilisant l'exception d'ordre public international et les lois de police.

En effet, pour assurer la protection du consommateur partie à un contrat international le critère de la résidence habituelle, retenu par l'article 5, provient de raisonnements tenus dans les divers systèmes nationaux, sur le fondement de mécanismes exceptionnels.

575. Tout d'abord, cet élément a été utilisé au sein de l'ordre juridique français. Ainsi, la Cour de cassation a appliqué à un contrat d'assurance les règles impératives du droit français, au profit de personnes domiciliées en France auxquelles la législation française protectrice devait bénéficier⁷⁷².

L'arrêt rendu le 19 octobre 1999 par la même juridiction peut quant à lui être considéré comme une sorte de synthèse du droit international privé français, seul valable avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 et qui est appelé à disparaître progressivement⁷⁷³. Or, dans cette décision la résidence habituelle des consommateurs semble occuper une place décisive et justifier à elle seule l'application de la loi française du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, dite loi Scrivener. La Cour rappelle dans un attendu de principe que « *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire* ». Aucune allusion à un autre élément de rattachement n'est faite par ailleurs.

Cela montre ainsi la place essentielle qu'est susceptible d'occuper ce critère de rattachement.

576. Des exemples venant d'autres pays existent aussi. Un arrêt ancien mais significatif rendu en Allemagne, par le Reichsgericht, peut être cité en ce sens⁷⁷⁴. En l'occurrence, une personne domiciliée en Allemagne avait conclu un contrat avec un vendeur néerlandais, le droit néerlandais étant normalement applicable. Or, il a été évincé par le jeu de l'exception d'ordre public international. Cette décision a été analysée comme témoignant d'une volonté de protéger le consommateur domicilié en Allemagne et de permettre l'application de la loi allemande, ce point apparaissant comme crucial⁷⁷⁵.

En effet, l'ordre juridique allemand avait un intérêt à la voir s'appliquer dans ce champ, ce qui a essentiellement justifié la mise à l'écart de la loi néerlandaise. L'intervention de

⁷⁷² Civ. 1^{ère} 18 novembre 1967, B. I, n°26 ; RGAT 1967, p.338.

⁷⁷³ Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, D. 2000, p.8, obs. J. F. ; JDI 2000, 328, n. J.-B. Racine ; D. 2000, 765, n. M. Audit ; Rev. crit. 2000, 29, n. P. Lagarde.

⁷⁷⁴ RG 23 mars 1931, JW 1932, 591.

⁷⁷⁵ P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé » in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 261, 1996, p.513 et s., spéc. n°13, p.520.

l'exception d'ordre public international était donc un subterfuge, le contenu de la *lex causae* passant au second plan. L'importance du critère du domicile est ainsi soulignée par cet arrêt⁷⁷⁶.

Il en va de même dans une loi allemande du 9 décembre 1976 réglementant le droit des conditions générales d'affaires, prévoyant la prise en compte de ses dispositions, alors même que le contrat est soumis à un droit étranger, s'il « *est conclu à cause d'une offre publique, d'une publicité ou d'une activité commerciale analogue, déployée dans le territoire où la présente loi est applicable par l'utilisateur des conditions générales, et si l'autre partie au contrat a, au moment de la remise de sa déclaration de conclusion du contrat, son domicile ou sa résidence habituelle dans le territoire où la présente loi est applicable, et remet sa déclaration de volonté dans ledit territoire* »⁷⁷⁷.

La périphrase « *le territoire où la présente loi est applicable* » désigne le territoire allemand et l'on se rend alors compte que le domicile ou la résidence habituelle du consommateur sur ce dernier tient un rôle éminent, même s'il n'est pas exclusif, d'autres facteurs étant également présents dans la détermination du domaine d'intervention de cette loi, par dérogation à la règle de conflit classique. Toutefois, il peut être délicat de parler dans ce cas d'une véritable loi de police, la simple prise en considération des dispositions étant prévue et non leur application impérative⁷⁷⁸. Mais il s'agit malgré tout d'un élément révélant le rôle du domicile ou de la résidence habituelle du consommateur en tant qu'élément de rattachement.

577. Une autre illustration du rôle prépondérant de ce critère peut être trouvée en droit britannique cette fois. Il s'agit de l'Unfair Contract Terms de 1977, relatif aux clauses d'exonération de responsabilité. Ce texte délimite son champ d'application et se déclare applicable nonobstant le choix d'une loi étrangère, notamment lorsque l'une des parties agit comme consommateur, qu'elle a sa résidence habituelle en Angleterre et qu'elle y a accompli les principaux actes nécessaires à la conclusion du contrat. La même approche est également présente dans la jurisprudence⁷⁷⁹.

L'analyse était donc convergente dans différents ordres juridiques, les lois du domicile ou de la résidence habituelle du consommateur devant s'appliquer, les techniques utilisées étant variées mais aboutissant au final au même résultat⁷⁸⁰.

578. La règle de conflit de l'article 5 de la Convention de Rome reprend donc ces réflexions faisant une place privilégiée à l'environnement juridique immédiat du consommateur. La

⁷⁷⁶ Voir depuis, OLG Hamm 7 février 1977, *NJW* 1977, 1594.

⁷⁷⁷ *Bundesgesetzblatt*, 15 décembre 1976, I, p.3317 ; Traduction : *Rev. crit.* 1977, 635, n. B. Von Hoffmann.

⁷⁷⁸ M. P. Lagarde considère que « le titre d'application de la loi allemande est donc assez mal défini. Il est intermédiaire entre l'application au titre de loi de police et l'application exceptionnelle au nom de l'ordre public », in « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe », actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, Centre de droit des obligations de l'Université Paris I, p.19, spéc. p.37. Cela témoigne à nouveau de la proximité et de la complémentarité des notions. Sur la prise en considération des lois de police voir *infra* n°676 et s.

⁷⁷⁹ Sur ce point, voir P. Lagarde, « Public policy », in *International Encyclopedia of Comparative law*, précité, n°20, p.17-18.

⁷⁸⁰ Sur le fait que le domicile du consommateur est un critère adapté pour justifier l'intervention de l'exception d'ordre public international, voir N. Houx, « La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables », *Petites affiches* 2001, n°43, p.6, spéc. p.18 et les auteurs cités.

loi de l'Etat dans lequel il est établi va s'appliquer ou du moins fixer un minimum, auquel la loi d'autonomie ne peut porter atteinte. Or, il s'agit de celle qui lui est le plus facilement accessible. La protection, au niveau du raisonnement conflictuel, est donc importante. L'idée de proximité, certes présente, n'est pas au premier plan, le contrat pouvant entretenir des liens plus étroits avec un autre ordre juridique, sans que cela ait une quelconque influence, contrairement à ce qui se passe pour l'article 6 de la même Convention⁷⁸¹.

Mais la règle a été perfectionnée, le choix d'une loi par les parties pouvant améliorer ce minimum⁷⁸². L'esprit de la jurisprudence passée est malgré tout, là encore, respecté, puisque le consommateur ne peut que bénéficier, ou en tous cas ne peut pâtir, d'un choix qui lui est souvent imposé.

579. La protection a bien été initiée par des mécanismes exceptionnels, qui ont mis en évidence une nécessité particulière. Cette dernière s'est ensuite traduite par une règle de principe, l'article 5 de la Convention de Rome, systématisant la démarche poursuivie précédemment.

Elle a d'ailleurs été qualifiée de « *clause spéciale d'application des lois de police* »⁷⁸³. Cela témoigne de la proximité entre cette norme conflictuelle et les exceptions, mais méconnaît peut-être le fait qu'il y a eu une transformation de l'analyse fondée sur les lois de police ou de façon plus générale sur des mécanismes particuliers en règle bilatérale spécifique.

580. En second lieu, les mécanismes exceptionnels peuvent aussi donner naissance à des règles de conflit à coloration matérielle. Le phénomène de conversion est peut-être plus flagrant pour ces règles présentant plus ouvertement encore un caractère matérialiste, tout en restant bilatérales, puisqu'elles peuvent désigner la loi du for ou une loi étrangère pour régir le rapport de droit en cause.

Ces normes prennent clairement position sur un résultat à atteindre. Certains exemples traduisent effectivement le rôle fondateur des deux mécanismes exceptionnels.

Il en va ainsi de l'article 311-18 du Code civil, selon lequel :

« L'action à fins de subsides est régie, au choix de l'enfant, soit par la loi de sa résidence habituelle, soit par la loi de la résidence habituelle du débiteur ».

Il est possible de considérer que cette disposition s'inscrit dans une certaine continuité jurisprudentielle, les juges ayant utilisé massivement l'exception d'ordre public international et les lois de police dans ce domaine. La règle de conflit retranscrit cette conception destinée à protéger l'enfant, à lui assurer des subsides en lui offrant une option entre deux lois. L'une d'entre elles est nécessairement la loi française lorsqu'il réside habituellement en France, lorsque l'ordre juridique français est particulièrement concerné par la situation.

⁷⁸¹ C'est ce qui justifie que nous traitons ces deux articles dans deux parties distinctes de notre raisonnement. En effet, l'article 6 de la Convention de Rome trouve ses origines dans la jurisprudence passée dont la volonté première était d'aboutir à une loi proche de la situation. En revanche, pour l'article 5, la jurisprudence ancienne recherchait d'abord et avant tout la protection du consommateur.

⁷⁸² V. *supra* n°208.

⁷⁸³ P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit.* 1991, 287, spéc. p.316 note 76 et note sous BGH 19 mars 1997, *Rev. crit.* 1998, 610, spéc. p.625.

581. Cette attitude protectrice est traditionnelle en jurisprudence, certaines décisions pouvant être citées en ce sens.

Tout d'abord, de manière ancienne, les règles françaises relatives à l'obligation alimentaire ont été qualifiées de lois de police et de sûreté ou de règles d'ordre public, l'article 3 du Code civil étant visé⁷⁸⁴. Cette position était avant tout dictée par la volonté de déroger au principe d'incompétence des tribunaux français pour les litiges entre étrangers, aujourd'hui disparu⁷⁸⁵.

Par la suite, l'exception d'ordre public international a pris le relais. L'idée était d'assurer la protection minimale instaurée par la loi française, lorsque la personne réclamant des aliments présentait des liens forts avec la France notamment lorsqu'elle y était domiciliée. L'arrêt Darmouni est significatif en ce sens, même si en l'occurrence il s'agissait d'une mère, établie en France qui réclamait des aliments à ses enfants. Il semble concerner toutes les obligations alimentaires⁷⁸⁶.

Selon cette décision, la loi du lien de famille est en principe compétente pour régir la question de l'obligation alimentaire. Il s'agit donc de la règle de conflit bilatérale, désignant la loi normalement applicable.

Mais, il est précisé dans la foulée que l'exception d'ordre public international peut intervenir pour assurer le minimum d'assistance prévu par la loi française. Par conséquent, le raisonnement se situe dans la continuité de la jurisprudence ancienne.

582. Cette solution ressemble à la règle optionnelle consacrée par l'article 311-18 du Code civil, même si celui-ci concerne l'enfant, la solution de l'arrêt Darmouni ayant une portée générale. Il s'agit en effet d'une compétence de principe d'une loi mais elle ne peut porter atteinte à la solution française. Si la *lex causae* ne donne pas satisfaction car elle ne consacre pas un résultat au moins équivalent à celui produit par la règle française, cette dernière interviendra, en raison du moyen utilisé.

Avec l'article 311-18, la loi française sera fréquemment l'une des lois en cause et assurera, en raison de l'option offerte à l'enfant, un seuil minimum.

Tel sera le cas si l'enfant réside en France ou s'il agit contre un homme y résidant, ce qui correspond également aux situations dans lesquelles l'ordre juridique français est le plus intéressé.

Si aucune des personnes impliquées ne réside en France, la faveur réside dans le fait que l'enfant peut choisir entre deux lois, celle qui sera la plus avantageuse pour lui. Le souci de protection, mis en évidence par l'intervention des mécanismes exceptionnels est ainsi encore présent. Toutefois, l'ordre juridique français est moins intéressé dans ces cas-là. Il est donc logique que la loi française ne fixe pas systématiquement un seuil minimum, améliorable par une autre loi.

583. Les leçons d'une réflexion sur le fondement des lois de police et de l'exception d'ordre public international ont donc été tirées et traduites dans une règle de conflit écrite.

Cette technique a d'ailleurs été reprise par ailleurs, dans le même domaine, dans la Convention de La Haye de 1973 que nous avons vue précédemment. Cette dernière

⁷⁸⁴ T. civ. Seine 10 mai 1876, *JDI* 1876, 184 et 3 mai 1879, *JDI* 1879, 489 ; Douai 26 mars 1902, *JDI* 1903, 599 ; Req. 22 juillet 1903, *JDI* 1904, 355 ; *DP.* 1904, I, 197 ; Paris 11 avril 1923, *Rev. crit.* 1924, 403.

⁷⁸⁵ Sur ce point, voir Civ. 30 octobre 1962, *Scheffel*, *Rev. crit.* 1963, 367, n. Francescakis ; *D.* 1963, 109, n. G. Holleaux ; *GA* n°37.

⁷⁸⁶ Civ. 1^{ère} 19 octobre 1971, *D.* 1972, 683, 2^{ème} espèce, n. Ph. Malaurie. Voir auparavant de façon générale : Civ. 20 juillet 1936, *JDI* 1937, 288, n. Perroud ; *Rev. crit.* 1937, 694, n. Batiffol ; *DH.* 1936, 474.

comporte des rattachements hiérarchisés mais plus nombreux. Elle peut donc être considérée comme moins favorable en raison du premier élément et plus favorable en raison du second.

De même, la loi suisse de droit international privé a énoncé des règles à coloration matérielle inspirées par le jeu antérieur de l'exception d'ordre public international et des lois de police. Un exemple est donné par l'article 141, en matière d'actes illicites. Selon ce dernier :

« Le lésé peut diriger l'action directement contre l'assureur du responsable si le droit applicable à l'acte illicite ou le droit applicable au contrat d'assurance le prévoit ».

Cette disposition est considérée comme une règle à coloration matérielle tirant les conséquences de l'intervention des mécanismes exceptionnels⁷⁸⁷.

584. La communication est donc là encore possible et apparaît comme étant une bonne chose, la règle de conflit, c'est-à-dire le principe, traduisant la position réelle de l'ordre juridique qui l'énonce, celui-ci ne se fondant pas sur des exceptions pour atteindre ses objectifs. Le raisonnement est ainsi plus net.

585. Mais, il faut alors se demander si la dynamique du droit international privé telle que nous l'avons exposée jusque-là, n'est pas brisée par l'introduction de telles solutions, l'exception d'ordre public international et les lois de police pouvant être bloquées en raison de la prise en compte de la logique qui est la leur par la règle de principe. Des considérations matérielles pénètrent dans la réflexion bilatéraliste. Les mécanismes exceptionnels ne pourraient donc pas intervenir face à elle. Cela constituerait une redondance tout à fait insatisfaisante. Mais une telle approche est gênante. Elle empêche notamment la mise en évidence d'une éventuelle inadaptation.

Le travailleur ou le consommateur que l'on cherche à protéger mais qui ne l'est pas effectivement, par le jeu de la règle de conflit, peut-il à cette fin bénéficier, malgré tout, des exceptions ?

L'enfant qui n'obtient pas d'aliments alors que tel est le but de la règle de conflit peut-il encore en obtenir par le jeu des mécanismes exceptionnels ?

586. Certains auteurs estiment qu'en présence de solutions orientées, il n'est pas possible de recourir, en plus, à l'exception d'ordre public international ou aux lois de police, leurs effets s'épuisant par le jeu de la règle de conflit.

Plusieurs arguments peuvent être invoqués en ce sens. Tout d'abord, si la logique de l'exception d'ordre public international et des lois de police pénètre le raisonnement de principe, elle ne doit pas pouvoir, en plus, intervenir également sous la forme d'exceptions. Les effets se concentrent et s'épuisent par le jeu de la règle de conflit normale. Si l'ordre public au sens large ne produit pas ses effets de cette manière, il n'est pas logique de le faire jouer autrement.

⁷⁸⁷ A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », cours précité, *RCADI* 1993, p.59, note 93.

Si tel devait être le cas, les intentions de l'auteur de la règle de conflit seraient dépassées, en protégeant des personnes ou en assurant certains résultats qui n'étaient pas prévus au départ.

En effet, les règles de conflit inspirées par l'exception d'ordre public international et les lois de police prennent en principe en compte l'intérêt de l'Etat qui les énonce et assurent l'application de la loi du for dans un champ correspondant à ce dernier. Ainsi, d'une part, les exceptions ne devraient pas pouvoir jouer souvent, faute de liens suffisant avec la situation en cause. Leur mise en jeu serait donc rarissime.

D'autre part, l'intervention serait illégitime imposant les solutions du for en dehors de la zone d'intérêt de celui-ci, définie par une règle de principe et qui n'est plus laissée à l'appréciation du juge. Le champ d'application de l'ordre public du for ayant été établi de façon rigide, il n'est plus possible de le modifier par le jeu d'autres solutions.

Enfin, les règles de conflit se fondant sur une telle analyse peuvent être considérées comme étant des normes spéciales, qui doivent l'emporter sur les dispositions générales, sur les clauses générales des lois de police et d'exception d'ordre public international, en vertu de l'adage *Specialia generalibus derogant*. Cette position peut être illustrée par des exemples concrets.

587. Ainsi, à propos de l'article 20 alinéa 1^{er} de l'EGBGB allemand, selon lequel :

« La filiation d'un enfant naturel est régie par la loi de l'Etat dont la mère est ressortissante au moment de la naissance de l'enfant. Cette loi s'applique aussi aux obligations dont répond le père en raison de la grossesse de la mère. La paternité peut aussi être établie selon la loi de l'Etat dont le père est ressortissant au moment de la naissance ou selon la loi de la résidence habituelle de l'enfant ».

Cette règle est destinée à favoriser l'enfant, afin de lui permettre d'établir plus facilement sa paternité naturelle et de pouvoir obtenir ainsi des aliments, les deux étant liés en droit allemand.

Il paraissait notamment inconcevable, avant l'apparition de cette règle de conflit à coloration matérielle, de priver un enfant résidant en Allemagne du droit à l'entretien parce qu'une *lex causae* étrangère ne permettait pas l'action d'état.

Le Bundesgerichtshof avait mis en évidence la nécessité d'appliquer la loi allemande dans une telle hypothèse⁷⁸⁸. La nouvelle solution conflictuelle a repris cette analyse, permettant toujours l'intervention de la loi allemande lorsque cet ordre juridique est particulièrement concerné par la situation, c'est-à-dire lorsque ses liens avec elle sont intenses. Le résultat est certain, dans le champ au sein duquel l'ordre juridique allemand est le plus intéressé.

Selon M. Bucher, *« l'ordre public allemand ne doit ainsi plus être invoqué, étant donné qu'il est intégré dans la nouvelle règle de conflit »*⁷⁸⁹.

La protection de l'enfant par le jeu de la règle de conflit a donc été jugée nécessaire, mais doit aussi être considérée comme étant suffisante. L'ordre public international allemand ne

⁷⁸⁸ BGH 28 février 1973, BGHZ 60, 247. Pour une analyse du droit international privé allemand en matière de filiation après la réforme de 1986 : F. Sturm, « Das neue internationale Kindschaftsrecht : Was bleibt von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ? », *IPRax* 1987, 1 et s.

⁷⁸⁹ A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », cours précité, *RCADI* 1993, n°30, p.59.

devrait plus pouvoir intervenir à titre d'exception, en raison de sa présence dans la logique de la règle de conflit de principe.

588. Le problème est le même pour les relations entre l'article 5 et l'article 7 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

Par exemple, un consommateur ne peut bénéficier de la protection instaurée par la première de ces dispositions, c'est-à-dire l'application de la loi de sa résidence habituelle, dans le cas d'un contrat ayant pour fin la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de service, car les conditions du paragraphe 2 ne sont pas remplies. Peut-il profiter, malgré tout, de la protection assurée par les lois de ce même Etat, sur le fondement de l'article 7 § 2 ?

Il ne paraît pas logique que les dispositions protectrices de la loi de la résidence habituelle puissent intervenir à titre d'exception alors que la règle de principe, spécialement conçue pour ces questions, n'a pas permis leur application⁷⁹⁰.

Certains auteurs considèrent en effet, que l'article 5 est une clause spéciale d'application des lois de police. Un recours à la clause générale, lorsque ses conditions d'intervention ne sont pas satisfaites n'est dès lors pas concevable, le spécial devant nécessairement l'emporter⁷⁹¹.

La jurisprudence allemande a d'ailleurs tranché en ce sens⁷⁹².

Les lois de police de la résidence habituelle du consommateur n'ont plus de titre légitime à s'appliquer en dehors du domaine délimité par la règle de conflit, d'apparence bilatérale même si elle est d'essence unilatérale et qu'elle trouve ses fondements dans la technique des lois de police.

Ce serait aller plus loin que ce qui est prévu par la Convention qui, pour ce type de contrats, a délimité de façon spéciale le champ d'application des lois de police de la résidence habituelle du consommateur.

Seules les lois de police d'autres Etats pourraient éventuellement intervenir, au titre de l'article 7 de la Convention, puisque ces dispositions ne font l'objet d'aucun texte spécial ; un recours à la clause générale est alors concevable⁷⁹³.

589. La solution paraît tout à fait logique et acceptable. Pourtant, elle ne nous semble pas être à l'abri de toute critique. Nous pensons qu'une telle réponse n'est pas satisfaisante, une certaine place pouvant être faite à l'exception d'ordre public international et aux lois de police même dans de telles circonstances.

590. Plusieurs arguments peuvent être avancés en ce sens. Tout d'abord, nous avons vu que certaines règles de conflit bilatérales, d'apparence classique sont fondamentalement unilatérales, s'inspirant de l'intervention antérieure de l'exception d'ordre public international et des lois de police.

⁷⁹⁰ A propos de cette question voir : N. Houx, « La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables », *Petites affiches* 2001, n°43, p.6 et n°44, p.5.

⁷⁹¹ Voir en ce sens : P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », article précité, *Rev. crit.* 1991, p.316, note 76. Voir aussi du même auteur, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p.511 et s.

⁷⁹² BGH 2 octobre 1993, *IPRax* 1994, 449 et commentaire W. Lorenz p.429 ; Voir aussi BGH 19 mars 1997, *Rev. crit.* 1998, 610, n. P. Lagarde.

⁷⁹³ Voir P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », article précité, p.316, note 76.

Il est donc possible de considérer qu'elles sont imprégnées d'ordre public, comme les règles de conflit orientées.

Pourtant, personne ne nie la possibilité pour l'exception d'ordre public international d'intervenir face aux règles de conflit classiques, quel que soit leur processus de formation. Par conséquent, le fait que la logique des exceptions pénètre au sein des règles de conflit orientées ne devrait pas non plus empêcher leur intervention éventuelle, afin d'encadrer la norme conflictuelle. La conclusion doit être la même que précédemment.

591. Ensuite, il est vrai que de telles règles de conflit sont calquées sur les besoins d'un ordre juridique, qui ont pu être mis en évidence par l'intermédiaire de l'intervention des techniques d'exception auxquelles nous nous intéressons. Elles participent à l'expression normative de ses dispositions impératives. L'application de la loi de cet ordre juridique a donc lieu dans un champ déterminé et n'a pas à aller au-delà, faute d'intérêt.

L'ordre public au sens large a été « canalisé » par l'intervention d'une règle de conflit et il n'est pas légitime de lui permettre de sortir à nouveau du lit qui a été tracé.

Toutefois, il ne s'agit là que de l'affirmation de principes. Il se peut que, dans un cas particulier, l'ordre juridique concerné soit intéressé, alors que sa loi n'est pas celle qui est normalement applicable selon la règle de conflit. Cette dernière ne peut pas, du fait de sa rigidité, prévoir toutes les situations envisageables.

L'exception d'ordre public international est susceptible d'intervenir, tout d'abord, car la solution matérielle consacrée est choquante et que les liens avec le for sont suffisants. La règle de conflit de principe a cherché à favoriser voire à assurer un résultat dans un certain champ, dans lequel l'ordre juridique dont elle émane est particulièrement intéressé. Mais il se peut qu'une situation, se trouvant en dehors de cette sphère, présente, malgré tout, des liens suffisants avec le for, nécessitant l'éviction de la *lex causae* produisant une solution choquante. Certes, un tel cas peut se révéler rarissime, mais une place doit être laissée à cette fin à l'exception d'ordre public international.

Ensuite, cette dernière peut également intervenir, de même que les lois de police, en cas d'apparition d'un nouvel intérêt de l'ordre juridique en cause, sa loi devant s'appliquer impérativement au-delà du cercle initialement délimité. Cela peut notamment être dû au fait que la règle de conflit orientée englobe toute une catégorie de normes, de façon générale, par exemple les règles protectrices du consommateur et leur attribue un champ d'application lui aussi général. Or, ce dernier peut ne pas convenir pour une règle fondamentale particulière, notamment si celle-ci est édictée après l'apparition de la règle de conflit. La nécessité de recourir à l'application immédiate, en utilisant un autre critère de rattachement peut se faire ressentir.

592. Ainsi, par exemple, il est possible d'estimer qu'en présence d'une règle de conflit consacrant la technique de l'ordre public social de protection, l'exception d'ordre public international est malgré tout susceptible d'intervenir, alors pourtant que la norme conflictuelle a ouvertement pour objectif de protéger une personne ou une catégorie de personnes, la logique des exceptions ayant donc pénétré le principe.

Imaginons un consommateur français domicilié à l'étranger. La loi du pays du domicile fixe un seuil de protection ridiculement faible et celle choisie par les parties dans le contrat n'est pas plus protectrice.

Les tribunaux français peuvent être compétents au moins en vertu des articles 14 et 15 du Code civil. L'ordre public international français est vraisemblablement intéressé par cette situation, ne serait-ce qu'en raison de la nationalité du consommateur. Il est difficilement concevable de consacrer dans une telle hypothèse une solution choquante, de rejeter

l'intervention de l'exception d'ordre public international uniquement parce que la règle de conflit est orientée, alors qu'elle ne donne pas satisfaction dans le cas concret.

Les exceptions nous semblent donc pouvoir intervenir malgré la pénétration au sein de la règle de conflit de leur logique.

De plus, cela permet de mettre en évidence l'inadaptation de cette règle de conflit orientée, de caractériser des besoins nouveaux qui peuvent être satisfaits ponctuellement par le jeu de mécanismes exceptionnels. Le raisonnement peut ensuite être converti en règle de conflit de principe. Les deux fonctions des exceptions apparaissent ainsi. Elles interviennent de façon ponctuelle, dans un cas précis, mais leur impact peut être plus général.

593. Pour les articles 5 et 7 de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, une telle attitude n'est pas forcément choquante. En effet, la protection instaurée par l'article 5 est plus importante que celle assurée par les lois de police de l'article 7.

En effet, il convient comme nous l'avons déjà vu, de ne pas assimiler les dispositions impératives protectrices du consommateur aux lois de police, ayant le même but⁷⁹⁴.

Le mécanisme de l'ordre public social de protection permet de tenir compte des premières et d'assurer une protection maximale au consommateur, alors que le second mécanisme, les lois de police, ne permet d'appliquer que les règles les plus essentielles parmi celles qui sont protectrices de la partie faible.

Par conséquent, même si le rattachement choisi pour les lois de police est la résidence habituelle du consommateur, la protection n'est pas la même selon que l'article 5 ou l'article 7 joue.

Celui-ci peut donc tenir un rôle, même lorsqu'il s'agit d'un contrat du type de ceux visés par l'article 5, alors que les conditions du paragraphe 2 ne sont pas remplies. Il n'y a pas de redondance, les deux systèmes ne produisent pas les mêmes résultats, et n'offrent pas une protection équivalente. Une certaine logique peut alors être conservée au sein de la convention.

594. Enfin, il nous semble également qu'un dernier argument peut être avancé, pour justifier le jeu des exceptions face à une telle règle de conflit. Il faut nécessairement tenir compte de leur transformation en règles de conflit certes orientées mais réintroduisant une part limitée, mais réelle, d'aléa dans la réflexion.

L'exception d'ordre public international et les lois de police retrouvent alors également une place dans le raisonnement, elle aussi limitée mais importante, ne serait-ce que parce qu'une inadaptation peut être mise en lumière par leur intervention et résolue immédiatement de façon ponctuelle, avant une éventuelle transformation en règle de principe.

En bannissant l'exception d'ordre public international et les lois de police de façon catégorique, le risque existe d'être confronté à une situation choquante et de ne pas pouvoir la résoudre immédiatement de façon satisfaisante. Il faut donc leur laisser une place résiduelle mais réelle.

⁷⁹⁴ Voir *supra* n°216.

Conclusion du chapitre :

595. L'exception d'ordre public international et les lois de police peuvent se compléter utilement pour corriger les règles de conflit bilatérales, de façon ponctuelle, dans une espèce donnée, certes, mais aussi de façon plus générale, en rectifiant un rattachement, transformé par la suite en solution de principe.

Les deux exceptions participent donc à la dynamique du droit international privé. Il ne s'agit pas de leur fonction première, mais c'est là un aspect très important, qui ne peut être négligé. En l'absence de mécanismes correcteurs autres, telle qu'une clause d'exception, une telle approche est nécessaire dans le système français actuel. Ce constat est valable pour la méthode principale mais aussi pour les autres modes de résolution des conflits de lois que sont l'unilatéralisme et les règles matérielles de droit international privé.

Chapitre II-La création de solutions conflictuelles par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police : les méthodes minoritaires.

596. Deux méthodes sont à prendre en compte et peuvent être qualifiées de minoritaires : l'unilatéralisme et les règles matérielles de droit international privé. Elles sont effectivement utilisées en droit international privé français, mais uniquement de façon exceptionnelle, le bilatéralisme restant le principe. En les étudiant successivement, nous verrons quels sont leurs rapports avec l'exception d'ordre public international et les lois de police, la création de règles de conflit unilatérales et de règles matérielles par le jeu de ces mécanismes étant possible, comme pour le bilatéralisme.

Section I-La création de règles de conflit unilatérales par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police.

597. Selon M. Gothot, « la règle de droit international privé unilatérale est celle par laquelle le législateur détermine le domaine d'application de la loi qu'il édicte ou désigne les rapports tombant sous l'empire de sa propre législation »⁷⁹⁵. Cette méthode est présente dans l'ordre juridique français mais de façon sinon marginale au moins résiduelle. Parmi les principales règles de conflit unilatérales françaises, peuvent être cités l'article 310 du Code civil en matière de divorce et de séparation de corps, qui est l'emblème de cette méthode en France, mais aussi de manière plus récente, l'article 370-4 du Code civil, en matière d'adoption internationale selon lequel « les effets de l'adoption prononcée en France sont ceux de la loi française ».

Il faut alors se demander si, en présence d'une telle délimitation unilatérale de la *lex fori*, constituant le raisonnement de principe, l'exception d'ordre public international et les lois de police peuvent jouer. Il faut s'en assurer, car cela constitue un préalable, aucune correction, aucune dynamique n'étant possible sans cela, par le jeu des exceptions auxquelles nous nous intéressons.

Les apparences peuvent faire penser à leur mise à l'écart mais il n'en est rien (§ 1).

Des règles de conflit unilatérales peuvent donc s'inspirer des résultats obtenus auparavant sur le fondement des exceptions. L'apparition d'une règle de conflit unilatérale nouvelle est possible, qu'elle succède à une règle du même type ou à une solution bilatérale ; une modification d'une règle de conflit unilatérale ancienne l'est aussi (§ 2).

⁷⁹⁵ P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit.* 1971, 1 et s., 209 et s., 415 et s., spéc. p.1.

§ 1-La place des exceptions en présence d'une règle de conflit unilatérale.

598. Nous traiterons successivement des lois de police et de l'exception d'ordre public international. En effet, les lois de police étant une application de l'unilatéralisme, il peut paraître assez aisé de les faire disparaître en présence d'une règle de conflit de principe se fondant sur la même méthode. Leur mise à l'écart est envisageable, mais nous verrons que cela n'est qu'une apparence. Elles conservent une place nécessaire, même dans une telle hypothèse (A).

Concernant l'exception d'ordre public international, il n'y a en principe aucune spécificité, le fait de recourir à la méthode des règles de conflit unilatérales ne faisant pas obstacle à l'application de lois étrangères. Une « soupape de sécurité » apparaît donc nécessaire, afin de protéger l'ordre juridique du for.

Pourtant, un perfectionnement de l'unilatéralisme peut faire envisager un effacement de ce mécanisme, mais il ne pourra jamais s'agir d'une disparition totale (B).

A-La mise à l'écart envisageable des lois de police : exposé et limites.

599. Les logiques des règles de conflit unilatérales et des lois de police sont proches, même si elles ne sont pas identiques.

En effet, selon la plupart des auteurs et notamment Phocion Francescakis, les lois de police se caractérisent par leur unilatéralité mais celle-ci n'est selon lui que « partielle ». Il prend, en utilisant ce dernier qualificatif, ses « *distances par rapport à la thèse unilatéraliste* »⁷⁹⁶.

600. Il est vrai que des différences fondamentales existent entre les lois de police et les règles de conflit unilatérales. Ainsi, selon M. Mayer, « *les lois de police ont pour caractéristique de forcer la compétence de l'ordre juridique auquel elles appartiennent, en empiétant sur la compétence normale de l'ordre juridique étranger désigné par la règle de conflit de lois* »⁷⁹⁷. Or, un tel empiètement n'existe pas pour les règles de conflit unilatérales, qui se contentent de délimiter un champ d'application de principe pour la loi de l'ordre juridique dont elles émanent. Elles ne concurrencent pas une autre règle de conflit intervenant dans le même domaine, mais constituent le raisonnement habituel.

De plus, pour les lois de police, leur teneur influe sur leur domaine d'intervention, ce qui n'est pas le cas pour les règles de conflit unilatérales, le contenu des règles de fond concernées n'intervenant pas dans le raisonnement. Toutefois, M. Mayer n'exclut pas non plus une certaine unilatéralité des lois de police⁷⁹⁸.

⁷⁹⁶ Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », article précité, p.16.

⁷⁹⁷ P. Mayer, « Les lois de police étrangères », article précité, p.297.

⁷⁹⁸ *Ibidem*.

601. Les différences peuvent en effet être nuancées. Le contenu des règles de fond n'est pas le seul élément pris en compte dans la détermination du champ d'application des lois de police, comme nous l'avons vu précédemment⁷⁹⁹.

Surtout, qu'il s'agisse d'une loi de police ou d'une règle de conflit unilatérale, le choix du rattachement se fait en prenant en compte de façon prépondérante, sinon exclusive, l'intérêt de l'ordre juridique qui l'énonce. En effet, ce qui est vrai pour le bilatéralisme l'est aussi pour la méthode unilatérale, la technique étant différente mais les principes restant les mêmes. L'ordre juridique formulant la règle de conflit tient compte en premier lieu de ses propres intérêts. Par conséquent, une délimitation générale du domaine d'application d'une loi, par le jeu d'une règle de conflit unilatérale idoine peut rendre inutile l'intervention des lois de police.

A nouveau, le jeu de ces dernières pourrait constituer une sorte de redondance en présence d'une règle de conflit tenant également compte des intérêts du même ordre juridique et adoptant une démarche unilatérale similaire. En d'autres termes, une possibilité serait offerte de déterminer une sphère satisfaisante grâce à la règle de principe ; un recours à l'exception n'est alors pas nécessaire, le problème étant déjà réglé, une fois pour toutes, sur un terrain plus solide et apportant davantage de clarté.

Mais cette façon de raisonner n'est cohérente qu'en apparence, les lois de police devant, même dans un tel cas, conserver un rôle résiduel mais réel.

602. Le premier élément à prendre en compte à cette fin est la différence d'ampleur entre les méthodes, entre la technique des lois de police et les règles de conflit unilatérales.

Ces dernières concernent toujours une catégorie générale, un rattachement lui aussi général étant énoncé. Ainsi, l'article 310 du Code civil couvre la matière du divorce et de la séparation de corps de manière globale, même si plusieurs rattachements sont énoncés. Dans chaque hypothèse, un nombre indéterminé de règles est concerné.

En revanche, la qualification de loi de police n'est valable que pour une loi ou même une disposition particulière au sein d'une loi. La « spécialisation » est donc très poussée, le raisonnement passant du général au particulier. La règle en cause nécessite un certain rattachement déduit de toute une série d'éléments, comme nous l'avons vu précédemment, son contenu jouant notamment un rôle prépondérant. Or, il est difficile et même impossible pour une règle de conflit générale de couvrir toutes les hypothèses envisageables. La pluralité de rattachements comme pour l'article 310 du Code civil ne résout pas tout. Dans toutes les hypothèses ou presque une règle particulière réclamera un champ d'application différent de celui dégagé par la règle de conflit unilatérale. Cela sera le cas même si cette dernière prévoit différentes possibilités et se subdivise, rompant avec l'unicité du rattachement.

La technique des lois de police doit donc conserver un rôle certain, même s'il peut n'être que résiduel.

603. Le second élément est que nul ne conteste que ces dernières peuvent intervenir en présence d'une règle de conflit bilatérale. Au contraire, les lois de police sont étroitement liées à cette technique et sont apparues alors qu'elle était déjà considérée comme la méthode dominante.

Nous avons vu qu'il est également possible de choisir pour une règle de conflit bilatérale un rattachement satisfaisant les intérêts de l'ordre juridique dont elle émane. Le champ d'application de ses propres normes est alors l'élément décisif pour l'auteur de la règle. Par conséquent, l'opposition classique entre l'unilatéralisme et le bilatéralisme paraît désormais

⁷⁹⁹ Voir *supra* n°291 et s.

quelque peu caricaturale. La seule différence est le fait que dans un cas l'élément de rattachement peut désigner une loi étrangère qui va régir la situation en cause, ce qui n'est pas le cas dans l'autre. Etant donné cette proximité et la similitude de raisonnement, les conclusions doivent également être les mêmes, les lois de police devant pouvoir intervenir, même lorsque la règle de conflit générale est unilatérale. Une telle analyse ne peut être que renforcée par le phénomène d'unilatéralisation du bilatéralisme⁸⁰⁰.

604. Lois de police et règles de conflit unilatérales, applications de l'unilatéralisme ne sont donc pas nécessairement antinomiques mais doivent pouvoir cohabiter dans un même domaine. La confrontation du bilatéralisme tel que nous l'avons décrit précédemment et de l'unilatéralisme est utile sur ce point.

605. Les lois de police peuvent donc intervenir et corriger ponctuellement une règle de conflit unilatérale, à propos d'une règle précise. Mais une modification de la règle de conflit elle-même est aussi possible, le cas échéant, notamment lorsqu'elle apparaît inadaptée pour une majorité de règles de l'ordre juridique dont elle émane. Une dynamique de droit international privé suscitée par cette exception est donc envisageable ; la conclusion paraît devoir être la même pour l'exception d'ordre public international.

B-La mise à l'écart envisageable de l'exception d'ordre public international : exposé et limites.

606. Là encore, il est théoriquement concevable de mettre à l'écart l'exception d'ordre public international. Cela peut être le cas si l'unilatéralisme est parfaitement maîtrisé et notamment si la notion d'*Inlandsbeziehung*, exigeant un lien avec l'ordre juridique du for pour permettre l'éviction de la *lex causae*, est introduite dans la réflexion.

607. Le raisonnement conduisant à cette conclusion est le suivant. Dans un premier temps, il est possible de recourir, même si une règle de conflit unilatérale est en cause, à une loi étrangère. Lorsque la *lex fori* ne se veut pas applicable, il faut consulter les règles de conflit des systèmes étrangers concernés. La loi auquel il faut avoir recours est celle souhaitant régir la situation. Il n'y a donc pas de désignation par un rattachement énoncé par l'ordre juridique du for. Ce n'est pas en vertu d'un critère énoncé par ce dernier que la *lex causae* intervient. Mais ce constat ne change rien à la situation. L'exception d'ordre public international devrait nécessairement tenir un rôle, la démarche étant caractérisée par un saut dans l'inconnu. En effet, seule la règle de conflit étrangère est connue au moment de la détermination de la loi appelée à régir la situation. Le contenu de la loi de fond n'est quant à lui pas encore identifié, d'où l'obligation de maintenir la réserve générale.

Dans un second temps, pour que le phénomène d'éviction puisse jouer, il est nécessaire de tenir un raisonnement quant au lien de la situation avec le for. Il paraît alors possible de faire coïncider le champ d'application de la loi du for avec cet *Inlandsbeziehung*. La règle de conflit unilatérale devra prendre comme référence les liens justifiant l'intervention de

⁸⁰⁰ Pour la description de ce phénomène voir *supra* n°527 et s.

l'exception d'ordre public international, celle-ci étant alors inévitablement exclue dans ces situations.

Dans les autres cas, une loi étrangère régira la situation, celle voulant s'appliquer, l'éviction ne pouvant se produire, faute de liens pertinents avec le for pour le cas d'espèce.

La technique est donc la même que celle que nous avons vue précédemment concernant le bilatéralisme, à la seule différence qu'en l'occurrence les critères de rattachement ne peuvent désigner une loi étrangère. Cela permet d'éviter les critiques adressées au phénomène de la bilatéralisation, l'intérêt des Etats étrangers étant préservé et la volonté d'application de leurs lois étant respectée dans une certaine mesure, plus importante qu'en cas de bilatéralisation. Elle n'est simplement pas prise en compte lorsque la loi du for se veut applicable.

608. L'unilatéralisme permettrait ce type de délimitation, évitant d'avoir à recourir à des exceptions, qui entraînent toujours une certaine imprévisibilité. Cette façon de procéder, en raisonnant à partir de solutions de principe, serait plus satisfaisante, permettant de résoudre le problème de la loi applicable de manière plus aisée que si l'exception d'ordre public international devait intervenir dans la réflexion. Aucune loi étrangère ne peut être appliquée dans la sphère sociale au sein de laquelle l'ordre juridique du for est intéressé.

Le processus est également plus franc, les solutions du for devant de toute façon s'imposer dans cette sphère, la marge de manoeuvre des lois étrangères étant réduite à la portion congrue. Il s'agit par conséquent d'une sorte d'économie de raisonnement, là encore, évitant notamment d'avoir à prouver le contenu de la loi étrangère alors qu'il ne peut fondamentalement diverger de celui de la *lex fori*.

Mais cette présentation, si elle n'est pas dépourvue d'avantages, se révèle en pratique non pas irréalisable mais irréaliste, devant de ce fait n'avoir qu'une portée limitée.

609. Certes, il est effectivement possible de calquer le champ d'application de la loi d'un ordre juridique sur le lien exigé pour permettre l'intervention de l'exception d'ordre public international. Mais cela conduit à employer cette loi dans un champ extrêmement large, ce qui n'est pas légitime et entraîne une omniscience peu satisfaisante.

De plus, il convient de faire une différence fondamentale entre les cas dans lesquels un ordre juridique a un intérêt à voir sa loi s'appliquer et les hypothèses dans lesquelles la proximité est suffisante pour permettre l'intervention de l'exception d'ordre public international. Il n'y a pas coïncidence entre les deux situations. La relation peut être éloignée du for, celui-ci n'ayant que peu d'intérêt à voir sa propre loi la régir, l'exception d'ordre public international étant malgré tout susceptible d'intervenir en raison du caractère fondamental des principes en cause, les liens exigés à cette fin pouvant être faibles.

Par conséquent, il est possible d'éviter l'intervention de l'exception d'ordre public international correctrice non pas d'une solution matérielle précise, mais d'un rattachement inadapté.

La première doit nécessairement subsister sous peine d'imposer une compétence trop large de la loi de l'ordre juridique dont relève la règle de conflit en cause. Il est inconcevable de recourir aussi systématiquement à sa propre loi. Le corollaire est le maintien de cette conception pure de l'exception, dans sa fonction première.

La seconde, correctrice du rattachement général, pourrait quant à elle disparaître en présence d'une règle de conflit unilatérale correspondant exactement aux intérêts de l'ordre juridique dont elle émane. Mais selon nous elle ne peut pas non plus être mise à l'écart, dès lors que les systèmes de droit international privé sont observés de manière dynamique et non pas de façon figée. Si de nouveaux besoins se font jour, la correction du rattachement

pourra intervenir de la sorte. Le recours à cette fonction ne peut donc être évité que de manière temporaire.

610. Ce constat permet de mettre en évidence le fait que la dynamique de droit international privé doit nécessairement prendre le dessus, même en présence d'une règle de conflit unilatérale adaptée aux intérêts de l'ordre juridique dont elle émane au moment de son apparition.

L'exception d'ordre public international et l'unilatéralisme ne sont donc pas incompatibles. La première nommée peut être amenée à corriger une règle de conflit se fondant sur cette méthode mais également à entraîner l'apparition d'une telle norme, suite à l'inadaptation d'une solution conflictuelle bilatérale ou utilisant une quelconque autre technique.

§ 2-L'unilatéralisme et la dynamique de droit international privé.

611. Nous verrons que certaines règles de conflit unilatérales s'inspirent effectivement de l'exception d'ordre public international et des lois de police, prennent ces phénomènes en compte dans la détermination du rattachement (A).

Mais une telle règle existante peut également être modifiée par le jeu des deux mécanismes, qui façonnent ainsi une nouvelle solution conflictuelle. Tel est notamment le cas, en droit international privé français, de l'article 310 du Code civil en matière de divorce, qui a été modifié par cette voie, les solutions pratiquées par l'ordre juridique français ne correspondant plus à la lettre de ce texte (B).

A-La création de règles de conflit unilatérales par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police.

612. Pour illustrer ce phénomène, l'exemple des successions nous paraît intéressant.

613. Ainsi, tout d'abord, l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 a été analysé comme une règle de conflit issue de l'ordre public international.

L'article 1^{er} de cette loi dispose que :

« Les articles 726 et 912 du Code civil sont abrogés : en conséquence, les étrangers auront le droit de succéder, de disposer et de recevoir de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume ».

Selon l'article 2 :

« Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales ».

614. D'après Hans Lewald, *« cette loi qui ne pose qu'une règle relative à la condition des étrangers, concède en principe aux étrangers, contrairement au Code Napoléon, le droit de succéder, mais, eu égard au fait que dans d'autres Etats, surtout en Angleterre, la capacité d'hériter des étrangers n'était pas encore reconnue à cette époque, elle édicte une disposition pour protéger et indemniser les ressortissants français, en créant le soi-disant droit de prélèvement en faveur du cohéritier français »*⁸⁰¹.

L'auteur s'intéresse ensuite à l'interprétation qui a été faite de l'article 2 en particulier. Selon lui, *« par l'application de la notion de l'ordre public qui reparait dans d'innombrables décisions sous une formulation stéréotypée, la disposition précitée est devenue une règle de conflit qu'on pourrait peut-être exprimer de la manière suivante : une succession est soumise à la loi française, chaque fois qu'il existe un prétendu héritier français ayant une vocation héréditaire en vertu du droit français. Ainsi, l'ordre public a engendré une règle de conflit unilatérale qui prend comme élément de rattachement la nationalité de l'héritier prétendu »*⁸⁰².

Une voie est donc ouverte, la possibilité de voir l'ordre public international créer une règle de conflit unilatérale étant très tôt envisagée. L'analyse n'est par conséquent pas foncièrement novatrice, mais peut se revendiquer de raisonnements anciens. En l'occurrence, la loi française a trouvé, grâce à l'interprétation jurisprudentielle, son véritable champ d'application, délimité de façon unilatérale.

615. Toujours dans le domaine des successions mais de manière plus récente et en droit international privé italien cette fois, une disposition empruntant la voie de l'unilatéralisme peut être considérée comme étant la conséquence de l'intervention préalable des mécanismes d'exception. Il s'agit de l'article 46 de la loi italienne de droit international privé du 31 mai 1995 selon lequel :

« 1) La succession à cause de mort est régie par la loi nationale du défunt au moment de son décès.

2) Le de cuius peut soumettre, par déclaration expresse en forme testamentaire, l'entière succession à la loi de l'Etat dans lequel il réside. Ce choix reste sans effet si, au moment du décès, le déclarant ne réside plus dans cet Etat.

⁸⁰¹ Lewald, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI* 1939, t. 69, p.5, spéc. p.120.

⁸⁰² *Ibidem*.

Dans le cas de la succession d'un citoyen italien, le choix ne préjudicie pas aux droits que la loi italienne attribue aux légitimaires résidents en Italie au moment de la mort du défunt »⁸⁰³.

L'alinéa 2 *in fine* est une disposition délimitant le champ d'application minimal de la loi italienne, ou du moins des solutions consacrées par le droit italien en cas d'utilisation du choix de la loi par le *de cuius*. On retrouve ainsi une technique finalement assez proche de l'ordre public social de protection, un minimum étant préservé si les conditions de rattachement énoncées par le texte sont remplies. Le raisonnement est unilatéral, car seule la loi italienne peut imposer le plancher en-deçà duquel la volonté du *de cuius* ne sera plus respectée, alors que les articles 5 et 6 de la Convention de Rome, symboles de l'ordre public social de protection ont adopté une forme bilatérale⁸⁰⁴.

Il est vrai que la qualification de cette règle italienne est assez délicate : il est possible d'hésiter entre une clause spéciale d'ordre public international ou de lois de police, une règle de conflit unilatérale orientée, ...

Toutefois, son unilatéralité est indéniable puisqu'elle délimite le domaine d'intervention des normes de fond italiennes. De plus, le résultat souhaité par les auteurs de cette règle particulière, c'est-à-dire la protection des légitimaires résidents en Italie en cas de succession d'un Italien, est plus important que la méthode en cause. La justice matérielle est prépondérante en l'occurrence, prenant le dessus sur la justice de droit international privé, même si cette dernière n'est pas absente, des considérations tenant à la proximité de la situation avec l'ordre juridique italien pénétrant notamment le raisonnement. Il n'y a donc pas que des considérations de fond en l'espèce.

La nationalité des personnes en bénéficiant est quant à elle indifférente, la règle mélangeant les critères objectifs et subjectifs, entraînant l'application minimale des solutions italiennes dans ce qui constitue la zone dans laquelle l'ordre juridique italien est intéressé, selon les auteurs de cette disposition.

616. Mais l'élément le plus important pour nous est qu'auparavant la question de savoir si ces personnes résidentes en Italie devaient être protégées posait problème. Le recours à l'exception d'ordre public international en présence d'une loi étrangère ne leur reconnaissant pas des droits au moins équivalents à ceux accordés par la loi italienne était discuté.

Des décisions divergentes peuvent être trouvées sur ce point en jurisprudence italienne, certaines retenant l'intervention de l'exception pour protéger les droits des légitimaires, d'autres rejetant au contraire son utilisation⁸⁰⁵.

L'article 46 s'inspire des décisions évinçant les lois étrangères normalement applicables et tranche ainsi une controverse ayant trait à l'intervention du mécanisme. La solution est désormais clairement établie, aucune hésitation n'étant plus possible, le raisonnement se faisant maintenant sur le fondement d'une règle de principe.

⁸⁰³ Le texte de la loi italienne est paru en français à la *Rev. crit.* 1996, 174.

⁸⁰⁴ Voir *supra* n°208 et 574.

⁸⁰⁵ Sur ce constat voir T. Ballarino, « Codification du droit international privé italien », *TCFDIP* 1990-1991, p.95, spéc. p.101.

617. Cet exemple témoigne de l'intérêt de transformer une analyse en termes exceptionnels en une règle de principe. La position d'un ordre juridique sur une question particulière est ainsi claire et unifiée, les exceptions étant dès lors mises à l'écart de la réflexion, ce qui évite toute hésitation quant à leur intervention. Il est vrai que cela se fait au prix d'une démarche elle-même assez complexe, impliquant notamment une comparaison toujours délicate entre les résultats produits par deux normes.

Mais au moins la faveur de l'ordre juridique italien pour une solution minimale est affichée nettement, ce qui est le mérite premier de cette norme.

618. D'autres règles de conflit unilatérales se rattachent à la même tendance, tenant compte de l'intérêt de l'ordre juridique l'énonçant, ce qui évite, au moins temporairement, la mise en jeu des exceptions correctrices du rattachement général. Celles-ci sont ainsi prises en compte, de manière anticipée, dans le raisonnement permettant de choisir l'élément en cause, car en cas de choix autre, leur intervention rétablirait de toute façon un champ différent de celui énoncé par la règle nouvelle. La réflexion de droit international privé est simplifiée, se faisant dans la grande majorité des cas en une seule étape, sur le fondement d'une règle de principe.

619. Un exemple caractéristique de cette démarche est l'article 34 de la loi suisse de droit international privé selon lequel :

« La jouissance des droits civils est régie par le droit suisse ».

Il s'agit d'une règle de conflit unilatérale s'appliquant à chaque fois que les juridictions suisses sont compétentes, leur propre droit étant alors systématiquement applicable pour ces questions. La délimitation du domaine d'intervention de ce dernier se fait donc en fonction de la compétence des tribunaux suisses.

Mais dans une telle situation, la solution est proche d'une règle matérielle, puisque de fait les règles suisses sont appliquées lorsqu'un juge suisse est compétent. La règle de conflit n'est donc qu'une sorte d'intermédiaire n'ayant aucune réelle portée, l'application en tant que règle matérielle des lois internes suisses produisant le même effet.

Une telle voie a d'ailleurs été expressément envisagée dans les projets de loi fédérale, la formulation étant la suivante : *« Toute personne jouit des droits civils »*.

Cette manière de procéder a été rejetée, la méthode matérielle paraissant trop marginale dans la loi suisse de droit international privé, ce qui a entraîné sa transformation en règle de conflit unilatérale, le résultat final restant, malgré tout, le même. La solution préconisée par l'ordre juridique suisse est appliquée dans l'ordre international⁸⁰⁶.

La justification de ces méthodes particulières, privilégiant la justice matérielle, est l'importance de la règle en cause, selon laquelle toute personne jouit des droits civils. Elle paraît si évidente pour l'ordre juridique suisse, que toute dérogation d'un quelconque droit étranger à ce principe heurterait l'ordre public international suisse.

La proximité des méthodes est alors soulignée : il s'agit d'une règle de conflit unilatérale anticipant l'intervention des exceptions, mais qui ressemble à s'y méprendre à une règle matérielle, sans être véritablement différente d'une loi de police. L'idée d'économie de

⁸⁰⁶ Sur la transformation de la règle matérielle en règle de conflit unilatérale, voir F. Vischer, in A. Heini, M. Keller, K. Siehr, F. Vischer, P. Volken, *IPRG Kommentar*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1993, observations sous l'article 34, n°1, p.332.

raisonnement qui caractérise ces dernières et qui avait été avancée, en son temps par Francescakis peut donc être retrouvée.

L'élément majeur nous concernant est que l'intervention éventuelle des exceptions est prise en compte dans le raisonnement de principe, ces mécanismes se trouvant *de facto* écartés, en raison de l'omnicompétence du droit du for.

620. Un autre exemple d'une telle démarche est donné par l'article 61 de la même loi suisse de droit international privé, selon lequel :

« 1) *Le divorce et la séparation de corps sont régis par le droit suisse.*

2) *Toutefois, lorsque les époux ont une nationalité étrangère commune et qu'un seul est domicilié en Suisse, leur droit national commun est applicable.*

3) *Lorsque le droit national étranger commun ne permet pas la dissolution du mariage ou la soumet à des conditions extraordinairement sévères, le droit suisse est applicable si l'un des époux est également suisse ou si l'un d'eux réside depuis deux ans en Suisse ».*

Là encore, le paragraphe premier est une règle de conflit unilatérale, le champ d'application du droit suisse étant dans la dépendance de la compétence des juridictions suisses, définie aux articles 59 et 60.

La délimitation de cette sphère correspond aux intérêts de cet Etat évitant ainsi dans une très large mesure le recours à l'exception d'ordre public international et aux lois de police. Le droit suisse intervient dans bon nombre de situations soumises aux juridictions suisses.

Il en va ainsi dès qu'un Suisse est en cause, quel que soit son domicile et que les tribunaux de cet Etat sont compétents, sauf hypothèse de double-nationalité. *A fortiori*, le droit suisse est appliqué lorsque deux personnes ayant cette nationalité sont concernées.

De même, lorsque les époux, quelle que soit leur nationalité, sont domiciliés sur le territoire de la Confédération helvétique, la loi de cet Etat va s'appliquer. Enfin, tel est également le cas lorsque l'un seul des époux y est domicilié et qu'il n'y a pas de nationalité commune des conjoints.

Le droit suisse est donc appliqué très souvent, la place laissée aux lois étrangères étant corrélativement réduite. Même lorsque l'une d'elle intervient effectivement, elle est étroitement encadrée, comme en témoigne la clause spéciale d'ordre public du paragraphe 3 de l'article 61, énonçant un seuil de tolérance et les liens nécessaires avec la Suisse⁸⁰⁷.

Par conséquent, dès lors que l'ordre juridique suisse est particulièrement intéressé, la loi suisse est applicable ou alors certaines limites sont posées, enfermant la *lex causae* étrangère dans un carcan plus ou moins étroit, ne lui permettant pas de s'éloigner substantiellement des solutions consacrées par le droit suisse.

Cette situation s'explique par le fait que dans de telles hypothèses, cet ordre juridique ne peut être indifférent à la solution au fond du litige ; une interaction existe alors avec les règles de conflit qui s'adaptent à cette nécessité. La règle de conflit traduit « *l'idée que le*

⁸⁰⁷ Sur la notion de clause spéciale d'ordre public international, voir *supra* n°227.

droit au divorce est devenu d'ordre public international. Une loi étrangère ne permettant pas le divorce ne peut franchir le seuil de tolérance de l'Etat du for, qui entend ainsi assurer un accès égal au divorce dans sa propre sphère sociale »⁸⁰⁸.

Une place plus importante pourrait être laissée aux lois étrangères, mais le résultat serait fondamentalement le même dans de tels cas ; l'ordre juridique suisse étant fortement intéressé, les exceptions prendraient le dessus, imposant l'application de la loi suisse. La justice matérielle prime sur la justice de droit international privé dans ces hypothèses. Il est donc plus satisfaisant de procéder sur le fondement de règles de principe, le raisonnement étant considérablement simplifié de la sorte.

De plus, nous voyons ici un exemple de sophistication des règles de conflit, ne se contentant plus d'un rattachement unique, mais prenant en compte diverses situations et donc énonçant différents points, afin de correspondre autant que faire se peut aux intérêts de l'ordre juridique auteur de la norme.

621. L'exception d'ordre public international et les lois de police sont ainsi quasiment exclues même si une place résiduelle est toujours envisageable.

Par exemple, concernant toujours le divorce en droit international privé suisse, le cas suivant peut être imaginé : le demandeur est étranger et domicilié depuis plus d'un an en Suisse mais depuis moins de deux ans. Les tribunaux suisses sont compétents en vertu de l'article 59 b) de la loi suisse de droit international privé.

Le défendeur est lui aussi étranger, de la même nationalité et domicilié à l'étranger. Le droit de la nationalité étrangère commune est applicable en vertu de l'article 61 § 2.

La clause de l'article 61 § 3 ne peut pas intervenir, aucun époux n'étant suisse et aucun ne résidant en Suisse depuis deux ans. Dans une telle hypothèse, l'exception d'ordre public international peut jouer, dans sa fonction originelle, à l'encontre de la loi étrangère normalement compétente. Cela peut être le cas notamment si les causes de divorce ont un caractère discriminatoire.

Les exceptions ne sont donc pas complètement mises à l'écart, même en présence d'une règle de conflit tenant compte de manière poussée des intérêts de l'ordre juridique qui l'énonce.

622. Il est possible de tirer certaines leçons de ce que nous avons vu jusque-là.

Tout d'abord, la démarche consistant à essayer d'aligner l'application de la loi d'un ordre juridique sur ses intérêts peut difficilement se contenter d'un rattachement unique et simplifiant les choses à l'extrême. L'unicité du rattachement paraît désuète.

Ensuite, il paraît évident que les différentes méthodes destinées à régler les relations privées internationales ne sont pas très éloignées les unes des autres et sont même interdépendantes, voire interchangeables dans une large mesure, les résultats obtenus pouvant être les mêmes selon que l'une ou l'autre est utilisée.

Enfin, la méthode est intéressante s'il y a effectivement adaptation aux intérêts de l'Etat en cause. Si tel n'est pas le cas, l'exception d'ordre public international et les lois de police risquent d'intervenir massivement, rectifiant l'analyse boiteuse et donnant une impression de confusion. L'exemple de l'article 310 du Code civil français est particulièrement significatif à cet égard.

⁸⁰⁸ A. Bucher, « La famille en droit international privé », cours précité, *RCADI* 2000, n°35, p.65-66.

B-La modification d'une règle de conflit unilatérale inadaptée par l'exception d'ordre public international et les lois de police : l'exemple de l'article 310 du Code civil.

623. Selon l'article 310 du Code civil,

« Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :

- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;*
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;*
- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps ».*

Les différentes hypothèses sont conçues pour satisfaire les intérêts de l'ordre juridique français, le champ d'application de la loi française étant déterminé en les prenant en compte.

624. Ainsi, l'application de la loi française en cas de nationalité française des époux traduit la volonté de ne pas couper les liens avec les Français établis à l'étranger. L'intérêt de l'ordre juridique français est donc prépondérant dans ce raisonnement, dans le choix de l'élément de rattachement, les autres considérations, notamment l'harmonie internationale par exemple, passant au second plan. Selon M. Foyer, le choix d'un autre élément *« risquait d'être interprété comme une semi-dénaturalisation, et ressenti par les intéressés comme une injustice et plus encore comme une injure »*⁸⁰⁹.

Un lien fort existe dans ces cas-là entre les français et leur ordre juridique national, ce qui explique l'intérêt de ce dernier à voir sa propre loi s'appliquer. Une loi étrangère consacrant une solution trop éloignée de celles consacrées par la loi française aurait de toute manière de grandes chances de ne pas être appliquée effectivement.

625. Une analyse identique peut être faite concernant la deuxième hypothèse, prévoyant l'application de la loi française lorsque les deux époux sont domiciliés en France, quelle que soit leur nationalité.

Dans une telle situation, une loi étrangère interviendrait au cœur de la sphère sociale française, aurait un impact considérable sur elle. Or, avec la réforme de 1975, les conceptions françaises ont évolué. Le droit de divorcer peut être considéré comme d'ordre public international, au moins dans ces cas-là, lorsque les liens avec la France sont particulièrement forts. Il est dès lors plus logique d'appliquer directement la loi française, car une solution étrangère divergente serait à nouveau difficilement acceptable et ne pourrait être consacrée par nos juridictions.

⁸⁰⁹ Jean Foyer, « Tournant et retour aux sources en droit international privé ? (l'article 310 nouveau du Code civil) », *JCP* 1976, I, 2762, spéc. n°11.

Dans la jurisprudence antérieure, l'application de la loi étrangère nationale commune, lorsque les époux étaient domiciliés en France, solution énoncée par la règle de conflit de principe, n'était en pratique pas réelle, le conflit étant bien souvent ignoré⁸¹⁰. Cette attitude est notamment symbolisée par la solution de l'arrêt Bisbal, intervenu en matière de divorce, dans lequel la Cour de cassation a estimé que :

« les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé »⁸¹¹.

Il y a là un moyen commode de déroger à la règle de conflit de principe, désignant un droit étranger, alors que l'ordre juridique français est fortement intéressé par la situation, notamment en raison du domicile des époux.

En ce sens, l'article 310 est cohérent, l'application de la loi française se faisant dans un champ au sein duquel les exceptions interviendraient de toute façon, sinon systématiquement, au moins très fréquemment.

De plus, au vu du principe de proximité, il n'est pas choquant que la loi française intervienne dans de telles circonstances.

Ces prises de position sont donc compréhensibles dans cette perspective.

626. Une différence importante apparaît malgré tout avec la loi suisse de droit international privé, lorsqu'il n'y a pas d'homogénéité dans le couple, les deux époux n'étant pas tous deux de nationalité française, ou n'ayant pas tous deux leur domicile sur le territoire français.

Dans de tels cas, la règle de conflit française prévoit que la loi du for n'intervient que si aucune loi étrangère ne veut s'appliquer.

Une telle loi est alors susceptible de jouer alors pourtant que son impact sur la sphère sociale française est important, l'ordre juridique français étant fortement intéressé. Cela est plus particulièrement le cas lorsqu'un Français est en cause, sa loi nationale n'étant pas systématiquement appliquée. Un élément d'hétérogénéité peut apparaître dans une telle hypothèse.

L'ordre juridique français est-il indifférent à la solution matérielle de ce type de questions ? Le législateur en 1975 a estimé que oui, ou en tous cas que l'intérêt français n'était pas suffisamment fort pour entraîner l'application systématique de la loi française.

La jurisprudence a considéré que cette analyse n'était pas toujours exacte et a corrigé *de facto* la règle de conflit sur ce point. La logique de l'article 310 du Code civil ne correspond donc plus exactement à celle qui était initialement la sienne.

⁸¹⁰ Jean Foyer, dans le même article considère que l'application d'une loi étrangère lorsque les deux époux sont domiciliés en France est souvent « fort incommode et bien souvent méconnue » (n°12).

⁸¹¹ Civ. 1^{ère} 12 mai 1959, *Rev. crit.* 1960, 62, n. Batiffol ; *JDI* 1960, 810, n. Sialelli ; *D.* 1960, 610, n. Ph. Malaurie ; *JCP* 1960, II, 11733, n. Motulsky ; *GA* n°32.

627. La Cour de cassation a jugé dans un arrêt de 1981 que l'ordre public international français accordait à une personne française domiciliée en France la faculté de demander le divorce, alors que le droit étranger normalement applicable, en l'occurrence le droit espagnol, le prohibait⁸¹².

Dans cette espèce, il existait donc un double rattachement de la situation à l'ordre juridique français : la nationalité de l'un des époux, critère subjectif et son domicile en France, critère objectif.

La solution retenue par la Haute-juridiction revient à rejeter toute hétérogénéité trop flagrante sur ce point précis et par conséquent, sinon à revendiquer l'application de la loi française, au moins à enfermer les solutions étrangères dans un carcan assez étroit, leur marge de manoeuvre étant assez faible. Les inconvénients de l'article 310 sont ainsi quelque peu corrigés, lorsque l'un seul des époux est français.

Sa logique est donc modifiée, malgré son apparence inchangée⁸¹³.

628. Il ne s'agit en fait que d'un retour à la position qui était celle de l'ordre juridique français avant la réforme de 1975.

Tout d'abord, peut être cité en ce sens l'arrêt Ferrari, dans lequel la loi française avait été appliquée à une question de divorce parce qu'une Française était en cause. Cette dernière, mariée à un Italien, lorsqu'elle demande la conversion en divorce d'une séparation de corps amiable prononcée en Italie ne peut, selon cette décision, exercer ce droit qu'en se conformant aux règles édictées par la loi française⁸¹⁴.

MM. Ancel et Lequette estiment que cette solution exprimait alors une réalité psychologique : « elle avait, en effet, pour point de départ l'idée qu'on ne pouvait priver un Français de la faculté de divorcer au prétexte que la loi régissant le lien matrimonial en consacrait l'indissolubilité »⁸¹⁵.

Ensuite, il est également possible de considérer que la voie préconisée par la Cour de cassation dans l'arrêt Tarwid, selon laquelle, le divorce d'époux n'ayant ni nationalité commune, ni domicile commun devait être soumis à la loi du for, aboutissait à un résultat proche⁸¹⁶. En présence d'un Français et à défaut de domicile commun des époux dans un même Etat, la loi française était appliquée en tant que *lex fori*. Par conséquent et de façon plus particulière, le Français domicilié en France était assuré de voir son divorce régi par la loi française.

629. L'analyse du législateur en 1975 a été différente. La volonté de ne pas imposer systématiquement le jeu de la loi française lorsqu'un Français est en cause avait été manifestée. Il est en effet possible qu'une loi étrangère veuille s'appliquer et il n'y a alors pas de raison de faire intervenir la loi française alors que cette autre loi peut être plus proche de la situation et avoir en tant que tel un titre plus légitime à intervenir⁸¹⁷. Le

⁸¹² Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1981, *JDI* 1981, 812, n. D. Alexandre ; sur cette décision voir déjà *supra* n°79 et 223.

⁸¹³ Sur ce point voir également H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI* 1991, t. 226, p.9, spéc. n°81, p.108.

⁸¹⁴ Civ. 6 juillet 1922, *Ferrari*, *JDI* 1922, 714 ; *Rev. crit.* 1922, 444, rapport Colin, n. Pillet ; *DP* 1922, 1, 137 ; *S.* 1923, 1, 5, n. Lyon-Caen ; *GA* n°12.

⁸¹⁵ Ancel et Lequette, sous Civ. 6 juillet 1922, n°12 § 4.

⁸¹⁶ Civ. 1^{ère} 15 mai 1961, *Rev. crit.* 1961, 547, n. Batiffol ; *JDI* 1961, 734, n. Goldman ; *D.* 1961, 437, 3^{ème} espèce, n. G. Holleaux.

⁸¹⁷ Jean Foyer, « Tournant et retour aux sources en droit international privé ? (l'article 310 nouveau du Code civil) », article précité, n°19.

raisonnement tenu peut donc se justifier de cette manière et n'est pas dénué de fondements. Mais il fait prévaloir la justice de droit international privé sur la justice matérielle. La jurisprudence a inversé cette hiérarchie. Elle estime que la seconde doit l'emporter, au moins lorsqu'est en cause un Français domicilié en France.

630. Il est possible de tirer certaines leçons de cette situation.

L'exception d'ordre public international, intervenant sur le mode hybride de l'*Inlandsbeziehung* permet d'appliquer les solutions françaises, sinon la loi française, dans un champ correspondant plus exactement aux intérêts de cet ordre juridique.

Cela démontre également que l'analyse *a priori* des intérêts à faire prévaloir n'est pas forcément évidente, différentes conceptions pouvant s'affronter.

De plus, si la règle de conflit d'un ordre juridique doit tenir compte de l'intérêt de ce dernier, il est difficile d'imaginer que l'on puisse se contenter d'un rattachement unique par catégorie. Une approche plus sophistiquée paraît indispensable, la règle de conflit devant devenir plus complexe et envisager des situations multiples.

L'analyse des intérêts d'un ordre juridique apparaît comme étant un point crucial, la règle de conflit devant y correspondre, sous peine de se retrouver en présence de solutions palliatives peu satisfaisantes, la position de l'ordre juridique en cause étant plus difficilement lisible.

Enfin, concernant l'article 310 du Code civil français et sa correction postérieure, la solution française est plus restrictive que la loi suisse, le seul lien de nationalité n'étant pas suffisant pour entraîner l'application de la loi française, en cas de compétence de nos Tribunaux. Il faut en plus un rattachement géographique, c'est-à-dire le domicile du Français en France. En droit international privé suisse, il n'est pas exigé, pour que la loi suisse s'applique, que le national réside en Suisse.

Il y a donc un degré d'exigence supplémentaire pour que la sphère sociale française soit intéressée au point d'imposer les solutions françaises. Cela nous montre donc également qu'une analyse propre à chaque catégorie et à chaque ordre juridique est nécessaire, les appréciations pouvant varier de l'un à l'autre.

631. Pour finir, il faut remarquer que la différence avec les règles matérielles de droit international privé n'est pas très importante, la volonté omniprésente étant d'imposer une solution au niveau international, malgré l'aspect préservé de règles de conflit classiques. Comme nous l'avons vu, les analyses sont interchangeable dans une certaine mesure. Par conséquent, pour notre problématique de conversion des solutions exceptionnelles en normes de principe, ce qui est vrai pour l'unilatéralisme doit aussi l'être pour les règles matérielles.

Section II-La création de règles matérielles de droit international privé par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police.

632. Nous verrons tout d'abord la notion de règle matérielle, celle-ci étant encore relativement confuse et source d'hésitations (§ 1). Il s'agit d'un préalable nécessaire afin d'établir qu'une interaction avec les exceptions qui nous intéressent est possible (§ 2).

§ 1-La notion de règles matérielles de droit international privé.

633. La définition de ces règles matérielles de droit international privé permet de mettre en avant deux éléments caractéristiques.

En premier lieu, ces règles donnent directement une solution au fond. Elles s'opposent ainsi au procédé indirect que constituent les règles de conflit traditionnelles, destinées simplement à désigner une norme matérielle régissant le rapport de droit en cause. Ce sont par conséquent des règles substantielles et non des règles répartitrices. Il s'agit bien d'une de leur particularité et en ce sens elles s'opposent à ce que nous avons vu jusque-là. Mais cette méthode est un mode de réglementation des relations internationales à part entière.

En second lieu, ces normes sont propres aux rapports internationaux ; elles sont spécialement conçues pour ces derniers. Ce ne sont donc pas de simples règles internes, appliquées au niveau international par le jeu de règles de conflit spécifiques. Cette manière de procéder a notamment l'avantage d'adapter les solutions de fond aux spécificités des relations internationales et de sortir du carcan des réglementations internes⁸¹⁸.

634. Ces règles matérielles peuvent être d'origine législative ou jurisprudentielle. Certaines sont nationales, d'autres trouvent place au sein d'une convention internationale, divers exemples pouvant être donnés.

Ainsi, la loi tchécoslovaque du 4 décembre 1963, entrée en vigueur le 1^{er} avril 1964, est une sorte de Code civil, prévoyant une réglementation spécifique des contrats commerciaux internationaux, les règles étant différentes de celles prévues par le droit interne, que les règles de conflit traditionnelles désignent habituellement.

En France, il est possible de citer la solution consacrée par l'arrêt Galakis, selon laquelle la prohibition de compromettre pour les personnes morales de droit public n'est pas applicable à un contrat international passé pour les besoins et dans les conditions conformes aux usages du commerce international⁸¹⁹. *A contrario*, leur capacité de compromettre est ainsi

⁸¹⁸ Sur ces deux aspects caractéristiques des règles matérielles de droit international privé, voir Simon-Depitre, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *Rev. crit.* 1974, 591 et s. Egalement Oppetit, « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP*, Journée du cinquantenaire (1985), p.121 et s.

⁸¹⁹ Civ. 2 mai 1966, *Rev. crit.* 1967, 553, n. Goldman ; *JDI* 1966, 648, n. P. Level ; *D.* 1966, 575, n. Robert ; *GA* n°44.

admise dans l'ordre international. Il s'agit d'une règle de fond propre aux relations internationales.

Enfin, la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, conclue sous l'égide des Nations-Unies, consacre des règles matérielles uniformes dans le domaine précis auquel elle est consacrée⁸²⁰.

La spécificité est donc indéniable, mais ce qui nous importe le plus de notre point de vue est le mode d'intervention de telles règles, ce qui a une importance décisive pour l'interaction avec l'exception d'ordre public international et les lois de police.

635. Une question est essentielle : les règles matérielles interviennent-elles uniquement lorsque l'ordre juridique dont elles relèvent est désigné par la règle de conflit de principe ou leur intervention est-elle au contraire systématique, jouant quelle que soit la *lex causae* ? En d'autres termes, s'agit-il d'une méthode concurrente des règles de conflit ou seulement d'une méthode complémentaire et dans leur dépendance ? Il semble que les deux solutions existent⁸²¹.

636. Certaines règles matérielles ne peuvent intervenir que lorsque le droit dont elles relèvent est applicable en vertu de la règle de conflit traditionnelle. L'exemple classiquement cité est celui du Code tchécoslovaque de 1963 que nous avons vu précédemment, selon lequel les normes qu'il contient n'interviennent que si la loi tchécoslovaque est la *lex causae*. Les solutions sont donc propres aux relations internationales, mais il s'agit de leur seule particularité. Comme les règles internes, elles ne peuvent jouer que si elles sont désignées par les méthodes conflictuelles traditionnelles. Il n'existe alors aucune spécificité concernant leur mode d'intervention.

De même, la Convention de Vienne de 1980 laisse subsister le conflit de lois, ses règles ne s'appliquant pas systématiquement, dès lors qu'un juge d'un Etat contractant est compétent. Il suffit pour s'en convaincre de consulter l'article 1^{er} selon lequel :

« 1) La présente Convention s'applique aux contrats de vente de marchandises entre des parties ayant leur établissement dans des Etats différents :

a) lorsque ces Etats sont des Etats contractants, ou

b) lorsque les règles du droit international privé mènent à l'application de la loi d'un Etat contractant ».

637. D'autres règles matérielles interviennent au contraire systématiquement, dès lors qu'un juge de l'ordre juridique dont elles relèvent est compétent.

⁸²⁰ Texte au D. 1988, 30.

⁸²¹ A propos de cette question, voir I. Thoma, « Relations between conflict of laws rules and uniform law », *RHDI* 2000, 1, 169.

Des exemples de cette situation peuvent être trouvés en droit français. Il en va ainsi, de la solution dégagée par l'arrêt Galakis que nous venons de voir, mais aussi de celle proclamée par l'arrêt dit des Messageries Maritimes, selon laquelle les clauses valeur-or sont licites dans les contrats internationaux, quelle que soit la *lex causae*⁸²².

Cette règle peut s'appliquer dès lors qu'un juge français est compétent, sans qu'il y ait une quelconque exigence de rattachement, le seul constat de l'internationalité de la situation étant suffisant.

Cette façon de procéder est critiquée, car elle impose une application générale et en tant que telle peu satisfaisante des normes françaises⁸²³. Mais il faut malgré tout constater qu'elle existe, qu'elle est pratiquée et donc en tirer les conséquences.

La justice de droit international privé est totalement mise à l'écart, la justice matérielle prenant le dessus en toutes circonstances.

Il apparaît que, dans cette seconde hypothèse, l'exception d'ordre public international et les lois de police peuvent avoir un rôle spécifique à tenir dans l'apparition des règles matérielles de droit international privé, la communication entre les notions étant possible et présentant certaines particularités, contrairement au premier cas, dans lequel des règles de conflit classiques doivent intervenir, l'approche ne présentant alors à ce niveau aucune originalité par rapport à ce que nous avons vu précédemment dans nos développements.

§ 2-Les règles matérielles et la dynamique de droit international privé.

638. L'exception d'ordre public international, les lois de police et les règles matérielles ont ceci en commun qu'elles se préoccupent toutes les trois d'un résultat matériel, les considérations liées à la justice de droit international privé étant sinon inexistantes, au moins reléguées au second plan.

Il s'agit de trois notions permettant à un ordre juridique de faire intervenir ses conceptions au niveau international, nonobstant la règle de conflit et le contenu de la *lex causae*. Ils peuvent ainsi tous trois témoigner de la faveur ou de la défaveur d'un Etat à l'égard d'une institution, dans les situations internationales. Nous avons déjà vu ce point concernant l'exception d'ordre public international et les lois de police, la *lex fori* s'imposant, la *lex causae* étant évincée, tout cela par faveur ou défaveur pour une solution. Il est également possible de forger à cette fin une règle matérielle de droit international privé, spécifique aux relations internationales, traduisant la même idée.

639. Un exemple de cette situation peut être trouvé dans le domaine de l'adoption internationale. La jurisprudence, en l'absence de dispositions législatives, avait conçu un système complexe. La loi normalement applicable, régissant les conditions et les effets de l'adoption, était la loi nationale de l'adoptant⁸²⁴. En cas d'adoption par un couple, leur loi

⁸²² Civ. 21 juin 1950, *Rev. crit.* 1950, 609 n. Batiffol ; *D.* 1951, 749, n. Hamel ; *S.* 1952, 1, 1, n. J.-P. Niboyet ; *JCP* 1950, II, 5812, n. Lévy ; *GA* n°22.

⁸²³ Sur ce point, voir Mayer et Heuzé, n°19, p.12-13.

⁸²⁴ Civ. 1^{ère} 7 novembre 1984, *Torlet*, *Rev. crit.* 1985, 533, n. Simon-Depitre ; *JDI* 1985, 434, n. H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1985, 459, n. E. Poisson-Drocourt ; *Rép. Defrénois* 1985, p.1006, n. Massip ; *GA* n°67.

nationale était également appliquée, lorsque les époux étaient de même nationalité⁸²⁵. En cas de différence de nationalité, la doctrine, dans sa très grande majorité, estimait que la loi des effets du mariage devait être retenue⁸²⁶. Mais pour les conditions du consentement ou de la représentation il fallait se référer à la loi nationale de l'adopté⁸²⁷.

Toutefois, un problème pouvait apparaître si cette dernière ne connaissait pas le type d'adoption consacrée par la loi de l'adoptant. Le consentement apprécié selon la loi de l'adopté aurait nécessairement dû être inefficace, élément faisant obstacle, le cas échéant, à l'adoption.

La Cour de cassation a alors eu recours, pour éviter ces problèmes d'articulation et par faveur pour l'adoption, à une règle matérielle selon laquelle le contenu du consentement devait être apprécié « *indépendamment des dispositions de la loi nationale de l'adopté, le juge français devant s'attacher à la volonté, expresse ou présumée, de la personne qui a consenti* »⁸²⁸.

Or, il s'agit d'un cas dans lequel l'exception d'ordre public international aurait pu intervenir à l'encontre de la *lex causae*, afin d'imposer les solutions françaises et de permettre l'adoption. Mais la voie des règles matérielles a été préférée, aucune loi nationale n'étant compétente d'après les juges de la Haute-juridiction.

Cette solution a d'ailleurs été consacrée par la loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale⁸²⁹. Selon l'article 370-3 alinéa 1^{er} du Code civil,

« *Les conditions de l'adoption sont soumises à la loi nationale de l'adoptant ou, en cas d'adoption par deux époux, par la loi qui régit les effets de leur union* ».

⁸²⁵ Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990, *Pistre*, *Rev. crit.* 1990, 519, n. E. Poisson-Drocourt ; *D.* 1991, 105, n. F. Boulanger ; *JCP* 1991, II, 21635, n. H. Muir-Watt ; *Rép. Deffrénois* 1990, 961, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, 481, n. B. Sturlès ; *GA* n°68.

⁸²⁶ Sur ce point, Ancel et Lequette, *GA*, 3^{ème} édition, n°65-66 § 2.

⁸²⁷ *Ibidem*.

⁸²⁸ Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990, *Pistre*, précité. Voir également Civ. 1^{ère} 10 mai 1995, *Fanthou*, *Rev. crit.* 1995, 547, n. H. Muir-Watt ; *JDI* 1995, 625, n. F. Monéger ; *D.* 1995, 544, n. V. Larribau-Terneyre ; *D.* 1996, somm. 240, obs. A. Bottiau ; *GA* n°69 ; Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1997, *Rev. crit.* 1997, 705, n. H. Muir-Watt ; *JDI* 1997, 973, n. F. Monéger ; *JCP* 1997, II, 22916, n. T. Garé ; *D.* 1998, 187, n. E. Poisson-Drocourt et somm. 292, obs. C. Bridge et Civ. 1^{ère} 3 octobre 2000, *Petites affiches* 2001, n°24, p.13, n. J. Massip ; *D.* 2001, IR 265.

⁸²⁹ *JO* 8 février 2000, p.2136 ; *D.* 2001, 606. Pour des commentaires, voir entre autres : M. O. Baur, « Les derniers développements de l'adoption internationale », *Petites affiches* 2001, n°62, p.42 et s. ; F. Boulanger, « Une réforme médiatique mais porteuse de controverses : la codification de l'adoption internationale (loi du 6 février 2001) », *D.* 2001, p.78 et s. ; P. Lagarde, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *Rev. crit.* 2001, 275 et s. ; F. Monéger, « Le prononcé d'une adoption en France. Les règles de conflit énoncées par la loi du 6 février 2001 », *RIDC* 2003, 819 ; H. Muir-Watt, « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *JDI* 2001, 995 et s. ; E. Poisson-Drocourt, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », *D.* 2001, p.1404 et s. ; M. Revillard, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *Rép. Deffrénois* 2001, n°37316, p.333 et s. Pour les premières applications, voir Paris 22 mai 2001 (deux arrêts) et 5 juillet 2001, *AJ Fam.* 2001, p.21.

Une place est laissée à la loi personnelle de l'adopté :

« L'adoption d'un mineur étranger ne peut être prononcée si sa loi personnelle prohibe cette institution, sauf si ce mineur est né et réside habituellement en France » (art. 370-3 al. 2 du Code civil).

Il est possible d'hésiter quant à la qualification de cette dernière disposition. Il peut s'agir d'une règle matérielle prenant en considération la loi personnelle de l'adopté, mais également les liens de la situation avec la France.

On peut également songer à une règle bilatérale de conflit, désignant la loi personnelle du mineur, assortie d'une clause spéciale d'ordre public, énonçant les liens avec la France et le seuil de tolérance envers la loi étrangère normalement applicable. Cela montre que les modes de raisonnement ne sont pas très éloignés les uns des autres, ce qui doit nécessairement entraîner des possibilités de communication entre eux.

Enfin, selon l'alinéa 3 du même article :

« Quelle que soit la loi applicable, l'adoption requiert le consentement du représentant légal de l'enfant. Le consentement doit être libre, obtenu sans contrepartie, après la naissance de l'enfant et éclairé sur les conséquences de l'adoption, en particulier, s'il est donné pour une adoption plénière, sur le caractère complet et irrévocable de la rupture du lien de filiation préexistant ».

Ce texte s'inspire de la règle matérielle dégagée auparavant par la jurisprudence sur ce point précis⁸³⁰. Cela souligne donc, là encore, la proximité des méthodes, l'une pouvant être substituée à l'autre, la possibilité d'une interaction paraissant évidente.

Toutefois, certains obstacles peuvent se dresser et doivent préalablement être écartés, pour rendre l'analyse cohérente.

640. Des problèmes peuvent apparaître car certes les logiques des divers mécanismes sont proches, mais à des niveaux différents.

En effet, les lois de police entraînent l'application au niveau international de normes initialement conçues pour les rapports internes. De même, l'exception d'ordre public international évince la *lex causae* et entraîne l'application subsidiaire de la *lex fori*. Certes, il peut s'agir d'une règle spécifiquement conçue pour les relations internationales, mais c'est alors une norme préexistante au sein de l'ordre juridique concerné, l'exception d'ordre public international ne participant pas à sa création. Le mécanisme d'éviction peut contribuer à en modifier le champ d'application, mais il n'y a là rien de novateur, la règle de conflit étant seule modifiée.

⁸³⁰ Voir E. Poisson-Drocourt, « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », article précité, p.1406-1407.

De plus, l'exception d'ordre public international et les lois de police nécessitent, pour leur intervention, l'existence d'un rattachement, alors que les règles matérielles qui nous intéressent interviennent systématiquement, la seule internationalité de la situation en cause étant suffisante. Les mécanismes exceptionnels ne devraient donc pouvoir imposer une solution que dans un certain champ, nécessairement limité.

Par conséquent, la communication paraît difficile à envisager, même si les logiques sont proches. Toutefois, des nuances doivent être apportées à ces différentes affirmations.

641. Ainsi certaines lois de police ne sont pas des règles internes étendues à l'ordre international mais sont spécifiques aux relations internationales, l'exemple du contrôle des changes étant significatif à cet égard. Il s'agit de règles ne pouvant intervenir que dans les situations à caractère international. Mais elles sont considérées comme des lois de police⁸³¹. Les deux notions, règles matérielles de droit international privé et lois de police ne sont donc pas forcément opposées de ce point de vue. Il peut même être délicat de les distinguer. Pour nous, il n'y a pas de doute, les deux exceptions peuvent donner naissance à des règles matérielles de droit international privé, une interaction est possible. Une telle substitution peut avoir deux finalités différentes.

642. En premier lieu, l'intervention fréquente de l'exception d'ordre public international et des lois de police peut attirer l'attention sur la nécessité d'une réforme, pouvant se traduire par l'apparition d'une règle matérielle. Un problème est mis à jour, par le jeu de subterfuges, destinés uniquement à permettre la réalisation systématique d'un certain résultat matériel. La règle de conflit n'est alors à l'évidence plus du tout adaptée aux nécessités du commerce international, selon les conceptions du for. La démarche conflictuelle classique peut être, dans certaines hypothèses, elle-même remise en cause, les considérations matérielles prévalant invariablement sur la justice de droit international privé. Il ne s'agit plus uniquement d'une inadéquation du rattachement mais d'un problème de méthode.

En observant la pratique, on se rend compte que la jurisprudence n'hésite pas à prendre ses distances avec les régimes classiques des exceptions et à énoncer des règles matérielles, sur de tels fondements. Cela est particulièrement vrai pour l'intervention de l'exception d'ordre public international. Dans certains cas, la *lex causae* a été évincée, sans que la *lex fori* soit appliquée en tant que telle, de façon subsidiaire. Une règle matérielle, spécifique aux relations internationales est alors substituée, apportant seule une réponse satisfaisante à la question. Il en va ainsi de la règle dite des « Messageries Maritimes ».

643. Dans un arrêt du 21 juin 1950, la Cour de cassation a jugé qu'il appartenait aux parties à un contrat international de convenir,

*« même contrairement aux règles impératives de la loi interne appelée à régir leur convention, une clause valeur-or, dont la loi française du 25 juin 1928 reconnaît la validité en conformité avec la notion française de l'ordre public international »*⁸³².

⁸³¹ Sur ce point, V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, op.cit., n°416, p.194 ; Franciscakis, « Lois d'application immédiate et règles de conflit », article précité, spéc. p.696. Voir aussi P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.* 1994, 615, spéc. p.641, qui donne également l'exemple de la législation relative aux investissements étrangers en France.

⁸³² Civ. 21 juin 1950, précité note 822.

Les juges de la Haute-juridiction ont donc imposé une solution matérielle au niveau international, la validité des clauses-or, en citant dans leur décision l'exception d'ordre public international. Cet attendu de principe peut être interprété de diverses manières, les opinions doctrinales étant depuis toujours divergentes à son propos.

644. Il est ainsi possible de penser qu'il s'agit en l'occurrence d'une intervention classique de l'exception d'ordre public international, évinçant la *lex causae*, canadienne dans cette affaire, prohibant les clauses valeur-or.

Par la suite, la loi française permissive est appliquée de manière subsidiaire⁸³³. Le raisonnement suivi serait ainsi tout à fait normal, le régime de l'exception d'ordre public international étant appliqué sans aucune particularité.

Une deuxième interprétation est envisageable, selon laquelle une conception nouvelle de l'exception d'ordre public international aurait été retenue. Cet instrument serait mis au service non pas des intérêts fondamentaux de l'ordre juridique français en tant que tel mais des nécessités du commerce international, qui sont toutefois toujours appréciées selon les conceptions françaises⁸³⁴.

Par cet arrêt, la loi française permissive, du 15 juin 1928 applicable aux contrats internationaux, aurait ainsi été érigée en règle d'ordre public international validante, devant jouer même lorsque le contrat est régi par une loi étrangère prohibitive semblable à la loi interne française.

La notion ressemble à s'y méprendre à une loi de police, servant les intérêts du commerce international ; comme l'écrit M. Chapelle, il n'y a en l'occurrence qu'un effet positif de l'exception d'ordre public international, plus vraiment d'effet négatif, le phénomène d'imposition étant prépondérant par rapport à celui d'éviction⁸³⁵.

Il y aurait ainsi une utilisation assez formelle de la notion d'exception d'ordre public international, celle-ci étant dénaturée, son régime n'étant pas celui classiquement utilisé.

Signalons enfin que pour certains auteurs, la Cour de cassation n'a pas utilisé l'exception d'ordre public international dans son raisonnement conduisant à rejeter l'application de la loi canadienne prohibitive⁸³⁶.

Il est toutefois difficile de contester, qu'on le veuille ou non, la présence de l'exception d'ordre public international dans l'attendu de principe.

645. Il faut d'ailleurs remarquer que ce n'était pas la première fois que les exceptions étaient utilisées pour consacrer la validité des clauses-or dans les contrats internationaux.

Ainsi, la notion de loi de police est intervenue de façon quelque peu particulière. Des lois étrangères prohibitives ont été qualifiées de lois de police, ce qui a été considéré comme

⁸³³ Voir en ce sens, Batiffol, note précitée sous l'arrêt Messageries Maritimes.

⁸³⁴ En ce sens, Lerebours-Pigeonnière, « A propos du contrat international », *JDI* 1951, 4 et s.

⁸³⁵ Voir A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris II, 1979, spéc. n°137, p.148.

⁸³⁶ En ce sens voir F. Deby-Gerard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, Bibl. de droit international privé, vol. 16, 1973, n°128 et s. ; C. Ferry *La validité des contrats en droit international privé, France/USA*, préf. B. Teyssié, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 206, 1989, n°164.

constituant un obstacle à leur application en France, en raison de leur prétendu caractère strictement territorial⁸³⁷.

Dans tous ces cas, la volonté d'aboutir à un résultat matériel précis prime, la justice matérielle prenant le dessus sur la justice de droit international privé, cette dernière passant au second plan et pouvant même être considérée comme étant exclue du raisonnement. Il y a avant tout une volonté de consacrer la validité des clauses-or dans les contrats internationaux, de faire obstacle aux lois internes prohibitives.

Les exceptions intervenaient ainsi afin d'assurer cet objectif, en tant que subterfuge, le résultat paraissant devoir toujours être le même en cas d'internationalité de la situation. C'est pourquoi toutes les interprétations de l'arrêt des Messageries Maritimes sont acceptables, l'exception d'ordre public international n'étant qu'un prétexte, une justification tout ce qu'il y a de plus formelle. Elle est donc présente sans l'être réellement. Puisque l'élément matériel est prépondérant et doit intervenir dès lors que le contrat a un caractère international, la méthode conflictuelle paraît totalement inadaptée ; il est alors souhaitable et opportun de consacrer directement une règle matérielle, sans avoir à effectuer de détours artificiels et injustifiés dans la réflexion, ce qui a effectivement été fait par la suite, l'arrêt de 1950 apparaissant comme un moment charnière, assurant une transition, un basculement s'opérant à partir de cette date.

646. La règle matérielle de validité des clauses-or a été nettement affirmée dans la jurisprudence, suite à l'arrêt des Messageries Maritimes, sans aucun recours à l'exception d'ordre public international ou aux lois de police. De nombreuses décisions peuvent être citées en ce sens⁸³⁸.

Elle a ainsi acquis une autonomie par rapport aux exceptions, tout en sachant que les résultats auxquels on aboutit, la validité de la clause dans les contrats internationaux, sont identiques, ce qui montre l'interchangeabilité possible des mécanismes. Le fait d'appliquer directement une règle matérielle est satisfaisant puisque les considérations de fond sont prépondérantes et que les lois étrangères contraires aux conceptions françaises ne seraient de toute façon pas appliquées. Il est inutile de vouloir recourir à la règle de conflit classique, de désigner une *lex causae*, sachant que celle-ci n'a pratiquement aucune marge de manoeuvre.

647. Toutefois, l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles peut remettre cette autonomie en cause et entraîner un nouveau basculement, au profit cette fois de la méthode conflictuelle classique et par conséquent des exceptions qui lui sont associées.

En effet, la technique des règles matérielles peut être considérée comme étant concurrente des solutions conflictuelles habituelles. Or, la Convention unifie les règles de conflit et semble supprimer les autres modes de résolution, y compris les règles matérielles de droit international privé. Par conséquent, ces dernières ne devraient pas continuer à s'appliquer, dès lors que l'on se trouve dans le champ du texte international. La question de la validité

⁸³⁷ En ce sens voir : T. civ. Seine 18 janvier 1928, *JDI* 1928, 669 ; Paris 19 avril 1928, *JDI* 1928, 695 ; T. civ. Strasbourg 15 juillet 1930, *JDI* 1931, 684, n. Nast ; Paris 30 juin 1933, *JDI* 1933, 963 ; Paris 3 avril 1936, DP 1936, 2, 78, n. L. Mazeaud.

⁸³⁸ Civ. 1^{ère} 25 mars 1981, *B. I.*, n°104 ; Civ. 1^{ère} 15 juin 1983, *JCP* 1984, II, 20123, n. Lévy ; *RTD civ.* 1984, 721, obs. J. Mestre ; *B. I.*, n°175 ; Civ. 1^{ère} 11 octobre 1989, *D.* 1990, 167, n. E.-S. de la Marnierre ; *JCP* 1990, II, 21393, obs. Lévy.

des clauses-or devrait réintégrer le domaine des règles de conflit bilatérales et être tranchée par la loi désignée par ces dernières⁸³⁹.

La hiérarchie des normes peut d'ailleurs également intervenir pour renforcer cette solution. Une norme d'origine interne, même spécifique aux rapports internationaux ne devrait pas pouvoir l'emporter sur une règle figurant dans une convention internationale⁸⁴⁰.

Ainsi, pour imposer la solution française au niveau international sur cette question précise, il faudrait à nouveau avoir recours aux exceptions, lois de police ou exception d'ordre public international.

Cela nous montre par conséquent que les méthodes ne sont pas figées, l'une étant susceptible de succéder à l'autre, les résultats pouvant, au bout du compte, être les mêmes.

648. Pour cette question particulière, l'exception d'ordre public international et les lois de police ont joué un rôle fondamental dans l'apparition d'une règle matérielle, justifiant initialement un résultat de fond. Ce dernier s'est ensuite imposé, intervenant de manière autonome. Il est concevable qu'il doive à nouveau céder la place à la logique conflictuelle classique et aux exceptions, suite à l'entrée en vigueur de la Convention de Rome.

Les différences entre les mécanismes ne sont donc pas importantes au point de devoir les compartimenter, les communications étant possibles et même souhaitables. De plus, nous pouvons également constater que les exceptions réapparaissent dès lors que la règle de conflit est présente, lorsqu'un aléa conflictuel se fait à nouveau jour.

649. Cette proximité voire, dans une certaine mesure, cette interchangeabilité entre les notions fait que les règles matérielles peuvent aussi jouer en second lieu afin de trancher cette fois une controverse relative à l'intervention des exceptions, évitant ainsi les hésitations, élément fondamental notamment dans les conventions internationales.

Dans de telles hypothèses, une réponse matérielle est donnée à une question, évitant d'avoir à passer par des mécanismes exceptionnels, dont l'intervention est souvent discutée. Cette approche a l'avantage d'apporter une solution nette à un problème particulier. Les exceptions sont alors également à l'origine d'une règle matérielle.

650. L'article 11 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires comporte ainsi une règle matérielle originale, apparue en raison de divergences entre certains Etats parties quant à l'intervention des exceptions.

L'alinéa premier de l'article est classique dans une convention internationale dans le domaine des conflits de lois :

« L'application de la loi désignée par la Convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public ».

L'ordre public international du for saisi est donc réservé, ce qui n'est guère surprenant, la formule étant devenue de style.

⁸³⁹ Voir exposant cette argumentation : M.-L. Niboyet-Hoegy, *Jcl Dr. Int.*, Fasc. 552-40 « Contrats internationaux (détermination du droit applicable et principes concurrents du principe d'autonomie) », n°33 ; Ancel et Lequette, sous Civ. 21 juin 1950, n°22, § 15.

⁸⁴⁰ L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (L'exemple du droit de la famille) », *Rev. crit.* 2001, 1, spéc. p.41-42.

L'alinéa second est lui plus original :

« Toutefois, même si la loi applicable en dispose autrement, il doit être tenu compte des besoins du créancier et des ressources du débiteur dans la détermination du montant de la prestation alimentaire ».

Il s'agit d'une règle matérielle de droit international privé qui devra, dans les cas visés, être appliquée systématiquement. L'exception d'ordre public international et les lois de police sont par conséquent exclues du jeu pour cette question précise. Les lois nationales sont toutes écartées sur ce point, de même que la méthode conflictuelle classique, la Convention donnant directement les directives à appliquer pour le problème de l'évaluation du montant de la prestation alimentaire.

651. Or, auparavant et notamment lorsque la Convention du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants était en cause, le problème de l'intervention des exceptions, sur ce point précis, se posait avec acuité, particulièrement en raison de l'ancien article 1708 du BGB allemand. Selon ce texte, pour évaluer le montant de la prestation alimentaire, il fallait avoir égard au seul niveau de vie du créancier d'aliments sans qu'intervienne dans le raisonnement la situation économique du débiteur.

La jurisprudence française a considéré que l'application de cette disposition pouvait engendrer des situations contraires à l'ordre public international français, ce qui entraînait l'éviction du droit allemand pour cette question et le recours subsidiaire au droit français. Selon les juges, *« il est en effet de principe que la pension alimentaire s'apprécie en fonction des besoins de l'enfant et des facultés respectives du père comme de la mère »*⁸⁴¹.

Dans d'autres Etats, l'exception d'ordre public international n'était au contraire pas utilisée, la loi allemande n'étant ainsi pas évincée. Cela était par exemple le cas en Autriche, en Suisse et aux Pays-Bas. Mais des moyens autres notamment procéduraux étaient employés pour tenir compte de la situation du débiteur⁸⁴². Le résultat final était donc le même qu'en France, la manière d'y arriver étant toutefois différente.

Le droit allemand a été réformé en 1969 ne posant ainsi plus problème sur ce point. Mais la jurisprudence passée a permis de mettre en évidence la nécessité de prendre en compte la situation du débiteur et les problèmes que pouvaient entraîner ce type de règles.

Les auteurs de la Convention ont alors pris le parti de fixer, en son sein même, les directives à adopter de façon générale, quel que soit le contenu de la *lex causae*, tranchant ainsi de façon nette la question.

⁸⁴¹ Paris 15 octobre 1964, *JCP* 1966, II, 14497, 2^{ème} espèce, n. J.-M. Bischoff confirmé par Civ. 16 février 1966, *B. I.*, n°120 ; Voir également : Paris 3 décembre 1964, *Rev. crit.* 1965, 697, n. Ponsard ; *JCP* 1966, II, 14497, 1^{ère} espèce, n. J.-M. Bischoff ; Douai 4 avril 1967, *DA Vorm* 1969, 356 ; Voir précédemment toujours concernant l'article 1708 BGB, Civ. 20 juillet 1936, *JDI* 1937, 288, n. Perroud ; *Rev. crit.* 1937, 694, n. Batiffol ; *DH* 1936, 474.

⁸⁴² Sur la situation dans ces différents Etats voir F. Herzfelder, *Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel. Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973*, Paris, LGDJ, 1985, n°55 et s., p.51 et s.

652. L'intervention de l'exception d'ordre public international a donc suscité une réaction et l'apparition d'une règle matérielle. Les exceptions peuvent ainsi être à l'origine de nouvelles méthodes. La prise en compte de la situation du créancier et de celle du débiteur se fait désormais selon une règle de principe et non en vertu d'un quelconque subterfuge. Certes, il est possible de rétorquer que cette substitution ne présente pas d'avantages réels quant aux solutions de fond, qui restent les mêmes au moins pour l'ordre juridique français. Pourtant, cela n'est qu'une apparence, son intérêt étant certain.

653. Une règle générale est énoncée, qui est à appliquer systématiquement dans ce genre d'hypothèses. La situation des différentes personnes concernées est prise en compte alors que la question est détachée des mécanismes d'exception.

La solution est donc claire et nettement affirmée, contenue dans les règles mêmes de l'accord international, sans renvoi à une appréciation nationale concernant les principes à retenir.

Ces derniers seront ainsi défendus en vertu du texte international et non sur le fondement d'exceptions le mettant précisément à l'écart, l'éviction de la *lex causae* désignée par une règle de conflit conventionnelle étant toujours problématique⁸⁴³. Dans le cas de l'article 11 alinéa 2 de la Convention de La Haye du 2 octobre 1973, l'hésitation n'est plus possible, une démarche internationale étant substituée à un mécanisme certes expressément prévu par le texte lui-même mais fondamentalement national.

Cet élément est très important pour les traités internationaux, permettant d'avoir des solutions unifiées, en vertu d'une règle de principe, pour les différents Etats parties. L'impression de disparité est ainsi effacée, une certaine cohérence étant retrouvée.

654. De plus, les réflexions sont simplifiées, les autorités des différents Etats parties n'ayant pas à recourir à des expédients plus ou moins complexes pour aboutir à un résultat satisfaisant. Une règle de principe est consacrée permettant d'aller à l'essentiel, la solution étant identique mais obtenue à la suite d'une démarche plus simple. Les auteurs de la Convention ont adopté un parti sur une question particulière et l'ont traduit par le jeu d'une règle matérielle de droit international privé.

Le raisonnement est par conséquent plus clair et plus facilement compréhensible.

655. Mais cela nous montre une nouvelle fois que les logiques des différentes méthodes sont proches et que l'une peut être substituée à l'autre. Certes, il est possible d'estimer que cette façon de procéder instaure une certaine hétérogénéité, obligeant à combiner la méthode conflictuelle classique et la méthode matérielle. Mais cela n'est pas gênant. En effet, si la *lex causae* respecte les mêmes principes que la règle matérielle, celle-ci n'aura pas réellement à intervenir, l'ensemble de la réflexion se faisant d'après la loi normalement compétente.

Au contraire, si la *lex causae* ne connaît pas ces solutions, elle sera mise à l'écart, la règle matérielle s'appliquant. La méthode est donc très proche de l'exception d'ordre public international, l'avantage de la règle matérielle étant l'unification des principes et la fixation des solutions.

⁸⁴³ Voir *supra* n°157 et s.

Conclusion du titre :

656. Les deux exceptions auxquelles nous nous intéressons permettent donc, au cas pas cas, dans une espèce particulière, d'obtenir un résultat différent de celui normalement consacré par la loi désignée par la règle de conflit. La justification est que l'approche classique, préconisant le recours à la *lex causae* n'est pas adaptée aux besoins du for. Il s'agit là d'une conclusion communément admise.

657. Mais surtout, les deux mécanismes permettent aussi de mettre en évidence une inadaptation de la règle de conflit en elle-même qui ne donne plus satisfaction, une nouvelle approche étant nécessaire. Certes, il est possible de conserver la norme conflictuelle et de continuer à utiliser massivement les exceptions, mais la logique plaide plutôt en faveur d'une transformation.

L'exception d'ordre public international et les lois de police peuvent ainsi avoir une double fonction correctrice, dans une espèce donnée et de façon globale.

658. De plus, nous avons vu que la jurisprudence utilisait l'une et l'autre de ces techniques pour arriver à ses fins, quelquefois même à propos d'une seule et même question. Leur complémentarité et dans une certaine mesure leur interchangeabilité est ainsi mise en évidence, sans quoi un recours alternatif ne serait pas concevable.

659. De cette proximité naît aussi la possibilité voire la nécessité de remettre en cause l'approche actuelle concernant les volets étrangers des notions qui ne nous semble pas satisfaisante.

Titre II-La complémentarité entre l'exception d'ordre public international et les lois de police : les lois de police étrangères et l'ordre public international étranger.

660. Nous avons vu qu'un rapprochement certain entre l'exception d'ordre public international et les lois de police pouvait être constaté, leurs logiques et leurs résultats n'étant pas fondamentalement opposés.

Or, s'agissant du volet étranger des notions, l'antagonisme est de mise : les lois de police étrangères ont fait une percée remarquable dans la doctrine et le droit positif, leur application étant envisagée et acceptée. Au contraire, l'ordre public international étranger est totalement mis à l'écart, ne serait-ce qu'au niveau de la réflexion. Il apparaît ainsi comme le parent pauvre de la théorie générale du droit international privé. Lorsque le problème est abordé, c'est uniquement pour le rejeter ou pour démontrer le peu d'intérêt qu'il présente.

661. Il nous semble pourtant que la proximité entre les deux mécanismes permet de reposer la question, l'opposition radicale apparaissant insatisfaisante et dépourvue de fondements réels.

Nous étudierons ainsi, dans un premier temps, l'admission du jeu des lois de police étrangères et les raisons du rejet de l'ordre public international étranger, selon l'approche traditionnelle, tout en essayant de nuancer les perspectives (Chapitre I).

Cela nous permettra de voir que certains arguments sont valables pour les deux situations, l'ordre public international étranger pouvant être appelé à tenir un rôle certain, au moins aussi important en pratique que celui des lois de police étrangères à l'heure actuelle (Chapitre II).

Chapitre I-L'admission du jeu des lois de police étrangères et le rejet de l'ordre public international étranger : présentation classique.

662. Le problème de l'application des lois de police étrangères est traité en profondeur par la doctrine depuis plus de cinquante ans, l'analyse favorable faite par plusieurs auteurs de renom étant consacrée dans certains textes, nationaux ou internationaux, depuis plus d'un quart de siècle maintenant. Cette question semble ainsi faire partie de la théorie générale du droit international privé, au même titre que le recours aux lois de police du for.

663. Toutefois, la faveur manifestée envers de telles normes ne reste souvent qu'une attitude de principe et ne se traduit que dans une certaine mesure dans la pratique. Si les lois de police de la *lex causae* étrangère sont effectivement appliquées, on ne peut pas en dire autant pour les lois de police tierces, sur lesquelles l'attention se focalise pourtant. Seule la notion de prise en considération a un impact pratique réel (Section I).

L'ordre public international étranger n'a quant à lui pas même franchi ce premier obstacle de l'acceptation théorique, qu'il s'agisse de l'ordre public international de l'Etat dont la loi est normalement applicable ou de celui d'un Etat tiers. Seule l'intervention de l'exception d'ordre public international du for est envisagée (Section II).

Section I-L'admission apparente des lois de police étrangères.

664. Nous nous focaliserons, dans nos développements, sur les lois de police tierces, c'est-à-dire celles ne relevant ni de la *lex fori*, ni de la *lex causae*.

665. En effet, pour les lois de police relevant de la loi normalement compétente, le débat a été moins intense, la question semblant aujourd'hui définitivement réglée : de telles normes peuvent et même doivent être appliquées, sauf en cas d'auto-limitation de leur part, lorsque les conditions spatiales posées ne sont pas remplies.

Cela est admis en doctrine⁸⁴⁴. La jurisprudence a avalisé cette approche⁸⁴⁵. La solution revient à respecter la désignation opérée par la règle de conflit ; il s'agit par conséquent de l'application d'un principe et non d'une exception. La question ne relève donc pas même directement de notre sujet, puisque la règle étrangère de police n'est pas appliquée en raison de son caractère particulier. Ce n'est qu'un élément noyé dans la globalité d'un ordre juridique désigné par les principes conflictuels classiques et perdant ainsi sa spécificité.

Ne pas l'appliquer reviendrait à méconnaître l'unité du système étranger, à l'encontre de tout réalisme. Un tel dépeçage n'est pas même envisageable car il risquerait de provoquer des incohérences. Afin de ne pas aboutir à une solution artificielle, une application intégrale du droit étranger est souhaitable.

666. Les lois de police tierces ont posé et posent d'ailleurs toujours davantage de problèmes. Pourtant de nombreux arguments ont été avancés en doctrine, afin de justifier leur possible intervention, l'attention étant concentrée principalement sur la technique de l'application (§1).

Cela n'est pas resté vain, puisqu'une telle approche transparaît effectivement en droit positif, même si le stade de la seule proclamation de principes n'a semble-t-il jamais été dépassé, au moins pour l'application, car il en va différemment pour la méthode de la prise en considération (§ 2).

⁸⁴⁴ Voir par exemple : P. Mayer, « Les lois de police étrangères », précité, spéc. n°59 et s., p.330 et s. ; Batiffol et Lagarde, n°254, p.429.

⁸⁴⁵ Voir notamment Civ. 1^{ère} 17 décembre 1972, *Audouze*, *Rev. crit.* 1973, 520, n. Batiffol ; Civ. 1^{ère} 17 décembre 1972, *Cassan*, *JDI* 1973, 716, n. Oppetit ; Civ. 1^{ère} 6 février 1973, *JDI* 1975, 66, 1^{ère} espèce, n. B. Audit ; Civ. 1^{ère} 25 octobre 1989, *Rev. crit.* 1990, 732, n. P. Courbe ; *JDI* 1992, 113, n. C. Ferry.

§ 1-Les arguments justifiant le recours aux lois de police étrangères.

667. Au départ, la question de l'intervention des lois de police étrangères se posait essentiellement en matière contractuelle, le principe de l'autonomie de la volonté paraissant inadapté concernant certaines réglementations impératives, la liberté des parties devant être encadrée, au moins de façon marginale (A).

Par la suite, l'analyse a été généralisée, les arguments étant valables pour toutes les matières, l'intervention des lois de police n'étant plus systématiquement liée au phénomène du choix par les parties de la loi applicable. La réflexion est donc appelée à faire partie intégrante de la théorie générale du droit international privé. Elle n'a pas vocation à être cantonnée à un domaine particulier (B).

A-Les arguments liés à la spécificité de la matière contractuelle.

668. L'application des lois de police étrangères, par dérogation au mécanisme classique de la règle de conflit a été envisagée lors de la Seconde Guerre mondiale par certains auteurs étrangers, l'objectif au départ assez circonstancié étant l'application de règles en matière de contrôle des changes, le contexte étant alors nécessairement particulier (1). Pourtant, la doctrine a fort peu évolué depuis, le régime proposé étant caractérisé par une remarquable stabilité. Seule la notion de prise en considération a fait l'objet de développements théoriques substantiels et peut être envisagée comme une alternative à l'application pure et simple (2).

1) La genèse de la théorie.

669. Parmi les auteurs ayant contribué à l'apparition de la théorie des lois de police étrangères, il faut citer, en premier lieu, Louis De Winter. Il ressort de son analyse une faveur pour le principe de l'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux. Mais il considère aussi que certaines règles du pays de conclusion doivent être respectées, celles ne pouvant être sacrifiées par les juridictions de ce pays.

Il en va de même pour les règles du pays d'exécution dont la fonction sociale est tellement importante que l'on ne peut admettre l'autonomie des parties à leur égard.

Une approche identique est préconisée pour les règles du même type émanant d'autres pays concernés par la situation en cause⁸⁴⁶.

⁸⁴⁶ De Winter, «De grenzen van de contractvrijheid in het international privaatrecht», *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie*, 1940, 3675 et s.

670. Deux éléments sont donc à ressortir de cette analyse. En premier lieu, l'application de normes autres que celles désignées par la règle de conflit classique est envisagée, rompant ainsi avec l'absolutisme du dogme savignien. La méthode n'est pas sans rappeler celles préconisées aux Etats-Unis que nous avons vues précédemment⁸⁴⁷. En second lieu, cette dérogation n'est qu'un tempérament à l'autonomie de la volonté, qui n'est dû qu'à la spécificité de cette solution conflictuelle, laissant une place décisive au choix des parties.

671. Cette opinion a été réaffirmée quelques années plus tard par le même auteur. Selon lui, l'exception d'ordre public international ne peut pas être la seule limite à l'autonomie de la volonté, car une telle approche sacrifierait trop le droit impératif. La liberté des parties doit par conséquent être restreinte par l'application des règles impératives qui ont une fonction sociale d'une telle importance qu'elle ne saurait être sacrifiée même dans des situations internationales. De telles règles peuvent émaner de la *lex fori*, de la *lex causae* bien sûr, mais également et c'est là l'essentiel pour nous, d'un Etat tiers à la relation juridique concernée⁸⁴⁸.

672. Une analyse similaire a également été proposée par certains auteurs allemands. Ainsi, Wilhelm Wengler a constaté que les lois de police du for se veulent applicables dans certaines situations, quelle que soit la *lex causae* (« *ohne dass es darauf ankommt, welches Recht Schuldstatut ist* »). De plus, de telles règles sont effectivement appliquées en pratique⁸⁴⁹.

Il se prononce alors en faveur du recours aux lois de police étrangères également. En effet, l'applicabilité exclusive de la *lex contractus* est pour lui inopportune pour certaines lois pour lesquelles il convient de trouver un rattachement spécial, indépendant de la loi d'autonomie, particulièrement en matière de législation monétaire.

Il propose alors d'appliquer au contrat outre la *lex contractus*, les dispositions impératives du for ou d'un Etat tiers qui se veulent applicables quelle que soit la loi normalement compétente. Toutefois, pour les règles étrangères, deux conditions supplémentaires doivent encore être remplies. Tout d'abord, elles ne doivent pas être contraires à l'ordre public international du for et ensuite, il doit exister un lien étroit entre l'Etat dont émane la règle en cause et la situation (« *eine wirklich enge Beziehung* »)⁸⁵⁰.

673. L'auteur accepte donc que la volonté d'intervention d'une loi de police tierce soit suivie et respectée. Son application sera alors préférée à celle de la *lex contractus*, que la compétence de cette dernière résulte du choix des parties ou non. Les deux éléments présents dans la doctrine de Louis De Winter sont présents : la possibilité de déroger à la règle savignienne classique et la justification en raison de l'inopportunité, pour certaines règles impératives, de l'autonomie de la volonté.

⁸⁴⁷ Voir *supra* n°490 et s.

⁸⁴⁸ De Winter, « Droit impératif dans les contrats internationaux », *Nederlands Tijdschrift voor International Recht*, 1964, p.329 et s.

⁸⁴⁹ Voir *supra* n°12.

⁸⁵⁰ Wengler, « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht », *ZvglRWiss* 1941, 168.

Cette approche a été préconisée par la suite par d'autres auteurs allemands⁸⁵¹.

674. Par conséquent, le terrain d'élection originel de la théorie préconisant l'application des lois de police tierces était la matière contractuelle, en raison de la règle de conflit spécifique, privilégiant la volonté des parties.

Le souci principal était de pallier les faiblesses ou l'inadaptation de cette solution conflictuelle particulière dans certains cas. L'approche préconisée n'existe donc qu'en raison de cette liberté laissée aux parties, qui peuvent se jouer des dispositions impératives des Etats intéressés de manière aisée.

La recherche d'une conciliation entre la nécessité de respecter ces dernières et la préservation de l'autonomie de la volonté présentant un intérêt certain dans le commerce international est ainsi mise en exergue.

675. Depuis l'époque de Wengler et De Winter, le régime des lois de police étrangères a connu une remarquable stabilité. Seuls deux éléments nouveaux sont venus le compléter.

L'appréciation de la légitimité des intérêts étatiques ayant conduit à l'adoption de la loi de police étrangère a tout d'abord été suggérée. L'application des lois de police tierces suffisamment proches de la situation et n'étant pas contraires à l'ordre public international du for ne devrait ainsi pas être systématique, mais devrait dépendre de cet élément soumis à la sagacité du juge saisi⁸⁵².

Ensuite, la notion de prise en considération des lois de police étrangères a été approfondie, complétant ainsi la doctrine préconisant l'application au sens strict de telles dispositions. L'approche est dans la continuité de celle que nous avons vue jusque-là, mais présente malgré tout certaines spécificités, justifiant que nous la traitions à part.

2) La prise en considération des lois de police étrangères.

676. Il a été suggéré, pour les lois de police étrangères tierces, de ne pas envisager leur seule application, mais de faire également une place à leur éventuelle prise en considération. La proposition vaut principalement pour les contrats internationaux.

Une norme est prise en considération « *lorsqu'elle entre dans le présupposé de la règle substantielle applicable* »⁸⁵³.

Cette notion se distingue de l'application « *en ce que la règle appliquée fournit elle-même la solution substantielle de la question posée, tandis que la règle prise en considération est intégrée dans le présupposé de la règle qui se réfère à elle, et dont l'effet juridique détermine seul la substance de la relation juridique* »⁸⁵⁴.

⁸⁵¹ Voir ainsi Zweigert, « Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote », *RabelsZ* 1942, p.283 ; « Internationales Privatrecht und öffentliches Recht » in *Fünfzig Jahre Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel*, Hambourg, 1965, p.124 et s. ; Neumayer, « Die Notgesetzgebung des Wirtschaftsrechts im internationalen Privatrecht », *BerGes VR* 2 (1957), 35 et « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit.* 1957, 579 et *Rev. crit.* 1958, 53.

⁸⁵² Zweigert, « Internationales Privatrecht und öffentliches Recht », article précité.

⁸⁵³ P. Mayer, « Les lois de police étrangères », article précité, n°34, p.307.

⁸⁵⁴ P. Mayer, « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC* 1986, 467, spéc. p.484.

677. Les lois de police étrangères tierces peuvent ainsi être prises en considération, la *lex contractus* restant seule applicable.

Prenons l'exemple d'un contrat régi par une loi selon laquelle la nullité est encourue en cas d'illicéité de la cause. Une loi de police étrangère tierce est violée par l'accord conclu entre les parties. Le constat de cette violation peut alors rendre la cause du contrat illicite, en vertu de la loi normalement applicable, les conséquences étant également déduites de cette dernière.

La loi de police étrangère n'est pas appliquée au sens plein du terme mais intervient malgré tout dans le raisonnement, sa violation ne demeurant pas sans effet.

Une autre illustration est classique : soit un contrat régi par la loi d'un pays A, expressément choisie par les parties. Les marchandises se trouvent sur le territoire d'un pays B, édictant un embargo, rendant impossible l'exportation de ces biens et donc l'exécution de ses obligations par le débiteur, qui s'était engagé à les livrer à l'étranger. Le créancier de cette obligation exerce une action en responsabilité contractuelle devant les tribunaux du pays C. Le juge va appliquer la loi choisie par les parties pour résoudre le litige, mais il peut prendre en compte la loi de police de l'Etat B, auteur de l'embargo, afin d'apprécier si elle constitue un événement de force majeure selon la *lex contractus*, qui va alors également être compétente pour en tirer les conséquences exactes.

A nouveau, la loi de police tierce intervient dans la solution du litige mais sans être appliquée, la compétence de la *lex contractus* n'étant pas remise en cause.

678. L'idée fondamentale sous-tendant cette notion est donc qu'indépendamment de ses effets de droit proprement dits, « l'édition d'une norme peut créer une situation de fait que le juge doit prendre en compte, et à laquelle il doit attacher des conséquences juridiques propres »⁸⁵⁵. Les deux théories proposées pour les lois de police étrangères, prise en considération et application, peuvent paraître relativement proches, la règle fondamentale tierce occupant dans les deux cas une place centrale dans le raisonnement.

Pourtant, la prise en considération présente certains avantages par rapport à l'application pure et simple.

679. En premier lieu, la prise en compte d'une loi de police étrangère peut être une nécessité de fait, cette norme exerçant une influence effective sur la situation en cause. Nier son existence, son rôle sur le comportement des personnes impliquées reviendrait à nier l'évidence. Cela est notamment le cas lorsqu'un rapport de droit présente un lien étroit avec un Etat sans que sa loi soit désignée par le système de conflit du for. Il est vrai que de ce point de vue, la méthode de l'application peut être aussi intéressante, cet élément n'étant alors pas décisif en faveur de la prise en considération.

L'intérêt de cette dernière approche se manifeste surtout lorsque la loi de police étrangère ne peut être appliquée alors pourtant qu'elle a un impact indéniable sur la situation.

Il en va ainsi par exemple lorsque la règle étrangère en cause est contraire à l'ordre public international du for. Le juge ne peut pas l'appliquer, mais pour autant son emprise effective ne disparaît pas ; cette donnée ne remet pas en cause le fait qu'elle constitue par exemple un cas de force majeure pour le débiteur d'une obligation contractuelle.

En recourant alors à la technique de la prise en considération le juge du for ne fait pas sien le contenu inadmissible de la règle étrangère. Mais il tire, malgré tout, des conséquences de droit des effets de fait d'une norme ayant une emprise sur le rapport en cause. L'application suppose au contraire que le juge adhère aux valeurs défendues par la loi de police étrangère

⁸⁵⁵ P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, thèse précitée, n°244, p.330.

et ne peut par conséquent donner satisfaction pour des règles contraires à son ordre public international.

680. Cette analyse peut être renforcée par la théorie des *data*, selon laquelle la consultation d'une loi étrangère est susceptible de constituer une nécessité, alors même qu'elle n'est pas appliquée.

Elle trouve ses racines dans les travaux de Brainerd Currie et Albert Ehrenzweig⁸⁵⁶. Une distinction fondamentale est faite par ces auteurs, entre les règles de décisions et les règles de conduite. Les premières permettent de définir les droits et devoirs des parties au litige. La recherche de celle qui sera applicable est le problème essentiel du conflit de lois.

Les secondes, au contraire, ne sont pas appliquées au sens plein du terme. Elles ne sont que consultées, à titre de *datum* ou de donnée locale pour le rapport de droit. Leur examen est nécessaire pour une bonne compréhension de la situation et sa résolution, en application d'une règle de droit autre.

Ainsi, par exemple, un juge appelé à se prononcer sur un accident de la circulation ayant eu lieu dans le pays A, va appliquer une loi donnée, du pays B, désignée par sa règle de conflit habituelle. Le conflit de lois est alors résolu. Mais en tout état de cause, il devra se référer à la réglementation routière du lieu de l'accident, donc du pays A, pour savoir si l'un des conducteurs est fautif, par exemple parce qu'il roulait à contre-sens au mépris de la réglementation locale, les conséquences de cette attitude et du constat effectué étant ensuite déduites des règles de décision applicables, relevant, par hypothèse dans notre cas, d'un autre ordre juridique.

La norme étrangère tierce, sans être désignée par la règle de conflit du for, exerce donc une influence sur le rapport de droit et il est nécessaire d'en tenir compte, pour une application satisfaisante de la *lex causae*. Il s'agit d'un *datum* incontournable.

681. Cette approche peut valoir également pour une loi de police tierce, qui exerce une influence indéniable sur le rapport de droit en cause, dont il faut tenir compte. Cela sera fait, non pas au moment de la désignation de la loi applicable, mais au stade de l'application matérielle de la loi désignée par la règle de conflit.

La théorie des *data* et la distinction essentielle entre règles de décision et règles de conduite peut donc justifier théoriquement la simple prise en considération des lois de police étrangères, fournir une argumentation de base. Il est vrai qu'elle a été avancée par Currie et Ehrenzweig à propos de raisonnements d'une plus grande ampleur, prônant une application très large de la *lex fori*, cette dernière ayant une vocation générale à régir tous les litiges de droit privé. Elle est alors principalement destinée à corriger les inconvénients d'une telle intervention massive, qui doit s'accompagner de références à des *data*, à certaines données locales étrangères, sous peine de rendre le système proposé impraticable.

Pour autant, la distinction opérée entre les deux types de règles peut être utilisée dans d'autres circonstances et ne doit pas être cantonnée à ces seules théories.

⁸⁵⁶ Currie, « On the Displacement of the Law of the Forum », 58 *Col. L. R.* 964, (1958) ; Ehrenzweig, « Local and Moral *Data* in the Conflict of Laws : *Terra Incognita* », 18 *Buffalo L. R.* 55, (1966) ; « Specific Principles of Private Transnational Law », *RCADI* 1968, t. 124, p.167, spéc. p.200 ; « Foreign Rules as "Sources of Law" » , *Legal Thought in the United States of America under Contemporary Pressures*, Bruxelles, 1970, p.71 et s.

Voir aussi E. Jayme, « Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen. Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie », *Gedächtnisschrift für Ehrenzweig*, Karlsruhe, Heidelberg, 1976, p.35 et s.

Les lois de police étrangères peuvent donc être, dans certaines circonstances, des règles de conduite, devant nécessairement être prises en considération, lors de l'application de la *lex causae*, sauf à nier la réalité des faits⁸⁵⁷.

682. En second lieu, la prise en considération permet également de ne pas remettre en cause la compétence de la *lex contractus* et donc évite de porter atteinte à la prévisibilité des solutions, élément essentiel en matière contractuelle, justifiant la règle de conflit largement partagée en droit comparé, permettant aux parties de choisir la loi applicable au contrat. Les données de départ ne sont ainsi pas bouleversées par l'application d'une règle imprévue. L'ensemble des règles de décision est issu d'une seule loi, désignée par la solution conflictuelle de principe. La cohérence de la loi d'autonomie est préservée, de même que l'équilibre contractuel⁸⁵⁸.

De plus, la règle de conduite étrangère est respectée, ou en tous cas, sa violation ne reste pas sans conséquences, même si la sanction effective dépend de la seule *lex contractus*. L'Etat étranger ayant édicté la norme, à ses yeux essentielle, trouve satisfaction, au moins dans une certaine mesure ; de plus, l'intérêt des parties n'est pas fondamentalement remis en cause, la loi qu'elles ont choisie restant seule applicable.

La prise en considération apparaît ainsi comme une excellente méthode de ce point de vue.

683. Pourtant, le tableau dressé paraît trop idyllique. Cette technique prête aussi le flan à certaines critiques négatives.

Ainsi, la prise en considération d'une loi de police étrangère entraînant l'illicéité du contrat peut entraîner des incohérences, mises en évidence notamment par M. Mayer. Selon lui, « *l'illicéité n'est pas un simple fait ; elle résulte de l'application d'une loi, ce qui suppose que celle-ci soit reconnue compétente. Et dès lors que cette compétence lui est reconnue, pourquoi ne lui confierait-on pas le soin d'indiquer elle-même la sanction, plutôt que d'emprunter celle-ci à la lex contractus ? Cela éviterait par exemple, d'annuler le contrat alors que la loi violée n'édicte pas cette sanction, et que la lex contractus, qui annule, n'a pas été violée* »⁸⁵⁹.

La méthode de la prise en considération apparaît donc comme pouvant être un complément intéressant sans pour autant exclure l'application au sens propre des lois de police étrangères, ces dernières fournissant alors la solution substantielle à la question posée et ne faisant pas qu'entrer dans le présupposé d'une autre règle de fond. Cette remarque est d'autant plus vraie si une vision globale de la question est adoptée, que l'on considère que les lois de police peuvent intervenir au-delà du seul domaine contractuel.

⁸⁵⁷ Sur l'intervention de la théorie des *data* dans ce cas-là, voir P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, thèse précitée, n°246 et s.

⁸⁵⁸ En ce sens, voir P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, thèse précitée, n°312.

⁸⁵⁹ P. Mayer, *Rép.Dalloz, Dr. Int, V° Lois de police*, n°44.

B-Les arguments généraux en faveur de l'application des lois de police étrangères.

684. Plusieurs arguments peuvent être avancés de façon générale, en faveur de la technique consistant à appliquer les lois de police étrangères.

685. Tout d'abord, il est possible de la concevoir comme une coopération, mais uniquement facultative, opportunité offerte à un Etat d'appliquer les solutions fondamentales d'un autre Etat, par exception à la règle de conflit classique et en aucun cas comme une obligation absolue. L'application des lois de police étrangères n'est ainsi pas imposée, mais dépend des seuls critères acceptés par l'ordre juridique auprès duquel la question se pose. Une souplesse évidente apparaît alors, rendant la théorie moins contraignante et plus attrayante. L'application, voire la prise en considération d'une loi de police permet d'aller dans le sens de la politique poursuivie par un Etat étranger, alors pourtant que ses normes ne sont pas désignées par la règle de conflit classique. Tout du moins, cela évite de heurter ouvertement ses objectifs, ce qui pourrait être le cas dans l'hypothèse d'un non-respect⁸⁶⁰.

Une telle façon de procéder peut paraître choquante, un Etat n'ayant pas à se mettre au service d'un autre, à permettre la satisfaction d'intérêts étatiques étrangers. Toutefois, il faut se rappeler que les lois de police ne poursuivent pas uniquement ces fins. Par exemple, certaines d'entre elles interviennent afin de protéger des personnes privées, telles les parties faibles à un contrat international, préoccupation largement partagée en droit international privé comparé⁸⁶¹.

De plus, selon M. Mayer, « *l'application de la loi de police étrangère ne constitue pas une coopération au sens strict du mot* ». En effet, cette dernière suppose selon lui « *la mise en mouvement d'un organe étatique, agissant dans le but, prépondérant sinon exclusif, de venir en aide à un Etat étranger* ». Cela n'est pas le cas du tribunal choisissant d'appliquer une loi de police étrangère et devant de toute manière trancher le litige qui lui est soumis⁸⁶².

686. Ensuite, l'intervention des lois de police tierces peut permettre d'aboutir à une harmonie internationale des solutions. Il s'agit d'un argument classique, avancé par bon nombre d'auteurs et ce dès l'origine de la théorie⁸⁶³. Le fait d'appliquer une telle norme, même lorsqu'elle n'est pas désignée par la règle de conflit classique, permet d'éviter que la solution du litige dépende du lieu de jugement.

Ignorer une loi de police étrangère uniquement parce qu'elle n'appartient ni à la *lex causae* ni à la *lex fori* n'est pas souhaitable car l'Etat l'ayant édictée fera tout pour faire respecter sa solution.

L'harmonie est d'autant plus souhaitable que cet Etat est forcément intéressé par l'issue du litige soumis au juge du for, en raison d'une proximité certaine avec le rapport de droit en

⁸⁶⁰ Sur ce point, voir P. Mayer, « Les lois de police étrangères », article précité, n°38, p.311.

⁸⁶¹ Voir *supra* n°58 et 67.

⁸⁶² P. Mayer, « Les lois de police étrangères », article précité, n°38, p.311-312.

⁸⁶³ Voir notamment Wengler, « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht », article précité, p.181 ; Neumayer, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », article précité, p.58. Depuis, voir notamment P. Mayer, « Les lois de police étrangères », article précité, n°45, p.320.

cause. Sans cela, l'intervention de sa règle serait de toute façon à écarter, en aval du raisonnement, car n'étant pas légitime. Un souci de réalisme se fait alors jour. Si l'ordre juridique français refusait de faire jouer une loi de police tierce, la décision française ne serait pas reconnue par l'Etat l'énonçant. Cela peut être gênant et entraîner une situation incohérente ou « boiteuse » pour les personnes impliquées. Par conséquent, si les principes défendus par la règle en cause sont raisonnables, il est concevable de l'appliquer.

687. Enfin, le for ne peut souffrir de l'intervention d'une loi de police tierce, en raison de la faculté d'appréciation dont il dispose. Ses autorités ont toujours une marge de manoeuvre face à une loi de police tierce, souhaitant s'appliquer à une situation précise. La seule mise en évidence de cette volonté n'entraîne pas nécessairement le jeu de la règle fondamentale étrangère ; en d'autres termes, il n'y a pas d'automatisme, le for n'est pas lié par ce constat et encore moins par la proclamation expresse ou implicite du législateur étranger.

Les intérêts étatiques impliqués, leur légitimité seront ainsi examinés par l'Etat envisageant l'application de la règle par dérogation au mécanisme conflictuel classique.

Il s'agit d'une des rares évolutions de la théorie depuis sa genèse⁸⁶⁴. Chez Wengler, par exemple, le simple fait de se trouver dans le champ d'application de la règle étrangère, lorsque celle-ci présente un lien étroit avec la situation, doit entraîner son application, la seule réserve prévue étant l'exception d'ordre public international du for.

Désormais, il n'est plus possible de considérer que l'ordre juridique tiers impose sa politique au for, ce dernier restant, en raison de l'introduction de ce facteur de souplesse, pleinement maître de la situation.

La liberté du for est donc considérable, la solution concrète dépendant uniquement de sa propre appréciation.

688. Cela implique également que si ses intérêts sont trop gravement compromis, si la loi de police tierce porte atteinte à l'une de ses politiques, ou à certains de ses principes fondamentaux, son application sera rejetée. Il n'y a pas d'intervention de l'exception d'ordre public international telle que nous l'avons vue jusque-là puisque cette dernière ne peut intervenir qu'à l'encontre de la loi étrangère normalement compétente, c'est-à-dire désignée par la règle de conflit classique. Or ici, la loi de police, par hypothèse même, n'appartient pas à la *lex causae*.

De plus, on ne se trouve pas au stade de l'application concrète de la loi de police mais à celui de l'applicabilité, le juge ou l'autorité compétente n'ayant pas encore pris de décision quant à l'intervention possible de cette norme. Le raisonnement se situe donc en amont de la décision sur le jeu de la norme et non en aval comme cela serait le cas avec l'exception d'ordre public international.

Il faut également préciser qu'en cas de conflit entre une loi de police du for et une loi de police étrangère, il est évident que la première l'emportera⁸⁶⁵.

Par conséquent, là encore, l'ordre juridique acceptant de faire intervenir une loi de police tierce ne voit pas ses intérêts menacés, ses solutions fondamentales étant nécessairement préservées. De plus, de façon plus positive, il peut trouver des avantages à recourir à une telle démarche.

⁸⁶⁴ Voir sur l'apparition de ce facteur : Zweigert, « Internationales Privatrecht und öffentliches Recht », article précité.

⁸⁶⁵ Sur ce point voir P. Mayer, « Les lois de police étrangères », article précité, n°57, p.329.

689. En effet, cela lui permet d'espérer une certaine réciprocité concernant ses propres lois de police, qui pourront ainsi jouer devant les tribunaux étrangers quand bien même sa loi ne serait pas désignée par la règle de conflit de principe.

Le for adopte une attitude en espérant qu'elle sera suivie à l'étranger, par les autres Etats ou au moins certains d'entre eux. Toutefois, il ne s'agit que d'une sorte d'incantation qui ne devrait pas pouvoir constituer en tant que telle un argument à part entière.

Mais puisque nous avons démontré que le for ne subissait aucun préjudice du fait de l'intervention d'une loi tierce, cet élément peut malgré tout être signalé. Non seulement le recours aux lois de police tierces ne présente pas d'aspect réellement négatif pour l'ordre juridique qui y consent, mais de plus, il peut également y avoir cet aspect positif, même s'il ne s'agit que d'une lointaine éventualité.

* * *

Conclusion du paragraphe :

690. Un régime juridique clair existe pour les lois de police étrangères et plus particulièrement pour les lois de police tierces, ces dernières présentant seules une réelle spécificité dans le contexte conflictuel français actuel.

Toutefois, un grief fondamental subsiste : l'imprévisibilité des solutions qu'une telle attitude peut entraîner. Un grand nombre de règles sont ainsi susceptibles d'intervenir dans des situations présentant des rattachements avec plusieurs pays. De plus, le résultat dépend uniquement de l'appréciation d'une autorité juridictionnelle ; tant que celle-ci ne s'est pas prononcée, il n'est pas possible de savoir exactement quelles sont les règles s'appliquant à un rapport juridique, étant donné les critères vagues intervenant dans la décision.

Il y a là un flou bien peu satisfaisant et contradictoire avec les exigences de prévisibilité justifiant notamment la faculté offerte aux parties de choisir la loi qui régira leur relation en matière contractuelle. Il s'agit d'une des raisons pour lesquelles la théorie a connu une consécration certes réelle mais malgré tout limitée en droit positif.

§ 2-Les lois de police étrangères en droit positif.

691. La jurisprudence a joué un rôle précurseur en la matière, énonçant les principes incontournables, se fondant sur la doctrine que nous venons d'exposer (A).

L'analyse a ensuite été reprise dans plusieurs textes nationaux ou internationaux qui restent toutefois encore assez peu nombreux (B).

A-La jurisprudence.

692. La jurisprudence est partagée à propos du sort à réserver aux lois de police tierces. A propos de l'application, il est possible de citer certaines décisions célèbres, au niveau international, mais se cantonnant à une simple proclamation de principes, sans franchir le pas de l'application effective. L'impression se dégageant est donc très mitigée, ce d'autant plus, qu'à l'opposé, certaines hypothèses jurisprudentielles se caractérisent par une franche hostilité à la dérogation aux principes classiques (1).

En revanche, la consécration de la possibilité de prise en considération d'une telle norme est indiscutable (2).

1) L'absence de cas d'application de lois de police tierces.

693. En s'intéressant tout d'abord à la jurisprudence étrangère, il faut citer, en premier lieu, certaines décisions rejetant expressément une telle approche, excluant ouvertement l'application d'une loi de police tierce.

Certaines illustrations peuvent être trouvées dans la jurisprudence anglaise ancienne, les juges refusant de faire jouer une loi de police contractuelle tierce invalidant les clauses-or⁸⁶⁶, ou repoussant l'application de la réglementation du contrôle des changes du pays de la résidence du débiteur à un contrat régi par le droit anglais⁸⁶⁷.

Toutefois, il faut nuancer la portée de telles décisions puisqu'elles sont antérieures à l'exposé doctrinal de la théorie des lois de police étrangères.

Plus significative est, en revanche, une décision allemande, émanant donc du pays de Wengler et Zweigert et postérieure à leurs premiers articles, considérant que le rattachement spécial d'une loi de police tierce n'est possible que s'il est prévu par une disposition expresse d'un traité entre l'Etat du for et l'Etat étranger, alors qu'était en cause

⁸⁶⁶ Court of Appeal, *R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft* [1937] A. C. 500.

⁸⁶⁷ Court of Appeal, *Kleinwort, Sons & Co. V. Ungarische Baumwolle Industrie Aktiengesellschaft* [1939] 2 KB 678 C.A.

la réglementation du contrôle des changes de l'Allemagne de l'Est en l'occurrence⁸⁶⁸. L'approche est très restrictive et ne laisse pas une grande place à l'application des lois de police étrangères. En tous cas, elle interdit une consécration spontanée ou jurisprudentielle.

694. En revanche, en second lieu, d'autres décisions étrangères paraissent plutôt favorables à l'application des lois de police étrangères et sont souvent citées de ce fait. Mais le stade de la seule prise de position théorique n'est jamais dépassé, les lois de police étrangères n'étant pas effectivement appliquées.

Cela est tout particulièrement vrai pour la jurisprudence néerlandaise, qui a joué un rôle essentiel dans ce domaine.

Il en va ainsi de l'arrêt *Alnati*, dans lequel la Cour de cassation néerlandaise a étudié l'application de règles impératives belges à un contrat de transport maritime. Selon l'attendu de principe, « *il peut arriver que, pour un Etat étranger, l'observation de certaines de ces règles, même en dehors de son territoire, revête une importance telle que le juge néerlandais doive en tenir compte et, dès lors, les appliquer de préférence au droit d'un autre Etat qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat* ».

Mais en l'espèce, selon la Cour, « *les règles belges ne revêtent pas un caractère tel que le juge néerlandais serait tenu, eu égard aux intérêts belges qui sont en cause relativement à l'application de ces règles, de leur donner la priorité sur le droit néerlandais choisi par les parties* »⁸⁶⁹.

La possibilité de recourir à une loi de police tierce et donc de déroger à la règle de conflit classique est expressément envisagée, ce qui vaut à cette décision d'être passée à la postérité, mais il n'y a pas d'effet concret en l'hypothèse.

Il n'y a pas d'application d'une loi de police tierce dans cette affaire, mais une simple proclamation de principes, la réflexion en restant au stade de l'éventualité.

L'arrêt *Sewrajsingh*, émanant de la même juridiction, est classiquement cité, suite à l'arrêt *Alnati*⁸⁷⁰. Un contrat de vente d'un immeuble situé aux Antilles néerlandaises était en cause, le vendeur y étant domicilié, alors que l'acheteur résidait au Surinam. La question de l'application de la loi de ce dernier Etat, relative au contrôle des changes, posait problème, alors que la loi normalement compétente était celle des Antilles néerlandaises.

Le Surinam prohibait l'acquisition à titre onéreux d'immeubles situés à l'étranger, sauf autorisation, non-obtenue en l'espèce. La Cour de justice des Antilles néerlandaises avait examiné la question de l'applicabilité de la loi tierce et avait estimé que l'intérêt du Surinam n'était pas suffisamment important pour justifier une dérogation à la solution conflictuelle classique. La réflexion et le résultat étaient donc les mêmes que dans l'affaire *Alnati*.

La Cour de cassation néerlandaise a quant à elle estimé que « *l'intérêt considérable qui, pour les Antilles néerlandaises, s'attache au libre-fonctionnement du commerce juridique relatif aux immeubles situés aux Antilles néerlandaises, ne permet pas d'admettre dans ce pays la nullité du contrat de vente prévue par la loi du Surinam* ».

La loi de police étrangère tierce est donc repoussée, alors pourtant qu'elle avait été violée. Toutefois, son application a été à nouveau envisagée, même si une réponse négative intervient derechef.

⁸⁶⁸ BGH 17 décembre 1959, *BGHZ* 31, 367.

⁸⁶⁹ Cour de cassation néerlandaise 13 mai 1966, *Rev. crit.* 1966, 522, n. A. V. M. Struycken ; *JDI* 1969, 1010 et 1978, 340, n. J.-C. Schultsz.

⁸⁷⁰ Cour de cassation néerlandaise 12 janvier 1979, *Sewrajsingh*, *Rev. crit.* 1980, 68, n. van Rooij.

La jurisprudence néerlandaise n'a donc jamais franchi le cap⁸⁷¹. Des principes ont été affirmés, sans faire l'objet d'une application effective, sans avoir un impact réel sur la solution du litige. Or, ce sont les décisions les plus célèbres et les plus souvent citées pour cette question. Ce qui signifie que la prudence reste de mise chez les juges, lorsqu'est en cause une loi de police tierce⁸⁷².

695. Il semble qu'en fait, seule la jurisprudence américaine offre des exemples concrets d'application de telles règles⁸⁷³.

Mais une telle affirmation doit être nuancée, car comme nous l'avons vu précédemment, l'analyse des intérêts étatiques prévaut aux Etats-Unis ; il n'y a pas de recours au concept de loi de police en tant que tel. Les deux méthodes sont très proches, la première englobant la seconde.

Par conséquent, ce que nous pourrions considérer comme l'application d'une loi de police tierce n'a, dans ce contexte, ni la même signification, ni la même portée que dans les systèmes européens, tout simplement car il s'agit alors de la mise en œuvre de la règle de conflit ou du raisonnement habituel.

Pour s'en convaincre, il suffit de citer l'article 187 du Restatement qui énonce le principe général de validité du choix de la loi par les parties en matière contractuelle, mais considère qu'il peut être écarté si : « *application of the law of the chosen state would be contrary to a fundamental policy of a state which has a materially greater interest than the chosen state in the determination of the particular issue and which, under the rule of § 188, would be the state of the applicable law in the absence of an effective choice of law by the parties* ».

Cela ressemble à une possibilité de faire intervenir une loi de police étrangère, lorsqu'elle n'appartient pas au droit désigné par la règle de conflit de principe. La volonté d'application des lois étrangères intervient dans le raisonnement. Mais il ne s'agit que de la concrétisation d'un des principes directeurs, valables de façon générale, énoncé par le paragraphe 6 du Restatement. En d'autres termes, il n'y a pas deux logiques différentes comme dans nos systèmes, ce qui amène à nuancer l'importance des solutions américaines.

696. Au sein de la jurisprudence française, il est possible de citer, en premier lieu, certaines décisions appliquant les lois de police étrangères appartenant à la *lex causae*⁸⁷⁴. Mais il ne s'agit là que du raisonnement de principe, les lois de police étrangères n'étant pas appliquées en raison de cette qualification.

⁸⁷¹ Voir encore, envisageant l'application d'une loi de police tierce mais la rejetant faute de liens suffisants entre le contrat en cause et le pays dont émane la norme : Tribunal d'arrondissement de La Haye 17 septembre 1982, *Rev. crit.* 1983, 473 et B. Audit, « Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit.* 1983, 401 et s.

Sur la jurisprudence néerlandaise sur ce point, voir J.-C. Schultsz, « Les lois de police étrangères », *TCFDIP* 1982-1983, p.39 et « Dutch Antecedents and Precedents for Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980 », *RabelsZ* 1983, 267.

⁸⁷² Pour une illustration plus récente dans la jurisprudence belge, voir Comm. Mons 2 novembre 2000, *JT* 2001, n°6016, p.532, n. M. Fallon.

⁸⁷³ Pour des exemples voir E. Jayme, « Zur Anwendung ausländischer Verbotsgesetze durch den Supreme Court von Kalifornien », *IPRax* 1986, 46 et s. et P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, thèse précitée, n°316, p.352-354.

⁸⁷⁴ Civ. 1^{ère} 17 décembre 1972, *Audouze*, *Rev. crit.* 1973, 520, n. Batiffol ; Civ. 1^{ère} 17 décembre 1972, *Cassan*, *JDI* 1973, 716, n. Oppetit ; Civ. 1^{ère} 6 février 1973, *JDI* 1975, 66, 1^{ère} espèce, n. B. Audit ; TGI Paris 8 mars 1985, *D.* 1985, IR 500, 1^{ère} espèce, n. B. Audit ; Civ. 1^{ère} 25 octobre 1989, *Rev. crit.* 1990, 732, n. P. Courbe ; *JDI* 1992, 113, n. C. Ferry.

En ce qui concerne les lois de police tierces, il n'y a pas d'hypothèse réellement significative.

Toutefois, certains auteurs considèrent que « *le principe de l'applicabilité des lois de police étrangères a été admis par certaines décisions judiciaires, même si leur application effective reste rare* »⁸⁷⁵.

Une telle affirmation nous paraît audacieuse. Il suffit pour s'en convaincre de s'intéresser à l'un des arrêts classiquement cité et considéré comme appliquant une loi de police tierce. Il s'agit d'une décision de la Cour d'appel de Paris du 15 mai 1975 ayant annulé la vente par un Français à l'Etat français d'un immeuble situé au Vietnam⁸⁷⁶. La raison était le défaut d'autorisation administrative, exigée par une ordonnance vietnamienne. Or, selon la Cour, cette dernière était « *une loi d'ordre public s'imposant aux cocontractants comme loi de police du contrat, et à laquelle ne pouvait être opposée la loi d'autonomie des parties* ». Mais cet arrêt ne paraît pas très significatif. En effet, sa motivation est trop confuse pour pouvoir en tirer des conclusions intéressantes. Ainsi, il est impossible de savoir si la norme vietnamienne a été appliquée à titre de loi de police ou en tant qu'élément de la loi vietnamienne, *lex causae* en tant que loi du lieu de situation de l'immeuble ou en tant que loi d'autonomie.

De plus, cette décision, même si on la considère comme consacrant la possibilité d'appliquer une loi de police tierce est contre-balançée par une autre, rendue par la même juridiction quelques années plus tard et rejetant clairement l'intervention d'une loi de police tierce⁸⁷⁷.

Etait en cause un contrat de vente de conserves de coeurs de palmiers entre une entreprise brésilienne, exportatrice et une entreprise française, importatrice. Les parties n'avaient pas expressément choisi le droit régissant leur contrat. La Cour a estimé que le droit français devait être appliqué. Toutefois, une des clauses du contrat était contraire à la réglementation brésilienne du contrôle des changes, dont se prévalait le vendeur. La question de son intervention à titre de loi de police tierce se posait donc aux juges parisiens. Ces derniers ont refusé de la faire jouer, car selon eux, même connue du cocontractant français, elle ne s'imposait pas à lui, dans un contrat soumis à la loi française. Le rejet est donc particulièrement net, puisque selon le Cour de Paris, dès lors que la loi de police n'appartient pas à la *lex causae*, elle n'a à être ni respectée par les parties ni appliquée par le juge français.

Il n'y a finalement qu'en matière de contrat de travail que des lois de police étrangères ont été effectivement appliquées⁸⁷⁸. Mais il s'agissait uniquement de rectifier une règle de conflit inadaptée. L'approche était générale et dénonçait l'inadéquation d'une solution conflictuelle en toute hypothèse. Ces décisions ne constituaient pas des hypothèses particulières, consacrant la possibilité, dans des cas précis, de faire intervenir, de façon exceptionnelle, une loi de police tierce.

697. Cela ne correspond pas à ce que nous cherchons. Le bilan apparaît donc comme étant le suivant : les lois de police étrangères, lorsqu'elles relèvent de la *lex causae* sont effectivement appliquées ; en revanche, aucune décision significative ne peut être trouvée

⁸⁷⁵ Batiffol et Lagarde, n°254, p.430.

⁸⁷⁶ Paris 15 mai 1975, *Rev. crit.* 1976, 690, n. Batiffol.

⁸⁷⁷ Paris 13 juillet 1982, *JDI* 1983, 383, n. Ph. Kahn.

⁸⁷⁸ Voir *supra* n°552 et s.

concernant l'application d'une loi de police tierce⁸⁷⁹. Ce dernier constat vaut bien sûr pour le droit international privé français, mais est valable également d'une manière plus générale. Il n'y a pas de décision recourant effectivement à l'application, de manière dérogatoire, d'une telle norme.

Le contraste avec la prise en considération est saisissant, car cette dernière a, au contraire, fait l'objet d'une consécration non-équivoque, dans de nombreux Etats.

2) La consécration de la prise en considération des lois de police tierces.

698. La prise en considération a été consacrée par la jurisprudence française, à l'occasion d'affaires intervenant suite à l'indépendance algérienne. La Cour de cassation a en effet permis à des locataires d'immeubles expropriés en Algérie de déduire du loyer dû au propriétaire spolié, les sommes déjà payées à l'Etat ayant nationalisé⁸⁸⁰.

Les lois algériennes d'expropriation constituent, dans ces hypothèses, un *datum* à prendre en considération, ce qu'ont fait les juges français, sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil français, relatif à la bonne foi contractuelle. Les normes étrangères n'ont donc pas été appliquées, mais leur existence a, malgré tout, influencé la solution, sans pour autant qu'elles remettent en cause la compétence de la *lex causae*⁸⁸¹.

Plus récemment, selon la Chambre sociale de la Cour de cassation, le licenciement d'un salarié ne peut intervenir que si son reclassement n'est pas possible. Or, les solutions de reclassement doivent être recherchées dans toutes les entreprises du groupe, y compris celles se trouvant à l'étranger. Seul est réservé le cas où la législation locale étrangère empêche l'emploi de salariés étrangers⁸⁸². La Cour d'appel de Paris a tenu le même raisonnement mais en qualifiant la législation étrangère de loi de police. Ces dernières sont ainsi prises en considération. En effet, si de telles règles étrangères existent, les conséquences de l'obstacle qu'elles instaurent seront tirées de la loi régissant le licenciement économique⁸⁸³.

699. Cette approche a également fait l'objet de consécration en droit comparé.

700. Ainsi, la jurisprudence allemande a recouru à de nombreuses reprises à cette technique. Cela a notamment été le cas dans un arrêt du Bundesgerichtshof du 20 novembre 1990⁸⁸⁴.

Cette affaire concernait le transport maritime d'une cargaison d'acier, d'origine sud-africaine, qui devait être livrée à un acheteur thaïlandais, pays interdisant alors le commerce avec l'Afrique du sud. L'affréteur-vendeur avait frauduleusement indiqué Hambourg comme port de chargement, afin de déjouer les règles thaïlandaises. Or, la fraude a été

⁸⁷⁹ Voir également le constat dressé par P. Courbe in « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *Etudes offertes à Barthélemy Mercadal*, Ed. Francis Lefebvre, 2002, p.99, spéc. p.111.

⁸⁸⁰ Civ. 3^{ème} 26 février 1970, *B. III*, n°144 ; Civ. 1^{ère} 8 décembre 1970, *B. I*, n°323 ; Civ. 3^{ème} 14 février 1973, *JCP* 1973, IV, 124 ; Civ. 3^{ème} 14 décembre 1977, *B. III*, n°447.

⁸⁸¹ Sur l'ensemble de la question, voir P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, thèse précitée, n°242 et s.

⁸⁸² Soc. 27 avril 2000, *JDI* 2001, 523, 1^{ère} espèce, n. S. Dion.

⁸⁸³ Paris, 26 avril 2000, *JDI* 2001, 523, 2^{ème} espèce, n. S. Dion.

⁸⁸⁴ BGH 20 novembre 1990, *NJW* 1991, 634 ; *JZ* 1991, 719 et les observations de A. Junker, p.699.

découverte par les autorités thaïlandaises, l'acier étant confisqué. L'acheteur thaïlandais a fait saisir le navire, en garantie de sa créance de dommages et intérêts, pour inexécution du contrat de vente. Le propriétaire du navire, subissant de ce fait un préjudice, a alors réclamé réparation à l'affréteur devant les juridictions allemandes.

Les juges allemands ont estimé que la violation de l'embargo thaïlandais pouvait constituer une faute au regard du droit allemand, *lex causae* en l'occurrence, encore fallait-il qu'il y ait réellement faute dans les relations entre le demandeur et le défendeur en réparation.

Dans un arrêt du 20 octobre 1992, le Bundesgerichtshof était confronté aux mêmes agissements frauduleux⁸⁸⁵. La responsabilité de l'affréteur du navire, vendeur de la cargaison d'acier, à l'égard de l'acquéreur thaïlandais était en cause. Alors que le contrat n'était pas régi par la loi thaïlandaise, les juges allemands ont considéré que la violation de l'embargo thaïlandais était une faute en vertu de la *lex contractus*, lorsque son auteur, faisant preuve d'une indifférence critiquable envers les intérêts de son cocontractant, exposait ceux-ci, sciemment, à des risques injustifiés.

Dans les deux cas, les lois de police thaïlandaises n'ont pas été appliquées, leur légitimité n'étant notamment pas appréciée. Mais les juges allemands ont considéré qu'il fallait les prendre en compte dans le jugement du litige, tout en appliquant exclusivement la *lex causae*, dont la compétence n'était pas remise en cause par le jeu de ces dispositions tierces. D'autres décisions allemandes allant dans le même sens peuvent encore être citées⁸⁸⁶.

701. La jurisprudence anglaise fournit également des exemples significatifs de prise en considération de lois de police tierces. Il en va ainsi de la célèbre affaire *Reggazoni* concernant un embargo indien sur des produits à destination de l'Afrique du sud, toujours citée et sur laquelle il n'est nul besoin de s'étendre, eu égard à sa notoriété⁸⁸⁷.

Mais des exemples antérieurs, moins connus, peuvent également être avancés, notamment l'affaire *Ralli*. En l'occurrence, un navire, dont une société espagnole était propriétaire avait été affrété en 1918 par des marchands anglais, la firme *Ralli Brothers*, pour transporter une cargaison de jute de Calcutta à Barcelone. Le navire était arrivé en Espagne, où un décret royal était entré en vigueur, fixant à 875 pesetas par tonne le prix maximal qui pouvait être payé pour le transport de jute des Indes en Espagne. Tout paiement excédant ce maximum était illégal et pénalement sanctionné. Or, le prix convenu entre *Ralli Brothers* et le propriétaire du navire était supérieur au maximum légal, la firme anglaise refusant alors de payer le montant initialement prévu.

La question qui se posait aux juridictions anglaises était donc de savoir si en agissant de la sorte, en ne payant pas le fret stipulé dans le contrat soumis au droit anglais, *Ralli Brothers* avait engagé sa responsabilité contractuelle.

⁸⁸⁵ BGH 20 octobre 1992, *NJW* 1993, 194 ; *RIW* 1993, 146.

⁸⁸⁶ BGH 24 mai 1962, *NJW* 1962, 1436 ; *BGHZ* 34, 169 ; BGH 22 juin 1972, *BGHZ* 59, 82 ; BGH 8 février 1984, *IPRax* 1986, 154 ; *NJW* 1984, 1746 ; *RabelsZ* 1989, 146, n. H. Baum ; BGH 8 mai 1985, *BGHZ* 94, 268.

⁸⁸⁷ *Regazzoni v. Sethia*, Queen's Bench Division 19 décembre 1955 (1944) Ltd-[1956], 2 *QB* 490 ; Court of Appeal 26 avril 1956 (1944) Ltd-[1956], 2 *QB* 505 ; Chambre des Lords 21 octobre 1957 (1944) Ltd-[1958], *AC* 301 ; *JDI* 1961, 1140.

A cet égard, la réponse de Lord Justice Scrutton, de la Court of Appeal, est intéressante⁸⁸⁸. Il a en effet estimé que la licéité d'un contrat devait être appréciée non seulement au regard de la loi d'autonomie, mais encore et cumulativement au regard de la loi du lieu d'exécution. La libération du débiteur se justifie ainsi par le respect dû à la souveraineté étrangère.

Dans une telle hypothèse, la *lex loci solutionis* est un simple *datum*, qui intervient dans l'appréciation de l'existence de l'illégalité, mais elle n'intervient pas pour en tirer les conséquences. Ces dernières ne dépendent que de la *lex contractus*.

En l'occurrence, dans l'affaire Ralli, le juge anglais applique au contrat la loi anglaise, l'une de ses règles libérant le débiteur qui invoque l'illégalité de l'exécution du contrat au regard de la loi de l'Etat sur le territoire duquel l'exécution a lieu. La règle espagnole est donc prise en considération lors de l'application de la *lex contractus* anglaise.

D'autres décisions anglaises célèbres peuvent encore être citées en ce sens, admettant la prise en considération de lois de police tierces⁸⁸⁹.

702. Cette technique particulière fait donc indéniablement partie du droit positif. Il s'agit d'un mode d'appréhension possible des lois de police tierces, comme en témoigne une jurisprudence finalement abondante. Le contraste avec la méthode de l'application est à cet égard frappant, puisqu'aucune décision ne consacre expressément cette dernière méthode.

703. Il est d'ailleurs remarquable que la jurisprudence arbitrale soit, sur ces différents points, concordante. Pour l'arbitre, la distinction entre lois de police du for et lois de police étrangères n'existe pas puisque, par hypothèse, il n'a pas de for. Par conséquent, il est possible d'affirmer que toutes les lois de police sont étrangères pour lui⁸⁹⁰.

Une distinction peut toutefois être faite, intéressante pour nous, car elle est commune à l'arbitre et au juge étatique, entre les lois de police de la *lex causae* et les lois de police tierces.

Les premières sont appliquées par les arbitres, mais leur qualité n'est alors pas en cause. Le constat est donc le même que pour les juges étatiques. Plusieurs sentences peuvent être citées en ce sens⁸⁹¹.

Pour les secondes, l'impression est plus mitigée. A nouveau, la prise en considération semble admise. Les effets engendrés par une loi de police tierce sont constatés, mais les conséquences sont appréciées selon la *lex contractus*⁸⁹².

⁸⁸⁸ *Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar* [1920], 2 KB 287.

⁸⁸⁹ Voir ainsi en particulier *Foster v. Driscoll* [1929], 1 KB 470 C.A. pour un contrat ayant pour objet l'introduction aux Etats-Unis d'alcool lors de la prohibition.

⁸⁹⁰ Sur la question des lois de police et de l'arbitrage, voir C. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 10, 2001.

⁸⁹¹ Voir par exemple : CCI n°1397 (1966), *JDI* 1974, 878, n. Y. Derains ; CCI n°2730 (1982), *JDI* 1984, 914, obs. Y. Derains ; CCI n°2811 (1978), *JDI* 1979, 983 ; CCI n°2930 (1982), *YCA* 1985, p.105 ; CCI n°6142 (1990), *JDI* 1990, 1039, obs. Y. Derains.

⁸⁹² Voir notamment : CCI n°1782 (1973), *JDI* 1975, 923, obs. Y. Derains ; CCI n°2216 (1974), *JDI* 1975, 917, obs. Y. Derains ; CCI n°2478 (1974), *JDI* 1975, 925, obs. Y. Derains ; CCI n°5622 (1988), *Rev. arb.* 1993, 327 ; sentence rendue sous l'égide de la Chambre d'arbitrage national et international de Milan 20 juillet 1992, *YCA* 1993, 80 ; CCI n°7532 (1995), *JDI* 1996, 1030, obs. Y. Derains.

L'application proprement dite de lois de police tierces pose plus de difficultés. Certaines sentences y sont apparemment favorables⁸⁹³. Mais dans tous ces cas, la *lex contractus* n'avait pas été choisie par les parties et il appartenait à l'arbitre de la déterminer. En imposant l'application d'une loi de police, il ne va donc pas à l'encontre de la volonté des parties. Il ne fait qu'exercer son pouvoir de détermination de la loi applicable. Ces sentences ne sont par conséquent pas, de ce fait, très significatives.

En cas de choix de loi par les parties, plusieurs sentences proclament des principes relatifs à l'application de lois de police tierces mais n'y procèdent pas effectivement. Elles se situent ainsi dans la lignée de la jurisprudence Alnati. Certaines abordent la question de l'application mais repoussent aussitôt cette possibilité, notamment en raison de l'absence de liens sérieux avec la situation⁸⁹⁴.

De plus, dans les rares cas dans lesquels l'application des lois de police étrangères est effective, il est remarquable que la solution au fond ne s'en trouve pas affectée. Elle aurait été la même en vertu de la *lex contractus*, les arbitres ne faisant que conforter leur raisonnement⁸⁹⁵.

Aussi, un constat est fait par certains auteurs : il n'existe aucun exemple de sentence dans laquelle les arbitres ont justifié par l'intervention d'une loi de police une solution contraire à celle de la loi choisie par les parties⁸⁹⁶.

Certaines sentences sont même hostiles dans leur formulation à une telle éventualité⁸⁹⁷.

704. La tendance étatique est donc confirmée. L'application de lois de police tierces n'a pas été consacrée par la pratique arbitrale.

⁸⁹³ Voir par exemple : CCI n°1859 (1973), extraits cités par Y. Derains, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973, 122, spéc. p.133-134, estimant que l'importateur était obligé de respecter les lois de police des pays d'importation ; CCI n°2136 (1974), citée par Y. Derains, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, 375, spéc. p.408-409, imposant l'application des lois de police du pays d'exécution du contrat ; CCI n°4132 (1983), *YCA* 1985, 49 imposant l'application de lois de police coréennes puis en déduisant l'application de la loi coréenne dans son ensemble ; CCI n°6500 (1992), *JDI* 1992, 1015, obs. J.-J. Arnaldez à propos d'une loi de police libanaise.

⁸⁹⁴ CCI n°1512 (1971), *JDI* 1974, 904, obs. Y. Derains à propos de décrets pakistanais alors que la loi indienne était la *lex contractus* ; Tribunal Royal Dutch Grain and Feed Trade Association, *YCA* 1982, 161 ; Tribunal arbitral de l'Amsterdam Grain Trade Association statuant en appel, *YCA* 1983, 158 ; CCI n°6294 (1991), *JDI* 1991, 1050, obs. J.-J. Arnaldez ; CCI n°6320 (1992), *JDI* 1995, 986, obs. D. Hascher, *YCA* 1995, 62 ; CCI n°6503 (1990), *JDI* 1995, 1022, obs. Y. Derains ; CCI n°6773 (1992), *Bull. CCI*, mai 1995, 66 ; CCI n°9333 (1998), *Bull. CCI*, 2^{ème} semestre 1999, p.105, *JDI* 2002, 1093, obs. S. Jarvin. Voir aussi de manière plus confuse, CCI n°8385 (1995), *JDI* 1997, 1061, obs. Y. Derains.

⁸⁹⁵ CCI n°1704 (1977), *JDI* 1978, 977, obs. Y. Derains ; CCI n°8626 (1996), *JDI* 1999, 1073, obs. J.-J. Arnaldez.

⁸⁹⁶ E. Gaillard, *Jcl Dr. Int.*, Fasc. 586-9-1, « Sentence arbitrale. Droit applicable au fond du litige », n°107 ; Y. Derains, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », article précité, spéc. p.401-407 ; J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préf. Ph. Fouchard, Paris, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 309, 1999, n°624, p.349. Voir également plaidant pour l'application des lois de police tierces mais constatant l'absence d'hypothèse significative : P. Mayer, « L'arbitre et la loi », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p.225, spéc. p.239 et s.

Contra : J.-J. Arnaldez, obs. sous CCI n°8626, (précitée), p.1079 qui cite la sentence CCI n°6294 (1991), *JDI* 1991, 1050, qui envisage certes l'application de lois de police tierces mais qui la repousse dans le cas concret.

⁸⁹⁷ Voir ainsi la sentence Reynolds, maintenue par la Cour d'appel de Paris 27 octobre 1994, *Rev. arb.* 1994, 709 ; sentence rendue sous l'égide de l'association allemande du café 19 mars 1987, *YCA* 1994, 44 ; CCI n°6379 (1990), *YCA* 1992, 212 ; *Rev. dr. com. Belge* 1993, 1146 ; CCI n°7047 (1994), *Bull. ASA* 1995, 301, maintenue par TF Suisse 30 décembre 1994, *Bull. ASA* 1995, 217.

Pourtant, cette notion d'application fait bien partie du droit positif, certains textes la prévoyant, la jurisprudence néerlandaise que nous avons vue précédemment ayant été à cet égard un élément déclencheur.

B-Les textes.

705. Les textes apparaissent, en raison des conclusions auxquelles nous sommes parvenus auparavant, comme le seul îlot de droit positif concernant l'application des lois de police étrangère tierces.

Cette méthode est envisagée par des textes internationaux (1), mais également par certaines lois nationales de droit international privé (2).

1) Les conventions internationales.

706. Chronologiquement, il faut tout d'abord s'intéresser aux accords de Bretton Woods, destinés à consacrer une coopération monétaire internationale. A cette fin, le non-recours aux restrictions sur les paiements courants est prévu, sauf autorisation du Fonds monétaire international.

L'efficacité internationale des restrictions restant licites est également assurée, par l'article VIII section 2 b) des statuts du FMI, selon lequel :

« Les contrats de change qui impliquent la monnaie d'un Etat-membre et qui sont contraires aux réglementations de change dudit Etat-membre, appliquées ou établies conformément aux termes du présent Accord, ne seront pas exécutoires sur les territoires des autres Etats-membres. En outre, les Etats-membres peuvent, par accord mutuel, prendre en commun des mesures ayant pour but de rendre plus efficaces les réglementations de change de l'un et l'autre membres, à condition que ces mesures et réglementations soient compatibles avec le présent accord »⁸⁹⁸.

Ainsi, ces dispositions permettent de donner effet à des normes prohibitives étrangères ne faisant pas partie de la *lex contractus*. Elles peuvent être considérées comme des lois de police puisqu'elles concernent l'organisation étatique et présentent en tant que tel un caractère fondamental pour l'ordre juridique dont elles émanent. Leur respect ne doit pas dépendre de la seule volonté des parties à un contrat. Mais encore une fois, il semble que l'on se trouve en présence d'un cas de prise en considération et non d'application des normes tierces. En effet, la sanction de la transgression de ces dernières, le caractère non-

⁸⁹⁸ Sur cette disposition, voir F. Gianviti, « Réflexions sur l'article VIII section 2 b) des Statuts du Fonds monétaire international », *Rev. crit.* 1973, 471 et s. et 629 et s.

exécutoire des contrats, est prévue par le texte lui-même. Elle n'est empruntée ni au droit de l'Etat étranger en cause, ce qui exclut la technique de l'application, ni à la *lex contractus*⁸⁹⁹. Mais il s'agit malgré tout pour nous d'un élément intéressant, une loi de police tierce intervenant dans le raisonnement, par le jeu de la technique de la prise en considération.

707. La solution de l'application est en revanche consacrée par plusieurs Conventions de La Haye.

La première d'entre elles est celle du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation⁹⁰⁰.

Selon son article 16 :

« Lors de l'application de la présente Convention, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout Etat avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet Etat, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par ses règles de conflit ».

Certes, le texte utilise les termes « donner effet » mais il ne fait aucun doute que la technique de l'application est visée⁹⁰¹. Cela se vérifie par le fait qu'un « lien effectif » entre la situation et l'Etat dont émane la norme en cause est exigé, ce qui est superflu pour la simple prise en considération.

Il est intéressant de constater que cet article met sur un pied d'égalité les lois de police du for et les lois de police étrangères en les traitant simultanément. De plus, l'application des dispositions impératives reste purement facultative comme l'indique la rédaction même du texte. Elle est à la discrétion du juge.

Un article relatif à l'application des lois de police tierces figure également dans la Convention du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance⁹⁰². Son article 16 prévoit que :

« La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l'application s'impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois.

A titre exceptionnel, il peut être également donné effet aux règles de même nature d'un autre Etat qui présente avec l'objet du litige un lien suffisamment étroit.

Tout Etat pourra déclarer, par une réserve, qu'il n'appliquera pas la disposition du deuxième alinéa du présent article ».

Le premier alinéa a trait aux lois de police du for et ne présente pas d'intérêt pour nous à ce stade du raisonnement.

⁸⁹⁹ En ce sens, voir F. Gianviti, « Réflexions sur l'article VIII section 2 b) des Statuts du Fonds monétaire international », précité, spéc. p.480 et s.

⁹⁰⁰ Texte à la *Rev. crit.* 1977, 639.

⁹⁰¹ En ce sens voir P. Lagarde, « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation », *Rev. crit.* 1978, 31, spéc. p.39 et 42.

⁹⁰² Texte à la *Rev. crit.* 1984, 770 ; *JDI* 1987, 65.

Le deuxième alinéa est lui consacré aux lois de police tierces. La solution de 1978 est reprise mais la rédaction elle-même témoigne d'une certaine prudence voire d'une hostilité à l'égard de la possibilité de faire intervenir des lois de police étrangères. En effet, il est précisé qu'une telle solution ne peut intervenir qu'à « titre exceptionnel », précision ne figurant pas dans le texte de 1978.

De plus, la faculté pour les Etats d'émettre une réserve est prévue par le troisième alinéa, en raison de la discussion particulièrement intense ayant précédé l'adoption de cet article. Sans elle, il est probable qu'une telle disposition aurait été rejetée⁹⁰³. Cela montre qu'une telle approche est loin de faire l'unanimité.

Ce constat est d'ailleurs confirmé par l'absence de disposition relative aux lois de police étrangères dans la Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises. Seule l'intervention des lois de police du for a été expressément prévue (article 17 : La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for qui s'imposent quelle que soit la loi applicable au contrat).

Lors de la discussion relative aux lois de police étrangères, il a été mis en évidence qu'une telle disposition laissait une trop grande latitude au juge, notamment quant à l'appréciation du lien étroit et surtout que dans certains cas, les lois de police tierces pouvaient être traitées comme des « *éléments de fait* », leur prise en considération étant alors suffisante et ne nécessitant pas de règle expresse⁹⁰⁴.

Toutefois, le silence de la Convention n'est pas considéré comme une interdiction d'appliquer les lois de police étrangères, puisque rien n'a été dit ou voté en ce sens⁹⁰⁵.

Par conséquent, la possibilité d'appliquer des lois de police étrangères a été admise par certaines Conventions de La Haye, mais de manière peu convaincante. La consécration n'est pas éclatante. Elle résulte plutôt d'une autre convention internationale, la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

708. L'article 7 de ce texte dispose que :

« 1. Lors de l'application, en vertu de la présente Convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions

⁹⁰³ Sur ce point, voir E. Gaillard et D. T. Trautman, « La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », *Rev. crit.* 1986, 1, spéc. p.19-20.

⁹⁰⁴ Voir M. Pélichet, « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », *RCADI* 1987, t. 201, p.9, spéc. p.190.

⁹⁰⁵ En ce sens, voir D. Cohen et B. Ughetto, « La nouvelle Convention de La Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises », *D.* 1986, chr. p.149 ; P. Lagarde, « La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises », *RIDC*, n°spécial, Journées de la Société de législation comparée, Année 1985, 327, spéc. p.339-340 ; M. Pélichet, « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », *RCADI* 1987, t. 201, p.9, spéc. p.191. *Contra* : V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises, Droit uniforme*, LGDJ, Paris, 2000, n°48, p.47-48.

Voir également Y. Loussouarn selon lequel la prise en considération est seule possible, lorsque les lois de police étrangères sont invoquées « comme des éléments de fait constitutifs de la force majeure », *in* « La Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises », *Rev. crit.* 1986, 271, spéc. p.296.

impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application.

2. Les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

Ce texte se situe dans la droite ligne de la jurisprudence Alnati, la finalité étant la même⁹⁰⁶. Toutefois, certaines différences peuvent être relevées. Selon cet article, la possibilité d'appliquer une loi de police existe que la loi régissant normalement le contrat ait été choisie par les parties ou qu'elle résulte d'une détermination objective. Au contraire, la jurisprudence néerlandaise semblait ne devoir jouer qu'en cas de choix effectif des parties. Par conséquent, une telle méthode n'est plus envisagée uniquement comme un correctif de l'autonomie de la volonté.

Il faut également remarquer que l'article 7 de la Convention n'offre jamais qu'une faculté d'application de la loi de police étrangère au juge. Celui-ci n'est pas tenu de franchir le pas, même si toutes les conditions sont remplies, comme en témoigne l'utilisation du verbe « *pouvoir* », alors que dans la règle Alnati l'application semblait obligatoire, le verbe « *devoir* » étant utilisé. La souplesse est donc plus grande désormais.

Précisons enfin que la technique de l'application est en cause, il ne s'agit pas d'une simple prise en considération des lois de police étrangères, contrairement à ce que pourrait faire penser l'intitulé de l'article, selon lequel, « *il pourra être donné effet aux dispositions impératives ...* ». Le texte lui-même traite plus loin des conséquences de l'application ou de la non-application de ces règles, le rapport s'intéressant également à cette technique particulière⁹⁰⁷. De plus, le jeu de ces normes est subordonné à des conditions précises, caractéristiques de l'application, qui n'ont pas lieu d'être pour la simple prise en considération⁹⁰⁸.

709. L'importance de ce texte paraît tout à fait considérable et il s'agirait donc d'un cas éclatant de consécration de la possibilité d'appliquer des lois de police tierces.

En effet, au niveau matériel, le champ d'application de la Convention est très large et concerne, en principe, toutes les obligations contractuelles. Au niveau spatial ensuite, de nombreux Etats sont concernés, même si l'on reste cantonné à l'Europe. Au niveau symbolique enfin, il s'agit d'une Convention marquante, ses solutions se substituant à celles pratiquées jusque-là par les différents Etats et devenant leur droit commun.

710. Toutefois, certaines nuances doivent être immédiatement apportées. En premier lieu, le texte est rédigé d'une manière très prudente et ne prévoit, comme nous l'avons vu qu'une simple faculté d'application pour le juge du for. Il ne paraît donc pas très contraignant.

En second lieu, une possibilité de réserve est expressément prévue pour l'article 7 § 1, par l'article 22 de la Convention. Or, certains Etats ont fait usage de cette faculté : le Luxembourg, l'Allemagne et la Grande-Bretagne.

⁹⁰⁶ Voir en ce sens M. Giulano et P. Lagarde, « Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.O.C.E.* n°C 282 du 31 octobre 1980, p.1, spéc. p.26.

⁹⁰⁷ Voir rapport Giulano-Lagarde, précité, p.27.

⁹⁰⁸ En ce sens voir P. Mayer, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Lois de police*, n°43.

Il a en effet été considéré que cet article était un facteur d'insécurité juridique pour les parties, énonçant une règle imprécise, car reposant sur des notions floues tel que le lien étroit. En tant que tel, l'article 7 § 1 serait contraire au principe de légalité, laissant une trop grande marge de manoeuvre au juge, cet argument ayant été soulevé devant le Bundesrat allemand⁹⁰⁹. De plus, il consacrerait une charge supplémentaire pour le juge, obligé de vérifier l'existence de telles règles étrangères. Cette disposition serait donc trop compliquée et ses conséquences non-évaluées⁹¹⁰.

711. L'application des lois de police étrangères tierces ne fait donc pas l'unanimité. Mais cet élément témoigne aussi du fait qu'il est difficile de retenir une solution nouvelle, sans un solide vécu jurisprudentiel antérieur, car, nous l'avons vu, la pratique n'existe guère sur ce point, contrairement à ce qu'affirmait le rapport Giulano-Lagarde⁹¹¹.

712. La même solution a malgré tout été reprise dans la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux, conclue à Mexico le 17 mars 1994⁹¹². Selon son article 11 alinéa 2 :

« Lorsqu'il le juge pertinent, le tribunal peut à sa discrétion, appliquer les dispositions impératives de la loi d'un autre Etat avec lequel le contrat présente des liens étroits ».

On retrouve l'exigence d'un lien étroit entre la situation et le pays dont émane la norme mais aussi le caractère facultatif de l'application, souligné ici par la mise en évidence du pouvoir discrétionnaire du juge.

713. En tout état de cause, le bilan paraît à nouveau assez décevant pour les conventions internationales et l'application des lois de police étrangères. Tout d'abord, d'un point de vue quantitatif, peu de conventions consacrent une telle possibilité et ensuite, d'un point de vue qualitatif, lorsqu'elles le font, ce n'est qu'en employant de nombreuses précautions et de manière facultative pour le juge certes, mais également, en amont pour les Etats parties, la possibilité d'émettre une réserve étant prévue.

Au niveau national, la prudence semble également être de mise, les textes relatifs à cette question étant là encore peu nombreux et laissant une grande marge d'appréciation aux autorités de l'Etat du for.

⁹⁰⁹ Sur ce point, voir D. Martiny, « Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 des EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980-seine Folgen für die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts », *IPRax* 1987, 277 et s.

⁹¹⁰ Sur la motivation des réserves : E. Jayme/Ch. Kohler, « Das Internationale Privat-und Verfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft-Jüngste Entwicklungen », *IPRax* 1988, 133 et s.

⁹¹¹ Rapport Giulano-Lagarde, précité, p.26.

⁹¹² Texte à la *Rev. crit.* 1995, 173.

2) Les textes nationaux.

714. La disposition symbolique en la matière est l'article 19 de la loi fédérale suisse selon lequel :

« 1. Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants au regard de la conception suisse du droit l'exigent, une disposition impérative d'un droit autre que celui désigné par la présente loi peut être prise en considération, si la situation visée présente un lien étroit avec ce droit.

2. Pour juger si une telle disposition doit être prise en considération, on tiendra compte du but qu'elle vise et des conséquences qu'aurait son application pour arriver à une décision adéquate au regard de la conception suisse du droit ».

Il s'agit d'une disposition générale, qui n'est pas réservée au seul domaine des contrats internationaux.

Là encore, la lettre du texte peut faire penser que seule la technique de la prise en considération et non celle de l'application des lois de police étrangères est envisagée. La lecture de certains commentaires de cet article peut d'ailleurs faire pencher en ce sens⁹¹³.

Cependant, les observations faites pour la Convention de Rome sont valables ici également. D'une part, le législateur a prévu certaines conditions restrictives qui n'ont lieu d'être que pour l'application des lois de police tierces (intérêt légitime, lien étroit notamment). D'autre part, le paragraphe second traite des conséquences de l'application de la règle impérative tierce. Ce mode apparaît donc comme étant plus particulièrement visé en l'hypothèse.

Le régime juridique instauré est classique : outre l'exigence du lien étroit, l'application n'est que facultative pour le juge suisse. Toutefois, la règle semble particulièrement exigeante puisque des intérêts légitimes et surtout « manifestement prépondérants » doivent exister. Cela montre la prudence des auteurs du texte mais témoigne également du fait que le recours à une telle solution ne doit être qu'exceptionnel.

De plus, l'appréciation se fait selon les conceptions suisses, ce qui démontre la volonté de conserver la mainmise sur l'ensemble du processus, de ne se voir imposer aucun diktat étranger, argument classiquement opposé à cette théorie, comme nous l'avons vu.

715. Cet article a une valeur symbolique très importante, car il est le premier texte national à avoir prévu une telle possibilité. Mais il reste, à l'heure actuelle encore, l'un des seuls. Une disposition similaire existe dans le Code civil québécois, dont l'article 3079 dispose :

« Lorsque des intérêts légitimes et manifestement prépondérants l'exigent, il peut être donné effet à une disposition impérative de la loi d'un autre Etat avec lequel la situation présente un lien étroit. Pour en décider, il est tenu compte du but de la disposition ainsi que des conséquences qui découleraient de son application ».

⁹¹³ Voir notamment les exemples donnés par F. Knoepfler et P. Schweizer, « La nouvelle loi suisse sur le droit international privé (partie générale) », *Rev. crit.* 1988, 207, spéc. 229 et s.

A nouveau, la disposition est générale, s'appliquant à tous les domaines. Mais on ne s'y attardera pas davantage puisque comme l'ensemble de la loi québécoise de droit international privé, la solution est directement inspirée de la loi suisse. Il ne s'agit donc pas d'une analyse fondamentalement novatrice. Néanmoins, cela témoigne de l'adhésion d'un Etat supplémentaire à cette théorie, alors que cet article aurait fort bien pu être écarté au Québec.

716. Il faut encore signaler trois textes. Tout d'abord, l'article 38 de la loi tunisienne du 27 novembre 1998 selon lequel :

- « 1. Sont directement applicables, quel que soit le droit désigné par la règle de conflit, les dispositions du droit tunisien dont l'application est indispensable en raison des motifs de leur promulgation.*
- 2. Le juge donne effet aux dispositions d'un droit étranger non désigné par les règles de conflit s'il s'avère que ce droit a des liens étroits avec la situation juridique envisagée et que l'application desdites dispositions est indispensable, eu égard à la fin poursuivie.*
- 3. Le caractère de droit public de la loi étrangère n'empêche pas son application ou sa prise en considération ».*

Ensuite, l'article 1165 alinéa 2 du code civil de la République d'Ouzbékistan qui dispose :

« When applying the law of any country according to the rules of the present Section the court may apply imperative norms of the law of the other country having a close connection with the relations if according to the law of this country such norms must regulate the respective relations irrespective of the law subject to application. In so doing the court must take into account the designation and character of such norms, and also the consequences of the application thereof »⁹¹⁴.

Enfin, plus récemment, le Code civil russe a également consacré une disposition relative aux lois de police étrangères. Il s'agit de l'article 1192 alinéa 2 selon lequel :

« Lors de l'application en vertu des dispositions du présent titre, du droit d'un pays déterminé, le juge peut prendre en considération les règles impératives du droit d'un autre pays étranger ayant des liens étroits avec le rapport à régir si selon le droit de ce dernier pays ces règles s'imposent à ce rapport quel que soit le droit applicable. En ce cas, le juge tiendra compte de l'objet et de la nature de ces règles ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application »⁹¹⁵.

Malgré tout, peu nombreux sont les pays pratiquant la méthode savignienne qui ont consacré une telle possibilité de façon générale. Certains l'ont même rejeté, des lois récentes, ne prévoyant pas de solution expresse en la matière, alors pourtant qu'un texte est

⁹¹⁴ Code civil de 1997, traduction anglaise figurant in J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, *Außereuropäische IPR-Gesetze, op.cit.*, p.914 et s.

⁹¹⁵ Disposition issue de la loi fédérale du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie, *Rev. crit.* 2002, 182, n. N. Bogdanova et D. Litvinski.

consacré aux lois de police du for. A titre d'exemple, parmi les lois récentes, cela est le cas de l'Italie ou du Venezuela⁹¹⁶. Il est difficile de considérer que l'on se trouve en présence d'une théorie ayant un impact considérable sur la pratique.

* * *

Conclusion de la section :

717. La question des lois de police étrangères est donc sur le devant de la scène, est développée de manière conséquente dans de nombreux ouvrages. Mais si une formule devait être choisie pour la caractériser ce serait : beaucoup de bruit pour rien ou presque. Seuls certains textes, très controversés peuvent être avancés, sans qu'ils soient pour l'instant suivis d'effets dans la pratique.

La théorie fait l'objet de longues démonstrations, a été et reste toujours soutenue par des auteurs de renom mais demeure à bien des égards virtuelle.

Le contraste avec l'ordre public international étranger est à cet égard flagrant. Cette notion n'est pas abordée dans les ouvrages et si elle l'est, ce n'est que pour rejeter dans la foulée toute possibilité d'application ou de prise en considération. La conclusion est invariablement qu'un tel mécanisme étranger ne peut jouer aucun rôle réel, qu'il n'a aucune place à tenir dans la théorie générale du droit international privé.

Section II-Le rejet catégorique de l'ordre public international étranger.

718. Les lois de police étrangères ont donc fait l'objet de débats importants, une théorie étant imaginée, des arguments étant systématiquement opposés. Cela a porté ses fruits, de façon timide certes, mais réelle malgré tout, en droit positif.

Au contraire, l'ordre public international étranger n'a jamais donné lieu à des développements substantiels. La question de son admission n'est que très rarement abordée et lorsqu'elle l'est, ce n'est que pour lui refuser la possibilité d'un quelconque effet.

Le rejet est donc catégorique, un principe lapidaire pouvant être dégagé (§ 1). Des exceptions sont classiquement admises. L'ordre public international étranger pourrait avoir une certaine influence. Mais en s'y intéressant de plus près, il est possible de constater qu'il ne s'agit, au mieux, que de tempéraments et non d'exceptions réelles (§ 2).

⁹¹⁶ Références précitées note 18.

§ 1-Le rejet de principe de l'ordre public international étranger.

719. L'unanimité doctrinale semble se faire à propos de ce rejet, plusieurs raisons étant avancées en ce sens.

720. Tout d'abord, un argument d'ordre logique est invoqué. L'exception d'ordre public international est un mécanisme destiné à protéger le for contre l'insertion d'une norme contraire portant atteinte à ses fondements, présentant un caractère trop hétérogène pour qu'il puisse envisager de l'appliquer.

Il est donc logique que seules les conceptions fondamentales du for servent de référence et qu'elles interviennent de manière exclusive, faute de quoi, cet ordre juridique pourrait se voir imposer une norme étant, pour lui, choquante. Le mécanisme de l'ordre public international perdrait alors de son efficacité, une brèche pouvant être ouverte dans la protection instaurée.

De plus, puisque la norme doit être insérée dans cet ordre juridique, il est le seul intéressé par ce problème et il est donc normal qu'il détermine ses propres conditions d'acceptation ou de rejet⁹¹⁷.

721. Ensuite, un second argument est invoqué, justifiant le rejet de l'ordre public international étranger. Si l'ordre juridique français devait faire siennes les conceptions étrangères, un risque apparaîtrait, celui de l'éviction de la loi du for, au nom du respect des principes étrangers, opposés⁹¹⁸. Or, une telle solution est totalement intolérable.

Certes, la mise à l'écart de la loi du for n'est pas ou n'est plus un phénomène inconnu de l'ordre juridique français. Elle se produit même assez fréquemment, notamment en cas de contrariété d'une règle française avec un traité international par exemple. Mais la situation est fondamentalement différente dans ces deux hypothèses. Lorsque le jeu d'un ordre public international étranger est en cause, l'ordre juridique français n'a pas intégré les règles ou principes étrangers en son sein, contrairement au cas de la norme internationale. On se trouve donc dans un cas de concurrence entre ordres juridiques et non de hiérarchie entre normes ou principes appartenant à un même ensemble.

La situation n'est pas la même et le risque apparaît intolérable, le recours à un ordre public international étranger n'étant pas envisageable.

722. Les arguments invoqués sont convaincants et peuvent justifier le rejet de principe de l'ordre public international étranger. Pourtant, la jurisprudence a semble-t-il hésité sur la question.

723. Au début du siècle dernier, les tribunaux français ont été confrontés à plusieurs affaires dans lesquelles étaient en cause des mariages célébrés en France entre une Française, préalablement divorcée et un Espagnol. Or, le droit espagnol interdisait le mariage avec une personne divorcée, étant hostile à cette institution. L'un des époux

⁹¹⁷ Sur cet argument voir notamment Batiffol et Lagarde, n°366, p.589 ; P. Lagarde, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Ordre public*, n°59 ; Loussouarn et Bourel, n°262, p.323-324 ; Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952, p.125 et s.

⁹¹⁸ Loussouarn et Bourel, n°262, p.323-324 ; Batiffol et Lagarde, n°366, p.589.

exerçait en France, plusieurs années après le mariage, une action en nullité, en invoquant, à l'appui de sa demande, la prohibition issue du droit espagnol.

Il était possible de voir là une manifestation de l'ordre public international espagnol. Un juge de ce pays appelé à se prononcer aurait écarté la loi française de l'épouse, applicable en vertu de la règle de conflit désignant la loi personnelle de chacun des époux pour apprécier son aptitude au mariage. La norme autorisant l'épouse à se marier, la considérant libre de tout lien matrimonial, aurait ainsi été évincée, par le mécanisme de l'ordre public international espagnol, ce dernier s'opposant à la reconnaissance de la dissolution du mariage acquise à l'étranger par le divorce, contrairement à l'indissolubilité figurant alors dans l'article 52 du Code civil espagnol, seule la mort de l'un des conjoints étant une cause de dissolution du mariage.

Dans de tels cas, fallait-il tenir compte des conceptions fondamentales espagnoles et donc évincer la loi française, le mariage étant alors nul, ou se prononcer uniquement en fonction des règles et conceptions françaises, le mariage étant dès lors valable. La réponse de la jurisprudence est partagée⁹¹⁹.

724. Ces décisions sont encore aujourd'hui fréquemment citées lorsque la question est abordée.

Pourtant, le moins que l'on puisse penser est qu'elles ne sont pas significatives. En effet, elles ne tranchent pas expressément la question, elles ne prennent pas position sur le problème qui nous préoccupe. Elles ne se prononcent pas sur le rejet ou l'acceptation du jeu de l'ordre public international étranger. La question théorique est réglée sur d'autres fondements. Les décisions considérant le mariage comme étant valable appliquent exclusivement la loi française en vertu de la règle de conflit classique et estiment qu'en tout état de cause la loi espagnol et non l'ordre public international espagnol est contraire à l'ordre public international français. Le droit espagnol ne peut ainsi se prononcer sur la validité du divorce de l'épouse française.

Le tribunal civil de Montpellier a quant à lui considéré que l'épouse devenait espagnole par son mariage, ce qui entraînait l'application de la loi espagnole, l'analyse étant très critiquable, offrant un moyen d'éviter l'application distributive des lois en présence.

Enfin, la Cour d'appel de Bruxelles a tenu un raisonnement plus difficile à suivre, mais qui semble considérer que le droit espagnol édictait en l'occurrence un empêchement bilatéral, affectant l'épouse pourtant de nationalité belge, cette situation n'étant pas contraire à l'ordre public international belge (« *Attendu que la législation espagnole ne reconnaît pas le mariage entre un sujet catholique espagnol et une femme divorcée qui avait contracté mariage à l'église* »).

725. Certains auteurs ont d'ailleurs estimé que l'ordre public international espagnol n'était pas en cause, d'autres analyses étant proposées. Un auteur a suggéré d'analyser l'empêchement espagnol comme une règle matérielle de droit international privé⁹²⁰. L'approche en termes de lois de police est également concevable⁹²¹.

⁹¹⁹ En faveur de la nullité du mariage : T. civ. Montpellier 18 mars 1920, *Rev. crit.* 1921, 79 ; *JDI* 1920, 633 ; *S.* 1921, 2, 11, n. J.-P. Niboyet. Voir aussi Bruxelles 14 décembre 1955, *Rev. crit.* 1957, 68, n. F. Rigaux. En faveur de la validité du mariage : T. civ. Seine 5 mai 1919, *Rev. crit.* 1919, 543 ; *S.* 1921, 2, 11, n. J.-P. Niboyet ; T. civ. Nice 26 janvier 1923, *Rev. crit.* 1924, 99 ; *JDI* 1924, 670, 1^{ère} espèce, confirmé par Aix 24 janvier 1924, *Rev. crit.* 1924, 277 ; *JDI* 1924, 670, 2^{ème} espèce.

⁹²⁰ F. Rigaux, note précitée sous Bruxelles 14 décembre 1955.

⁹²¹ Audit, n°628, p.540.

726. Ces décisions n'ont donc pas une portée très importante. Tout d'abord, elles émanent de juridictions du fond. Ensuite, elles se fondent sur des raisonnements souvent confus et critiquables. Enfin, elles ne tranchent pas vraiment la question de manière claire.

Aucune décision n'a donc rejeté ou consacré la possibilité de recourir à l'ordre public international étranger de façon catégorique.

Toutefois, le principe du rejet semble relever de la pure logique, ce qui explique l'unanimité ou la quasi-unanimité doctrinale à son sujet. De plus, le fait qu'il soit si évident peut entraîner une absence de discussion réelle à son sujet devant les juges également, cet élément expliquant l'absence de décision pertinente.

A l'état brut, seules les conceptions du for peuvent être défendues par le mécanisme d'éviction que constitue l'exception d'ordre public international, les principes étrangers ne pouvant intervenir.

Certaines exceptions sont pourtant classiquement admises, mais elles ne remettent pas en cause cette logique.

§ 2-Les tempéraments envisagés.

727. Deux points peuvent être abordés. Le premier est une exception classiquement citée au principe de non-admission de l'ordre public international étranger, ancienne et bien connue. Il s'agit de la théorie de l'effet réflexe de l'ordre public international (A).

Le second est plus marginal et concerne le domaine particulier de l'arbitrage. L'arbitre peut en effet être amené à prendre en compte dans sa réflexion un ou plusieurs ordres publics étatiques alors qu'il n'appartient lui-même à aucun système étatique. Il s'agit d'une sorte de prise en considération d'un ordre public étranger. Ce point mérite d'être signalé, car il peut servir de point de départ à d'autres réflexions ultérieures (B).

A-L'effet réflexe de l'ordre public international.

728. Nous verrons dans un premier temps, la notion même d'effet réflexe (1), ce qui nous permettra d'observer qu'il ne s'agit que d'une exception apparente au principe du rejet de l'ordre public international étranger (2).

1) La notion d'effet réflexe de l'exception d'ordre public international.

729. La théorie trouve sa genèse dans les réflexions de Pillet. L'auteur énonce d'abord le principe de la territorialité de l'ordre public international, les effets de ce mécanisme ne pouvant jouer que dans les limites du territoire de l'Etat l'ayant fait intervenir.

Il considère également que « *chaque Etat doit considérer comme régulières et fondées les décisions rendues à l'étranger par application du principe de la territorialité des lois d'ordre public. Par ce seul fait qu'un Etat reconnaît l'existence d'Etats autres que lui, il reconnaît que ceux-ci doivent jouir des mêmes droits essentiels, dont il prétend jouir lui-même* »⁹²². Il appelle cet effet de l'ordre public dans les relations internationales l'effet réflexe. L'auteur émet toutefois une réserve au jeu de cet effet : il ne doit pas être contraire à l'ordre public international du for.

La notion d'ordre public international telle qu'envisagée par Pillet peut prêter à discussion⁹²³. Mais ses réflexions sont le point de départ de la théorie de l'effet réflexe, l'idée ayant été reprise depuis et figurant dans bon nombre d'études, comme une exception à la non-admission de l'ordre public international étranger⁹²⁴.

730. De fait, la question se pose lorsqu'une situation a été acquise à l'étranger en vertu de l'ordre public international local. Des exemples classiques sont donnés pour illustrer cette hypothèse.

Ainsi, le premier d'entre eux est relatif au mariage de deux polonais de religions différentes, mariés en Belgique, alors que leur loi nationale prohibait de telles unions. Le mariage n'a été obtenu qu'en vertu de l'ordre public international belge, évinçant la loi polonaise normalement compétente.

Le second exemple, plus récent, est souvent avancé et concerne le mariage d'une femme musulmane avec un non-musulman, ce qui est interdit par sa loi nationale. L'union a malgré tout été célébrée dans un pays tiers, en vertu de l'ordre public international local.

Selon les auteurs, si le juge français est confronté à de tels mariages, il devrait les considérer comme valables, même s'ils sont nuls d'après la loi normalement compétente, loi nationale de la femme ou des fiancés selon le cas⁹²⁵. Seul Martin, estimait que les effets de l'ordre public international devaient être strictement territoriaux⁹²⁶.

Si le mariage est considéré comme valable, effet est alors donné à l'ordre public international étranger. La justification de cette solution est qu'il n'est pas concevable de

⁹²² Pillet, « De l'ordre public en droit international privé », *Mélanges Pillet*, Paris, 1929, Tome I, p.407, spéc. p.451. Voir aussi du même auteur, *Principes de droit international privé*, Paris, Pédone/Grenoble, Allier Frères, 1903, n°217, p.423.

⁹²³ Voir *supra* n°8.

⁹²⁴ Batiffol et Lagarde, n°366, p.589 et s. ; M.-N. Jobard-Bachelier et G. Geouffre de La Pradelle, *Jcl Dr. Int.*, Fasc. 534-2, « Ordre public international. Conditions d'interventions de l'exception d'ordre public. Affirmation de valeurs intangibles du for », n°28 et s. ; P. Lagarde, *Rép.Dalloz, Dr. Int.*, V° *Ordre public*, n°63 et s. ; Loussouarn et Bourel, n°263, p.324-325 ; Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, *op.cit.*, p.149 et s.

⁹²⁵ Batiffol et Lagarde, n°366, p.590; Loussouarn et Bourel, n°262 et 263, p.323 et s.

⁹²⁶ Martin, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Domat-Montchrestien, Tome I, 1930, § 95.

reprocher aux autorités étrangères une attitude que les autorités françaises auraient adoptée elles aussi.

La loi normalement compétente aurait en effet également été évincée en France, en vertu de l'ordre public international français, la loi française étant alors substituée. La concordance des solutions et surtout la coïncidence de l'ordre public international étranger et de l'ordre public international français expliquent le choix de cette voie.

731. La jurisprudence française a d'ailleurs eu l'occasion de trancher en ce sens, dans une décision souvent citée⁹²⁷. Il s'agissait d'un mariage entre un juif polonais et une femme catholique d'origine française, célébré devant le bourgmestre de Bruxelles, alors que selon la loi polonaise de l'époque, le mariage était nul, l'union n'ayant pas été célébrée par une autorité religieuse.

Les juges ont considéré le mariage comme étant valable en France, « *par application du principe d'ordre public de la sécularisation du mariage et de la règle locus regit actum* ». Le raisonnement est avant tout fondé sur l'idée que le mariage, tel qu'il a été célébré à l'étranger n'est pas contraire à l'ordre public international français. Cela témoigne du fait que cet aspect des choses est primordial et surtout qu'il ne s'agit que d'une exception apparente au principe de non-admission de l'ordre public international étranger. L'ordre public international du for suffit à expliquer l'ensemble.

2) La portée de l'exception.

732. Il est possible de considérer que l'ordre public réflexe n'est qu'un élément particulier pouvant être rattaché au principe général d'exclusivité du jeu de l'ordre public international du for. Ce ne serait donc pas une exception à la non-admission du jeu de l'ordre public international étranger.

En effet, l'ensemble du raisonnement dépend des conceptions fondamentales du for et d'elles seules, comme le soulignent la plupart des auteurs⁹²⁸.

733. En reprenant l'exemple des mariages célébrés à l'étranger en vertu de l'ordre public international local, s'il n'y avait pas de concordance entre l'ordre public international étranger et l'ordre public international français mais opposition, la situation ne serait pas reconnue en France, les conceptions fondamentales françaises devant être sauvegardées, les principes étrangers ne pouvant prévaloir dans de tels cas. L'effet réflexe ne peut donc pas jouer systématiquement. On ne fait que retrouver là une des limites énoncées par Pillet, que nous avons déjà vue.

734. En généralisant la question, si l'on considère que la situation a été acquise à l'étranger en vertu d'un jugement faisant intervenir l'ordre public international local, le raisonnement à tenir est le suivant, en supposant que les règles de conflit sont identiques en France et dans le pays étranger dont émane la décision.

⁹²⁷ T. civ. Seine 15 février 1922, *JDI* 1922, 398.

⁹²⁸ Batiffol et Lagarde, n°366, p.590 ; Loussouarn et Bourel, n°263, p.324-325 ; Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi, op.cit.*, p.149.

Le juge français doit contrôler la loi appliquée par le juge d'origine (en partant du principe que le contrôle de la compétence de ce dernier a donné lieu à une réponse satisfaisante). Or, la loi désignée par la règle de conflit étrangère et la règle de conflit française n'a pas été appliquée à l'étranger, puisqu'elle a été évincée par le jeu de l'ordre public international. Mais le juge français n'aurait pas non plus appliqué la loi normalement compétente et aurait recouru, de façon subsidiaire, à la loi française. Par hypothèse, il y a équivalence entre la loi finalement appliquée par le juge étranger et la loi française. De plus, le jugement étranger n'est pas contraire à l'ordre public international français, en raison de la concordance de conceptions entre les deux ordres juridiques.

735. Si dans la même situation le jugement étranger était fondé sur une conception de l'ordre public international n'étant pas la nôtre, il ne serait pas reconnu, sans même que l'ordre public international français soit en cause.

Le juge étranger a substitué une autre loi à celle désignée par la règle de conflit. Ce n'est donc pas la loi normalement compétente d'après son système et le système français qui a été appliquée. De plus, là encore par hypothèse, il n'y a pas équivalence entre la loi intervenant finalement et celle désignée par la règle de conflit française. Ce constat est dès lors suffisant, il n'y a pas lieu de passer au stade suivant du raisonnement. Cela montre également le caractère artificiel du contrôle de la loi appliquée par le juge d'origine, car ce qui est bien en cause, c'est avant tout le conflit de deux ordres publics.

736. Enfin, si les règles de conflit ne sont pas identiques, le raisonnement ne devrait pas être fondé sur l'ordre public international. Le juge d'origine n'a pas appliqué la loi désignée par la règle de conflit française. Il a fait jouer sa propre solution conflictuelle, qui est divergente, puis a fait intervenir l'exception d'ordre public international. Si la règle de conflit française désigne le droit finalement appliqué par le juge étranger, il n'y a pas de difficulté.

Si tel n'est pas le cas, soit le résultat atteint à l'étranger est le même que celui auquel aurait abouti le juge français et la décision pourra être reconnue, soit il n'y a pas d'équivalence et ce seul constat sera suffisant pour ne pas la reconnaître.

737. L'exception classiquement avancée n'en est donc pas réellement une. Une autre possibilité de donner effet à un ordre public international étranger est quelquefois mise en évidence, devant l'arbitre international, même si les termes eux-mêmes peuvent prêter à discussion, en raison de la spécificité de cette institution, qui n'est pas rattachée à un for étatique.

B-La spécificité de l'arbitrage international.

738. Nous avons déjà vu que les arbitres peuvent recourir à l'exception d'ordre public international pour évincer une disposition de la *lex contractus* ou même de façon plus marginale, pour imposer directement une solution. Mais il s'agit alors d'un ordre public réellement international, même si son existence est controversée⁹²⁹.

Ne relevant pas d'un ordre juridique étatique, l'arbitre n'a pas en principe à défendre un quelconque ordre public international étatique. Par rapport à un juge, sa particularité est donc que les ordres publics internationaux étatiques sont tous étrangers pour lui.

739. Mais un raisonnement positiviste peut l'amener à tenir compte de certains d'entre eux malgré tout. En effet, l'arbitre doit rendre une sentence susceptible d'être reconnue et exécutée par les autorités étatiques. Cela est notamment prévu par l'article 35 du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce international selon lequel :

« Dans tous les cas non visés expressément ci-dessus, la Cour et le tribunal arbitral procèdent en s'inspirant de ce Règlement et en faisant tous leurs efforts pour que la sentence soit susceptible de sanction légale ».

Une sentence contraire à l'ordre public international d'un Etat peut y être annulée ou ne pas être reconnue ou exécutée, en raison de cette contrariété. Il faut alors laisser la possibilité aux arbitres de se conformer à l'ordre public international de ces Etats intéressés par la situation, leur donner les moyens de rendre une sentence compatible, sous peine d'être en présence d'une situation totalement insatisfaisante. L'hypothèse est proche de celle rencontrée pour l'application des lois de police tierces, cette dernière pouvant s'imposer aux mêmes fins, les deux questions étant même susceptibles de se recouper, le non-respect d'une loi de police risquant d'entraîner une contrariété à l'ordre public international du pays dont elle émane.

740. Certains ordres publics internationaux étatiques sont ainsi plus particulièrement intéressés et sont susceptibles d'être pris en compte par l'arbitre. Tout d'abord, celui du siège de l'arbitrage, afin que la sentence ne soit pas censurée par les juridictions de cet Etat. Ensuite, afin que la sentence puisse être reconnue et exécutée, l'ordre public international du ou des lieux de son exécution sont également à prendre en compte⁹³⁰. Certaines sentences tiennent effectivement un tel raisonnement⁹³¹.

⁹²⁹ Voir *supra* n°272 et s.

⁹³⁰ En ce sens voir Goldman, « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *RCADI* 1963, II, t. 109, p.351, spéc. p.434 et s. ; E. Loquin, « L'application des règles a-nationales dans l'arbitrage commercial international », in *L'arbitrage commercial international : l'apport de la jurisprudence arbitrale*, Institut de droit et de pratique des affaires internationales de la CCI, Paris, Publ. CCI, 1986, p.106 et s.

⁹³¹ Pour la prise en compte de l'ordre public de l'Etat du siège de l'arbitrage et des différents Etats concernés : CCI n°4338 (1984) *JDI* 1985, 981, obs. Y. Derains ; pour la prise en compte de l'ordre public international de l'Etat d'exécution de la sentence : CCI n°3281 (1981), *JDI* 1982, 991, obs. Y. Derains ; CCI n°3916 (1983), *JDI* 1984, 930, n. S. Jarvin ; CCI n°4338 (1984), *JDI* 1985, 981, n. Y. Derains.

741. Toutefois, cette solution est contestée. En effet, la démarche de l'arbitre ne saurait être strictement positiviste, sa préoccupation ne doit pas seulement être de rendre une sentence efficace. Il ne peut se désintéresser des exigences de justice qui caractérisent sa mission. Il est un véritable juge⁹³².

De plus, le pouvoir de l'arbitre ne venant pas d'un seul ou de plusieurs Etats isolés « *mais de tous ceux qui se déclarent prêts à reconnaître une sentence à certaines conditions, l'arbitre statuant dans une affaire à caractère international ne peut se contenter de se faire l'écho d'une conception particulière de l'ordre public international. Ce fondement suffit à justifier que le souci d'efficacité de la sentence ne puisse l'emporter sur les exigences de justice universelle* »⁹³³.

De fait, certaines sentences refusent de tenir compte de l'ordre public international d'Etats pourtant particulièrement intéressés⁹³⁴.

742. Nous ne sommes donc pas en présence d'une exception unanimement admise. De plus, elle prête à discussion en raison de la spécificité de l'arbitre, qui peut être amené à tenir compte de la position de certains ordres juridiques étatiques, car lui-même ne relève d'aucun d'entre eux. Or, le juge étatique ne devrait pas avoir, quant à lui, à effectuer une telle démarche. En effet, le souci d'efficacité ne le concerne pas à première vue, sa décision existant d'abord et avant tout pour l'ordre juridique du for, ce qui est suffisant et correspond à sa mission. Il se réfère donc naturellement aux conceptions du système auquel il appartient, au nom duquel il rend la justice.

Mais si par exception la décision rendue par le juge du for est appelée à produire tous ses effets ou la majeure partie d'entre eux dans un ordre juridique étranger, le raisonnement suivi par l'arbitre international pourrait être intéressant. Des nécessités de réalisme ou de positivisme pourraient amener le juge du for à intégrer des conceptions étrangères dans son raisonnement.

Par conséquent, au-delà des exceptions marginales que nous venons de voir, une prise en compte plus importante de l'ordre public international étranger nous semble concevable voire dans certaines situations, souhaitable et nécessaire.

Un constat peut effectivement être fait immédiatement. De même qu'une loi de police étrangère constitue, dans certains cas, un élément de fait qu'il faut prendre en compte, l'ordre public international étranger est susceptible d'exercer une emprise réelle sur un rapport juridique, ou être un élément à faire intervenir dans la réflexion, sauf à rendre une décision revenant à nier la réalité. Un parallèle est alors possible de ce point de vue.

⁹³² Sur ce point voir W. J. Habscheid, « L'arbitrage international, avant tout celui selon le règlement de la Chambre de commerce internationale et l'autonomie des parties : quelques considérations », *Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p.449 ; J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 27^{ème} éd., 2003, n°1667.

⁹³³ Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage international*, Paris, Litec, 1996, n°1534, p.875-876.

⁹³⁴ CCI n°2476 (1976), *JDI* 1977, 936, obs. Y. Derains et CCI n°4695 (1984), *YCA* 1986, 149 ne prenant pas en compte l'ordre public international du lieu d'exécution de la sentence.

Chapitre II-La possible intervention de l'ordre public international étranger : la comparaison avec les lois de police étrangères.

743. Les lois de police étrangères peuvent être appliquées, la solution est admise au moins théoriquement. Mais surtout, elles sont susceptibles d'être prises en compte, méthode qui est bien plus utilisée à leur propos. L'ordre public international étranger a été presque totalement délaissé.

Toutefois, il a été proposé de faire jouer un rôle à l'ordre public international étranger en cas d'application d'une règle de conflit étrangère. Une telle possibilité n'a été que peu débattue en France et a d'ailleurs été totalement abandonnée depuis une cinquantaine d'années. Elle ne fait par conséquent pas partie de la théorie générale du droit international privé français. Pourtant, il nous faut l'aborder, car elle a été plus largement discutée à l'étranger. Elle y reste même d'actualité. Elle y a également connu certaines consécutions jurisprudentielles (Section I).

De plus, il nous semble que dans certaines méthodes particulières ne se contentant pas de la simple application d'une loi étrangère mais envisageant l'ordre juridique étranger dans son ensemble, l'ordre public international étranger doit nécessairement tenir un rôle, à des fins de cohérence (Section II).

Enfin, il faudra voir si l'ordre public international étranger peut également intervenir à « l'état pur », en dehors du recours à une quelconque théorie particulière, ce qui nous paraît plus difficilement envisageable (Section III).

Section I-Ordre public international étranger et application d'une règle de conflit étrangère.

744. Les règles de conflit d'un ordre juridique étranger peuvent intervenir dans deux hypothèses particulières : le renvoi et les questions préliminaires. Or, il a été proposé, en cas de recours à ces deux mécanismes, que l'ordre public international étranger vienne se greffer sur ces règles, car il constitue leur complément et ce afin d'aboutir à un résultat véritablement en accord avec la solution de l'ordre juridique étranger dont les normes conflictuelles sont consultées.

Ce sont donc deux situations particulières dans lesquelles l'intervention de l'ordre public international étranger est concevable et qui méritent ainsi notre attention.

Le renvoi est un mécanisme bien connu en France (§ 1), alors que les questions préalables sont plus délaissées (§ 2).

§ 1-L'ordre public international étranger et la théorie du renvoi.

745. L'insertion de l'ordre public international étranger dans la théorie du renvoi est une solution qui peut paraître séduisante mais qui a toujours prêté à controverse (A).

Or, si l'on s'intéresse à la justification du renvoi en droit international privé français, l'ordre public international étranger ne devrait pas avoir de rôle à tenir, ce qui n'est pas forcément le cas dans d'autres systèmes juridiques (B).

A-L'intervention controversée de l'ordre public international étranger.

746. La théorie du renvoi est connue et pratiquée en droit français. Le juge français applique la règle de conflit française. Celle-ci désigne un droit étranger. Or, selon les normes conflictuelles de ce dernier, un autre droit est compétent pour la question en cause. Il peut s'agir du droit du for, le renvoi étant alors au premier degré, ou d'un droit tiers, le renvoi étant au second degré.

Les deux types de renvoi sont consacrés par le droit international privé français⁹³⁵.

Une règle de conflit est donc consultée, le droit matériel n'étant pas seul pris en compte. Une question se pose alors et a donné lieu à débat, dès le début du siècle dernier, en doctrine et en jurisprudence. Si la loi désignée par la règle de conflit étrangère, *lex fori* pour le renvoi au premier degré, loi tierce pour le renvoi au second degré, est contraire à l'ordre public international de l'Etat « renvoyant », cela a-t-il une influence ? Faut-il tenir compte de l'ordre public international étranger et refuser le renvoi ?

747. Différents arguments peuvent être mis en avant dans la discussion. Tout d'abord, l'harmonie des solutions peut être invoquée en faveur de la prise en compte de l'ordre public international étranger. En effet, si l'application de la règle de conflit étrangère se fait de manière isolée, sans se référer à ce qui constitue la réalité dans l'ordre juridique étranger,

⁹³⁵ Pour le renvoi au premier degré voir les arrêts fondateurs de l'affaire Forgo : Civ. 24 juin 1878, *Forgo*, *JDI* 1879, 285 ; *S.* 1878. 1. 429 ; *D.* 1879. 1. 56 ; *GA* n°7 et Req. 22 février 1882, *Forgo*, *S.* 1882. 1. 393, n. Labbé ; *D.* 1882. 1. 301 ; *GA* n°8.

Pour le renvoi au second degré : Civ. 1^{ère} 15 mai 1963, *Patiño*, *Rev. crit.* 1964, 532, n. P. Lagarde ; *JDI* 1963, 1016, n. Ph. Malaurie ; *JCP* 1963, II, 13365, n. Motulsky ; *GA* n°38 ; Civ. 1^{ère} 15 juin 1982, *Zagha*, *Rev. crit.* 1983, 300, n. J.-M. Bischoff ; *JDI* 1983, 595, n. R. Lehmann ; *D.* 1983, IR 151, obs. B. Audit ; *D.* 1983, 431, n. E. Agostini.

le résultat consacré ne sera qu'une harmonie fictive ou virtuelle, le juge étranger ne procédant pas de la même manière face à la même question⁹³⁶.

Mais on peut opposer à cela le fait que dans l'hypothèse du renvoi, la situation n'est pas insérée dans l'ordre juridique dont la règle de conflit est consultée. Son ordre public international n'a donc pas de titre réel à intervenir. L'ordre juridique en cause n'est qu'un « passage intellectuel », il n'y a aucune combinaison à réaliser entre ses règles matérielles et celles du droit qu'il désigne. Son ordre public international n'a donc pas à jouer, puisqu'il n'a pas à être protégé contre l'application de normes produisant un résultat qu'il estime choquant⁹³⁷.

Le juge du for, quant à lui, n'a pas à défendre les conceptions étrangères, car il ne se trouve précisément pas à la place du juge étranger, il n'a pas les mêmes préoccupations que lui⁹³⁸. De plus, il peut éprouver des difficultés pour se prononcer sur la nécessité de l'intervention de l'ordre public international d'après le système étranger. La notion est par définition imprécise et délicate à déterminer, même en se référant à des précédents (à supposer qu'ils existent). Elle nécessite une appréciation au cas par cas, notamment pour les liens exigés entre l'Etat étranger et la situation⁹³⁹.

748. Ensuite, pour le renvoi au premier degré, un problème spécifique se pose. La *lex fori* risque d'être mise à l'écart en raison de l'ordre public international étranger, ce qui peut paraître inacceptable, comme nous l'avons déjà vu auparavant⁹⁴⁰.

Mais une telle mise à l'écart ne nous paraît pas véritablement choquante. En effet, l'admission du jeu de l'ordre public international étranger revient à exclure un mode de coordination, le renvoi, qui n'est pas obligatoire et qui, de manière sinon accidentelle au moins circonstancielle, aboutit à la désignation de la *lex fori*. Cela est d'autant moins gênant que, par hypothèse, le législateur du for considère que ses règles de fond ne doivent pas, en principe, s'appliquer à la question en cause, la règle de conflit désignant un droit étranger.

Le vrai problème est que, dans une telle situation, il risque d'y avoir une contrariété entre l'ordre public international étranger et l'ordre public international du for. Si la solution retenue par le for est contraire à l'ordre public international de l'Etat « renvoyant », il y a de fortes chances pour que les principes motivant l'intervention de ce mécanisme et le résultat qu'il consacre en définitive, soient contraires aux conceptions fondamentales du for. Dans ce cas, ces dernières doivent l'emporter.

Pourtant, tel n'est pas systématiquement le cas. Un ordre juridique étranger peut faire intervenir son ordre public international à l'encontre de la *lex fori*, sans pour autant que l'ordre public international du for soit atteint par la solution ainsi consacrée. Les conceptions étrangères peuvent être tout à fait acceptables pour le for. Dans ce cas, la seule mise à l'écart de la *lex fori* ne devrait pas être un argument suffisant pour rejeter la prise en

⁹³⁶ Cet argument est fréquemment invoqué dans la doctrine allemande. Voir ainsi, B. Von Hoffmann, *Internationales Privatrecht*, op.cit., p.255-256. J. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 4^{ème} édition, 2001, p.252-253. Voir aussi S. Brüning, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, Berlin, Duncker & Humblot, Schriften zum Internationalen Recht, vol. 89, 1997, p.236 et s.

⁹³⁷ En ce sens notamment, P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, préf. H. Batiffol, Paris, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 15, 1959, n°202 et s., p.231 et s. et *Rép.Dalloz Dr. Int.*, V° *Ordre public*, n°62.

⁹³⁸ Vallindas, « La réserve de l'ordre public en droit international privé », *RHDI* 1950, p.270 et s.

⁹³⁹ Relevant déjà ces difficultés Lewald, « La théorie du renvoi », *RCADI* 1929, t. 29, p.515, spéc. p.566-567 et Vallindas, « Der Vorbehalt des Ordre Public im internationalen Privatrecht », *RebelsZ* 1953, p.1, spéc. p.7.

⁹⁴⁰ Voir *supra* n°721.

compte de l'ordre public international étranger. La jurisprudence étrangère donne d'ailleurs des illustrations de cette hypothèse et confirme la possibilité de faire intervenir l'ordre public international étranger pour refuser de faire jouer le renvoi au premier degré.

749. Tout d'abord, certaines décisions anciennes peuvent être citées⁹⁴¹. Toutefois, elles sont souvent assez confuses et mal rédigées. De plus, la conception de l'ordre public international utilisée n'est pas claire.

Mais des espèces plus récentes confirment cette jurisprudence ancienne. L'ordre public international étranger est pris en compte, ce qui conduit à refuser le renvoi au premier degré. Des décisions allemandes peuvent être citées en ce sens⁹⁴². Elles admettent le principe de la prise en compte de l'ordre public international de l'Etat « renvoyant », l'Algérie dans les deux espèces, tout en faisant intervenir à chaque fois l'ordre public international du for, le droit algérien conduisant à des solutions choquantes au regard des conceptions fondamentales allemandes.

Il est donc possible de voir grâce à ces deux décisions que non seulement la prise en compte de l'ordre public international étranger est concevable, mais surtout qu'elle peut se faire sans préjudice pour le for, son ordre public international l'emportant en cas de contrariété.

Un arrêt du Tribunal Fédéral suisse est encore plus significatif, car il admet la prise en compte de l'ordre public international étranger, faisant obstacle au renvoi au premier degré, sans faire intervenir l'ordre public international suisse à l'encontre de la loi étrangère finalement désignée⁹⁴³.

Il s'agissait en l'occurrence d'une action en paternité exercée par un Italien, domicilié en Suisse contre un Suisse, domicilié dans ce même pays.

Selon le droit suisse, l'action était prescrite, alors qu'en droit italien elle était imprescriptible. La règle de conflit suisse désignait le droit italien du domicile de l'enfant au moment de la naissance pour régir le litige. Le Tribunal Fédéral a alors étudié la question du renvoi, celui-ci étant admis dans une telle matière par la loi suisse de droit international privé (article 14 alinéa 2). Le droit international privé italien prévoyait l'application cumulative de la loi nationale de l'enfant et du parent en question, soit en l'occurrence la loi italienne et la loi suisse.

Or, le Tribunal Fédéral a estimé que ce dernier serait évincé par un juge italien « *pour des motifs d'ordre public, puisque, en droit italien, l'action de l'enfant tendant à la constatation de la filiation est imprescriptible* ». Les magistrats suisses se fondent pour cela sur un arrêt de la Cour de cassation italienne du 21 mars 1990, écartant dans une affaire du même type la loi argentine du père, qui empêchait l'enfant d'agir avant d'avoir atteint l'âge de la majorité⁹⁴⁴.

La loi italienne est alors seule appliquée, le renvoi au droit suisse étant repoussé en raison de l'intervention de l'ordre public international italien.

Pour finir, le Tribunal prend soin de constater que le droit italien prévoyant l'imprescriptibilité de l'action en paternité ne heurte pas l'ordre public international suisse. Par conséquent, il s'agit bien d'un cas dans lequel l'ordre public international de l'Etat

⁹⁴¹ Zürich 23 mai 1913, citée par P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse précitée, n°201, p.230 ; Trib. district Zürich 10 juin 1914, 18 juin 1930 et 7 octobre 1930, Zürich 8 juin 1921 citées par Knapp, *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, Mulhouse, 1933, p.181 et s. Voir toutefois rejetant la prise en compte de l'ordre public étranger dans le cas d'un renvoi au premier degré : Cour de justice civile de Genève 8 février 1913, *JDI* 1914, 1381.

⁹⁴² LG Hanovre 27 mars 1969, *Fam.RZ* 1969, 668 ; OLG Karlsruhe 2 mars 1970, *FamRZ* 1970, 251.

⁹⁴³ TF suisse 24 septembre 1992, *ATF* 118 II 468.

⁹⁴⁴ Cour de cassation italienne, 21 mars 1990, *Maradona c. Sinagra*, *RDIPP* 1991, 734.

« renvoyant » est atteint par la *lex fori*, sans que la réciproque soit vraie. L'ordre public international étranger a fait obstacle au renvoi au premier degré. De plus, un tel raisonnement peut être fait sans pour autant porter préjudice à l'ordre public international du for, qui est toujours susceptible de l'emporter.

750. Les mêmes remarques sont valables pour le renvoi au second degré. Cette fois, de plus, la *lex fori* n'est pas en cause et n'est pas mise à l'écart en vertu d'un ordre public international étranger. En effet, dans une telle hypothèse, la loi d'un Etat tiers, désignée par la règle de conflit de l'ordre juridique « renvoyant » est contraire aux conceptions fondamentales de ce dernier.

Là encore, certaines décisions jurisprudentielles étrangères ont considéré qu'il fallait prendre en compte l'ordre public international de l'Etat dont la règle de conflit est consultée et donc refuser le renvoi au second degré.

A cet égard, une décision ancienne du Reichsgericht est souvent citée⁹⁴⁵. Dans cette affaire, un autrichien chrétien et une juive de nationalité russe s'étaient mariés à Odessa pendant l'occupation autrichienne. Ils s'étaient ensuite installés à Graz, à Trieste où ils ont acquis la nationalité italienne, puis à Karlsruhe. La question de la nullité de leur mariage s'est alors posée. Selon le droit international privé allemand de l'époque, la loi nationale de chacun des futurs époux au moment du mariage était compétente. Les juges allemands ont alors appliqué ces règles dont la loi autrichienne. Cette dernière tenait le mariage pour nul en raison de la différence de religion des « époux », ce qui ne portait pas atteinte à l'ordre public international allemand de l'époque, alors même que la loi allemande ne connaissait pas un tel empêchement. Mais ce résultat heurtait l'ordre public international italien. Les juges allemands ont alors estimé que l'application de la loi autrichienne n'était pas possible. Selon eux, « *le fait de ne pas prendre en considération la conception italienne de l'ordre public conduirait à cette solution inélégante de déclarer nul en Allemagne un mariage qui est tenu comme valable dans l'Etat dont les époux sont actuellement les ressortissants* ». La loi autrichienne est donc écartée en vertu de l'ordre public international italien, qui pourtant n'était pas en concordance avec l'ordre public international allemand.

Il est possible de voir dans cette affaire un cas de renvoi au second degré, l'ordre juridique italien étant consulté, celui-ci renvoyant en principe à la loi autrichienne, la contrariété de cette dernière à l'ordre public international de l'Etat renvoyant faisant échec au jeu de ce mécanisme⁹⁴⁶.

En l'espèce, l'ordre public international du for allemand n'était heurté par la solution d'aucun des Etats en présence, ce qui ouvrait de larges possibilités.

Il s'agit d'un raisonnement qui est toujours d'actualité en droit international privé allemand, les juges vérifiant l'absence de contrariété de la loi tierce à l'ordre public international de l'Etat « renvoyant »⁹⁴⁷.

751. Il est alors légitime de se demander si une telle solution ne devrait pas être également consacrée par le droit international privé français. Pour trouver la clé du problème, il faut s'intéresser aux justifications du renvoi. Cela peut permettre de trouver une réponse à la

⁹⁴⁵ Reichsgericht 15 mai 1931, *RGZ* 132, 416 ; *JDI* 1932, 753.

⁹⁴⁶ En ce sens P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse précitée, n°201, p.230. Il nous semble pourtant qu'en l'espèce il s'agit plutôt d'un cas d'intervention de la méthode de renvoi à l'ordre juridique compétent (voir *infra* note n°1022).

⁹⁴⁷ Pour une telle vérification : OLG Francfort 24 avril 1990, *IPRax* 1991, 403. La règle de conflit allemande désignait le droit suisse dont la règle de conflit renvoyait au droit panaméen, la solution consacrée par ce dernier n'étant pas contraire à l'ordre public international suisse.

question de la prise en compte de l'ordre public international étranger, de savoir quelle doit être l'ampleur de la référence à l'ordre juridique étranger dont la règle de conflit est consultée et qui décline sa compétence.

B-Le jeu de l'ordre public international étranger et les fondements du renvoi.

752. Pour le droit international privé français, il est possible d'affirmer tout d'abord, que l'on ne retrouve pas la volonté de « copier » la solution du système étranger. Il n'y a qu'une simple préoccupation de coordination des règles de conflit⁹⁴⁸.

L'identité du résultat obtenu n'est pas recherchée comme le démontre l'exemple du renvoi au premier degré, donnant lieu à un véritable « chassé-croisé », si les deux systèmes concernés pratiquent cette technique. Les deux ordres juridiques appliqueront ainsi chacun leur propre loi par le jeu de ce mécanisme, alors pourtant que la règle de conflit de l'autre a été consultée.

Si la volonté n'est pas d'aboutir à l'identité du résultat, il n'y pas de raison de tenir compte de l'ordre public international étranger et de risquer la mise à l'écart de la *lex fori*. La dérogation aux solutions classiques ne se trouve pas justifiée et paraît même assez absurde. Cela est d'autant plus vrai qu'une des explications, au niveau pratique cette fois, du renvoi au premier degré est justement le retour à la *lex fori*, facilitant la tâche du juge qui peut ainsi statuer d'après des dispositions qu'il connaît et qu'il utilise habituellement. Son éventuelle éviction est donc totalement contraire à cet objectif.

Par conséquent, l'ordre public international étranger ne devrait pas influencer, en droit international privé français, les solutions en matière de renvoi.

753. En revanche, la question se pose plus sérieusement à propos de théories ayant pour but d'aboutir aux mêmes solutions qu'un ordre juridique étranger. Le juge du for doit alors statuer comme l'aurait fait un juge étranger.

754. Tel est le cas pour la théorie allemande du double-renvoi, qui revient à copier le résultat auquel aurait abouti un tribunal du pays dont la loi est applicable selon la règle de conflit allemande. Par conséquent, il faut tenir compte de la solution admise par le système étranger en cause quant au renvoi, l'objectif étant de parvenir à une réelle harmonie des solutions. Ainsi, il faut faire jouer ou au contraire refuser le renvoi au premier degré selon qu'inversement le système étranger le refuserait ou l'admettrait, afin d'aboutir à la même solution que lui et éviter le chassé-croisé.

De même, pour le renvoi au second degré, l'objectif étant l'harmonie des solutions, le raisonnement consiste à accepter le renvoi effectué à un Etat tiers par l'ordre juridique étranger désigné par la règle de conflit du for uniquement si les deux systèmes étrangers impliqués sont d'accord sur ce point, donc si l'Etat tiers accepte la compétence de sa propre loi.

Dans un tel contexte, l'intervention de l'ordre public international étranger paraît plus légitime et devrait être prise en compte, afin d'aboutir à une réelle harmonie entre les

⁹⁴⁸ En ce sens voir Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, n°142-143, p.315 et s. Batiffol et Lagarde, n°304, p.497 et s. ; Y. Lequette, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Renvoi*, n°23-24.

différents ordres juridiques intéressés. Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si les auteurs ayant formulé la théorie du double-renvoi sont aussi favorables à l'admission de la prise en compte de l'ordre public international de l'ordre juridique dont la règle de conflit est consultée⁹⁴⁹.

755. La Foreign Court Theory anglaise mérite également d'être citée ici. Cette théorie est souvent assimilée à la précédente. Toutefois, elle trouve son fondement dans la compétence juridictionnelle contrairement au double-renvoi⁹⁵⁰.

Le juge anglais estime que sa compétence n'est que subsidiaire par rapport au for étranger relevant de l'ordre juridique dont la loi est désignée par la règle de conflit anglaise.

En raison de la prépondérance étrangère ainsi constatée, le juge anglais va statuer comme l'aurait fait le juge étranger ayant au regard de l'ordre juridique anglais une compétence qualifiable de « naturelle ». Il va notamment appliquer la règle de conflit et faire siennes les conceptions en matière de renvoi de l'Etat étranger concerné⁹⁵¹.

Il va de soi que la théorie n'est pas d'application générale. Elle n'est pas appelée à jouer dans tous les cas. Elle ne peut intervenir qu'au profit d'un for prépondérant, lorsque la compétence du for saisi n'est que fragile, sous peine de devenir totalement impraticable.

Il s'agit donc d'un « *correctif indirect apporté aux règles de compétence juridictionnelle et inspiré par le principe de proximité* »⁹⁵².

Mais si l'on cherche à copier purement et simplement l'attitude du juge étranger, il semble légitime que l'ordre public international étranger soit également inclus dans le raisonnement, sous peine d'aboutir à une coïncidence uniquement virtuelle entre les solutions.

Cela ne pose guère de problèmes lorsque l'ordre public international étranger et l'ordre public international du for ne sont pas opposés. Le souci de coïncidence devrait conduire à la prise en compte de l'ordre public international étranger.

De plus, même en l'absence de coïncidence, les conceptions étrangères peuvent être largement admises, car si le juge du for se sent mal à l'aise, les liens que présente le rapport de droit avec l'ordre juridique dont il relève sont en principe assez faibles. L'éloignement de la situation devrait conduire à plus de tolérance, si la théorie de l'*Inlandsbeziehung* est retenue. Les cas de contrariété devraient ainsi être rares.

La solution paraît praticable et surtout elle ne fait que s'insérer dans un cadre plus général impliquant une nécessaire prise en considération.

Une faiblesse de cette théorie doit cependant être mise en évidence. La méthode est appliquée en raison d'une compétence juridictionnelle apparaissant comme étant peu significative ou en tous cas moins que celle d'un Etat étranger. Le juge du for doit ainsi imiter les solutions d'un juge dont la compétence paraît prépondérante. Or, l'identification

⁹⁴⁹ Voir ainsi Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin-Leipzig, De Gruyter & co., 1932, § 141, p.211 et § 246, p.371 ; Wolff, *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, Berlin, Springer, 1954, p.71 et s.

⁹⁵⁰ Sur cette théorie voir Falconbridge, « Renvoi et succession mobilière », *Rev. crit.* 1932, 254 et s. et 451 et s. et « Le renvoi et la loi du domicile », *Rev. crit.* 1947, 45 ; Francescakis, « La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé », *Sirey*, 1958, n°105 et s., p.105 et s ; Graveson, « Le renvoi dans le droit anglais actuel », *Rev. crit.* 1968, 259 et s. ; P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, t. 196, p.9, spéc. n°162, p.159.

⁹⁵¹ Voir les arrêts fondateurs de cette théorie : *Collier v. Rivaz* (1841), 2 Curt. 855 ; *Annesley* [1926], Ch. 692 ; *JDI* 1927, 470 ; *Ross* [1930], 1 ch. 377 ; *JDI* 1930, 1092 ; *Askew* [1930], 2 Ch. 259 ; *O'Keefe* [1940], Ch. 506.

⁹⁵² P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », cours précité, n°163, p.160.

de ce juge se fait par l'intermédiaire de la règle de conflit de lois. Cela est insatisfaisant, les considérations relatives au conflit de lois n'étant pas en cause. La réflexion devrait se faire logiquement en tenant compte uniquement d'éléments ayant trait à la compétence juridictionnelle. Il s'agit d'un vice fondamental, une approche différente, indépendante du conflit de lois, étant nécessaire. Si tel devait être le cas, l'ordre public international étranger pourrait avoir un rôle intéressant à jouer, dans la mesure où il convient de « copier » la solution du juge étranger.

756. Nous pouvons ainsi retenir que l'ordre public international étranger est susceptible d'intervenir en cas d'utilisation du renvoi mais pas du renvoi simple, tel qu'il est pratiqué à l'heure actuelle en France. Cela n'est envisageable que pour des théories plus élaborées, débarrassées de leurs défauts les plus évidents.

Une telle approche est également envisageable en cas d'intervention de la théorie des questions préliminaires, autre hypothèse d'application d'une règle de conflit étrangère au sein du for.

§ 2-L'ordre public international étranger et la théorie des questions préliminaires.

757. Le problème posé par la détermination de la loi applicable aux questions préliminaires est moins connu que le renvoi en droit international privé français. Mais il peut s'agir d'un cas d'application d'une règle de conflit étrangère par l'ordre juridique du for, selon les propositions d'une partie de la doctrine, celle ayant mis en évidence la difficulté, le raisonnement étant par la suite repris par la jurisprudence étrangère (A).

Cet élément engendre alors la possibilité de faire intervenir l'ordre public international du système étranger dont la règle de conflit est consultée (B).

A-La notion de question préalable en doctrine et en jurisprudence.

758. Le problème soulevé peut être exposé de la façon suivante : une question, que l'on appelle principale, présentant un élément d'extranéité, se pose devant le juge du for. Or, sa solution dépend d'une autre question, préalable, soulevant elle aussi un conflit de lois. Il est alors possible de se demander comment déterminer la loi applicable à cette question préalable.

Si la *lex fori* s'applique à la question principale, la règle de conflit du for interviendra, sans aucune particularité. Cela ne pose pas de réels problèmes. Mais si une loi étrangère régit la question principale, deux solutions ont été proposées.

759. Tout d'abord, une voie originale a été envisagée : la résolution dépendante. La loi applicable devra être déterminée selon les règles de conflit de l'ordre juridique auquel appartient la *lex causae* régissant la question principale. Il s'agit là d'une solution formulée par les auteurs ayant découvert la problématique des questions préalables⁹⁵³. Cette voie a été reprise par la suite, y compris en France⁹⁵⁴.

Les principes habituels étant mis à l'écart, une sérieuse justification est nécessaire. Plusieurs arguments peuvent être avancés en faveur de cette solution. En premier lieu, un souci de respect de la logique interne du droit étranger appelé à régir la question principale est mis en avant. Si la loi applicable à la question préalable est déterminée par la règle de conflit du for, il y a un risque de dénaturation du droit étranger régissant la question principale. Ainsi, en matière de succession, il est totalement illogique de décider qu'une personne n'a pas de vocation successorale, par exemple parce que la règle de conflit du for désigne un droit selon lequel une adoption ou un mariage sont nuls, alors que le juge du pays dont relève la *lex causae* applicable à la question principale aurait appliqué en vertu de sa règle de conflit un droit validant la même adoption ou le même mariage.

En cas de recours à la règle de conflit du for, la loi étrangère est susceptible de ne pas être appliquée telle qu'elle le serait dans son système d'origine. Or, il appartient au législateur étranger de déterminer ce qu'il souhaite faire entrer dans les concepts qu'il dégage, de préciser quelles sont les personnes appelées à une succession mais également de définir si une personne a la qualité de conjoint ou d'enfant adoptif ..., et donc d'indiquer selon quelle loi cette appréciation doit se faire.

En second lieu, l'harmonie internationale des solutions a également été avancée en faveur de cette voie originale. Il s'agit d'un objectif qu'il est souhaitable de viser et justifiant de façon générale la possibilité d'appliquer une loi étrangère à un rapport présentant un élément d'extranéité⁹⁵⁵. La détermination de la loi applicable à la question préalable par le jeu des règles de conflit relevant de l'ordre juridique auquel appartient la *lex causae* régissant la question principale va dans ce sens, car il y aura au moins accord entre l'Etat du for et l'Etat dont la règle de conflit est consultée.

⁹⁵³ Melchior, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts, op.cit.*, § 166 et s., p.245 et s. ; Wengler, « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *RabelsZ* 1934, 148 et s.

⁹⁵⁴ P. Lagarde, « La règle de conflit applicable aux questions préalables », *Rev. crit.* 1960, 459 et s. ; E. Agostini, « Les questions préalables en droit international privé », *Droit international et droit communautaire, Actes du colloque de Paris des 5-6 avril 1990*, p.25 et s.

⁹⁵⁵ Voir insistant particulièrement sur cet aspect : Wengler, « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », précité, p.196 et s.

Mais à cette harmonie internationale s'oppose l'harmonie du système du for et la méthode proposée peut conduire un même ordre juridique à adopter des solutions contradictoires à propos d'un même rapport de droit. Ainsi, une situation peut être régie par des lois différentes donnant des solutions matérielles elles aussi différentes selon qu'elle se pose en tant que question principale, auquel cas la règle de conflit du for est seule consultée, ou selon qu'elle ne constitue qu'une question préalable, une règle de conflit étrangère étant alors appliquée.

Une telle contradiction apparaît intolérable. Les auteurs favorables à cette voie ont proposé différents remèdes et notamment de recourir dans de tels cas aux règles de conflit du for, aux principes habituels, dans les hypothèses conduisant à des résultats absurdes⁹⁵⁶. L'intervention de l'ordre public international du for a également été proposée afin de résoudre les problèmes de contradiction⁹⁵⁷. Au contraire, compte tenu de ces imperfections, certains auteurs refusent de faire jouer de tels expédients et rejettent la théorie dans son ensemble.

760. Une voie classique a donc été suggérée ensuite, proposant l'application des règles de conflit du for aux questions préalables, quelle que soit la loi régissant la question principale. Il s'agit alors d'une résolution autonome. La raison essentielle est justement d'éviter d'éventuelles incohérences au sein de l'ordre juridique du for. L'uniformité des solutions en son sein doit primer sur l'harmonie internationale, qui n'est qu'hypothétique et sur la volonté de respecter la logique du droit étranger régissant la question principale. De plus, le raisonnement préconisant la consultation de la règle de conflit étrangère est critiquable, car il n'est pas certain que l'ordre juridique étranger dont la loi régit la question principale la considère, lui aussi, comme devant intervenir à son propos. Si tel ne devait pas être le cas, la contrariété se manifesterait dès la question principale et il serait illogique alors de tenir un quelconque raisonnement original pour la question préalable.

Le premier auteur français à s'être penché sur la question a ainsi préconisé un recours à la méthode classique, la règle de conflit du for devant être appliquée en toute hypothèse⁹⁵⁸. A l'heure actuelle, la majorité des auteurs français a la même opinion⁹⁵⁹.

761. Dans les deux cas, une démarche globale est proposée, or une approche fonctionnelle tenant compte du type de règle de conflit en cause est possible également et ne constitue d'ailleurs pas une nouveauté⁹⁶⁰. Ainsi, si la règle de conflit applicable à la question principale est à finalité matérielle, cela devrait avoir une influence pour la question préalable. En cas d'utilisation de la technique des rattachements alternatifs, la question préalable devrait elle aussi faire l'objet d'une résolution alternative, l'utilisation de l'une ou l'autre des méthodes étant possible. En effet, il est illogique d'avoir une règle de conflit cherchant à favoriser un résultat quant à la question principale, mais d'être restrictif quant à la question préalable. Cette dernière attitude serait susceptible de faire obstacle au but recherché par la règle de conflit applicable à la question principale. Tel peut être le cas en matière d'obligation alimentaire. Les règles de conflit, notamment les Conventions de La

⁹⁵⁶ Voir notamment Wengler, « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », précité, p.214 et s.

⁹⁵⁷ Raape, *Internationales Privatrecht*, Berlin/Francfort, 5^{ème} édition, 1961, p.434 et s.

⁹⁵⁸ Maury, « Règles générales de conflit de lois », *RCADI* 1936, t. 57, p.329, spéc. p.554 et s.

⁹⁵⁹ Loussouarn et Bourel, n°197-3, p.224 et s. ; Mayer et Heuzé, n°263 note 144, p.172 ; Ancel et Lequette, sous Civ. 1^{ère} 3 janvier 1980, *Beneddouché*, n°61, § 5. *Comp.Audit*, n°250, p.223 et s.

⁹⁶⁰ Voir en ce sens, Lagarde, *Rép.Dalloz Dr. Int.*, V^o *Questions préalables*, n°23 et s. Auparavant déjà Lewald, « Règles générales des conflits de lois », *RCADI* 1939, t. 69, p.5, spéc. p.63 et s. estimant qu'une réponse globale n'est pas possible et Gotlieb, « The incidental Question in Anglo-American Conflict of Laws », 33 *Canadian Bar Review* (1955), p.523 et s. ; « The incidental Question revisited », 26 *ICLQ* (1977), p.134.

Haye, favorisent généralement le créancier d'aliments en utilisant la technique des rattachements alternatifs. Cette approche peut conduire à considérer que, dans de tels cas, pour la détermination de la loi applicable à la question préalable de la parenté, la méthode devrait être elle aussi alternative, le lien pouvant être établi par la loi applicable selon la règle de conflit du for, ou par la loi désignée par la règle de conflit appartenant à l'ordre juridique de la loi régissant la question principale ou par la loi interne régissant l'obligation alimentaire⁹⁶¹.

De même, si la règle de conflit régissant la question principale est fondée sur des considérations de souveraineté, le droit étranger auquel appartient la *lex causae* devrait également être compétent pour désigner la loi régissant la question préalable, par respect pour la souveraineté de l'Etat étranger⁹⁶².

762. La jurisprudence apparaît quant à elle partagée. A l'étranger, la résolution dépendante a été admise à plusieurs reprises.

Cela a notamment été le cas en Allemagne, pays dans lequel la problématique a été exposée pour la première fois⁹⁶³. L'adhésion à cette théorie n'est d'ailleurs pas le monopole du Bundesgerichtshof. Certaines juridictions du fond ont également adopté le même raisonnement⁹⁶⁴. Toutefois, les solutions ne sont pas univoques et la loi applicable à la question préalable est quelquefois déterminée par le jeu des règles de conflit du for, alors même que la loi régissant la question principale est étrangère, sans que les juges s'expliquent sur ces divergences⁹⁶⁵.

La voie originale a également été retenue dans d'autres Etats. Il est ainsi possible de citer l'Autriche⁹⁶⁶, la Suisse⁹⁶⁷ ou le Canada⁹⁶⁸.

En France, la jurisprudence semble s'inspirer de la doctrine et rejeter la résolution dépendante des questions préalables. L'arrêt incontournable en la matière émane de la Cour de cassation et date de 1986⁹⁶⁹. Les faits étaient les suivants : Eugène Djenangi et Léïla Khayat se sont mariés en 1946 en Syrie. Le tribunal de grande instance de Paris prononce leur divorce le 8 janvier 1971. La femme décède en 1979. Djenangi et son fils Philippe, né de l'union, ont alors conclu une convention aux termes de laquelle le dernier nommé s'engageait à verser une certaine part de la succession maternelle. Le fils invoque par la suite le divorce prononcé en France pour obtenir l'annulation de la convention pour vice du consentement et absence de cause. Les juges du fond lui donnent raison.

⁹⁶¹ Sur cette question voir P. Lagarde, « Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé », *Mélanges en l'honneur d'A. von Overbeck, Fribourg*, 1990, p.511, spéc. p.518 et s.

⁹⁶² Voir pour la défense de cette opinion, P. Lagarde, *Rép.Dalloz Dr. Int., V° Questions préalables*, n°24-25.

⁹⁶³ Par exemple : BGH 12 février 1964, *BGHZ* 41, 136 ; *JZ* 1964, 617, n. Wengler ; *FamRZ* 1964, 188 ; BGH 19 avril 1972, *NJW* 1972, 1619, n. Otto ; *FamRZ* 1972, 360 ; BGH 23 février 1977, *NJW* 1977, 1014 ; *FamRZ* 1977, 384. Voir plus récemment BayObLG 14 juin 1999, *IPRax* 2000, 135 et l'analyse de P. Huber, « Die ausländische Legitimation zwischen Aufenthaltsrecht, Heimatrecht und deutschem Geburtenbuch », *IPRax* 2000, 116.

⁹⁶⁴ Voir notamment : OLG München 23 septembre 1987, *IPRax* 1988, 355 ; OLG Celle 25 novembre 1990, *IPRax* 1991, 121.

⁹⁶⁵ BGH 12 mars 1981, *NJW* 1981, 1900, n. Wengler ; *IPRax* 1982, 198 ; BGH 9 juillet 1986, *IPRax* 1987, 22.

⁹⁶⁶ OGH 25 octobre 1952, *Rev. crit.* 1955, 110, 1^{ère} espèce, n. Wengler ; OGH 8 novembre 1972, *ZfRv* 1973, 145, n. F. Schwind ; OGH 17 février 1982, *JDI* 1983, 636, rapportée par I. Seidl-Hohenveldern.

⁹⁶⁷ TF 11 novembre 1954, *ATF* 80 I 427 ; *Rev. crit.* 1957, 50, 1^{ère} espèce, n. Wengler.

⁹⁶⁸ Cour d'appel de l'Ontario, 4 novembre 1963, *Rev. crit.* 1965, 321, n. Wengler.

⁹⁶⁹ Civ. 1^{ère} 22 avril 1986, *Djenangi*, *Rev. crit.* 1988, 302, n. J.-M. Bischoff ; *JDI* 1986, 1025, n. A. Sinay-Cytermann ; *JCP* 1987, II, 20878, n. E. Agostini.

Eugène Djenangi forme un pourvoi en cassation. Il estime notamment que, certes le mariage était dissous selon le droit français depuis 1971, mais qu'au regard du droit syrien comme du droit libanais il devait être considéré comme indissoluble, ce qui avait d'ailleurs été constaté par un jugement de 1983 du tribunal religieux de la communauté arménienne catholique d'Alep. Il soutient que la loi successorale, syrienne ou libanaise en l'occurrence, devait déterminer la vocation successorale et donc se prononcer sur la dissolution de l'union. Sa vocation successorale existait selon lui au moment du décès de Léïla Khayat.

Ainsi se posait en l'espèce une question principale, la vocation successorale d'Eugène Djenangi et une question préalable, l'existence de l'union au moment du décès de Léïla Khayat.

Le père défendait une résolution dépendante de la question préalable. La Cour de cassation a, au contraire, rejeté cette solution en estimant que « s'il appartient à la loi successorale de désigner les personnes appelées à la succession et de dire notamment si le conjoint figure parmi elles et pour quelle part, il ne lui appartient pas de dire si une personne a la qualité de conjoint ni de définir selon quelle loi doit être appréciée cette qualité ».

La Cour de cassation s'exprime donc directement sur le problème des questions préalables et estime que la détermination de la loi qui leur est applicable ne présente pas de spécificité. La règle de conflit du for doit être consultée.

Il est possible d'y voir une condamnation de la résolution dépendante des questions préalables, certains auteurs allant dans ce sens⁹⁷⁰.

Toutefois, une analyse plus nuancée peut être faite⁹⁷¹. Cela est d'autant plus vrai que comme nous l'avons vu, une solution reposant sur une analyse fonctionnelle a été énoncée depuis. Une évolution en cas de circonstances favorables est donc éventuellement possible et ne semble pas pouvoir être définitivement écartée pour le droit international privé français. Si tel devait être le cas, l'ordre public international étranger pourrait trouver là un domaine d'application intéressant, une règle de conflit étrangère intervenant, la position d'un ordre juridique étranger quant à la loi applicable étant prépondérante.

B-La possible intervention de l'ordre public international étranger.

763. La résolution dépendante des questions préalables est susceptible de troubler le jeu classique de l'ordre public international. Des solutions originales ont ainsi été proposées.

764. Tout d'abord, si le droit international privé de la *lex causae* étrangère régissant la question principale a désigné le droit applicable à la question préalable, une première conséquence a été envisagée à propos du jeu de l'ordre public international du for. Le droit international privé de ce dernier se désintéresserait de la question préalable qui échapperait à son domaine. L'exception d'ordre public international du for ne pourrait pas intervenir, la loi étrangère désignée par le droit international privé étranger n'étant pas insérée dans l'ordre juridique du for mais dans celui de l'Etat dont la loi est compétente pour trancher la question principale⁹⁷².

⁹⁷⁰ A. Sinay-Cytermann, note précitée sous l'arrêt Djenangi ; Mayer et Heuzé, n°263, note 144, p.172 ; Loussouarn et Bourel, n°197-4, p.226.

⁹⁷¹ En ce sens, J.-M. Bischoff, note précitée sous l'arrêt Djenangi, spéc. p.310.

⁹⁷² P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse précitée, n°72 et s, p.77 et s.

Cette opinion est fondée sur l'idée que l'exception d'ordre public international du for ne peut intervenir qu'en complément de la règle de conflit du for. Mais il s'agit d'une construction théorique et artificielle. En effet, la question préalable peut, malgré tout, présenter des liens étroits avec le for, même si le droit international privé étranger désigne la loi la régissant. De plus, le fait de recourir à la solution dépendante ne signifie pas que la situation ne sera pas insérée dans l'ordre juridique du for. Une telle issue n'est donc possible que si les liens de la situation avec le for sont faibles, ce qui peut d'ailleurs rendre la résolution dépendante plus légitime. Mais, il n'y a là qu'une application de la notion d'ordre public international de proximité, sans réelle spécificité⁹⁷³.

765. En revanche, il semble que l'ordre public international étranger puisse jouer un rôle en cas de résolution dépendante de la loi applicable à la question préalable. Si un droit étranger régit la question principale, ses règles de conflit sont compétentes pour déterminer la loi applicable à la question préalable ou de façon générale pour apprécier cette situation.

Si l'ordre juridique étranger fait jouer son ordre public international, il devrait être pris en compte par le for. Un exemple a été donné en ce sens. La question principale concerne la succession d'époux polonais morts domiciliés en Belgique, tout en laissant des biens meubles en France. Une question préalable doit être résolue, relative à la validité de leur mariage, célébré outre-Quévrain au nom de l'ordre public international, leur loi nationale étant évincée.

La question principale est régie par le droit belge en vertu de la règle de conflit française. Selon la théorie de la résolution dépendante, le droit international privé belge devra déterminer si le mariage est valable, ce qui sera évidemment le cas à ses yeux. Il s'agit alors d'un cas d'intervention possible de l'ordre public international étranger au sein de l'ordre juridique du for, français en l'espèce⁹⁷⁴. Cette situation peut être systématisée. Deux hypothèses doivent être distinguées.

766. La première est celle dans laquelle l'ordre public international étranger et l'ordre public international du for sont concordants sur le point précis en cause. Une situation objet de la question préalable a été acquise en vertu de l'ordre public international étranger, ou alors, la loi désignée par la règle de conflit étrangère est contraire à ce même ordre public international. Ce dernier peut avoir un rôle à jouer, puisque le for s'intéresse, pour la question préalable, à la position de l'ordre juridique étranger dont la loi régit la question principale. Afin d'aboutir à une réelle harmonie des solutions, l'ordre public international étranger doit être inclus dans le raisonnement sauf à aboutir à des résultats insatisfaisants et n'intégrant que la dimension conflictuelle des problèmes, sans tenir compte de la dimension matérielle qui est pourtant nécessaire à une uniformité n'étant pas uniquement de façade. Mais en raison de la concordance des ordres publics internationaux, la conclusion est la même que celle énoncée pour la théorie de l'effet réflexe⁹⁷⁵. Il semble en effet que l'ordre public international du for suffise à tout expliquer. Il n'y a pas de dérogation à son omniscience.

⁹⁷³ Voir *supra* n°220 et s.

⁹⁷⁴ Exemple donné par P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse précitée, n°197, p.226. Toutefois, l'auteur a changé d'opinion à propos du jeu de l'ordre public international étranger en cas d'intervention de la résolution dépendante des questions préalables : *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Ordre public*, n°62.

⁹⁷⁵ Voir *supra* n°732 et s.

767. La seconde est celle dans laquelle il n'y a pas d'identité entre les ordres publics en présence. Le problème est alors *a priori* plus délicat. Là encore, il nous semble que deux aspects doivent être distingués.

Le premier est celui dans lequel l'ordre public international étranger et celui du for ne sont pas identiques. Malgré cela, les principes défendus et la solution finale retenue par l'ordre juridique étranger dont la position est suivie à propos de la question préalable ne sont pas choquantes pour le for. Les juridictions du for n'auraient pas évincé la *lex causae* désignée par la règle de conflit étrangère, mais le droit finalement applicable consacre une solution ne heurtant pas les conceptions fondamentales du for. Dans ce cas, l'ordre public international du for ne suffit plus à tout expliquer, la loi initialement applicable en vertu de la règle de conflit étrangère étant évincée en vertu de l'ordre public international étranger et alors que la similitude d'approche ne peut plus être avancée. L'ordre public international étranger intervient de manière décisive dans le raisonnement au même titre que la règle de conflit étrangère et influence la solution finalement consacrée. Toutefois, l'ensemble de la situation reste sous le contrôle de l'ordre public international du for, celui-ci n'étant pas contrarié par le résultat, ce qui justifie le jeu de l'ordre public international étranger, à des fins d'harmonie.

Jusque-là, il y a donc une ressemblance évidente avec l'hypothèse d'application des lois de police étrangères, celles-ci pouvant être appliquées mais uniquement sous le contrôle de l'ordre public international du for, l'argument de l'harmonie internationale des solutions étant également avancé⁹⁷⁶.

Le second aspect est précisément celui dans lequel non seulement les ordres publics internationaux en présence ne sont pas concordants, mais en plus sont contraires. Les principes justifiant l'intervention du mécanisme étranger (et/ou la solution que son intervention amène à consacrer) sont choquants pour le for, il y a un conflit entre les conceptions fondamentales des ordres juridiques en présence. *A priori*, l'ordre public international étranger ne peut pas être respecté, l'ordre public international du for devra reprendre le dessus, la situation devant être constituée ou ayant déjà été constituée étant choquante. De même qu'on ne peut appliquer une loi de police étrangère contraire à l'ordre public international du for, on ne peut faire intervenir l'ordre public international étranger s'il va à l'encontre des principes essentiels du for. La limite naturelle du jeu de ces mécanismes serait ainsi préservée.

Mais certaines nuances doivent être apportées à ces affirmations. L'ordre public international du for peut ne pas jouer systématiquement si la question préalable n'a pas ou peu de liens avec le for. La notion de proximité est ainsi susceptible d'intervenir et de faire en sorte que l'ordre public international étranger puisse malgré tout être pris en compte. L'éloignement de la situation peut au demeurant être révélé par le fait que la question principale est elle-même régie par une loi étrangère. Mais il ne s'agit évidemment que d'un indice, le contraire étant concevable⁹⁷⁷.

En ajoutant ce tempérament général à la théorie de la résolution dépendante des questions préalables, l'ordre public international étranger peut donc jouer un rôle au sein de l'ordre juridique du for.

⁹⁷⁶ Pour un tel parallèle, voir Kegel/Schurig, *op.cit.*, § 16, p.474-475.

⁹⁷⁷ Cela était le cas dans l'affaire Djenangi, la question préalable entretenant des liens forts avec la France, notamment parce que le divorce avait été prononcé en France.

768. Toutefois, tout cela peut paraître assez insatisfaisant. En effet, les questions préalables concernent souvent des situations déjà constituées à l'étranger et le problème n'est pas de savoir quelle règle de conflit va désigner la loi les régissant mais bien si effet peut leur être donné ou non. La problématique est donc plus large. De plus, il semble que l'ordre public international étranger a une vocation à intervenir, de manière évidente lorsque les liens avec le for sont ténus et sont au contraire intenses avec un ordre juridique étranger.

Enfin, quand bien même une situation est contraire à l'ordre public international du for, elle peut constituer une réalité pour les personnes impliquées, un élément dont il faut tenir compte afin de ne pas aller à l'encontre d'une situation existante et de nier l'évidence. Ce constat est valable pour les lois de police étrangères et justifie leur prise en compte même lorsqu'elles sont contraires à l'ordre public international du for. Une telle approche doit être recevable également pour l'ordre public international étranger qui peut constituer une donnée incontournable à l'étranger, dont il faut tenir compte, sans pour autant que l'ordre juridique du for adhère aux valeurs ainsi défendues et qui heurtent ses propres principes fondamentaux.

Une appréhension plus générale du problème paraît donc nécessaire. Elle nous semble possible par le jeu des méthodes visant à éliminer les conflits entre ordres juridiques et considérant ces derniers dans leur ensemble, l'ordre public international devant être inclus dans le raisonnement.

Section II-Ordre public international étranger et méthodes visant à éliminer les conflits entre ordres juridiques.

769. Certaines méthodes sortant des canons classiques du droit international privé et ayant pour objectif de régler les conflits entre ordres juridiques sont défendues par une partie de la doctrine. Elles ont même connu des traductions en droit positif. Il en va ainsi en premier lieu de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, exposée et défendue principalement par M. Paolo Picone⁹⁷⁸. La méthode dite du for de raisonnement, soutenue essentiellement par M. Georges Droz peut également être citée⁹⁷⁹.

Dans les deux cas, ces théories ne visent pas à remplacer les solutions classiques mais seulement à jouer un rôle complémentaire. Elles n'ont pas vocation à l'exclusivité. Se démarquant ainsi nettement, elles ont leur logique propre (§ 1). Or, il nous semble qu'en raison de cette spécificité, l'ordre public international étranger peut avoir un rôle intéressant à tenir, sans quoi ces théories perdraient dans une certaine mesure leur cohérence. La situation n'est donc plus la même qu'en cas de recours à la théorie classique. La comparaison avec les lois de police étrangères nous sera d'ailleurs utile pour mettre en lumière cet élément, la complémentarité entre les deux notions nous intéressant se confirmant ainsi (§ 2).

§ 1-Exposé des méthodes visant à éliminer les conflits entre ordres juridiques.

770. La méthode de référence à l'ordre juridique compétent et celle du for de raisonnement présentent des similitudes. Toutefois, une approche séparée s'impose, chacune présentant malgré tout certaines spécificités.

⁹⁷⁸ P. Picone, « Il rinvio all'ordinamento competente nel diritto internazionale privato », *RDIPP* 1981, p.309 et s. ; « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent », *RCADI* 1986, t. 197, p.229 ; *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padoue, éd. CEDAM, 1986 ; « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », Cours général de droit international privé, *RCADI* 1999, t. 276, p.9 et s.

⁹⁷⁹ G. Droz, « Regards sur le droit international privé comparé », *RCADI* 1991, t. 229, p.25, spéc. n°376 et s., p.350 et s. Voir également A. Bucher, « Le for du raisonnement », *E pluribus unum, Liber amicorum Georges A. L. Droz : on the progressive unification of private international law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1996, p.41 et s.

A-La méthode de référence à l'ordre juridique compétent.

771. Cette méthode vise à assurer le respect d'un principe essentiel du droit international privé, l'harmonie internationale des solutions, que nous avons déjà abordé à propos des questions préalables. Elle a précisément pour but d'éviter l'existence de situations boiteuses, « *qui eu égard à un "cercle" d'ordres juridiques composé toujours du for et d'un ou plusieurs ordres étrangers, soient admises à produire leurs effets seulement dans l'ordre du for et pas dans les autres, ou vice versa* »⁹⁸⁰. Pour atteindre ces objectifs, le for va attribuer une valeur décisive au point de vue d'un ou plusieurs ordres juridiques étrangers, pris comme référence.

Mais cette démarche ne se résume pas à l'application de leurs lois. En effet, cette méthode dépasse le conflit de lois et traite des conflits entre ordres juridiques, « *considérés en bloc dans leur fonctionnement global* »⁹⁸¹.

Il y a ainsi conflit entre l'ordre juridique du for et un ou plusieurs ordres juridiques étrangers, « *au cas où une situation juridique créée ou constituée à l'intérieur d'un de ces ordres, généralement par le biais d'un acte de concrétisation de règles abstraites et générales (jugement, acte administratif, acte de juridiction gracieuse, etc.) ne serait pas susceptible de reconnaissance et/ou de déroulement à l'intérieur d'un autre ou des autres ordres juridiques en cause* »⁹⁸².

La méthode suppose donc une appréhension globale et unitaire des ordres juridiques, ne se cantonnant pas à la seule législation interne ou aux règles de conflit, mais englobant l'ensemble des règles et techniques se rapportant au droit international privé.

772. Cette approche peut fonctionner tout d'abord en cas de création d'une situation juridique au sein du for⁹⁸³. Dans une telle hypothèse, l'ordre juridique du for va prendre en compte le point de vue d'un ordre juridique étranger à propos de la situation à créer, l'objectif étant qu'elle puisse produire ses effets dans l'ordre de référence. Les solutions de conflit, au sens large, de ce dernier sont alors décisives pour l'ordre juridique du for. Certes, les critères de rattachement du for sont utilisés, mais ils sont conditionnés par l'approche de l'ordre juridique de référence.

Cela implique alors une prise en considération de toutes les techniques de droit international privé étrangères, la conception de l'ordre juridique en cause étant une sorte de *data* pour le for⁹⁸⁴. En effet, les règles étrangères influencent le résultat final de la réflexion juridique mais ne sont pas appliquées en tant que telles. Seules les règles désignées par les rattachements choisis par l'ordre juridique du for sont réellement appliquées, la constitution effective de la situation étant soumise à la position de l'ordre juridique de référence.

Le for peut ainsi, en premier lieu, subordonner la compétence de ses organes à la possibilité de reconnaissance de la situation à créer dans un ou plusieurs ordres juridiques⁹⁸⁵.

⁹⁸⁰ P. Picone, *RCADI* 1999, cours précité, n°36, p.123.

⁹⁸¹ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°11, p.271.

⁹⁸² P. Picone, *RCADI* 1999, cours précité, n°36, p.122-123.

⁹⁸³ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°12 et s., p 274 et s. ; *RCADI* 1999, cours précité, n°37 et s., p.123 et s.

⁹⁸⁴ A propos de la théorie des *data*, voir *supra* n°680.

⁹⁸⁵ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°12, p.275.

En second lieu, Cet élément peut aussi être une condition matérielle de validité de la situation, qui ne peut être constituée que si la reconnaissance dans le ou les Etats de référence est possible.

En dernier lieu, la seule efficacité d'une situation déjà constituée dans le for peut être subordonnée à sa reconnaissance effective dans un ou plusieurs systèmes étrangers, une simple éventualité n'étant pas suffisante⁹⁸⁶.

773. Cette méthode peut aussi être utilisée pour la reconnaissance par le for de situations juridiques étrangères, ayant une source normative appartenant à un ordre juridique étranger⁹⁸⁷. Dans cette hypothèse, l'ordre juridique du for ne reconnaît que les situations valables dans le ou les ordres juridiques de référence, qu'elles aient été créées en leur sein ou qu'elles y soient seulement reconnues, voire qu'elles y soient seulement susceptibles de reconnaissance.

Par conséquent, là encore, l'ordre juridique du for accorde une position globale de supériorité ou de primauté au point de vue d'un ou plusieurs ordres juridiques étrangers. C'est ainsi que de la même façon, l'ensemble de leurs règles relatives au droit international privé devront être pris en considération. A nouveau, il s'agit de *data*, puisqu'elles ne sont pas véritablement appliquées, la création d'une situation juridique dans l'ordre de référence, ou sa seule reconnaissance, entraînant son admission au sein de l'ordre juridique du for, en vertu des règles de ce dernier.

774. Il reste alors à déterminer quand cette méthode peut intervenir.

Elle peut être consacrée par les Etats dans leur système de droit international privé. Mais il est évident qu'elle trouve son terrain d'élection dans les conventions internationales. Puisque les Etats sont liés entre eux, ils peuvent mettre en place des mécanismes permettant d'éviter la création de situations boiteuses. Les rapports bi- ou multilatéraux sont propices au souci de coordination, qui apparaît plus volontiers que lorsque les règles de conflit sont purement étatiques. La Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale faite à La Haye le 29 mai 1993 illustre ainsi ce propos⁹⁸⁸. Elle instaure un système de coopération entre des autorités centrales, l'une relevant de l'Etat d'origine de l'enfant, l'autre de l'Etat d'accueil. Le mécanisme mis en place est destiné à s'assurer notamment que l'enfant est adoptable, qu'une mesure d'adoption répond à son intérêt supérieur (article 4) ou que l'enfant est autorisé à séjourner de façon permanente dans l'Etat d'accueil (article 5). Tout est donc fait pour éviter des adoptions boiteuses et pour vérifier qu'une telle mesure est profitable à l'enfant. De plus, une adoption prononcée dans un Etat contractant est en principe reconnue de plein droit dans les autres Etats contractants (article 23), sauf contrariété à l'ordre public international, qui doit être appréciée en tenant compte de l'intérêt supérieur de l'enfant. Le rapprochement avec la méthode de référence à l'ordre juridique compétent est évident⁹⁸⁹. Pour autant, la question

⁹⁸⁶ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°12, p.276 et s.

⁹⁸⁷ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°16 et s., p.287 et s. ; *RCADI* 1999, cours précité, n°40 et s., p.287 et s.

⁹⁸⁸ Texte publié au *JDI* 1999, 890. La Convention est en vigueur en France. A son propos, voir entre autres : H. Muir-Watt, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *TCFDIP* 1993-1995, p.49 ; B. Sturlèse, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP* 1993, I, 3710 ; N. Meyer-Fabre, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit.* 1994, 259 ; P. Courbe, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 : présentation d'une convention protectrice », *AJ Fam.* 2002, 8.

⁹⁸⁹ Pour un tel constat, H. Muir-Watt, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », communication précitée, p.49.

du champ d'application n'est pas résolue. Simplement, elle peut jouer dans des textes d'origine nationale ou internationale.

Pour le reste, nous avons déjà vu qu'elle n'a pas vocation à jouer de façon exclusive, mais qu'elle côtoie nécessairement la démarche classique se référant au seul droit applicable. La question est alors de savoir quand faire jouer une approche plutôt que l'autre.

Selon M. Picone, il convient, au sein d'un ordre juridique donné, de répartir en deux sous-classes chaque catégorie unitaire de rapports juridiques⁹⁹⁰. Les règles de référence à l'ordre juridique compétent sont appelées à régir les situations présentant les liens les plus faibles avec l'ordre juridique du for, ce qui justifie la primauté accordée à la position d'un ordre juridique étranger, les règles de conflit classiques ne s'appliquant qu'aux situations ayant au contraire des liens plus significatifs avec le for. Mais il ne s'agit là que d'une indication très générale. Il faut préciser ce que sont ces rapports les plus extérieurs au for.

Il se peut tout d'abord, que le champ d'application respectif des méthodes soit défini par le législateur de droit international privé lui-même. Une règle de conflit se fondant sur la méthode de référence à l'ordre juridique compétent est prévue pour les situations les plus éloignées, ces dernières étant définies. Une seconde règle, relative à la même catégorie de rapports juridiques, mais utilisant cette fois la méthode classique intervient quant à elle pour régir les autres cas.

A défaut d'une telle coexistence, en présence de règles de conflit de lois uniquement, la méthode de référence à l'ordre juridique compétent ne doit pas être considérée comme étant exclue. Une même règle de conflit est susceptible de jouer en tant que règle de référence à l'ordre juridique compétent pour certains rapports et en tant que règle de conflit de lois pour d'autres. Simplement, une interprétation s'avère nécessaire, afin de connaître leur champ d'application respectif. Il faut donc identifier les rapports les plus extérieurs au for, qui seront régis par la méthode de référence à l'ordre juridique compétent.

Pour cela, M. Picone propose de partir du critère de rattachement de la règle de conflit en cause. Par exemple, si ce dernier est la nationalité, la règle de conflit pourra fonctionner en tant que règle de référence à l'ordre juridique compétent pour les rapports entre personnes étrangères⁹⁹¹.

Mais il est selon lui possible de tenir compte d'autres contacts de fait. Ainsi, toujours en présence du même critère de rattachement, il serait concevable de ne faire jouer la règle en tant que se référant à l'ordre juridique compétent que pour les relations entre personnes étrangères et de plus non-domiciliées sur le territoire de l'Etat du for.

Il n'y a donc pas de critère décisif, permettant de définir le champ d'intervention exact de la méthode. Il faut semble-t-il se contenter d'une directive souple et générale, laissant une place à l'interprétation de l'autorité appliquant la règle de conflit : la théorie préconisée par M. Picone ne concerne que les situations les plus éloignées du for.

Cette imprécision n'est pas forcément un obstacle à la consécration de cette méthode. En effet, les cas d'intervention de l'exception d'ordre public international et des lois de police sont également flous et ne peuvent être énoncés avec précision. Pour autant, nul ne remet en cause, à l'heure actuelle, la pertinence de tels mécanismes. Si la légitimité de la référence à l'ordre juridique compétent est avérée, cet élément ne doit pas empêcher sa consécration.

⁹⁹⁰ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°24, p.322.

⁹⁹¹ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°24, p.323.

775. M. Picone propose également de recourir à cette méthode à propos des questions préalables⁹⁹². Il rejette tout d'abord l'alternative classique que nous avons exposée précédemment, relative à la détermination de la loi applicable à la question préalable, entre recours à la règle de conflit du for et recours à la règle de conflit appartenant au système dont émane la loi régissant la question principale. L'auteur suggère de distinguer deux situations.

La première concerne les questions préalables portant sur l'appréciation de la validité d'une situation juridique existante ou acquise. On peut ainsi imaginer un jugement de divorce prononcé dans l'ordre juridique du for, mais qui n'est pas reconnu dans l'ordre juridique national du mari, qui désire contracter un nouveau mariage dans l'Etat du for⁹⁹³. La règle de conflit du for désigne, pour régir la question principale, la loi nationale de chacun des intéressés.

Dans une telle hypothèse, il n'y a pas, pour la question préalable, conflit de lois, mais conflit entre deux situations juridiques différentes, entre deux ordres juridiques considérés en bloc, dans leur fonctionnement global, celui du for et celui auquel appartient la loi applicable à la question principale, ici l'ordre juridique de la nationalité du mari.

Le problème n'est alors pas de savoir quelle règle de conflit va désigner la loi applicable à la question préalable, mais de vérifier s'il est « *possible de rattacher des effets juridiques ultérieurs à une situation juridique "boiteuse", qui est valablement existante et efficace dans l'ordre juridique du for et non dans celui de la loi applicable tout au moins au départ à la question principale ou vice versa* »⁹⁹⁴.

Si une résolution dépendante est acceptée, la démarche consiste alors, selon M. Picone, sur le fondement d'une règle de conflit spéciale, utilisant la méthode qu'il préconise, à vérifier quel est le contenu de la situation préalable au sein de l'ordre juridique auquel appartient la *lex causae* régissant la question principale. Pour ce faire, il convient de prendre en considération toutes les techniques de droit international privé de cet ordre juridique et non ses seules règles de conflit de lois classiques.

La seconde est relative aux cas dans lesquels il s'agit de créer ou constituer pour la première fois une situation juridique, question préalable, dont dépend le sort d'une question principale se posant au sein de l'ordre juridique du for. Par exemple, une telle hypothèse se présente lorsqu'un procès ayant trait à l'obligation alimentaire du père présumé envers son fils naturel dépend de l'action judiciaire en paternité naturelle. Dans de tels cas, M. Picone concède que le seul recours aux règles de conflit de lois de l'ordre juridique de la *lex causae* régissant la question principale peut être suffisant. Il n'est pas toujours nécessaire d'adopter la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, de prendre en compte l'ensemble des éléments de l'ordre juridique étranger en cause, le seul recours à la loi désignée par sa règle de conflit de lois pouvant être suffisant. En effet, il ne s'agit plus d'apprécier une situation existant déjà dans un ordre juridique de référence, mais de constituer directement une nouvelle situation juridique au sein du for, contrairement à la première hypothèse.

Toutefois, la nécessité de recourir à la méthode de référence à l'ordre juridique compétent peut réapparaître. Un exemple est donné par M. Picone : lorsqu'un procès principal « *dans le for porte sur la nullité pour bigamie du mariage contracté dans le for par un étranger, à*

⁹⁹² P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°20 et s., p.303 et s. ; *RCADI* 1999, cours précité, n°72 et s., p.211 et s.

⁹⁹³ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°21, p.306.

⁹⁹⁴ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°21, p.307.

cause du fait que ce dernier est encore lié par un mariage précédent dans son ordre national, et que l'étranger intente avec succès, dans un procès autonome, l'action en déclaration de nullité de ce précédent mariage »⁹⁹⁵. Le jugement en annulation « devrait en principe être prononcé dans le for à condition de se révéler tout au moins apte à être "reconnu" dans l'ordre juridique auquel appartient la règle matérielle étrangère applicable à la question principale, étant donné qu'il s'agit d'éliminer les effets d'une situation juridique "appelée" dans le for justement parce qu'elle existe concrètement et qu'elle est efficace dans cet ordre juridique étranger »⁹⁹⁶. Tout dépend donc de la dépendance d'une situation par rapport à un ordre juridique étranger.

776. L'approche préconisée est par conséquent différente du procédé classique et présente de nombreuses spécificités, la plus intéressante étant pour nous la nécessité de considérer les ordres juridiques en présence dans leur fonctionnement global. Mais cette méthode n'est pas la seule à s'éloigner des techniques habituelles. La théorie du for de raisonnement oblige à en faire de même.

B-La méthode distinguant le for de jugement et le for de raisonnement.

777. Comme nous l'avons vu, cette méthode a été systématisée par M. Droz. Cet auteur considère qu'il est possible, à titre exceptionnel, pour un juge, de raisonner comme l'aurait fait un juge étranger dont la compétence paraît prépondérante. Il va ainsi statuer comme ce dernier et « tenir compte non seulement de ses règles de conflits de lois, mais aussi de ses règles de conflits de systèmes »⁹⁹⁷.

Le juge du for estime que sa compétence peut être établie mais qu'elle n'est que subsidiaire par rapport à celle d'un autre. Il ne va donc pas se dessaisir mais raisonner comme cet autre juge.

Il s'agit là du mécanisme de la Foreign Court Theory que nous avons déjà abordé⁹⁹⁸.

M. Droz propose d'appliquer cette méthode en matière de succession bien sûr, comme l'avaient fait les juges anglais dans les premières décisions s'y référant⁹⁹⁹, comme le préconise également le Restatement aux Etats-Unis¹⁰⁰⁰ et encore la loi suisse de droit international privé¹⁰⁰¹. Mais surtout, il suggère une application plus large d'une telle approche. Il est selon lui possible et souhaitable, dans d'autres cas encore, de dissocier le for de jugement et le for de raisonnement¹⁰⁰².

⁹⁹⁵ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°23, p.313.

⁹⁹⁶ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°23, p.317.

⁹⁹⁷ G. Droz, *RCADI* 1991, cours précité, n°381, p.353.

⁹⁹⁸ Voir *supra* n°755.

⁹⁹⁹ Voir *supra* note n°951.

¹⁰⁰⁰ Par. 236 pour les successions immobilières ; Par. 260 pour les successions mobilières.

¹⁰⁰¹ Article 91 al. 1. Voir *infra* n°794.

¹⁰⁰² Précisons toutefois que pour nous cette méthode ne devrait trouver à s'appliquer que lorsqu'il s'agit de créer une situation au sein du for. En cas de reconnaissance, il nous paraît impossible de penser que le juge du for saisi n'a qu'une compétence fragile, qu'il se sente « mal à l'aise dans son fauteuil » puisque lui seul est compétent pour se prononcer. Certes, on peut considérer qu'il suffit que la situation ait été créée ou soit reconnue dans l'ordre juridique qui constitue son « centre névralgique », donc d'adopter la méthode de référence à l'ordre juridique compétent. Mais celle du for de raisonnement ne nous paraît pas applicable dans ces cas là, en raison de ses fondements.

778. Il pourrait en aller ainsi pour les compétences juridictionnelles abusives ou exorbitantes, notamment celles fondées sur la seule nationalité d'une personne, comme l'article 14 du Code civil français, sur la seule présence de biens du défendeur ou sur leur saisie par le demandeur, ...¹⁰⁰³.

M. Droz constate que ces chefs de compétence peuvent être pénalisants pour une des parties, le défendeur, et apporter au contraire une certaine commodité à l'autre, le demandeur. Il considère toutefois qu'il s'agit d'un « *mal nécessaire à l'égard des défendeurs dans les relations privées internationales* »¹⁰⁰⁴.

Quant à la loi applicable cette fois, le juge va recourir, en principe, aux règles de conflit de l'ordre juridique dont il relève, « *ce qui peut bouleverser la légitime expectation du défendeur obligé de subir un procès hors de son propre pays et sur la base d'un système de conflit auquel il pouvait ne pas s'attendre* »¹⁰⁰⁵.

Pour remédier à cela, le juge du for saisi pourrait statuer non pas d'après ses propres règles de conflit mais comme l'aurait fait le juge qui aurait été normalement compétent, si le chef exorbitant n'avait pas été utilisé. Cela revient à distinguer entre for de jugement, le juge ne se dessaisissant pas malgré le caractère contestable de sa compétence et for de raisonnement.

M. Droz estime qu'une telle méthode ne devrait être utilisée que pour sanctionner les abus et non pas intervenir systématiquement. Ainsi, par exemple, la compétence du for national du demandeur peut ne pas être critiquable en matière de statut personnel, cet élément de rattachement ayant une réelle signification pour de telles questions. En revanche, elle pourra l'être en matière contractuelle, notamment si aucun autre élément ne vient rattacher la situation au for saisi.

Toutefois, cette théorie paraît difficile à mettre en œuvre. En effet, même si le titre d'intervention du for saisi est exorbitant, il faut encore savoir quel for de raisonnement choisir, or il y a peu de situations dans lesquelles une compétence unique apparaît appropriée et raisonnable. Une pluralité de possibilités peut au contraire exister et en choisir une plutôt qu'une autre risque d'être non seulement délicat, mais encore arbitraire.

M. Droz est conscient de cet aspect des choses. C'est pourquoi la distinction qu'il propose doit, dans son esprit, avoir essentiellement un effet dissuasif à propos des compétences exorbitantes. Cela serait le cas « *si le demandeur qui utilise un chef exorbitant pour sa commodité pouvait s'attendre à ce que le for de jugement raisonne comme le ferait le juge du domicile du défendeur, qui aurait été normalement compétent si la compétence exorbitante n'avait pas été utilisée* »¹⁰⁰⁶. La distinction pourrait donc être ponctuellement utilisable, afin de ne pas avoir de conséquences néfastes pour le défendeur quant à la loi applicable et de préserver au moins cet aspect-là.

779. Cette méthode devrait également pouvoir s'appliquer au problème des questions préliminaires, selon M. Droz¹⁰⁰⁷.

Là encore, l'alternative classique entre règle de conflit du for et règle de conflit de l'ordre juridique dont la loi régit la question principale est rejetée. La distinction for de jugement-for de raisonnement permet de reformuler le problème. Il convient ainsi de se demander si

¹⁰⁰³ G. Droz, *RCADI* 1991, cours précité, n°386 et s., p.356 et s.

¹⁰⁰⁴ *Ibidem*, n°389, p.358.

¹⁰⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁰⁶ G. Droz, *RCADI* 1991, cours précité, n°393, p.360.

¹⁰⁰⁷ *Ibidem*, n°394 et s., p.361 et s.

le for saisi pourrait être compétent à titre principal au sujet du problème soulevé par la question préalable, s'il apparaît comme étant un for de raisonnement pour celle-ci.

Si tel est le cas, seule sa règle de conflit devrait être consultée pour la désignation de la loi applicable à la question préalable.

Mais si tel n'est pas le cas, plutôt que de donner systématiquement compétence au for de l'ordre juridique auquel appartient la *lex causae* régissant la question principale, il faudrait d'abord vérifier que celui-ci pourrait être compétent pour le problème s'il se posait à titre principal.

Or, un for tiers est susceptible d'être en l'occurrence le plus indiqué, celui dont la compétence apparaît raisonnable et la plus adéquate. Le juge du for saisi devrait alors raisonner comme le ferait celui dont le titre d'intervention peut être qualifié de prépondérant.

Cette approche permet donc de rompre, non seulement avec la méthode classique, mais également avec le choix entre deux voies uniquement. Une palette plus large est ainsi offerte au juge du for de jugement. La rigidité des solutions que nous avons vues jusque-là est brisée, au profit d'une plus grande souplesse intellectuelle permettant d'apporter la réponse la plus adéquate, sans être enfermé dans un carcan.

780. Enfin, cette méthode peut également être utilisée afin d'assurer le respect des situations acquises. M. Droz fait référence à une doctrine ancienne concernant « *les situations acquises en violation de la règle de conflit du for, alors qu'elle ne présentaient aucune attache avec le système du for* »¹⁰⁰⁸. Si la validité de telles situations est discutée par la suite au sein de l'ordre juridique du for, leur appréciation en vertu des solutions conflictuelles du for apparaît peu pertinente. En effet, « *ne pas les reconnaître ce serait déjouer ce qu'ont pu être les légitimes prévisions des parties au moment de leur création* »¹⁰⁰⁹. L'effacement des règles de conflit du for a donc été suggéré dans de telles hypothèses. Cette solution évite en effet que ne soit remise en cause, par la saisine ultérieure des juridictions du for, la validité d'une situation dont les intéressés pensaient qu'elle était acquise. Si les systèmes originairement impliqués désignent tous la même loi, il conviendra d'appliquer cette dernière et donc de considérer la situation comme acquise.

M. Droz approuve cette méthode mais considère qu'il « *faudrait, semble-t-il, aller plus loin et accepter l'idée que l'on puisse raisonner selon les règles d'un for étranger principalement compétent au moment où la situation a été acquise* »¹⁰¹⁰.

Cette analyse a été faite selon lui dans une décision française célèbre, car étant toujours citée pour illustrer la théorie du respect des situations acquises, l'arrêt Banque ottomane de la Cour d'appel de Paris¹⁰¹¹. Dans cette affaire, les juges ont considéré que :

¹⁰⁰⁸ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, Sirey, 1958, n°199, p.189. Sur cette doctrine voir également : Ferrer-Correia, « La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales », *Multitudo Legum Jus Unum, Festschrift Wilhelm Wengler*, Berlin, 1973, p.285 et s. ; Ancel et Lequette, obs. sous Rabat 24 octobre 1950, *Machet, GA* n°23 ; J.-M. Jacquet, « La fonction supranationale de la règle de conflit de loi », *RCADI* 2001, t. 292, p.147, spéc. p.239 ; A. von Overbeck, « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *RCADI* 1982, t. 176, p.9, spéc. n°257 et s., p.168.

¹⁰⁰⁹ Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé, ibidem*.

¹⁰¹⁰ G. Droz, *RCADI* 1991, cours précité, n°397, p.365.

¹⁰¹¹ Paris 19 mars 1965, *Rev. crit.* 1967, 85, n. P. Lagarde ; *JDI* 1966, 118, n. Goldman.

« Le droit international privé de chaque pays n'a pouvoir de se prononcer que sur les situations juridiques qui ont affecté sa sphère d'intérêts ; il s'ensuit que le système de conflit du for n'a pas à intervenir à l'égard de situations qui se sont établies à l'étranger, s'y sont développées et ont épuisé leurs effets, alors qu'elles ne présenteraient aucune attache avec le for ».

Il s'agit, à la lettre, d'une reprise de la théorie exposée par Phocion Francescakis. Mais selon M. Droz, la Cour a d'abord estimé que sa compétence juridictionnelle était peu significative, élément qui a ensuite justifié son raisonnement original pour le conflit de lois et la mise à l'écart du système du for. Par conséquent, la méthode du for de raisonnement pourrait être utilisée afin de permettre le respect des situations acquises.

Toutefois, cela ne doit pas faire oublier les limites de la théorie du respect des droits acquis, qui ont empêché une réelle consécration par le droit positif, contrairement à celle du renvoi ou celle des questions préalables. L'une d'entre elles, peut-être la plus flagrante, concerne l'attitude à adopter lorsque la situation à l'origine ne présentait aucun lien avec le for saisi par la suite, mais que les différents systèmes alors impliqués ne désignent pas la même loi pour la régir. Il est délicat de savoir selon lequel apprécier la situation mais également de parler de droits acquis. L'approche préconisée par M. Droz ne permet pas de régler ce problème, la question du choix entre les différents systèmes en présence restant ouverte lorsqu'il s'agit de déterminer le for principalement compétent.

Cela ne fait que rejoindre la critique plus générale qu'il est possible d'adresser à la théorie du for de raisonnement et que nous avons vue précédemment¹⁰¹². Pour autant, il nous semble qu'elle ne doit pas être condamnée définitivement. Simplement, elle ne peut être utilisée, comme la doctrine du respect des situations acquises, que dans certaines hypothèses, dans lesquelles ses limites ne se font pas sentir.

781. Lorsque cette méthode est utilisable, l'intérêt de la dissociation entre for de jugement et for de raisonnement, son originalité aussi, est qu'elle permet une émancipation totale par rapport à la règle de conflit de lois. Le for de raisonnement peut ne pas être celui de l'ordre juridique dont la loi régit le litige ou la question principale, ce qui n'est pas forcément le cas des autres méthodes.

Toutefois, pour que la solution soit pleinement convaincante et cohérente, il faut réellement « copier » la solution du for de raisonnement, intégrer à nouveau non pas ses seules règles de conflit de lois mais l'ensemble de ses règles et techniques de droit international privé, sauf à obtenir une conformité purement théorique. En effet, si tel ne devait pas être le cas, le juge du for de jugement pourrait aboutir, tout en appliquant cette méthode, à une solution qui ne serait absolument pas celle du for de raisonnement. Cela ne serait évidemment pas satisfaisant, car par exemple, en présence d'une compétence exorbitante, le demandeur pourrait malgré tout tirer avantage de la situation. L'effet dissuasif recherché par M. Droz ne pourrait donc pas être atteint.

De même, à propos des questions préalables, l'approche de M. Picone préconisant une prise en considération globale de l'ordre juridique étranger nous semble la seule satisfaisante. Mais la méthode du for de raisonnement permet d'apporter un élément supplémentaire et de prendre conscience qu'un ordre juridique tiers est impliqué.

Il faut donc selon nous juxtaposer les deux méthodes et appréhender le système juridique du for de raisonnement comme un tout unitaire, ne pas tenir compte uniquement de ses règles de conflit de lois. Or, il n'est pas certain que M. Droz préconise une telle approche. Il

¹⁰¹² Voir *supra* n°778.

semble en effet se cantonner au recours aux « *règles de conflit d'un autre système juridique* »¹⁰¹³. Pourtant, le fait même de considérer qu'il faut raisonner comme un autre juge devrait impliquer un dépassement de ce seul stade.

Une telle approche globale entraîne alors la nécessité de faire produire des effets à l'ordre public international de l'ordre juridique du for de raisonnement, comme cela est le cas également pour la méthode de M. Picone pour l'ordre juridique de référence cette fois.

Une place devrait donc être faite aux ordres publics internationaux étrangers dans les deux cas.

§ 2-La nécessaire place de l'ordre public international étranger dans les méthodes visant à éliminer les conflits entre ordres juridiques.

782. Nous verrons successivement les deux approches ; en effet, certaines différences peuvent apparaître entre elles. Pour la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, l'ordre public international étranger ne devrait être que pris en considération (A). Au contraire, pour la méthode du for de raisonnement, il est possible d'hésiter entre application et prise en considération (B).

A-Méthode de référence à l'ordre juridique compétent et prise en considération de l'ordre public international étranger.

783. En exposant la méthode qu'il préconise, M. Picone insiste à de nombreuses reprises sur la nécessité de prendre en considération l'ordre juridique étranger de référence comme un tout global et unitaire. Il faut donc se référer à l'intégralité de ses règles et techniques se rapportant au droit international privé et non à ses seules règles de conflit de lois. Or, l'ordre public international de cet ordre juridique en fait nécessairement partie et ne peut être exclu du raisonnement. Dès lors, si ce mécanisme a une influence sur la situation en cause, il serait totalement incohérent de ne pas en tenir compte. Par exemple, s'il s'agit de reconnaître au sein de l'ordre juridique du for une situation étrangère sur le fondement d'une règle de référence à l'ordre juridique compétent et que cette situation a été obtenue au sein de l'ordre juridique de référence en vertu de l'ordre public international local, il n'y a pas de raison de ne pas faire intervenir cet élément dans la solution. L'ordre public international fait partie de l'ensemble des règles et techniques de droit international privé d'un ordre juridique.

Par conséquent, lorsque la méthode de référence à l'ordre juridique compétent est utilisée, l'ordre public international étranger peut avoir un rôle à tenir.

784. Toutefois, lorsqu'une telle logique est employée, l'ordre juridique du for ne fait que prendre en considération la position d'un autre ordre juridique et donc le droit international

¹⁰¹³ G. Droz, *RCADI* 1991, cours précité, n°390, p.358.

privé étranger pour une situation donnée ; il ne l'applique pas à proprement parler. Nous avons déjà vu qu'il s'agissait d'une sorte de *data*. Les autorités du for constatent qu'une situation produit ou est susceptible de produire ses effets au sein de l'ordre juridique de référence et les conséquences sont tirées, en vertu cette fois des règles de droit international privé de leur propre ordre juridique.

L'ordre public international étranger est alors, lorsqu'il intervient, un *datum*. Le for ne va pas l'appliquer mais simplement le prendre en considération. Le phénomène est identique à celui que nous avons constaté à propos des lois de police tierces. L'autorité saisie va dans certaines circonstances tenir compte de l'existence de telles lois, sans pour autant adhérer aux valeurs qu'elles reflètent. Il en va de même pour l'ordre public international étranger dont l'influence concrète est prise en compte par le for. Son intervention effective ou supposée va influencer le résultat de la réflexion, sans pour autant que le for souscrive aux conceptions défendues. Des exemples concrets démontrent la nécessaire prise en considération de l'ordre public international étranger.

785. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de créer une situation juridique au sein de l'ordre juridique du for, sur le fondement d'une règle de référence à l'ordre juridique compétent. Le juge se trouve alors dans la même situation que l'arbitre international qui sait où sa sentence est appelée à être exécutée. Il tient compte de cet élément dans sa réflexion et plus particulièrement de la conception de l'ordre public international de l'Etat ou des Etats en cause à des fins d'efficacité¹⁰¹⁴.

786. L'article 77 de la loi suisse de droit international privé est une hypothèse de consécration de cette méthode. Il dispose que :

« 1) Les conditions de l'adoption prononcée en Suisse sont régies par le droit suisse.

2) Lorsqu'il apparaît qu'une adoption ne serait pas reconnue dans l'Etat du domicile ou dans l'Etat national de l'adoptant ou des époux adoptants et qu'il en résulterait un grave préjudice pour l'enfant, l'autorité tient compte en outre des conditions posées par le droit de l'Etat en question. Si, malgré cela, la reconnaissance ne paraît pas assurée, l'adoption ne doit pas être prononcée.

3) L'action en annulation d'une adoption prononcée en Suisse est régie par le droit suisse. Une adoption prononcée à l'étranger ne peut être annulée en Suisse que s'il existe aussi un motif d'annulation en droit suisse ».

Le droit suisse est donc applicable lorsque les autorités suisses sont compétentes. Néanmoins, la position d'un ou plusieurs ordres juridiques de référence est prise en compte. Si l'adoption que les autorités suisses souhaitent prononcer n'est pas reconnue dans cet ou ces Etats, elles doivent tenir compte des conditions posées par le ou les droits en question. Si malgré cela la situation devait être boiteuse, l'adoption ne doit pas être prononcée, s'il devait en résulter un grave préjudice pour l'enfant. Par conséquent, si l'adoption n'est pas susceptible de reconnaissance à l'étranger mais qu'il n'en résulte aucun préjudice pour l'enfant, elle pourra tout de même être prononcée en Suisse. En dépit de cela, il s'agit d'un cas d'utilisation de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent.

¹⁰¹⁴ Voir *supra* n°738 et s.

Une telle approche était déjà préconisée par les articles 8 a alinéa 2 et 8 c de l'ancienne loi suisse¹⁰¹⁵. Elle se retrouve également dans la jurisprudence anglaise¹⁰¹⁶.

L'attitude de l'ordre juridique de référence va ainsi être prise en compte, l'ensemble de ses règles et techniques de droit international privé devant intervenir dans le raisonnement. La conséquence d'une non-reconnaissance de l'adoption par cet ordre juridique peut être, effet ultime, la mise à l'écart du droit suisse selon lequel l'adoption est possible. Ce qui justifie une telle solution est que les autorités suisses se voient attribuer une large compétence en matière d'adoption¹⁰¹⁷. Elles peuvent en particulier se prononcer même à propos de situations n'entretenant que des liens ténus avec la Suisse. Le refus de prononcer une adoption pourtant possible en vertu du droit suisse ne devrait intervenir que pour ces seules situations. Une condition fondamentale figure en effet dans le texte, comme nous l'avons vu : l'adoption ne doit pas être prononcée lorsqu'elle n'est pas reconnue à l'étranger et qu'il en résulterait un grave préjudice pour l'enfant. Ce dernier élément dépend du degré d'intégration en Suisse de la famille adoptive. Le caractère dommageable du refus de reconnaissance sera plus facilement établi lorsque l'adoptant et l'adopté vivent à l'étranger et notamment dans le pays dont l'ordre juridique est pris comme référence. Si l'enfant et la famille sont bien intégrés en Suisse et donc qu'ils présentent des liens forts avec ce pays, la non-reconnaissance dans le ou les ordres juridiques de référence n'a que peu d'importance. Par conséquent, plus les liens avec la Suisse sont étroits, moins la référence aux ordres juridiques étrangers visés aura d'impact.

Mais ces ordres juridiques étrangers, lorsqu'ils sont pris en référence, doivent être considérés dans leur globalité, tous les motifs de non-reconnaissance devant intervenir dans le raisonnement. L'ordre public international en fait alors nécessairement partie, ce qui est d'ailleurs admis par les autorités helvétiques¹⁰¹⁸. Si le préjudice lié à la non-reconnaissance existe, peu importe la raison de cette dernière, que ce soit l'ordre public international étranger ou une autre. Il faut ainsi aller au bout du raisonnement, l'ordre public international devant être pris en considération, constituant un *datum* comme un autre, qu'il serait arbitraire d'écarter. Les conséquences de son intervention sont déduites par application du droit suisse qui reste seul compétent¹⁰¹⁹.

L'ordre public international étranger est alors susceptible d'écarter la loi suisse, lorsque l'adoption que l'on envisage de prononcer en Suisse est contraire aux conceptions défendues par l'ordre juridique étranger de référence.

787. Le problème se pose de savoir si une telle solution est acceptable quel que soit le contenu de l'ordre public international étranger. Par hypothèse, l'ordre public international suisse et l'ordre public international de l'ordre juridique de référence ne sont pas

¹⁰¹⁵ Voir au sujet de ces dispositions : A.-F. Gessner et G. Mayer, « L'adoption dans les principales législations européennes (étude de droit interne et de droit international privé), II-Droit international privé : Suisse », *RIDC* 1985, 865 et s.

¹⁰¹⁶ Voir ainsi *In Re B. (An Infant)* [1968] Ch. 204, *JDI* 1969, 143 commentaire K. Lipstein et A.-F. Gessner, « L'adoption dans les principales législations européennes (étude de droit interne et de droit international privé), II-Droit international privé : Angleterre », *RIDC* 1985, 733 et s.

¹⁰¹⁷ Voir les articles 75 et 76 de la loi suisse de droit international privé définissant cette compétence.

¹⁰¹⁸ Division de la Justice 10 décembre 1973, *JAAC* 1974, n°8, p.18 ; Office fédéral de la Justice 20 février 1981, *JAAC* 1981, n°11, p.45. Ces deux décisions ont été rendues sur le fondement de l'ancienne règle de conflit.

¹⁰¹⁹ Pour la description de cette technique à propos de la jurisprudence anglaise en matière d'adoption, voir J.-M. Bischoff, « L'adoption dans les principales législations européennes (étude de droit interne et de droit international privé) II-Droit international privé : introduction comparative », *RIDC* 1985, 703, spéc. p.708.

identiques, la solution suisse heurtant le second. Malgré tout, l'ordre public international étranger devrait être pris en considération, quel que soit son contenu, quelle que soit la raison de son intervention. De nombreuses justifications peuvent être avancées en ce sens.

Tout d'abord, si l'on considère que le prononcé de l'adoption cause un grave préjudice à l'enfant, peu importe, là encore, la motivation du refus de reconnaissance dans l'ordre juridique de référence. Le dommage existe ou n'existe pas. Les raisons de l'intervention de l'ordre public international étranger peuvent avoir une importance lorsqu'il s'agit précisément d'apprécier ce préjudice. Il convient à cette occasion de procéder à une pesée des avantages et inconvénients pour l'enfant, du prononcé ou du refus de prononcer l'adoption. Or, il est possible qu'il soit plus avantageux pour lui que les autorités suisses prononcent l'adoption plutôt que de faire prévaloir la position d'un ordre juridique étranger dont les conceptions sont choquantes. L'ordre public international étranger est alors rejeté, non pas en tant que tel, mais en tant qu'élément intervenant dans l'appréciation du préjudice de l'enfant.

De plus, par définition, comme nous l'avons démontré précédemment, le point de vue de l'ordre juridique étranger ne peut intervenir que pour les situations présentant les liens les plus lâches avec la Suisse. Inversement, plus les liens avec l'ordre juridique étranger sont forts, plus sa position à propos de l'adoption, notamment son ordre public international, a de titres à intervenir. Il s'agit donc, pour le for suisse, d'une sorte d'*Inlandsbeziehung* à rebours.

De même, dans ces cas-là, l'ordre public international du for sera d'autant plus tolérant que les liens avec la Suisse sont peu importants. Les conditions sont donc remplies pour que l'ordre public international étranger ait un maximum de latitude.

Enfin, il faut souligner qu'en agissant de la sorte, le for ne fait pas siennes les solutions étrangères, quelles qu'elles soient. Elles ne sont que prises en considération et non appliquées, le préjudice subi par l'enfant ou son intérêt étant des conditions posées par le seul droit suisse.

L'ordre public international de l'ordre juridique de référence vient s'intégrer naturellement dans le raisonnement, pouvant même s'imposer en cas de contrariété avec l'ordre public international du for, un intérêt supérieur, celui de l'enfant, devant être préservé. Mais ce dernier constat ne vaut pas dans toutes les situations.

788. En ce sens, il est possible de citer l'article 43 de la loi suisse de droit international privé selon lequel :

« 1) Les autorités suisses sont compétentes pour célébrer le mariage si l'un des fiancés est domicilié en Suisse ou a la nationalité suisse.

2) Les fiancés étrangers non domiciliés en Suisse peuvent aussi être autorisés à s'y marier par l'autorité compétente lorsque le mariage est reconnu dans l'Etat de leur domicile ou dans leur Etat national.

3) L'autorisation ne peut pas être refusée pour le seul motif qu'un divorce prononcé ou reconnu en Suisse n'est pas reconnu à l'étranger ».

L'alinéa 2 est particulièrement intéressant pour nous. Cette disposition concerne les mariages présentant les liens les plus faibles avec la Suisse. Aucun des époux ne doit avoir plusieurs nationalités dont l'une est suisse, aucun ne doit avoir un domicile suisse ou résider habituellement en Suisse dans l'hypothèse où il n'aurait nulle part de domicile.

En raison de la faiblesse du titre de compétence des autorités suisses, la reconnaissance du mariage que l'on envisage de célébrer doit être assurée dans l'Etat du domicile ou l'Etat national des époux, le rattachement étant distributif, jouant pour chacun des époux, en cas de domicile dans des Etats différents ou de nationalités différentes.

Si la reconnaissance n'est pas assurée dans ces ordres juridiques de référence, l'autorisation en cause ne peut pas être délivrée, le mariage ne pouvant dès lors être célébré en Suisse. Or, si l'ordre public international d'un Etat, dont l'ordre juridique sert de référence, fait obstacle à la reconnaissance, il devra là encore être pris en considération.

Toutefois, certaines limites doivent être mises en évidence. En premier lieu, en vertu de l'article 43 alinéa 3, lorsque l'ordre juridique de référence ne reconnaît pas un divorce prononcé en Suisse, élément faisant obstacle également à la reconnaissance du mariage envisagé, l'autorisation doit malgré tout être délivrée. Par conséquent, si l'ordre public international de l'ordre étranger de référence est la cause de la non-reconnaissance du divorce suisse, il ne pourra pas l'emporter, il ne devra pas être pris en considération. Il y a donc une restriction à l'admission de l'ordre public international étranger.

En second lieu, il a été proposé de faire intervenir la réserve de l'ordre public international suisse dans le cadre de l'article 43 alinéa 2¹⁰²⁰.

Ainsi, l'autorisation en cause devrait être délivrée si la non-reconnaissance du mariage à l'étranger intervient pour un motif contraire à l'ordre public international suisse. Cette interprétation est justifiée par l'idée de *favor matrimonii*. Le fait que l'ordre public international du for puisse intervenir sème quelque peu le trouble. En effet, faire jouer une telle exception à l'encontre de ce qui constitue un *datum* n'est pas concevable. La solution étrangère ne régit pas le rapport de droit en cause mais constitue une sorte de fait qui ne peut être évincé, sous peine de nier l'évidence et surtout la réalité concrète, s'imposant aux personnes intéressées.

Pourtant, il est délicat d'accorder une prédominance à la solution étrangère sans maintenir cette réserve, servant là encore de soupape de sécurité. Le risque est de consacrer un résultat choquant, au regard des conceptions fondamentales du for, en son sein même. Le maintien de l'exception semble donc indispensable et être une nécessité logique. Cela montre que le rapprochement avec la théorie des *data* n'est que partiellement pertinent pour la méthode de référence à l'ordre juridique compétent.

En effet, le rapport en cause est toujours susceptible de produire des effets dans d'autres ordres juridiques que celui pris comme référence et en premier lieu celui du for. Il peut donc y avoir un intérêt réel à créer une situation dans l'Etat du for, puisqu'elle pourra s'y développer. Si tel ne devait pas être le cas, car elle est appelée à ne produire d'effets que dans l'ordre juridique de référence, alors que son ordre public international s'y oppose, il est délicat de trouver un titre de compétence pour les autorités du for et surtout, l'ordre public international du for ne devrait être que très rarement heurté en raison de la quasi-absence de liens existants entre le for et l'espèce concernée.

¹⁰²⁰ A. Bucher et A. Bonomi, *Droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 2001, n°629, p.168-169 ; B. Dutoit, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, op.cit.*, observations sous l'article 43, p.136, § 9.

En dehors de telles hypothèses, faire intervenir l'ordre public international du for ne paraît pas inconcevable, car cela ne revient pas à nier la réalité, mais simplement à remettre en cause la possibilité de coordination, risquer de créer une situation boiteuse, sans pour autant aller à l'encontre de l'évidence, ou de règles s'imposant aux personnes intéressées. Par conséquent, la théorie des *data* n'est pas entièrement transposable à la méthode de référence à l'ordre juridique compétent. Il est vrai que dans les deux cas un état de fait existant à l'étranger est constaté par le for, sans appliquer les règles de l'ordre juridique en cause. Mais dans la méthode consacrée par la loi suisse de droit international privé, celui-ci n'exerce pas le même type d'emprise sur le rapport de droit que dans la théorie des *data*. Elle peut être certaine sans pour autant être exclusive, la situation pouvant exister par ailleurs. La ressemblance entre les approches est donc instructive mais n'est que partielle.

L'impact de l'ordre public international étranger n'est ainsi pas le même pour le mariage que pour l'adoption internationale, deux principes différents sous-tendant les deux dispositions. Toutefois, dans les deux cas, le for garde la haute-main sur la situation, soit grâce à son propre ordre public international, soit par l'intermédiaire de notions permettant davantage de souplesse tel que le « *grave préjudice pour l'enfant* », permettant de privilégier, le cas échéant, un intérêt personnel par rapport à l'application des mécanismes classiques dans toute leur rigueur. C'est pourquoi l'ordre public international étranger, même contraire à celui du for peut, selon nous, l'emporter dans une telle hypothèse, de façon exceptionnelle et circonstanciée.

789. La prise en considération de l'ordre public international étranger est également possible dans les cas où cette méthode est utilisée pour la reconnaissance de situations étrangères. Le for subordonne la reconnaissance au fait que le rapport ait été créé ou soit au moins reconnu voire susceptible de reconnaissance dans un ordre juridique étranger de référence.

Par conséquent, l'ordre public international étranger peut intervenir si la relation juridique a été constituée dans l'ordre de référence grâce à son intervention. De même, il pourra jouer un rôle si une situation émanant d'un ordre tiers n'est pas reconnue dans l'ordre de référence du fait de son intervention.

L'article 65 de la loi suisse de droit international privé met en œuvre une telle méthode. Il dispose que :

« 1) Les décisions étrangères de divorce ou de séparation de corps sont reconnues en Suisse lorsqu'elles ont été rendues dans l'Etat du domicile ou de la résidence habituelle, ou dans l'Etat national de l'un des époux, ou si elles sont reconnues dans un de ces Etats.

2) Toutefois, la décision rendue dans un Etat dont aucun des époux ou seul l'époux demandeur a la nationalité n'est reconnue en Suisse que :

a) lorsque, au moment de l'introduction de la demande, au moins l'un des époux était domicilié ou avait sa résidence habituelle dans cet Etat et que l'époux défendeur n'était pas domicilié en Suisse ;

b) lorsque l'époux défendeur s'est soumis sans faire de réserve à la compétence du tribunal étranger, ou

c) lorsque l'époux défendeur a expressément consenti à la reconnaissance de la décision en Suisse ».

Les deux situations peuvent donc se présenter. La reconnaissance d'un divorce acquis sur le fondement de l'ordre public international étranger est possible, de même que le refus de reconnaissance en raison de l'intervention de l'ordre public international de l'ordre juridique de référence à l'égard d'une décision de divorce émanant d'un Etat tiers.

790. La question de la portée de l'admission de l'ordre public international étranger se pose là encore.

Si la décision étrangère de création ou de refus de reconnaissance repose sur une conception de l'ordre public international identique à celle du for, il n'y a aucune difficulté. On retrouve en quelque sorte la théorie de l'effet réflexe¹⁰²¹.

Plus délicates sont les situations de divergences entre les ordres publics internationaux en présence. Il se peut, tout d'abord, qu'il y ait désaccord sans pour autant qu'il y ait contrariété. La solution du for ne serait pas identique à celle de l'ordre étranger mais la décision de ce dernier, créatrice ou refusant la reconnaissance, n'est pas contraire aux conceptions fondamentales du for. Dans de telles hypothèses, l'ordre public international étranger bénéficie d'une marge de manoeuvre et peut avoir un impact alors même que son contenu n'est pas semblable à celui du for¹⁰²².

Il se peut ensuite que les conceptions étrangères soient non seulement divergentes mais également contraires à celles du for. L'ordre public international étranger fonde une situation incompatible avec les exigences fondamentales du for ou encore, le refus de reconnaissance par l'ordre juridique de référence d'une décision émanant d'un Etat tiers est choquant aux yeux du for. Face à de tels cas, il est légitime de penser que l'ordre public international du for devrait prévaloir. M. Picone lui-même considère que l'intervention de ce mécanisme doit être réservée¹⁰²³.

Toutefois, l'ordre public international du for ne devrait jouer que rarement puisque l'on se trouve par définition en présence d'une situation constituée à l'étranger. La conception dite « atténuée » de ce mécanisme est donc seule concernée¹⁰²⁴. De plus, la méthode préconisée n'intervient en principe que pour les rapports les plus extérieurs au for, entretenant le moins de liens avec ce dernier. Cela est vrai notamment pour l'article 65 de la loi suisse de droit international privé. La référence à l'ordre juridique compétent ne joue pas lorsqu'il apparaît que la Suisse entretient des liens significatifs avec le cas d'espèce (article 65 alinéa 2a).

L'ordre public international étranger a donc là encore une certaine marge de manoeuvre. Cependant, il ne semble pas qu'il puisse prendre le dessus par rapport à l'ordre public international du for, contrairement au cas de création d'une situation juridique au sein de

¹⁰²¹ Voir *supra* n°728 et s.

¹⁰²² Pour une illustration de cette possibilité, voir Reichsgericht 15 mai 1931, *RGZ* 132, 416 ; *JDI* 1932, 753 que nous avons étudié précédemment (*supra* n°750) et qui peut être considéré comme une application de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, la possibilité de reconnaissance du mariage en Italie étant prise en compte. L'ordre public international allemand n'était heurté ni par la solution autrichienne, ni par la solution italienne.

¹⁰²³ P. Picone, *RCADI* 1986, cours précité, n°19, p.300-301.

¹⁰²⁴ Pour un exemple d'intervention de l'ordre public international suisse à l'encontre d'une décision libanaise de répudiation, voir TF 4 juillet 2000, *ATF* 126 III 327.

l'ordre juridique du for. En effet, dans le cas de l'article 77, la prise en compte d'un ordre public international étranger contraire conduit au refus de prononcer l'adoption, donc au maintien du *statu quo*. De plus, par hypothèse, cela ne nuit pas à l'un des principaux intéressés, sinon le principal intéressé, l'adopté, en raison de l'intervention de la notion de « *grave préjudice* ». Au contraire, pour la reconnaissance, cela revient à consacrer une décision étrangère, à lui laisser produire des effets positifs alors même qu'elle est choquante au regard des conceptions fondamentales du for. Mais dans tous les cas, comme nous l'avons vu, le for conserve toujours la mainmise, il n'y pas de risque de dérapage, soit grâce à son ordre public international, soit grâce à des notions différentes mais pouvant jouer un rôle proche tel que l'intérêt de l'enfant.

En cas de mise en cause de l'exception du for, les solutions étrangères sont évincées dans leur globalité. Il serait artificiel de ne rejeter que l'ordre public international étranger, ou un autre élément particulier d'ailleurs, le risque étant de recourir à une méthode de coordination ne permettant qu'une harmonie fictive. Ce serait aller à l'encontre de la logique des théories que nous avons analysées.

Il est alors normal de revenir à une approche classique, le point de vue du for l'emportant. Cela conduit ainsi à créer une situation en vertu de la loi désignée par les rattachements choisis par le for, malgré l'opposition de l'ordre public international étranger ou à reconnaître une situation étrangère alors, par exemple, que l'ordre public international étranger fait obstacle à une telle reconnaissance dans l'ordre juridique de référence ou encore à refuser de la reconnaître alors qu'elle a été créée dans l'ordre de référence en vertu de l'ordre public international local.

Dans tous les cas, une solution opposée à celle de l'ordre considéré comme prépondérant est retenue, le for faisant prévaloir ses solutions de façon autonome, le souci d'harmonie étant dès lors totalement abandonné.

791. La méthode du for de raisonnement est susceptible de faire l'objet d'une analyse assez proche. Pourtant, certaines divergences doivent être mises en évidence, car les règles de l'ordre juridique étranger ne servent plus simplement de référence mais sont appliquées.

B-Méthode du for de raisonnement et application de l'ordre public international étranger.

792. Nous avons vu précédemment que l'approche préconisée ne pouvait être pleinement satisfaisante que si l'autorité du for de jugement raisonnait comme le ferait le juge du for dont la compétence apparaît prépondérante, en faisant intervenir toutes les règles de droit international privé de l'ordre juridique en cause. Le recours aux seules règles de conflit de lois ne paraît pas suffisant. L'ordre public international étranger doit donc également avoir sa place. Il s'agirait d'une autre possibilité pour faire jouer cette notion, qui s'impose d'autant plus que M. Droz reprend d'anciennes doctrines, à propos desquelles l'intervention de l'ordre public international étranger a été envisagée¹⁰²⁵. Une particularité doit pourtant être mise en évidence par rapport à ce que nous avons vu à propos de la méthode de

¹⁰²⁵ Voir ainsi à propos des questions préalables *supra* n°757, pour la Foreign Court Theory, *supra* n°755, pour la doctrine du respect des situations acquises, voir expressément, Audit, n°247, p.219.

référence à l'ordre juridique compétent. En effet, le juge du for de jugement doit appliquer les règles et techniques de droit international privé du juge étranger et non pas uniquement les prendre en considération.

793. Ainsi, en cas de création d'une situation, il ne doit pas recourir aux règles classiques et notamment faire jouer la loi désignée par le rattachement choisi par le for, le résultat produit devant ensuite être confronté au point de vue de l'ordre juridique de référence. Il devra au contraire recourir aux règles du for de raisonnement pour déterminer la loi applicable. Si l'ordre public international étranger doit intervenir, il s'agira d'une hypothèse d'application et non de simple prise en considération de cette notion.

794. Un exemple législatif peut éclairer ce point. Il s'agit de l'article 91 alinéa 1^{er} de la loi suisse de droit international privé, qui dispose que :

« La succession d'une personne qui a eu son dernier domicile à l'étranger est régie par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'Etat dans lequel le défunt était domicilié ».

Selon ce texte, il faut appliquer le droit désigné par les règles de droit international privé d'un ordre juridique étranger. La justification d'une telle attitude est que la compétence des autorités suisses apparaît comme étant subsidiaire par rapport à celle des autorités du pays du dernier domicile du défunt qui est prépondérante¹⁰²⁶.

Ce texte habilite donc les autorités suisses à écarter les règles habituelles de conflit et à recourir à la méthode du for de raisonnement. Il s'agit d'une règle de conflit particulière. Il est d'ailleurs intéressant de constater qu'il n'est pas fait référence aux seules règles de conflit de lois étrangères. Certes, l'utilisation des termes « *règles de droit international privé* » peut être une simple évocation du renvoi, la position étrangère quant à l'admission ou au rejet de ce mécanisme devant intervenir dans le raisonnement, question qui est souvent abordée par les auteurs¹⁰²⁷.

Mais il nous semble qu'il faut aller plus loin et inclure dans la réflexion l'ordre public international étranger, de même que toutes les règles et techniques de droit international privé, afin d'aboutir réellement à l'application du droit désigné par les règles de droit international privé du for de raisonnement et à une identité de résultat final.

Une telle solution est possible, en vertu du texte même de l'article. De plus, cette analyse peut être renforcée par la position des juridictions suisses à propos du renvoi. Nous avons vu précédemment que l'ordre public international de l'ordre juridique dont la règle est consultée est inclus dans le raisonnement alors même qu'une règle de conflit suisse classique est à l'origine de la réflexion¹⁰²⁸. En cas d'utilisation de la méthode du for de raisonnement, lorsque l'on sait que le droit international privé d'un autre ordre juridique est prépondérant, il faut *a fortiori* faire intervenir l'ordre public international étranger. Le juge du for doit se mettre « dans la peau ou dans le fauteuil » du juge du for de raisonnement et donc doit recourir à toutes les règles et techniques qui constituent l'environnement de droit

¹⁰²⁶ A. Von Overbeck, « Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé », *Rev. crit.* 1988, 237, spéc. p.248.

¹⁰²⁷ A. Von Overbeck, *ibidem* ; G. Droz, *RCADI*, cours précité, n°384, p.354-355.

¹⁰²⁸ Voir *supra* n°749.

international privé de ce dernier. La logique et la cohérence de l'ordre juridique suisse, eu égard à sa position à propos du renvoi, mais aussi de l'ordre juridique étranger, sont en faveur de l'admission du jeu de l'ordre public international étranger.

795. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'objectif est de faire en sorte que les compétences juridictionnelles soient interchangeable ou en tous cas que le demandeur ne tire pas profit, pour la détermination de la loi applicable, d'une compétence juridictionnelle déjà exorbitante et qui, quant à elle, le favorise. Si l'ordre public international étranger n'est pas intégré dans le raisonnement relatif à la loi applicable, le demandeur peut très bien, malgré l'adoption de la méthode du for de raisonnement, opter pour la juridiction dont l'accès est le plus commode pour lui ou le plus pénalisant pour le défendeur et en plus bénéficier, quant à la loi applicable, d'une divergence des ordres publics internationaux en présence.

Une difficulté n'apparaît que dans de tels cas, en présence d'une divergence entre les ordres juridiques quant à leurs conceptions fondamentales, le détournement éventuel n'étant concevable que face à une telle hypothèse. En l'absence de désaccord, si l'ordre public international du for adopte la même position que l'ordre juridique étranger, l'acceptation du jeu de l'ordre public international étranger ne devrait pas poser problème et s'inscrit dans la logique des choses.

Face à ce qui constitue le problème réel, on retrouve en premier lieu l'hypothèse dans laquelle le for saisi ne partage pas les mêmes conceptions que le for de raisonnement mais sans pour autant être choqué par les solutions pratiquées par ce dernier. Dans de tels cas, l'ordre public international étranger doit être retenu et influencer la solution afin d'éviter les possibilités de détournement. De façon plus générale, cela oblige à raisonner réellement comme l'aurait fait le juge dont la compétence paraît prépondérante.

En second lieu, les principes fondamentaux du for peuvent être heurtés par les conceptions divergentes de l'ordre juridique de raisonnement. Au premier abord, il est logique de penser que cette situation devrait être rare. En effet, si le juge du for saisi se sent « mal à l'aise dans son fauteuil » c'est en raison des liens faibles qu'entretient la situation en cause avec son ordre juridique. Son propre ordre public international ne devrait donc pas avoir à intervenir fréquemment, les conditions spatiales de déclenchement n'étant pas remplies. Cela offrirait en conséquence une marge de manoeuvre à l'ordre public international étranger concerné.

Toutefois, il ne faut pas oublier qu'en recourant à la méthode du for de raisonnement, le juge saisi va appliquer les solutions étrangères. Il ne va pas se contenter de les prendre en considération, comme c'est le cas pour la méthode de référence à l'ordre juridique compétent. Ainsi, pour l'ordre public international, il adopte les conceptions étrangères et ne fait pas que tirer les conséquences d'un *datum*. La tolérance doit donc nécessairement être moins grande, l'ordre juridique saisi ne pouvant appliquer des solutions qu'il considère comme choquantes. En cas d'atteinte à ses conceptions fondamentales, le for saisi n'a aucune latitude ; son propre ordre public international doit prévaloir.

796. Il est alors légitime de s'interroger sur les conséquences de cette contrariété. Le juge du for saisi doit-il appliquer la seule règle de conflit de l'ordre juridique étranger ou au contraire raisonner selon ses propres règles de conflit et donc mettre la méthode elle-même à l'écart ? Il nous semble que la seconde approche est préférable. L'ordre juridique du for saisi a cherché à se coordonner et cela s'est avéré impossible. Il serait artificiel d'appliquer la seule règle de conflit étrangère et d'aboutir à une solution qui ne serait de toute façon pas

celle consacrée par le juge du for de raisonnement, la dérogation aux solutions classiques ne pouvant se justifier par une recherche d'harmonie.

* * *

Conclusion de la section :

797. L'essentiel est pour nous que l'ordre public international étranger a effectivement un rôle à jouer en cas de recours à ces théories particulières, pouvant être pris en compte et même appliqué. Sans cet élément, ces méthodes perdraient de leur cohérence. Toutefois, une soupape de sécurité semble toujours nécessaire, principalement la réserve de l'ordre public international du for.

La conclusion est donc identique à celle qui peut être faite pour les lois de police étrangères. L'intervention est admise mais pour autant, le for cherche à préserver ses intérêts et ses principes fondamentaux. De même qu'une loi de police du for l'emporte sur une loi de police étrangère, l'ordre public international du for doit l'emporter sur un ordre public international étranger qui lui porte atteinte.

Il reste à savoir maintenant si l'ordre public international étranger est susceptible d'intervenir en dehors des méthodes particulières, de même que cela est préconisé pour les lois de police étrangères.

Section III-L'intervention de l'ordre public international étranger à l'état pur.

798. Il faut tout d'abord préciser l'hypothèse dans laquelle nous nous plaçons. L'ordre juridique du for fait jouer ses règles de conflit classiques. Il n'y a donc pas de recours à des solutions conflictuelles se référant à l'ordre juridique compétent ou application des règles étrangères du for de raisonnement. Il s'agit des cas habituels de droit international privé, qui sont aussi les plus fréquents. La question est alors de savoir si le for peut faire intervenir un ordre public international étranger dans ce contexte, comme cela est possible pour les lois de police étrangères. Une telle approche semble pouvoir se justifier (§ 1), mais est nécessairement limitée (§ 2).

§ 1-Une approche théoriquement possible.

799. Un rapprochement peut être tenté entre l'ordre public international tiers et les lois de police tierces. D'une part, la technique de la prise en considération est envisageable, l'ordre public international étranger pouvant avoir le même effet de ce point de vue qu'une loi de police étrangère. Toutefois, cette technique spécifique ne devrait pas intervenir fréquemment. Malgré tout, son étude permet de mettre en évidence que le seul recours à l'effet négatif de l'ordre public international tiers peut être suffisant. Un impact certain peut ainsi être conféré à l'ordre public international étranger au sein du for (A). D'autre part, la technique de l'application, consistant à associer effet négatif et effet positif, doit également être abordée, alors pourtant qu'elle semble se heurter aux solutions classiques que nous avons vues plus haut (B).

A-Prise en considération et effet négatif de l'ordre public international étranger.

800. La prise en considération de l'ordre public international tiers consiste, sans aucune surprise à faire rentrer cet élément dans le présumé de la règle substantielle applicable. Par conséquent, la loi normalement compétente continue à régir la relation juridique et à déterminer sa substance, mais l'ordre public international étranger n'est pas pour autant négligé et écarté du raisonnement. En effet, il peut à nouveau s'agir d'un *datum* s'imposant aux personnes concernées, exerçant une influence effective sur la situation en cause. Par conséquent, nier son existence reviendrait à nier l'évidence. Ainsi, un Etat peut présenter un lien significatif avec un rapport juridique, sans que sa loi soit applicable. Cela peut être fréquemment le cas en matière contractuelle en raison de la règle de conflit faisant intervenir le choix des parties. La prise en compte de l'ordre public international de cet Etat est susceptible d'être une nécessité.

A nouveau, l'ordre public international étranger pourra jouer en toutes circonstances, quel que soit son contenu et même s'il est choquant au regard des conceptions du for, puisqu'il n'est considéré que comme un fait et non comme une règle de droit dont le juge du for fait sien le contenu. De même qu'une loi de police, l'ordre public international étranger peut, par exemple, constituer un événement de force majeure. Sa prise en compte paraît souhaitable. Le débiteur d'une obligation contractuelle pourrait invoquer l'ordre public international pour justifier l'inexécution de sa prestation.

801. Différents arguments peuvent être invoqués en faveur d'une telle approche. Tout d'abord, il serait artificiel de distinguer entre les cas de force majeure, d'admettre ceux résultant d'une loi de police étrangère et de rejeter ceux découlant de l'exception d'ordre public international étrangère. Il faut uniquement se référer aux conditions de la force majeure et non pas à ses causes. L'ordre public international étranger est donc susceptible

de constituer un *datum* comme un autre et il n'y a pas lieu de l'exclure *a priori* du raisonnement.

Ensuite, comme nous l'avons vu, les deux notions, même si elles sont autonomes, présentent malgré tout certaines similitudes. Il peut même être, dans certains cas, difficile de les distinguer, de savoir si l'une ou l'autre intervient. Cela est d'autant plus délicat qu'en l'occurrence il convient d'observer un système étranger, ce qui ne fait qu'accentuer le problème. Par conséquent, ce qui est vrai pour les lois de police étrangères peut également l'être pour l'ordre public international étranger. Le raisonnement conflictuel ne serait d'ailleurs pas bouleversé par une telle solution. Les conséquences de l'intervention de l'ordre public international étranger seraient déduites de la seule *lex causae* qui continuerait à régir le rapport de droit. Cette méthode nous paraît satisfaisante et nécessaire à des fins de cohérence, à partir du moment où les lois de police et l'ordre public international ne sont pas opposés et, dans une certaine mesure, délicats à dissocier.

Ainsi, il est possible de prendre l'exemple d'un Etat estimant, pour des raisons religieuses, que la consommation et la vente d'alcool sont contraires aux bonnes moeurs, sans édicter pour autant une loi de police, cette technique n'étant pas connue dans tous les systèmes. Son ordre public international évincera pourtant une loi étrangère régissant un contrat de vente d'alcool, selon laquelle l'exécution est parfaitement licite. Si l'Etat dont l'ordre public international est en cause est aussi celui du lieu de livraison, cette circonstance peut éventuellement être considérée comme constitutive d'un cas de force majeure pour la partie devant livrer la marchandise. Cet élément doit par conséquent être confronté à la *lex contractus* qui seule pourra se prononcer sur le point de savoir si les conditions de la force majeure sont remplies ou non. Il s'agit donc d'une question de droit matériel, dont la solution dépend de la loi régissant le contrat. Malgré tout, l'ordre public international étranger n'est pas indifférent en l'espèce et exerce une influence réelle sur la solution du litige.

802. Il serait incohérent de plaider en faveur de la prise en considération des lois de police étrangères sans admettre celle de l'ordre public international étranger, ne serait-ce que parce que seule l'une de ces notions peut être connue dans le système étranger. Il est donc nécessaire, de façon logique, de les traiter toutes deux sur un pied d'égalité. De plus, l'approche traditionnelle n'en est pas pour autant perturbée, les conceptions fondamentales n'étant pas défendues en tant que telles.

Toutefois, une telle solution devrait être exceptionnelle, l'exception d'ordre public international risquant souvent de ne pas exercer une emprise suffisante sur la situation, n'étant pas une norme positive, mais étant constituée de principes plus diffus et soumis à l'interprétation d'une autorité étatique. Si un Etat veut effectivement imposer une solution indérogeable la technique la plus adéquate est celle des lois de police. Les exemples de prise en considération de l'ordre public international étranger devraient donc être rares. Ainsi, concernant l'exemple du contrat de vente d'alcool, la jurisprudence allemande a eu à se prononcer. Etaient en cause des lois de police iraniennes édictées suite à la Révolution Islamique, qui ont été prises en considération dans le cadre de la *lex contractus* allemande, en tant que faits pouvant constituer un événement de force majeure¹⁰²⁹.

803. En revanche, l'ordre public international tiers peut encore intervenir sur un mode proche de la prise en considération, même s'il ne s'agit pas réellement de cette technique. L'autorité du for va tenir compte du fait que la situation qu'elle devrait consacrer selon la

¹⁰²⁹ BGH 8 février 1984, *IPRax* 1986, 154 ; *NJW* 1984, 1746 ; *RabelsZ* 1989, 146 n. H. Baum.

loi désignée par sa règle de conflit classique heurte un ordre public international étranger présentant des liens avec le rapport de droit. Elle va alors aménager sa solution afin de rendre sa décision compatible avec les exigences étrangères.

Prenons l'exemple d'une question de filiation qui se pose au sein du for. Le lien de famille peut être établi d'après la loi désignée par la règle de conflit habituelle, la solution étant de plus compatible avec les conceptions fondamentales du for. Mais, le mode de preuve préconisé par la *lex causae* est contraire à l'ordre public international d'un Etat tiers.

Il est alors possible de prendre en considération l'ordre public international tiers. Il suffit pour cela de constater la contrariété et de recourir à un mode d'établissement de la filiation prévu par la *lex causae* et compatible cette fois avec les exigences de l'ordre juridique tiers, sans pour autant qu'il s'agisse de la solution précise qui est préconisée en son sein.

La technique ainsi utilisée peut s'assimiler à la prise en considération car elle consiste à faire intervenir l'ordre public international étranger mais en le combinant avec la *lex causae*. Toutefois, il n'y a pas d'intégration de l'ordre public international étranger dans le présupposé de la loi normalement applicable. En effet, cette dernière est évincée en partie au moins, ses dispositions normalement applicables au sein du for étant mises à l'écart et remplacées par d'autres, émanant toujours de la même loi, mais compatibles cette fois avec les exigences de l'ordre juridique tiers concerné par la situation. La méthode employée rappelle donc dans une certaine mesure la prise en considération. Il est toutefois souhaitable de ne pas assimiler les deux approches. La prise en considération est une notion autonome. L'étendre de manière inconsidérée ne peut que contribuer à l'obscurcir. Il est donc plus pertinent de considérer qu'en l'occurrence seul l'effet négatif de l'ordre public international étranger en cause est employé.

804. Une telle méthode peut se justifier par la volonté d'instaurer une harmonie entre les différents ordres juridiques impliqués. La décision rendue par le for pourrait ainsi être reconnue dans l'Etat édictant la loi normalement applicable et dans celui dont émane l'ordre public international en cause. De plus, elle a l'avantage de ne pas bouleverser les méthodes classiques, la *lex causae* restant seule applicable à la question en cause.

Ce dernier point constitue également une limite car les cas dans lesquels une solution de remplacement peut être trouvée au sein de la même loi devraient être peu nombreux. Nous retrouvons là les inconvénients mis en évidence à propos du recours à la *lex causae* pour assurer l'effet positif de l'ordre public international¹⁰³⁰.

Lorsqu'une solution alternative n'existe pas dans la *lex causae* mais que le for conserve la volonté de se coordonner avec l'Etat tiers, il convient de recourir à un droit autre, consacrant un résultat compatible avec l'ordre public international tiers. La similitude avec la prise en considération disparaît alors totalement. Il n'y a plus de combinaison entre la loi normalement applicable et une norme ou un principe émanant d'un Etat tiers.

La solution subsidiaire doit alors être recherchée au sein du droit du for ou du droit de l'Etat tiers en cause. Mais dans ce dernier cas, l'hypothèse est celle d'une réelle application de l'ordre public international tiers.

¹⁰³⁰ Voir *supra* n°93 et s.

B-Application de l'ordre public international étranger.

805. En cas d'application, l'ordre public international tiers évince la *lex causae*, mais de plus la norme appliquée de façon subsidiaire est celle à laquelle l'ordre juridique tiers aurait recours face à la lacune ainsi créée. L'effet positif accompagne l'effet négatif. En présence d'un « *Ja/Nein Konflikt* », le résultat de cette intervention revient à consacrer la solution opposée à celle retenue par la *lex causae*, le problème de la substitution ne se posant pas vraiment¹⁰³¹. Mais dans les autres cas, lorsqu'une telle approche est insuffisante, à des fins de cohérence, il convient de consulter l'ordre juridique étranger dont émane l'ordre public international en cause, afin de connaître la règle à faire intervenir. Un retour à la *lex fori* n'est pas logique car cette dernière peut consacrer un résultat lui aussi contraire à l'ordre public international étranger qui est appliqué. Le seul moyen de prévenir un résultat incohérent est de recourir à une application intégrale des méthodes étrangères, effet négatif puis effet positif de l'ordre public international. Par conséquent, le stade de la seule « prise en considération » est dépassé, l'ordre public international tiers est appliqué dans son intégralité.

806. Plusieurs arguments peuvent être invoqués en faveur de l'admission d'une telle application, allant pourtant à l'encontre de l'opinion de la doctrine dominante. Pour la plupart ils n'ont d'ailleurs rien de surprenant, puisqu'ils ont déjà été avancés à propos de l'application des lois de police tierces.

807. En premier lieu, un argument majeur peut être évoqué, constituant le fil directeur de notre étude. Il est quelquefois difficile voire impossible de distinguer ordre public international et lois de police. Par conséquent, il est insatisfaisant que ces deux notions aient des régimes juridiques opposés, cette hypothèse particulière n'échappant pas à un tel constat. Puisque ces mécanismes peuvent se confondre dans une certaine mesure, il est légitime de consacrer sinon des solutions identiques au moins des approches n'introduisant pas une trop grande hétérogénéité.

Cela est d'autant plus vrai que les notions étrangères sont en cause. Au sein de l'ordre juridique du for, il peut être délicat de distinguer l'ordre public international des lois de police à propos d'une question particulière, comme nous l'avons vu auparavant. La difficulté est décuplée face à un milieu juridique ne constituant pas pour le juge du for son environnement quotidien.

808. En second lieu, des arguments autres peuvent également être avancés, propres à justifier l'application d'un ordre public international étranger. L'harmonie internationale des solutions peut ainsi être évoquée. Le recours à un ordre public international étranger permet de consacrer des solutions identiques dans les différents ordres juridiques impliqués, ou au moins dans la plupart d'entre eux, comme cela est le cas pour l'application des lois de police étrangères. Une telle approche a un intérêt évident notamment pour les personnes concernées par un rapport de droit. En effet, la création de situations boiteuses due à l'intervention d'un ordre public international peut ainsi être évitée dans certains cas. Les intéressés n'ont donc pas à tenir compte de solutions contradictoires dans les différents Etats concernés. Cela ne peut que leur être bénéfique et instaurer une réelle continuité entre

¹⁰³¹ Sur la notion de « *Ja/Nein Konflikt* », voir *supra* n°97.

les ordres juridiques. De plus, la solution apportée à une question ne dépendra pas du lieu où elle sera jugée.

L'application de l'ordre public international étranger permettrait aussi de faire obstacle aux fraudes éventuelles, utilisant les divergences entre les conceptions fondamentales des différents pays impliqués. Il s'agit donc d'un argument supplémentaire, s'inscrivant dans le prolongement de l'harmonie internationale des solutions mais qui peut être intéressant, même si en présence d'une fraude avérée, il y a toujours possibilité de la sanctionner de façon autonome.

Cela pourrait notamment empêcher les fraudes à « l'intensité de l'ordre public ». Dans ce type de situation, une personne se déplace dans l'Etat A pour obtenir un droit qu'elle ne peut obtenir dans l'Etat B en raison de l'ordre public international de ce dernier. La décision émanant de l'Etat A sera malgré tout reconnue dans l'Etat B, en vertu de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public international ou en raison de la théorie de l'*Inlandsbeziehung*, la création d'un rapport de droit à l'étranger pouvant caractériser son éloignement. L'application de l'ordre public international de l'Etat B par l'Etat A éviterait ce type de fraude.

809. De plus, le recours à un ordre public international étranger ne peut nuire à l'ordre juridique du for. En effet, là encore, comme pour les lois de police étrangères, les autorités du for conservent la haute-main sur la situation. Elles seules décident du principe de l'application d'un ordre public international étranger et des critères à adopter. De plus, il est évident que l'ordre public international du for est lui-même réservé. Il est susceptible de jouer afin de préserver les conceptions fondamentales du for¹⁰³². Ces dernières peuvent être heurtées par les principes justifiant l'intervention de l'ordre public international étranger ou par la solution finale que ce mécanisme amène à consacrer. Toutefois, le mode d'intervention de l'ordre public international du for est particulier, un parallèle pouvant être fait avec ce qui se passe pour les lois de police tierces, à propos desquelles le problème a déjà été traité. Pour ces dernières, la question de la contrariété à l'ordre public international du for est intégrée dans le raisonnement relatif à la pertinence de l'application de la norme en question. Toute une série de conditions sont nécessaires, y compris l'absence de contrariété à l'ordre public international du for. Une telle loi contraire aux conceptions fondamentales du for est ainsi écartée *a priori*. Comme l'a écrit M. Pierre Mayer, « *l'ordre des facteurs est donc inversé : la conformité à l'ordre public est examinée avant la question de la compétence* »¹⁰³³. Il n'est nul besoin de faire jouer l'ordre public international sur le mode exceptionnel classique puisque l'application d'une loi de police tierce est elle-même une solution exceptionnelle.

Lorsqu'un ordre public international tiers est en cause, la contrariété éventuelle doit être appréciée de la même façon. La réflexion se fait au stade préalable de la décision quant à la pertinence de l'intervention d'un tel mécanisme et peut justifier son rejet en amont. Le recours à un ordre public international tiers ou à une loi de police tierce est, dans une très large mesure, une solution d'opportunité. Il est donc logique d'intégrer la contrariété à l'ordre public international du for parmi les éléments permettant d'apprécier cette opportunité.

Par conséquent, les principes fondamentaux du for ne peuvent pas être remis en cause par une telle approche.

¹⁰³² En ce sens S. Brüning, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, thèse précitée, p.272. Voir aussi le compte-rendu de cet ouvrage par S. Kubis, *RebelsZ* 2000, 797.

¹⁰³³ P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, précité, spéc. n°40, p.313.

810. Ce dernier constat ne signifie pas pour autant que l'ordre public international étranger ne peut pas se démarquer de celui du for. En effet, la théorie de l'*Inlandsbeziehung* intervient nécessairement. Il peut ne pas y avoir identité entre les deux ordres publics internationaux en présence, sans que, de ce chef, l'ordre public international étranger soit privé de toute portée. En effet, en raison de l'éloignement de la situation, le for peut être tolérant et accepter de faire jouer un ordre public international étranger qui, dans l'absolu, est contraire à ses conceptions fondamentales. Dès lors que les effets au sein du for sont minimales, les exigences de cet ordre juridique sont susceptibles d'être minimales également. De plus, même en cas d'identité de contenu entre l'ordre public international du for et le mécanisme étranger, cette approche conserve un intérêt. Si les liens entre la situation et le for ne sont pas assez significatifs pour permettre l'intervention de l'ordre public international de cet Etat, mais que les attaches avec un pays étranger aux conceptions fondamentales identiques à celles du for, sont importantes, l'ordre public international de ce dernier ordre juridique pourra jouer. Il n'y aura ainsi pas de « déformation » des conditions de déclenchement de l'exception du for.

811. Reste alors à savoir quel ordre public international étranger est susceptible d'intervenir, quels sont les liens exigibles pour que son application par les autorités du for soit effective. Un auteur a suggéré pour cela de prendre comme référence les critères géographiques utilisés par le for pour faire intervenir son propre ordre public international¹⁰³⁴. Le mécanisme étranger peut intervenir dès lors que le for, s'il avait été placé dans la même situation que l'ordre juridique étranger en cause, aurait lui-même procédé à l'éviction de la loi normalement compétente. Il s'agirait de procéder à une sorte de « bilatéralisation de l'*Inlandsbeziehung* ». Cette méthode est intéressante. Toutefois, la comparaison avec les liens utilisés par le for ne peut constituer qu'un simple indice, sous peine de méconnaître la réalité du système étranger, qui devra être respectée, faute de quoi il ne sera pas possible d'aboutir à une réelle harmonie. Le flou reste donc malgré tout important, une approche au cas par cas étant nécessaire, de même que pour le recours aux lois de police tierces.

812. L'application de l'ordre public international tiers paraît présenter un attrait certain. Son intervention se justifie au moins autant que celle des lois de police tierces. Mais une telle approche nous semble devoir être limitée. En effet, le recours à l'effet positif et à l'effet négatif n'est pas forcément nécessaire pour respecter les conceptions étrangères. Le simple appel à l'effet négatif de l'ordre public international tiers peut être suffisant et contenter les différents ordres juridiques en présence.

Une telle méthode est plus satisfaisante car elle permet, le cas échéant, de ménager les conceptions de tous les Etats intéressés, de ne pas recourir de manière exclusive à la solution pratiquée par l'un seul d'entre eux. Cette approche a donc l'avantage de la souplesse. Dans l'exemple déjà abordé de l'établissement de la filiation, il est ainsi possible de retenir un mode de preuve admis par tous les ordres juridiques en cause, plutôt que d'appliquer la solution de l'Etat tiers dont l'ordre public international est consulté. Cette dernière est en effet susceptible d'être contraire aux conceptions fondamentales de l'Etat de la *lex causae*.

Les risques de contrariété entre les ordres publics internationaux en cause peuvent ainsi être limités. Cette technique apparaît comme étant une voie médiane, favorisant les conciliations éventuelles, évitant les méthodes trop rigides.

¹⁰³⁴ S. Brüning, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, thèse précitée, p.244.

De même que la seule prise en considération d'une loi de police tierce peut être suffisante, son application n'étant pas nécessaire, le recours à l'effet négatif de l'ordre public international tiers est susceptible d'être satisfaisant, sans que l'effet positif du mécanisme étranger ait à jouer. L'utilité de l'application d'un ordre public international tiers est donc déjà fortement nuancée par cet élément. Ce n'est là qu'une première limite.

En effet, de façon plus générale, la « prise en considération » et « l'application » de l'ordre public international étranger ne semblent pas pouvoir acquérir une réelle autonomie par rapport aux méthodes de coordination que nous avons abordées précédemment et plus particulièrement celle de la référence à l'ordre juridique compétent.

§ 2-Une approche nécessairement limitée.

813. Tout d'abord, le recours de façon autonome à de telles approches peut paraître dénué d'intérêt pratique. En effet, lorsque les conditions d'intervention sont réunies, la méthode de référence à l'ordre juridique compétent est fréquemment voire systématiquement en cause. Si le for est amené à s'intéresser à l'ordre public international d'un Etat étranger, c'est parce que ce dernier est particulièrement proche de la situation, sans quoi la coordination recherchée ne se justifie pas. L'utilité pratique du recours à l'état pur à ces techniques doit donc être nuancée (A).

De plus, l'intervention d'un élément isolé de l'ordre juridique étranger n'est pas suffisante, une approche globale étant nécessaire, sous peine de ne consacrer qu'une harmonie internationale virtuelle. Cela est valable pour l'ordre public international tiers mais également pour les lois de police tierces. Dans les deux cas, une inclusion dans un raisonnement plus large, s'apparentant là encore à la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, paraît indispensable (B).

A-Les limites liées à l'introduction de la notion de proximité.

814. Le recours à un ordre public international tiers ne peut se justifier que par un souci de coordination avec l'ordre juridique étranger en cause. Or, cette démarche n'est concevable que dans certaines situations qui ne peuvent constituer le raisonnement de principe. La proximité entre un rapport de droit et un Etat tiers peut légitimer l'intervention de l'ordre public international de ce dernier. Par exemple, si la situation en cause est appelée à produire ses effets exclusivement ou presque dans l'ordre juridique étranger, il est souhaitable d'inclure son ordre public international dans le raisonnement. Ne pas agir ainsi reviendrait à rendre une décision n'ayant aucun effet en pratique.

Si les liens entretenus avec l'ordre juridique étranger en cause sont moins importants, s'ils ne paraissent pas prépondérants, une telle volonté d'harmonisation ne s'impose pas véritablement.

Par conséquent, soit l'ordre juridique étranger est éloigné de la situation, ou en tous cas ne présente pas de liens plus significatifs avec elle que le for et il n'y a pas réellement lieu de faire intervenir ses solutions dans le raisonnement, soit il présente au contraire des liens étroits avec le rapport mais dans ce cas, la référence à son système de droit international privé caractérise l'approche de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent. Une situation intermédiaire dans laquelle l'application d'un ordre public international tiers pourrait se justifier n'est certes pas impossible mais devrait rarement se présenter.

815. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux travaux de Madame Brüning¹⁰³⁵. Cet auteur considère que l'ordre public international d'un Etat tiers peut être appliqué effectivement. Elle illustre son propos par de nombreux exemples¹⁰³⁶. Toutefois, selon nous, aucune de ces illustrations n'est révélatrice. En effet, beaucoup d'entre elles concernent des cas d'application d'une règle de conflit étrangère (renvoi ou question préalable). Le problème abordé est donc différent.

Dans d'autres exemples, l'ordre public international n'est tout simplement pas concerné. Il en va ainsi de l'exemple relatif au mariage de deux Chypriotes en France selon la forme religieuse prévue par la loi nationale des époux, en contradiction avec les règles françaises de forme qui sont impératives¹⁰³⁷. Selon Madame Brüning, l'ordre public international français est en cause et devrait être appliqué par un juge allemand, s'il était saisi de la question de la validité de cette union.

Mais son analyse n'est pas correcte. Il est vrai que les personnes de nationalité étrangère ne peuvent recourir en France aux formes de leur loi nationale¹⁰³⁸. De fait, les règles françaises relatives à la forme du mariage en France peuvent être considérées comme étant des lois de police¹⁰³⁹. Cela signifie que si un juge français est saisi de la question de la validité du mariage de ces personnes chypriotes, il ne fera lui-même pas jouer l'ordre public international français. Par conséquent, le problème de l'application de ce mécanisme par une juridiction étrangère ne peut se poser.

Il en va de même à propos d'un autre exemple donné par Madame Brüning. En l'espèce, le problème concerne un musulman déjà marié qui épouse en France une femme de statut personnel polygamique comme lui¹⁰⁴⁰. A nouveau, selon l'auteur, si la validité de l'union est en cause devant un juge allemand, la question de l'application de l'ordre public international français se posera.

Là encore, le raisonnement ne nous semble pas correct. En effet, les officiers d'état civil français sont incompétents pour célébrer une telle union, sans que l'ordre public international français n'intervienne¹⁰⁴¹. De plus, aucune autre autorité, notamment religieuse, n'est habilitée à célébrer un mariage en France, les règles françaises relatives à la forme du mariage étant comme nous l'avons vu des lois de police (sauf l'hypothèse du mariage diplomatique ou consulaire qui n'est pas abordée par Madame Brüning). Par conséquent, au regard de l'ordre juridique français, l'ordre public international n'est pas en cause.

816. A propos de certaines situations, l'application d'un ordre public international étranger est concevable mais paraît artificielle. Madame Brüning cite l'exemple suivant : une femme

¹⁰³⁵ S. Brüning, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, thèse précitée.

¹⁰³⁶ S. Brüning, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, thèse précitée, p.17 et s. et p.278 et s.

¹⁰³⁷ S. Brüning, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, thèse précitée, p.30 et s. et p.284 et s.

¹⁰³⁸ Sur ce point voir J.-M. Bischoff, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Mariage*, n°127 et s.

¹⁰³⁹ En ce sens voir J.-M. Bischoff, *Rép.Dalloz*, précité, n°130.

¹⁰⁴⁰ S. Brüning, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, thèse précitée p.35 et p.287 et s.

¹⁰⁴¹ Sur ce point voir I. Fadlallah, *Rép.Dalloz, Dr. Int., V° Polygamie*, n°8 et s.

française est répudiée par son mari algérien en Algérie, où le couple est établi. Suite à cela, elle s'installe en Allemagne, pays dans lequel la validité de la répudiation est discutée¹⁰⁴². Il faudrait alors raisonner de la sorte : la répudiation est contraire à l'ordre public international français, le juge allemand ne doit pas la reconnaître en raison de l'application de cet ordre public international tiers.

Toutefois, l'application de ce dernier ne paraît pas satisfaisante dans cette hypothèse. En effet, pourquoi le faire jouer alors que la situation ne présente pas de liens sérieux avec l'ordre juridique français ? La femme, certes française, est installée en Allemagne, l'homme algérien se trouve quant à lui en Algérie. L'intervention de l'ordre public international allemand paraît plus pertinente, les liens avec ce pays étant significatifs, puisque c'est là que se trouve l'environnement social quotidien de la femme française.

Cela nous montre que la proximité est un élément fondamental, devant nécessairement être pris en compte. Si la femme française était toujours installée en France, l'ordre public international français pourrait éventuellement intervenir mais du coup, on ne voit pas à quel titre un juge allemand pourrait se prononcer. S'il le faisait malgré tout, l'intervention de l'ordre public international français pourrait se justifier par le recours à la méthode de référence à l'ordre juridique compétent. En effet, il s'agirait en l'occurrence, d'une situation ne présentant que des liens lâches avec l'Allemagne, justifiant le souci de coordination et l'adoption d'une méthode prenant cet élément en compte.

L'intervention à titre autonome d'un ordre public international étranger apparaît donc comme étant exceptionnelle, voire impossible.

De plus, une telle approche est insuffisante, la coordination recherchée pouvant n'être qu'artificielle. Une appréhension globale de l'ordre juridique tiers en cause apparaît nécessaire.

B-La nécessité d'une approche globale

817. La démarche consistant à appliquer un ordre public international étranger est justifiée en grande partie par la volonté d'instaurer une harmonie internationale, une continuité entre les ordres juridiques. Cela est vrai aussi pour les lois de police étrangères¹⁰⁴³. L'harmonie recherchée peut déjà paraître artificielle dès lors qu'il s'agit d'évincer la loi d'un Etat proche de la situation au point d'être désigné par la règle de conflit du for. De fait, la coordination avec l'Etat dont émane la *lex causae* est compromise. La concordance en cause ne peut être que partielle.

Mais de plus, le fait de consacrer l'application d'un ordre public international tiers ou d'une loi de police tierce de façon isolée paraît insatisfaisant. Si l'harmonie des solutions est vraiment recherchée, elle ne peut se faire de cette seule façon, sous peine de ne consacrer qu'une identité partielle ou virtuelle entre les solutions retenues par les ordres juridiques en cause. Rien ne sert d'appliquer une loi de police tierce ou un ordre public international tiers si le juge de l'Etat tiers aboutit quant à lui à un résultat différent. Cela peut notamment être le cas si la règle de conflit de l'Etat tiers désigne une loi autre que celle rendue applicable par la règle de conflit du for. Si le juge de l'Etat A fait jouer l'ordre public international de l'Etat B à l'encontre de la loi du pays C, l'harmonie semble être consacrée entre les Etats A

¹⁰⁴² S. Brüning, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, thèse précitée, p.45 et p.289.

¹⁰⁴³ Voir *supra* n°686.

et B. Mais si l'Etat B considère la loi de l'Etat D comme étant normalement compétente et que celle-ci consacre une solution autre que celle obtenue par le jeu de l'application de la loi C combinée à l'ordre public international de l'Etat B, l'harmonie ne sera pas effective. Cela est vrai aussi pour les lois de police étrangères. Ainsi, par exemple, le juge du for qui applique une loi de police tierce peut apparaître aux yeux de l'ordre juridique tiers en cause comme n'étant pas internationalement compétent, sa décision n'étant dès lors pas reconnue. De même, si le juge du for applique une loi de police tierce, mais que pour le reste, il a recours à une loi, désignée par sa règle de conflit, mais contraire aux conceptions fondamentales de l'Etat tiers, l'harmonie sera à nouveau fictive. Une approche globale semble donc à chaque fois indispensable. Sans cela, le risque est d'obtenir une harmonie paradoxalement elle aussi boiteuse.

818. Si l'on combine cet élément et celui introduisant la proximité dans le raisonnement, il est logique de déduire que seule la méthode de référence à l'ordre juridique compétent paraît réellement satisfaisante car prenant en compte ces deux facteurs. Cela est vrai nous semble-t-il pour l'ordre public international tiers et pour les lois de police tierces.

Pour ces dernières une telle approche peut paraître audacieuse, tant elles ont acquis une réelle autonomie en théorie au moins. Mais un rapprochement entre la méthode d'application des lois de police tierces et celle de référence à l'ordre juridique compétent n'est pas si surprenant que cela. En effet, les principales justifications des deux approches sont similaires. Dans les deux cas, on retrouve la recherche de l'harmonie internationale des solutions, la volonté de faciliter la reconnaissance et l'exécution de la décision du for dans un ordre juridique étranger. De plus, la notion de proximité, essentielle pour la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, est présente également pour les lois de police tierces puisqu'un lien étroit entre la situation et l'ordre juridique tiers est exigé. A défaut, l'application de cette règle tierce n'est pas admise, la jurisprudence semblant d'ailleurs être particulièrement exigeante sur ce point¹⁰⁴⁴.

819. Ainsi, l'application autonome d'une loi de police tierce et l'intervention d'un ordre public international tiers nous semble difficilement concevable. Une telle approche doit s'inscrire dans un raisonnement d'ensemble, ne prenant pas en compte un élément isolé d'un ordre juridique étranger. Très souvent, lorsque la question du recours à l'une de ces notions étrangères se pose, l'utilisation de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent s'impose.

Soit l'intervention des deux mécanismes se justifie en raison de liens forts entre l'ordre juridique étranger concerné et le rapport de droit, ce qui peut entraîner une volonté de coordination et une nécessité de s'éloigner des méthodes classiques, soit ces liens sont insuffisants et leur jeu n'est plus fondé, la coordination n'étant plus une condition essentielle au développement de la situation.

Il est difficile de concevoir une hypothèse intermédiaire dans laquelle les liens seraient suffisants pour permettre l'application d'une loi de police étrangère ou de l'ordre public international étranger mais non le recours à une méthode alternative ayant la coordination pour objectif.

¹⁰⁴⁴ Voir *supra* n°693 et s.

Conclusion du chapitre :

820. La prise en considération semble donc être un mécanisme pouvant jouer de façon autonome, pour l'ordre public international tiers éventuellement mais surtout pour les lois de police tierces. Cela se justifie par le fait que lorsqu'un Etat accepte de recourir à un tel mécanisme, il ne recherche pas la coordination avec un système étranger. Il ne fait que tirer les conséquences d'une situation qui s'impose aux personnes concernées.

En revanche, en cas d'application d'une loi de police tierce ou de recours à l'effet négatif, accompagné ou non de l'effet positif, d'un ordre public international tiers, la volonté de coordination est évidente. Par conséquent, il est logique de ne pas se cantonner à ce seul élément mais de franchir le pas et d'adopter une méthode ayant l'harmonie pour but. Sans cela, la démarche peut paraître quelque peu hybride et insatisfaisante.

821. Une précision s'impose. Une rectification de la définition de l'exception d'ordre public international est concevable. En effet, d'après ce que nous venons de voir, il n'y a pas toujours éviction de la loi étrangère normalement compétente.

822. L'ordre public international du for peut jouer un rôle en cas de recours aux méthodes particulières de coordination. Une fois que les conditions exigées par la règle de conflit spéciale sont remplies, la consultation des solutions étrangères est une obligation, la loi suisse de droit international privé étant claire en ce sens. Il n'y a pas de contrôle d'opportunité incluant le respect de l'ordre public international du for contrairement à l'hypothèse d'intervention de l'ordre public international étranger ou d'une loi de police tierce à l'état pur.

En d'autres termes, il n'appartient pas au juge ou à une autre autorité administrative du for d'effectuer une pesée des intérêts en présence. La pertinence du recours à une méthode de coordination est une question tranchée en amont par l'autorité édictant les règles de conflit du for. L'ordre public international du for ne peut dès lors intervenir qu'*a posteriori*, après consultation de la règle de conflit spéciale et du droit international privé étranger.

823. Dès lors, cette exception ne peut rentrer dans la définition classique. Il s'agit bien d'un mécanisme ayant la même fonction protectrice que l'exception d'ordre public international existant en matière de conflit de lois ou de juridictions, son contenu étant également identique. Mais il n'y a pas seulement éviction d'une loi normalement compétente ou d'une décision. La globalité de l'approche entraîne la nécessité de la globalité de l'éviction.

Ainsi, lorsque l'on s'éloigne des méthodes de principe du conflit de lois, l'ordre public international évolue, se transforme.

Cela est vrai en cas de mise à l'écart "préventive" d'une loi de police tierce ou d'un ordre public international étranger mais également pour les méthodes particulières que nous avons décrites. Le constat est logique, la notion d'ordre public international telle que nous la connaissons ayant été dégagée alors que le bilatéralisme dominait, de façon quasi-exclusive. Avec l'évolution des méthodes, il est nécessaire que la définition de l'exception évolue elle-aussi.

Conclusion générale :

824. Au terme de cette étude, nous pouvons essayer de dégager les définitions des deux notions qui nous intéressent.

Tout d'abord, l'exception d'ordre public international apparaît comme un mécanisme permettant l'éviction d'éléments juridiques étrangers dont l'insertion au sein de l'ordre du for est envisagée. Il ne s'agit donc pas de la seule possibilité de mise à l'écart de la **loi** étrangère normalement compétente, ou d'une décision étrangère, la définition classique étant dépassée. Dès lors que l'unilatéralisme et le bilatéralisme, qui sont caractérisés par des logiques assez proches, ne sont pas utilisés, l'exception d'ordre public international s'en trouve modifiée. Ainsi, lorsque les méthodes du for de raisonnement et de référence à l'ordre juridique compétent sont employées, ce mécanisme peut servir à évincer non pas seulement une loi ou une décision étrangère, mais aussi un ordre public international étranger ou une règle de conflit étrangère, l'approche devant de plus être globale. C'est pourquoi la définition classique de l'exception d'ordre public international doit évoluer.

La raison de l'intervention de cette exception est toujours la protection des valeurs essentielles du for qui ne doivent pas être remises en cause par l'intrusion d'éléments étrangers. De telles conceptions peuvent être propres à l'Etat en cause, émanant de sa législation ou des principes qui l'inspirent. Elles peuvent aussi trouver leur origine dans l'ordre international. Pour la France, la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950 est désormais devenue incontournable et influence incontestablement le contenu de l'ordre public international.

Ensuite, les lois de police constituent l'ensemble des règles considérées par un ordre juridique comme fondamentales et ayant de ce fait un statut dérogatoire. De manière classique, leur importance justifiait leur application immédiate. Le droit communautaire a quelque peu modifié les choses, introduisant les lois de police « *à géométrie variable* ». Ces normes conservent un statut particulier mais ne sont pas appliquées immédiatement, la règle de conflit habituelle étant consultée.

Par conséquent, certaines lois de police sont d'application immédiate, d'autres ne le sont pas ou plus. Un élément distinctif et caractéristique de cette catégorie est donc remis en cause.

L'impact de la construction européenne se fait ainsi ressentir, tant sur les lois de police que sur l'exception d'ordre public international. Des notions conçues pour permettre à l'ordre juridique français de se protéger dans les situations à caractère international sont aménagées. Ces prérogatives essentielles, considérées comme des réserves nécessairement étatiques sont affectées. Leur formulation ne relève plus des seules autorités de l'ordre juridique intéressé. Mais pour autant, cela ne constitue pas un danger ou une fragilisation. Simplement, la réflexion doit se faire fréquemment non plus au niveau strictement national mais à l'échelon communautaire et européen.

825. L'exception d'ordre public international et les lois de police sont donc indiscutablement en mutation, ce qui rend leur distinction de plus en plus délicate. Avant même le début de cette évolution, certains rapprochements entre les deux mécanismes pouvaient être effectués. L'opposition systématique n'a jamais été réelle, étant contredite par le droit positif. Les changements actuels contribuent encore à renforcer cette convergence. Pour autant, il ne faut pas conclure à une assimilation entre les notions. Les deux existent de façon autonome, même si sur certains points elles se rejoignent. L'indétermination de leurs cas d'intervention ne fait que renforcer ce constat. Certes, de plus en plus de lois de police, notamment à géométrie variable issues de la transposition de directives communautaires, sont désormais écrites. Pour autant, il n'y a pas et il ne peut y avoir de liste exhaustive des lois de police ou des hypothèses de mise en jeu de l'exception d'ordre public international.

826. La présentation actuelle doit donc nécessairement évoluer, afin de s'adapter aux circonstances nouvelles. L'exception d'ordre public international et les lois de police sont des mécanismes prenant en compte les réalités normatives et sociales, permettant une adaptabilité constante, dans une affaire précise ou de façon plus générale, en contribuant à la modification d'une règle de conflit. Il doit nécessairement en aller de même pour leurs régimes juridiques. Or, si une évolution s'impose, il nous semble qu'elle peut être l'occasion de remettre en cause les perspectives classiques pour l'ordre public international étranger et les lois de police étrangères, le premier devant acquérir une place certes résiduelle mais réelle au sein de la théorie générale du droit international privé alors que l'importance des secondes devrait être nuancée.

Bibliographie

I-Traités et ouvrages généraux :

- Ancel B. et Lequette Y.**, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Paris, Dalloz, 4^{ème} éd., 2001.
- Arminjon P.**, *Précis de droit international privé*, Paris, Dalloz, Tome I, 1947.
- Audit B.**, *Droit international privé*, Paris, Economica, 3^{ème} éd., 2000.
- Bartin E.**, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, Domat-Montchrestien, Tome I, 1930 ; Tome II, 1932.
- Batiffol H.**, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.
- Batiffol H. et Lagarde P.**, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, t. I, 8^{ème} éd., 1993.
- Bucher A.**, *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Bâle/Francfort-sur-le-Main, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 1988.
- Bucher A. et Bonomi A.**, *Droit international privé*, Bâle, Genève, Munich, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 2001.
- Carreau D.**, *Droit international*, Paris, Pédone, Etudes internationales, 7^{ème} éd., 2001.
- Cavers D.**, *The Choice of Law Process*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1965.
- Colomer A.**, *Droit civil, Régimes matrimoniaux*, Paris, Litec, 11^{ème} édition, 2002.
- Daillier P. et Pellet A.**, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} édition, 2002.
- Fouchard Ph., Gaillard E. et Goldman B.**, *Traité de l'arbitrage international*, Paris, Litec, 1996.
- Holleaux D., Foyer J. et Geouffre de La Pradelle G.**, *Droit international privé*, Paris, Masson, 1987.
- Jacquet J.-M. et Delebecque P.**, *Droit du commerce international*, Paris, Litec, 3^{ème} édition, 2002.

- Kahn F.**, *Abhandlungen zum Internationalen Privatrecht*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, tome 1, 1928.
- Kegel G. et Schurig K.**, *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 8^{ème} édition, 2000.
- Kropholler J.**, *Internationales Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 4^{ème} édition, 2001.
- Lerebours-Pigeonnière P.**, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 8^{ème} édition, 1962.
- Loussouarn Y. et Bourel P.**, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, coll. Précis Dalloz, 7^{ème} édition, 2001.
- Mayer P. et Heuzé V.**, *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, coll. Précis Domat, 7^{ème} édition, 2001.
- Mazeaud H., L. et J. et Chabas F.**, *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, 12^{ème} édition, Tome 1, 2000.
- Melchior G.**, *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin-Leipzig, De Gruyter & co., 1932.
- North P. et Fawcett J. J.**, *Private International Law*, Londres, Edimbourg, Dublin, Butterworths, 13^{ème} édition, 1999.
- Nussbaum A.**, *Principles of Private international Law*, New-York, Londres, Toronto, Oxford University Press, 1943.
- Pillet A.**, *Principes de droit international privé*, Paris, Pédone/Grenoble Allier Frères, 1903.
- *Traité pratique de droit international privé*, Paris, Sirey/Grenoble, Joseph Allier, Tome I, 1923.
- Raape L.**, *Internationales Privatrecht*, Berlin/Francfort, F. Vahlen, 5^{ème} édition, 1961.
- Renucci J.-F.**, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 2002.
- Siehr K.**, *Internationales Privatrecht, Deutsches und europäisches Kollisionsrecht für Studium und Praxis*, Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 2001.
- Simon D.**, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, collection Droit fondamental, 3^{ème} édition, 2001.
- Starck B., Roland H. et Boyer L.**, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 5^{ème} édition, 2000.
- Vincent J. et Guinchard S.**, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 27^{ème} édition, 2003.

Von Hoffmann B., *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 7^{ème} édition, 2002.

Von Savigny F. C., *System des heutigen römischen Recht*, Tome VIII, Berlin, 1849.

Wolff M., *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, Berlin, Springer, 1954.

II-Ouvrages spéciaux, monographies, thèses, cours.

Audit B., « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit », *RCADI* 1984, t.186, p. 219.

Batiffol H., « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *RCADI* 1973, t.139, p. 75.

Bergé J.-S., *La protection internationale et communautaire du droit d'auteur*, préface P. Lagarde, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 266, 1996.

Brière C., *Les conflits de conventions internationales en droit privé*, préface P. Courbe, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 347, 2001.

Brüning S., *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, Berlin, Duncker & Humblot, Schriften zum Internationalen Recht, vol. 89, 1997.

Bucher A., « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *RCADI* 1993, t. 239, p. 9.

- « La famille en droit international privé », *RCADI* 2000, t. 283, p. 9.

Bureau D., *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Thèse dactylographiée, Paris II, 1992.

Carrillo-Salcedo J.-A., « Le renouveau du particularisme en droit international privé » *RCADI* 1978, t. 160, p. 181.

Cassin R., « La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois », *RCADI* 1930, t. 34, p. 655.

Cavers D., *The Choice of Law, Selected Essays, 1933-1983*, Duke University Press, Durham, 1985.

Chalas C., *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, préface H. Muir-Watt, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

Chapelle A., *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris II, 1979.

- Currie B.**, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, Duke University Press, 1963.
- Deby-Gérard F.**, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. 16, 1973.
- De Winter L.**, « Domicile or nationality ? The Present State of Affairs », *RCADI* 1969, t. 128, p. 347.
- Dörig A.**, *Anerkennung und Vollstreckung US-amerikanischer Entscheidungen in der Schweiz*, thèse St-Gall, St Gall/Lachen, St. Galler Studien zum internationalen Recht, vol. 23, 1998.
- Droz G.**, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun*, Paris, Dalloz, 1972.
- « Regards sur le droit international privé comparé », Cours général de droit international privé, *RCADI* 1991, t. 229, p. 25.
- Dutoit B.**, *Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Bâle/Genève/Munich, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 3^{ème} édition, 2001.
- Eek H.**, « Peremptory Norms and Private International Law », *RCADI* 1973, t.139, p.1.
- Ehrenzweig A.**, « Specific Principles of Private Transnational Law », *RCADI* 1968, t. 124, 167.
- El Husseini–Begdache R.**, *Le droit international privé et la répudiation islamique*, préface J. Foyer, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 361, 2002.
- Ferry C.**, *La validité des contrats en droit international privé, France/USA*, préface B. Teyssié, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 206, 1989.
- Fouchard Ph.**, *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. 2, 1965.
- Francescakis Ph.**, *La théorie du renvoi et les conflits de système en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958.
- Gannagé L.**, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé (étude de droit international privé de la famille)*, préface Y. Lequette, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 353, 2001.
- Gaudemet-Tallon H.**, « La désunion du couple en droit international privé », *RCADI* 1991, t. 226, p. 9.
- *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1996.
- *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 3^{ème} édition, 2002.

Goldman B., « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé », *RCADI* 1963, t. 109, p. 351.

Goldstein G., *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, Montréal, Editions Thémis, coll. Droit privé, 1996.

Gothot P. et Holleaux D., *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Paris, Jupiter 1985.

Hammje P., *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse Paris I, 1994.

Heini A., Keller M., Siehr K., Vischer F., Volken P., *IPRG Kommentar*, Schultess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1993.

Herzfelder F., *Les obligations alimentaires en droit international privé conventionnel. Les deux Conventions de La Haye du 2 octobre 1973*, Paris, LGDJ, 1985.

Heuzé V., *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, GLN Joly, 1990.

- *La vente internationale de marchandises-Droit uniforme*, Paris, LGDJ, 2000.

Jacquet J.-M., « La fonction supranationale de la règle de conflit de loi », *RCADI* 2001, t. 292, p. 147.

Kassis A., *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993.

Kay H. H., « A defense of Currie's Governmental Interest Analysis », *RCADI* 1989, t. 215, p. 9.

Kegel G., « The Crisis of the Conflict of Laws », *RCADI* 1964, t. 112, p. 91.

Kinsch P., *Le fait du Prince étranger*, préface J.-M. Bischoff, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 240, 1994.

Knapp Ch., *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, Mulhouse, 1933.

Kosters J. et Bellemans F., *Les Conventions de La Haye de 1902 et 1905 sur le droit international privé*, Harlem et La Haye, H. D. Tjeenk Willink & fils, Martinus Nijhoff, 1921.

Kropholler J., Krüger H., Riering W., Samtleben J., Siehr K., *Außereuropäische IPR-Gesetze*, Hamburg/Würzburg, Deutsches Notarinstitut et Max-Planck-Institut éd., 1999.

- Lagarde P.**, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, préface H. Batiffol, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 15, 1959.
- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *RCADI* 1986, t. 196, p. 9.
- Lalive P.**, « Tendances et méthodes en droit international privé », *RCADI* 1977, t. 155, p.1.
- Leclerc F.**, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (Etude de conflits de lois)*, Bruxelles, Bruylant, 1995.
- Lew J. D. M.**, *Applicable Law in International Commercial Arbitration : A study in Commercial Arbitration Awards*, Dobbs Ferry, N.-Y., Oceana Publications, Inc./ Sitjhoff & Noordhoff International Publishers BV, 1978.
- Lewald H.**, « La théorie du renvoi », *RCADI* 1929, t. 29, p. 515.
- « Règles générales des conflits de lois », *RCADI* 1939, t. 69, p. 5.
- Loussouarn Y.**, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1973, t. 139, p. 269.
- Lyon-Caen G.**, *Les relations de travail internationales*, Paris, Editions Liaisons, 1991.
- Mc Clean D.**, « *De conflictu Legum*. Perspectives on Private International Law at the Turn of the Century » *RCADI* 2000, t. 282, p. 41.
- Malan A.**, *La concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, préface B. Audit, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.
- Maury J.**, « Règles générales de conflit de lois », *RCADI* 1936, t. 57, p. 329.
- *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.
- Mayer P.**, *La distinction entre règles et décisions en droit international privé*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. 17, 1973.
- Moreau E.**, *Lois de police et contrat international de travail*, thèse dactylographiée, Paris X, 1993.
- Mosconi F.**, « Exceptions to the operation of choice of law rules », *RCADI* 1989, t. 217, p. 9.
- Muir-Watt H.**, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse dactylographiée, Paris II, 1985.
- Osman F.**, *Les principes généraux de la lex mercatoria, contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 224, 1992.

- Othenin – Girard S.**, *La réserve d'ordre public en droit international privé suisse*, Etudes suisses de droit international, Zurich, Ed. Schulthess, vol. 110, 1999.
- Parra-Aranguren G.**, « General Course of Private International Law », *RCADI* 1988, t. 210, p. 9.
- Pataut E.**, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé)*, préface P. Lagarde, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 298, 1999.
- Pélisset M.**, « La vente internationale de marchandises et le conflit de lois », *RCADI* 1987, t. 201, p. 9.
- Picone P.**, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padoue, éd. CEDAM, 1986.
- « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent », *RCADI* 1986, t. 197, p. 229.
 - « Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé », Cours général de droit international privé, *RCADI* 1999, t. 276, p. 9.
- Pillet A.**, *L'ordre public en droit international privé*, Grenoble, 1890.
- Racine J.-B.**, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, préface Ph. Fouchard, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 309, 1999.
- Seraglini C.**, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Paris, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 10, 2001.
- Soirat F.**, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, Thèse dactylographiée, Paris I, 1995.
- Struycken A.V.M.**, « Contribution de l'Académie au droit international privé », *RCADI* 1998, t. 271, p. 11.
- Toubiana A.**, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé : contrats internationaux et dirigisme étatique*, Paris, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, vol. 14, 1972.
- Van der Elst R.**, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, Paris, Sirey, t. 1, 1956.
- Vischer F.**, « General Course on Private International Law », *RCADI* 1992, t. 232, p. 9.
- Vitta E.**, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1979, t. 162, p. 118.

- Von Overbeck A.E.**, « Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents », *RCADI* 1982, t. 176, p. 9.
- « La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé », *RCADI* 1992, t. 233, p. 9.

III-Articles, communications, chroniques, rapports, articles de presse.

- Agostini E.**, « Les questions préalables en droit international privé », *Droit international et droit communautaire*, Actes du colloque de Paris des 5-6 avril 1990, p. 25.
- Ancel B.**, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *TCFDIP* 1986-1988, p. 25.
- Ancel J.-P.**, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », *TCFDIP* 1991-1993, p. 75.
- « La Cour de cassation et les principes fondateurs de l'arbitrage international », *in Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, p. 162.
- Ancel P.**, *Jurisqueur Procédure civile, Fasc. 1024*, « Conventions d'arbitrage ; Conditions de fond ; Litiges arbitrables ».
- Angulo-Rodriguez M.**, « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *Rev. crit.* 1972, 369.
- Anton A. E.**, « Loi du Royaume-Uni portant diverses dispositions en matière de droit international privé », *Rev. crit.* 1996, 267.
- Audit B.**, « Le second Restatement du conflit de lois aux Etats-Unis », *TCFDIP* 1977-1979, p. 29.
- « Extra-territorialité et commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit.* 1983, 401.
- « Le droit international privé à la fin du XXème siècle : progrès ou recul », *RIDC* 1998, p. 421.
- Ballarino T.**, « Codification du droit international privé italien », *TCFDIP* 1990-1991, p. 95.
- Batiffol H.**, « Contributions de la juridiction internationale au droit international privé », *in La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, p. 17.
- « Les intérêts de droit international privé », *Festschrift für Gerhard Kegel*, Francfort-sur-le-Main, 1977, p. 11.

- « Quelques précisions sur le domaine de l'exception d'ordre public », *Mélanges Ballardore-Pallieri*, Milan, 1978, p. 34.
- Batiffol H. et Francescakis Ph.**, « L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Rev. crit.* 1959, 259.
- Baur M. O.**, « Les derniers développements de l'adoption internationale », *Petites affiches* 2001, n° 62, p. 42 et s.
- Baxter W. F.**, « Choice of Law and the Federal System », 16 *Stan. L. R.* 1 (1963).
- Becker M.**, « Zwingendes Eingriffsrecht in der Urteils anerkennung », *RabelsZ* 1996, 691.
- Beraudo J.-P.**, « Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JDI* 2001, 1033.
- Bernardeau L.**, « Droit communautaire et lois de police. A la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, aff. C-381/98 », *JCP* 2001, I, 328.
- Bischoff J.-M.**, « L'adoption dans les principales législations européennes (étude de droit interne et de droit international privé) II-Droit international privé : introduction comparative », *RIDC* 1985, 703.
- *Répertoire Dalloz, Droit international, V° Mariage.*
- Blair P.**, « The Doctrine of Forum non Conveniens in Anglo-American Law », 29 *Col. L. R.*, 1 (1929).
- Bonneau T.**, *Jurisclasseur, Droit civil*, Fasc. 30, « Application de la loi dans le temps. Loi nouvelle et événements passés ».
- *Jurisclasseur, Droit civil*, fasc. 40, « Application de la loi dans le temps. Loi nouvelle et événements futurs ».
- Bonnichon A.**, « La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois », *Rev. crit.* 1949, 615 et 1950, 11.
- Boulangier F.**, « Une réforme médiatique mais porteuse de controverses : la codification de l'adoption internationale (loi du 6 février 2001) », *D.* 2001, p. 78.
- Bucher A.**, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexions à la lumière des codifications récentes », **TCFDIP** 1994-1995, p. 209.
- « Le for du raisonnement », *E pluribus unum, Liber amicorum Georges A. L. Droz : on the progressive unification of private international law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1996, p. 41.
- « Savigny sans siège en droit international privé », *Pour un droit pluriel, Etudes offertes au professeur J-F. Perrin*, Genève/Bâle/Munich, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 2002, p. 167 et s.

- Bureau D.**, « Les conflits de conventions », *TCFDIP* 1998-2000, p. 201.
- Bruneau C.**, « La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans l'Union européenne », *JCP* 2001, I, 314.
- Canivet G.**, « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », *RIDC* 2003, 7.
- Carlier J.-Y.**, « Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ? » *RUDH* 1993, 449.
- Carreau D.**, *Répertoire Dalloz, Droit international, V° Jus cogens.*
- Carreau D. et Juillard P.**, *Répertoire Dalloz, Droit international, V° Négociations commerciales multilatérales (Cycle de l'Uruguay).*
- Cavers D.**, « A Critique of the Choice of Law Problem », 47 *Harv. L. R.* 173, (1933).
- Cohen D.**, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit.* 1989, 451.
- Cohen D. et Ughetto B.**, « La nouvelle Convention de La Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises », *D.* 1986, chr. p. 149.
- Comte H.**, « Une étape de l'Europe du droit d'auteur : la directive C.E.E. du 19 novembre 1992 relative au prêt et à la location », *RIDA* 1993, n° 157, 3.
- Corbet J.**, « La nouvelle loi belge sur le droit d'auteur », *RIDA* 1995, n° 164, 51.
- Courbe P.**, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la Convention dans le système français » in P. Tavernier (éd.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une " union plus étroite "*, P. Tavernier (éd.), Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 249.
- « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *Etudes offertes à Barthélemy Mercadal*, Ed. Francis Lefebvre, 2002, p. 99.
 - « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 : présentation d'une convention protectrice », *AJ Fam.* 2002, 8.
 - « Le rejet des répudiations musulmanes », *D.* 2004, 815.
- Couturier G.**, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *Etudes offertes à J. Flour*, Defrénois, 1978.
- Currie B.**, « On the Displacement of the Law of the Forum », 58 *Col. L. R.* 964, (1958).
- Delebecq Ph.**, « Arbitrage et droit de la consommation », *Dr. & Patrim.* mai 2002, 46.
- De Maekelt T.**, « Das neue venezolanische Gesetz über Internationales Privatrecht », *RabelsZ* 2000, p. 299.

- De Nova R.**, « Ancora sulle norme sostanziali autolimitate », *Diritto internazionale*, 1959, p. 500.
- « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz et Sirey, 1960, tome I, p. 377.
- Derains Y.**, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.*1973, 122.
- « Attente légitime des parties et droit applicable au fond en matière d'arbitrage commercial international », *TCFDIP* 1984-1985, p. 81.
 - « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.*1986, 375.
 - « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », *JDI* 1993, 829.
- De Winter L.**, « De grenzen van de contractvrijheid in het international privaatrecht », *Weekblad voor Privaatrecht, Notarisambt en Registratie*, 1940, 3675.
- « Droit impératif dans les contrats internationaux », *Nederlands Tijdschrift voor International Recht*, 1964, p. 329.
- Dietz A.**, « Tendances de l'évolution du droit d'auteur dans les pays d'Europe centrale et orientale », *RIDA* 1994, n° 162, p. 120.
- Droz G.**, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », *TCFDIP* 1993-1994, p. 97.
- « Variations Pordéa », *Rev. crit.* 2000, 181.
- Droz G. et Gaudemet-Tallon H.**, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit.* 2001, 601.
- Edelman B.**, « Le droit d'auteur, produit commercial comme un autre », *Le Monde diplomatique*, juillet 1990, p. 32.
- Ehrenzweig A.**, « Local and Moral Data in the Conflict of Laws : *Terra Incognita* », 18 *Buffalo L. R.* 55, (1966).
- « Specific Principles of Private Transnational Law », *RCADI* 1968, t. 124, 167.
 - « Foreign Rules as " Sources of Law " », *Legal Thought in the United States of America under Contemporary Pressures*, Bruxelles, 1970, p. 71.
- El Husseini – Begdache R.**, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *Rev. crit.* 1999, 427.
- El Kosheri A. S. et Leboulanger Ph.**, « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influences », *Rev. arb.*1984, 3.
- Fadlallah I.**, *Répertoire Dalloz, Droit international, V° Polygamie.*

- Falconbridge J. D.**, « Renvoi et succession mobilière », *Rev. crit.* 1932, 254 et 451.
- « Le renvoi et la loi du domicile », *Rev. crit.* 1947, 45 .
- Farge M.**, « Les répudiations musulmanes : le glas de l'ordre public fondé sur le principe d'égalité des sexes », *Dr. fam.* 2002, n° 17.
- Fauvarque-Cosson B.**, « Le juge français et le droit étranger », *D.* 2000, 125.
- « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RIDC* 2000, 797.
- Fernandez Arroyo D.**, « La Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Rev. crit.* 1995, 178.
- Ferrer-Correia A.**, « La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilatérales », *Multitudo Legum Jus Unum, Festschrift Wilhelm Wengler*, Berlin, 1973, p. 285.
- Flauss J.-F.**, « L'exequatur des jugements étrangers et l'ordre public procédural : le point de vue de Strasbourg », *Petites affiches* 2002, n° 78, p. 11.
- Flory T.**, « Remarques à propos du nouveau système commercial mondial issu des Accords du cycle d'Uruguay », *JDI* 1995, 877.
- Fouchard Ph.**, « Clauses abusives en matière d'arbitrage », *Rev. arb.* 1995, 147.
- Foyer Jacques**, « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », *Rev. crit.* 1965, 39.
- « Droits internationaux de l'homme et ordre public international », in *Mélanges R. Goy, Du droit interne au droit international, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'homme*, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 333.
- Foyer Jean**, « Tournant et retour aux sources en droit international privé ? (l'article 310 nouveau du Code civil) », *JCP* 1976, I, 2762.
- Francescakis Ph.**, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Rev. crit.* 1966, 1.
- « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *TCFDIP* 1966-1969, p. 149.
- « Lois d'application immédiate et règles de conflit », *RDIPP* 1967, 691.
- *Répertoire Dalloz, Droit international* (1969), V° *Conflits de lois (principes généraux)* et V° *Ordre public*.
- *Annuaire de l'IDI*, vol. 56, p. 192 et s.
- « Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des Wagons-Lits », *Rev. crit.* 1974, 273.
- Francescakis Ph. et Batiffol H.**, « L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Rev. crit.* 1959, 259.

- François L.**, « La Convention européenne des droits de l'homme est – elle supérieure aux conventions bilatérales reconnaissant les répudiations musulmanes ? », *D.* 2002, 2958.
- Fulchiron H.**, « Le juge de la famille et la loi étrangère », *Dr. fam.* 2000, n° 5.
- Gaillard E.**, *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 586–3, « Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Arbitrabilité ».
- *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 586-9–1, « Sentence arbitrale. Droit applicable au fond du litige ».
- Gaillard E. et Trautman D.**, « La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », *Rev. crit.* 1986, 1.
- Gannagé L.**, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes. (L'exemple du droit de la famille) », *Rev. crit.* 2001, 1.
- Gaubiac Y.**, « Une dimension internationale nouvelle du droit d'auteur : l'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de l'Accord de Marrakech instituant l'organisation mondiale du commerce », *RIDA* 1995, n° 166, p. 2.
- Gaudemet-Tallon H.**, *Jurisclasseur Europe*, Fasc. 3201, « Convention de Rome du 19 juin 1980, détermination de la loi applicable, domaine de la loi applicable ».
- Gaudemet-Tallon H. et Droz G.**, « La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Rev. crit.* 201, 601.
- Gessner A.-F.**, « L'adoption dans les principales législations européennes (étude de droit interne et de droit international privé), II-Droit international privé : Angleterre », *RIDC* 1985, 733.
- Gessner A.-F. et Mayer G.**, « L'adoption dans les principales législations européennes (étude de droit interne et de droit international privé), II-Droit international privé : Suisse », *RIDC* 1985, 865.
- Gianviti F.**, « Réflexions sur l'article VIII section 2 b) des Statuts du Fonds monétaire international », *Rev. crit.* 1973, 471 et 629.
- Giardina A.**, « Les caractères généraux de la réforme », *Rev. crit.* 1996, 1 (commentaire de la loi italienne de droit international privé du 31 mai 1995).
- Ginsburg J. et Kernochan J.**, « Cent deux ans plus tard : les Etats-Unis adhèrent à la Convention de Berne », *RIDA* 1989, n° 141, 56.

Giulano M. et Lagarde P., « Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.O.C.E.* n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 1.

Goldman B., « La protection internationale des droits de l'Homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois », *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, p. 449.

- « Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international », *TCFDIP* 1966-69, p. 119.

- « La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », *TCFDIP* 1977-79, p. 221 et s. et *JDI* 1979, 475.

- « Nouvelles réflexions sur la lex mercatoria », *Etudes de droit international privé en l'honneur de Pierre Lalive*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, p. 241.

Gothot P., « Le renouveau de la tendance unilatéraliste », *Rev. crit.* 1971, 1, 209 et 415.

Gotlieb A. E., « The incidental Question in Anglo-American Conflict of Laws », 33 *Canadian Bar Review* 1955, p. 523.

- « The incidental Question revisited », 26 *ICLQ* 1977, p. 134.

Goubeaux G., « Le nom », in *Droit de l'enfant et de la famille, Hommage à Marie-Josèphe Gebler*, Presses Universitaires de Nancy, 1998, p. 23.

Graulich P., « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges en l'honneur Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1963, t. II, p. 629.

Graveson R., « Le renvoi dans le droit anglais actuel », *Rev. crit.* 1968, 259.

Guedj T. G., « The Theory of the Lois de police, A functional Trend in Continental Private International Law. A Comparative Analysis with Modern American Theories », *AJCL* 1991, 661.

Gyertyánfy P., « Evolution des législations sur le droit d'auteur en Europe centrale et orientale jusqu'en janvier 1999 », *RIDA* 1999, n° 182, p. 2.

Habscheid W. J., « L'arbitrage international, avant tout celui selon le règlement de la Chambre de commerce internationale et l'autonomie des parties : quelques considérations », *Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 449.

Hammje P., « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit.* 1997, 1.
- *Répertoire Dalloz, Droit international, V° Nom.*

Heuzé V., « La morale, l'arbitre et le juge », *Rev. arb.* 1993, 179.

- Houx N.**, « La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : pour une interprétation cohérente des dispositions applicables », *Petites affiches* 2001, n° 43, p. 6 et n° 44, p. 5.
- Huber P.**, « Die ausländische Legitimation zwischen Aufenthaltsrecht, Heimatrecht und deutschem Geburtenbuch », *IPRax* 2000, 116.
- Idot L.**, « Le domaine spatial du droit communautaire des affaires », *TCFDIP* 1991-1993, p. 145 et s.
 - « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », *RJ com.* 1996, p. 6.
 - « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *Petites Affiches*, 2002, n° 248, p. 27.
- Iglesias Buigues J. L.**, « Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol », *Rev. crit.* 1976, 397.
- Jacquet J.-M.**, « Aperçu de la Convention de Rome » in P. Lagarde et B. von Hoffmann (éd.), *L'eupéanisation du droit international privé*, Série de publications de L'Académie de droit européen de Trèves, vol. 8, 1996, p. 30.
 - *Répertoire Dalloz, Droit international, V° Contrats.*
- Jarrosson Ch.**, « L'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. arb.* 1989, 573.
 - « La clause compromissoire : l'article 2061 du Code civil », *Rev. arb.* 1992, 259.
 - « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », *RJ com.* 1996, p. 1.
 - « Le nouvel essor de la clause compromissoire après la loi du 15 mai 2001 », *JCP* 2001, I, 333.
- Jayme E.**, « Ausländische Rechtsregeln und Tatbestand inländischer Sachnormen. Betrachtungen zu Ehrenzweigs Datum-Theorie », *Gedächtnisschrift für Ehrenzweig*, Karlsruhe/Heidelberg, 1976, p. 35.
 - « Zur Anwendung ausländischer Verbotsgesetze durch den Supreme Court von Kalifornien », *IPRax* 1986, 46.
- Jayme E. et Kohler Ch.**, « Das Internationale Privat-und Verfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft-Jüngste Entwicklungen », *IPRax* 1988, 133.
- Jobard-Bachelier M.-N. et Geouffre de la Pradelle G.**, *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 534-2, « Ordre public international. Conditions d'interventions de l'exception d'ordre public. Affirmation de valeurs intangibles du for ».
 - *Jurisclasseur, Droit international*, fasc. 534-3, « Ordre public international. Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. La confrontation des règles étrangères et des valeurs intangibles du for ».
- Juillard P. et Carreau D.**, *Répertoire Dalloz, Droit international, V° Négociations commerciales multilatérales (Cycle de l'Uruguay).*

- Kahn Ph.**, « Droit international économique, droit du développement, Lex mercatoria : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 97.
- Kamina P.**, « La protection des oeuvres audiovisuelles en Grande-Bretagne », *RIDC* 2000, 125.
- Kegel G.**, « Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht », *Festschrift Hans Lewald*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, 1953, p. 253.
- « Die Rolle des öffentlichen Rechts im internationalen Privatrecht », *Festschrift Seidl-Hohenveldern*, Cologne/Berlin/Bonn/Munich, Carl Heymans Verlag, 1988, p. 243.
- Kernochan J. et Ginsburg J.**, « Cent deux ans plus tard : les Etats-Unis adhèrent à la Convention de Berne », *RIDA* 1989, n° 141, 56.
- Kinsch P.**, « L'autolimitation implicite des normes de droit privé matériel », *Rev. crit.* 2003, 403.
- Knoepfler F. et Schweizer P.**, « La nouvelle loi suisse sur le droit international privé (partie générale) », *Rev. crit.* 1988, 207.
- Kohler Ch. et Jayme E.**, « Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Gemeinschaft-Jüngste Entwicklungen », *IPRax* 1988, 133.
- Kröll S.**, « Future Perspectives of Conflicts, Mandatory Rules in International Contracts, in *Perspectives of Air Law, Space and International Business Law for the Next Century*, Carl Heymans Verlag, 1996, p. 87.
- Kubis S.**, compte-rendu de S. Brüning, *Die Beachtlichkeit des fremden ordre public*, *RabelsZ* 2000, 797.
- Lagarde P.**, « La règle de conflit applicable aux questions préliminaires », *Rev. crit.* 1960, 459.
- « Examen de l'avant-projet de convention CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles et non-contractuelles », *TCFDIP* 1971-1973, p. 147.
- « La Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation », *Rev. crit.* 1978, 31.
- « Approche critique de la *lex mercatoria* », in *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 125.
- « La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises », *RIDC*, n° spécial, Journées de la Société de législation comparée, Année 1985, 327.
- « Observations sur l'articulation des questions de statut personnel et des questions alimentaires dans l'application des conventions de droit international privé », *Mélanges en l'honneur d'A. von Overbeck, Fribourg*, 1990, p. 511.

- « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Rev. crit.* 1991, 287.
- « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe », Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, Centre de droit des obligations de l'Université Paris I, p. 19.
- « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L'expérience française », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruylant, 1993, p. 263.
- « Public policy », in *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. III, Private international Law, chap. 11.
- *Répertoire Dalloz, Droit international, V° Ordre public et V° Questions préalables.*
- « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Le contrat au début du XXIème siècle, Etudes offertes à J. Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 511 et s.
- « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale : une opportune clarification », *Rev. crit.* 2001, 275.

Lagarde P. et Giulano M., « Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *J.O.C.E.* n° C 282 du 31 octobre 1980, p. 1.

Lalive P., « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, 329.

Leboulanger Ph. et El Kosheri A. S., « L'arbitrage face à la corruption et aux trafics d'influences », *Rev. arb.* 1984, 3

Leflar R., « Choice-Influencing Considerations in Conflict Law », 41 *N.Y.U.L.R.*, 267 (1966).

- « More on Choice-Influencing Considerations », 54 *Cal. L. R.*, 1585 (1966).

Lequette Y., *Répertoire Dalloz, Droit international, V° Renvoi.*

- « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2003, p. 87.

Lerebours-Pigeonnière P., « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », *Le droit privé français au milieu du XXème siècle, Etudes offertes à G. Ripert*, Tome I, 1950, p. 255.

- « A propos du contrat international », *JDI* 1951, 4.

Level P., « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992, 213.

Libchaber R., « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 65.

- Loquin E.**, « L'application des règles a-nationales dans l'arbitrage commercial international », in *L'arbitrage commercial international : l'apport de la jurisprudence arbitrale*, Institut de droit et de pratique des affaires internationales de la CCI, Paris, Publ. CCI, 1986, p. 106.
- « Où en est la *lex mercatoria* ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20^{ème} siècle*, A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI. *Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Litec, 2000, p. 23.
- Lorenz S.**, « RGZ 106, 82 ff revisited : Zur Lückenfüllungsproblematik beim ordre public in " Ja/Nein-Konflikten " », *IPRax* 1999, 429.
- Loussouarn Y.**, « La règle de conflit est-elle une règle neutre ? », *TCFDIP* 1980-81, p. 43.
- Makarov A. N.**, « Die Haager Internationalprivatrechtlichen abkommen und die Vorbehaltsklausel », *Ius et Lex, Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Basel, 1959.
- Mancini P. S.**, « De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats sous la forme d'un ou plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales de droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles », *JDI* 1874, 221 et 284.
- Marmisse A.**, « Le règlement du Conseil du 22 décembre 2000 sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Petites Affiches*, 2002, n° 248, p. 6.
- Martiny D.**, « Der deutsche Vorbehalt gegen Art. 7 Abs. 1 des EG-Schuldvertragsübereinkommens vom 19.6.1980-seine Folgen für die Anwendung ausländischen zwingenden Rechts », *IPRax* 1987, 277.
- Matscher F.**, « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », *TCFDIP* 1995-1998, p. 211.
- Mayer G. et Gessner A.-F.**, « L'adoption dans les principales législations européennes (étude de droit interne et de droit international privé), II-Droit international privé : Suisse », *RIDC* 1985, 865.
- Mayer P.**, « Les lois de polices étrangères », *JDI* 1981, 277.
- « Les lois de police », *TCFDIP*, Journée du cinquantenaire, 1988, p. 105.
- « La règle morale dans l'arbitrage international », *Etudes Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 379.
- « La Convention européenne des droits et l'application des normes étrangères », *Rev. crit.* 1991, 651.
- « Le principe de bonne foi devant les arbitres du commerce international », *Etudes de droit international privé en l'honneur de P. Lalive*, Ed. Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main, 1993, p. 543.

- « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.* 1994, 615.
- « La protection de la partie faible en droit international privé », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 261, 1996, p. 513.
- « Droit au procès équitable et conflits de juridictions » in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 1996, p. 125.
- *Répertoire Dalloz, Droit international., V° Lois de police.*
- « L'arbitre et la loi », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle, Etudes offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 225.
- « Présentation des recommandations de l'association de droit international sur le recours à l'ordre public en tant que motif de refus de reconnaissance ou d'exécution des sentences arbitrales », *Rev. Arb.* 2002, p. 1061.

Meyer-Fabre N., « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *Rev. crit.* 1994, 259.

Meyzeaud–Garaud M. – C., « Un principe de la CEDH pour neutraliser les répudiations marocaines : l'égalité entre époux », *Dr. fam.* 1998, n° 13.

Mezghani A., « Les innovations du code tunisien de droit international privé », *RabelsZ* 2001, 78.

Moller M., « A propos du Livre vert », *RIDA* 1989, n° 141, p. 23.

Monéger F., « Le prononcé d'une adoption en France. Les règles de conflit énoncées par la loi du 6 février 2001 », *RIDC* 2003, 819.

M'Salha M., « Qu'en est-il aujourd'hui de la polygamie et de la répudiation en droit marocain ? », *RIDC* 2001, 171.

Muir-Watt H., *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 584-3, « Effets en France des décisions étrangères. Conditions de l'efficacité internationale. Compétence internationale de l'autorité étrangère. Conformité aux règles françaises de conflits de lois ».

- « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *TCFDIP* 1993-1995, p. 49.
- « Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions-ou le principe de proximité », *Rev. crit.* 1995, 631.
- « Contre une géométrie variable des droits fondamentaux de la procédure », *Justices* 1996, n° 4, p. 329.
- « La loi nationale de l'enfant comme métaphore : le nouveau régime législatif de l'adoption internationale », *JDI* 2001, 995.

Neumayer K., « Die Notgesetzgebung des Wirtschaftsrechts im internationalen Privatrecht », *BerGes VR* 2 (1957), 35.

- « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. crit.* 1957, 579 et 1958, 53.

Niboyet-Hoegy M.-L., *Jurisclasseur Droit international*, Fasc. 552-40 « Contrats internationaux, détermination du droit applicable, principes concurrents du principe d'autonomie ».

- « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national) », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 313.

- « La révision de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le Règlement du 22 décembre 2000 », *Gaz. Pal.* 10-12 juin 2001, p. 10.

Normand J., « Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union européenne et le respect des droits de la défense », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, *Mélanges en l'honneur de R. Perrot*, Paris, Dalloz, 1996, p. 337.

Nuyts A., « L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire) », *Rev. crit.* 1999, 31 et 245.

Oliver J.-M., « Arbitrage et droit du travail », *Dr. & Patrim.* mai 2002, p. 52.

Oppetit B., « Le développement des règles matérielles », *TCFDIP*, Journée du cinquantième (1985), p. 121.

Paulsen M. et Sovern M., « Public Policy in the Conflict of Laws », 56 *Col. L. R.* 969.

Paulsson J., « La lex mercatoria dans l'arbitrage CCI », *Rev. arb.* 1990, 55.

Picone P., « Il rinvio all'ordinamento competente nel diritto internazionale privato », *RDIPP* 1981, p. 309.

Pillet A., « De l'ordre public en droit international privé », *Mélanges Pillet*, Paris, 1929, Tome I, p. 407.

Pluyette G., « La jurisprudence du Tribunal de Paris en matière d'exequatur des jugements étrangers (1964-1988) », *TCFDIP* 1988-1989, p. 27.

- « La Convention de Bruxelles et les droits de la défense », *Etudes Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991.

Poillot-Peruzzeto S., « L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (Eco Swiss China Time Ltd) », *JDI* 2000, 299.

Poisson-Drocourt E., « Codification des règles de droit international en matière d'adoption », *D.* 2001, p. 1404.

- Radicati di Brozolo L.**, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi – nécessaire ? », *Rev. crit.* 2003, 1.
- Reichelt G.**, « Zur Eingriffsnorm nach dem österreichischen IPRG », *IPRax* 1988, 251.
- « Zur Frage der Beachtlichkeit der Eingriffsnorm im internationalen Warenverkehr ohne Einfuhrgenehmigung », *IPRax* 1991, 132.
- Revillard M.**, « La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale », *Rép. Defrénois* 2001, n° 37316, p. 333.
- Ricketson S.**, « Le droit d'auteur en Australie », *RIDA* 1995, n° 166, p. 128.
- Sarehane F.**, *Jurisclasseur Droit comparé, Maroc*, fasc. 2-1, « Le statut personnel : droit commun. Capacité. Mariage. Filiation. ».
- Schultsz J.-C.**, « Les lois de police étrangères », *TCFDIP* 1982-1984, p. 39.
- « Dutch Antecedents and Precedents for Article 7 of the EEC Contracts Convention of 1980 », *RabelsZ* 1983, 267.
- Schwander I.**, « Diskriminierungsverbot und Gleichstellungsrecht im internationalen Privat- und Zivilprozessrecht », *PJA* 1993, p. 1400.
- Schweizer P. et Knoepfler F.**, « La nouvelle loi suisse sur le droit international privé (partie générale) », *Rev. crit.* 1988, 207.
- Seif U.**, « Savigny und das internationale Privatrecht des 19. Jahrhunderts », *RabelsZ* 2001, 492.
- Siehr K.**, « “False Conflicts”, “lois d'application immédiate” und andere “Neuentdeckungen” im IPR », *Festschrift für Ulrich Drobnig*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 443.
- Simon-Depitre M.**, « Les règles matérielles dans le conflit de lois », *Rev. crit.* 1974, 591.
- Sinopoli L.**, « Droit au procès équitable et exequatur : Strasbourg sonne les cloches à Rome », *Gaz. Pal.* 2002, doct. 1157.
- Sonnenberger H.-J.**, « Eingriffsrecht-Das trojanische Pferd im IPR oder notwendige Ergänzung », *IPRax* 2003, 104.
- Sperduti G.**, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Rev. crit.* 1977, 257.
- « Droit international privé et droit international public étranger », *JDI* 1977, 5.
- Sturlèse B.**, « La Convention de La Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale », *JCP* 1993, I, 3710.

Sturm F., « Das neue internationale Kindschaftsrecht : Was bleibt von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ? », *IPRax* 1987, 1.

Sudre F., *Répertoire Dalloz, Droit international, V° Droits de l'homme.*

- « Existe t-il un ordre public européen ? », *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une " union plus étroite "*, P. Tavernier (éd.), Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 39.

- « A propos du dynamisme interprétatif de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *JCP* 2001, I, 335.

Sutton G., « Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de grande instance de Paris », *TCFDIP* 1983-1984, p. 193.

Syméonidès S., « Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane », *Rev. crit.* 1992, 223.

Synvet H., « Les lois de police applicables aux opérations bancaires » in *La Convention de Rome. Un nouveau droit international privé des contrats. Application aux opérations bancaires, Banque et droit*, n° hors-série, juin 1993, p. 15.

Terré F., « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 9^{ème} édition, 2003, p. 3.

Thoma I., « Relations between conflict of laws rules and uniform law », *RHDI* 2000, 1, 169.

Trautman D. T., « Reflections on Conflict of Laws Methodology », *32 Hastings LJ*, 1612, (1981).

Trautman D. T. et Gaillard E., « La Convention de La Haye relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance », *Rev. crit.* 1986, 1.

Ughetto B. et Cohen D., « La nouvelle Convention de La Haye relative à la loi applicable aux ventes internationales de marchandises », *D.* 1986, chr. p. 149.

Vallindas P. G., « La réserve de l'ordre public en droit international privé », *RHDI* 1950, 270.

- « Der Vorbehalt des Ordre Public im internationalen Privatrecht », *RabelsZ* 1953, 1.

Van Hecke G., « Le contrôle de la loi applicable par le juge requis », *RBDI* 1991, 408.

Verwilghen M., « Vers un code belge de droit international privé », *TCFDIP* 1998-2000, p. 123.

Virally M., « Réflexions sur le jus cogens », *AFDI* 1966, 5.

Vischer F., observations sous l'article 34, in A. Heini, M. Keller, K. Siehr, F. Vischer, P. Volken, *IPRG Kommentar*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1993.

Von Mehren A. T., « Une esquisse de l'évolution du droit international privé », *JDI* 1973, 116.

Von Overbeck A. E., « Essai sur la délimitation du domaine des conventions de droit international privé », in « *Ius et Lex* », *Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Basel 1959, p. 303.

- Rapport sur la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye : <http://www.hcch.net/f/conventions/exp130f.html>

- « Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé », *Rev. crit.* 1988, 237.

Wengler W., « Die Vorfrage im Kollisionsrecht », *RabelsZ* 1934, 148.

- « Die Anknüpfung des zwingenden Schuldsrechts im internationalen Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Studie », *ZvglRWiss*, 1941, p. 168.

Zweigert K., « Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote », *RabelsZ* 1942, 283.

- « Internationales Privatrecht und öffentliches Recht » in *Fünfzig Jahre Institut für Internationales Recht an der Universität Kiel*, Hambourg, 1965, p. 124.

IV-Lois de droit international privé.

- **Allemagne** : Loi de droit international privé du 25 juillet 1986, *Rev. crit.* 1987, 170, commentaire H.-J. Sonnenberger, « Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République Fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986 », *Rev. crit.* 1987, 1.

- **Autriche** : Loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé, *Rev. crit.* 1979, 174, note introductive F. Schwind.

- **Chine** : Loi du 12 avril 1986, *Rev. crit.* 1987, 465, commentaire Danhan Huang.

- **Iran** : Code civil iranien du 16 février 1935, tel que modifié par la loi n° 90940 du 21 mars 1983. Les dispositions relatives au droit international privé sont publiées dans J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, *Außereuropäische IPR-Gesetze*, Hamburg, Würzburg, Deutsches Notarinstitut et Max-Planck-Institut éd., 1999, p. 298.

- **Italie** : Loi de droit international privé du 31 mai 1995, *Rev. crit.* 1996, 174, commentaire A. Giardina « Les caractères généraux de la réforme », p. 1.

- **Jordanie** : Loi de 1976, *Rev. crit.* 1987, 643.
- **Liechtenstein** : Loi de droit international privé du 19 septembre 1996, *Rev. crit.* 1997, 859, n. P. Lagarde.
- **Louisiane** : Acte de 1991, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1992, *Rev. crit.* 1992, 394, commentaire S. Syméonidès, « Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane », *Rev. crit.* 1992, 223.
- **Mexique** : Décret du 11 décembre 1987, *Rev. crit.* 1989, 583, commentaire Leonel Pereznieta Castro, 593.
- **Mongolie** : Code civil mongol du 1^{er} novembre 1994. Les dispositions relatives au droit international privé sont publiées dans J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, *Außereuropäische IPR-Gesetze*, Hamburg, Würzburg, Deutsches Notarinstitut et Max-Planck-Institut éd., 1999, p. 538 et s.
- **Ouzbékistan** : Code civil de la République d'Ouzbékistan de 1997. Les dispositions relatives au droit international privé sont publiées dans J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, *Außereuropäische IPR-Gesetze*, *op. cit.*, p. 914 et s.
- **Pérou** : Loi du 24 juillet 1984, *Rev. crit.* 1986, 192, n. introductive J. Lisbonne.
- **Portugal** : Dispositions de droit international privé du nouveau Code civil approuvé par le décret-loi n° 47-344 du 25 novembre 1966, entré en vigueur le 1^{er} juin 1967, *Rev. crit.* 1968, 369.
- **Québec** : Loi du 18 décembre 1991, *Rev. crit.* 1992, 574, commentaire E. Groffier, p. 584 ; *JDI* 1992, 625, commentaire J.-G. Gastel.
- **Roumanie** : Loi n° 105 du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé, *Rev. crit.* 1994, 172 et le commentaire O. Capatina, p. 167.
- **Russie** : Loi fédérale du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie, *Rev. crit.* 2002, 182, n. N. Bogdanova et D. Litvinski.
- **Suède** : Loi suédoise sur les questions internationales de filiation paternelle promulguée le 30 mai 1985, *Rev. crit.* 1987, 198.
- **Suisse** : Loi de droit international privé du 18 décembre 1987, *Rev. crit.* 1988, 409, commentaire F. Knoepfler et P. Schweizer, « La nouvelle loi suisse sur le droit international privé (partie générale) », *Rev. crit.* 1988, 207.
- **Tunisie** : Loi du 27 novembre 1998, *Rev. crit.* 1999, 382, commentaire M. El Arbi Hachem.

- **Turquie** : Loi sur le droit international privé et la procédure internationale du 20 mai 1982, *Rev. crit.* 1983, 141, n. N. Uluocak, 149.
- **Uruguay** : Code civil uruguayen de 1868, réformé par la loi du 19 octobre 1994. Les dispositions relatives au droit international privé sont publiées dans J. Kropholler, H. Krüger, W. Riering, J. Samtleben, K. Siehr, *Außereuropäische IPR-Gesetze*, Hamburg, Würzburg, Deutsches Notarinstitut et Max-Planck-Institut éd., 1999, p. 908.
- **Venezuela** : Loi du 6 août 1998, *Rev. crit.* 1999, 392, commentaire G. Parra-Aranguren, 209.

V-Notes, observations, commentaires.

Agostini E., note sous Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *D.* 1999, 671.

Alexandre D., note sous Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1981, *JDI* 1981, 812.

- Note sous Paris 11 juillet 1978, *Rev. crit.* 1979, 601.

Ancel B. et Lequette Y., commentaires sous Civ. 6 juillet 1922, *Ferrari*, *GA* n° 12.

- Commentaires sous Civ. 8 mars 1938, *Fontaine*, *GA* n° 17.

- Commentaires sous Civ. 25 mai 1948, *Lautour*, *GA* n° 19.

- Commentaires sous Civ. 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, *GA* n° 22.

- Commentaires sous Civ. 17 avril 1953, *Rivière*, *GA* n° 26.

- Commentaires sous Civ. 7 janvier 1964, *Munzer*, *GA* n° 41.

- Commentaires sous CE 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-Lits*, *GA* n° 53.

- Commentaires sous Civ. 23 novembre 1976, *Marret*, *GA* n° 57.

- Commentaires sous Civ. 1^{ère} 3 janvier 1980, *Beneddouche*, *GA* n° 61

- Commentaires sous Civ. 1^{ère} 7 novembre 1984, *Torlet* et 31 janvier 1990, *Pistre*, *GA*, 3^{ème} édition, n° 65-66.

Arnaldez J.-J., observations sous CCI n° 8626 (1996), *JDI* 1999, 1073.

Audit B., note sous Civ. 1^{ère} 10 juillet 1979, *JDI* 1980, 310.

- Note sous TGI Paris 23 novembre 1988, *D.* 1989, 342.

- Observations sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998, *D.* 1999, somm. 290.

Audit M., note sous Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *D.* 2000, 765.

Batiffol H., note sous Civ. 25 mai 1948, *Lautour*, *Rev. crit.* 1949, 89.

- Note sous Civ. 21 juin 1950, *Messageries Maritimes*, *Rev. crit.* 1950, 609.

Bischoff J.-M., note sous Civ. 1^{ère} 22 avril 1986, *Djenangi*, *Rev. crit.* 1988, 302.

- Bureau D.**, note sous Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *Rev. crit.* 1999, 546.
- Déprez J.**, note sous Civ. 1^{ère} 4 mai 1994 et 1^{er} juin 1994, *Rev. crit.* 1995, 103.
- Edelman B.**, note sous Civ. 1^{ère} 28 mai 1991, *Huston, JDI* 1992, 133.
- Fouchard Ph.**, note sous Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999 et 19 octobre 1999, *Rev. arb.* 2000, 85.
- Foyer J.**, note sous Civ. 1^{ère} 3 novembre 1988, *Rev. crit.* 1989, 495.
- Françon A.**, obs. sous Paris 6 juillet 1989, *RIDA* 1990, n° 143, p. 328.
- Fulchiron H.**, note sous Civ. 2^{ème} 14 mars 2002, *JCP* 2002, II, 10095.
- Gaillard E.**, note sous Civ. 1^{ère} 20 décembre 1993, *Dalico, JDI* 1994, 432.
- Gaudemet-Tallon H.**, note sous Civ. 1^{ère} 20 décembre 1993, *Dalico, Rev. arb.* 1994, 116.
- Gautier P.-Y.**, observations sous Paris 6 juillet 1989, *Rev. crit.* 1989, 706.
- Ginsburg J. et Sirinelli P.**, note sous Civ. 1^{ère} 28 mai 1991, *Huston, JCP éd. E*, 1991, II, 220.
- Goldman B.**, note sous Paris 3 octobre 1984, *JDI* 1986, 156.
- Heuzé V.**, note sous Civ. 1^{ère} 21 mai 1997, *Rev. crit.* 1998, 87.
- Huet A.**, note sous Civ. 1^{ère} 20 octobre 1987, *JDI* 1988, 446.
- Idot L.**, note sous CJCE 9 novembre 2000, *Ingmar, Rev. crit.* 2001, 107.
- Kahn Ph.**, note sous Civ. 2^{ème} 14 mars 2002, *JDI* 2002, 1062.
- Kerckhove E.**, note sous Civ. 1^{ère} 24 février 1998, *JDI* 1998, 730.
- Kessedjian C.**, note sous Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, *Rev. crit.* 1992, 516.
- Lagarde P.**, note sous TGI Paris 23 avril 1979, *Rev. crit.* 1980, 83.
- Note sous BGH 19 mars 1997, *Rev. crit.* 1998, 610.
- Lequette Y.**, note sous Civ. 1^{ère} 20 octobre 1987, *Cressot, Rev. crit.* 1988, 540.
- Note sous Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988, *Baaziz, Rev. crit.* 1989, 71.
- Note sous Paris 14 juin 1994, *Rev. crit.* 1995, 308.
- Malaurie Ph.**, note sous Civ. 1^{ère} 3 juin 1966, *JDI* 1967, 614.
- Mayer P.**, note Civ. 1^{ère} 20 décembre 1993, *Dalico, Rev. crit.* 1994, 663.

Mémeteau G., note sous Ass. Plén. 11 décembre 1992, *JCP* 1993, II, 21991.

Monéger F., note sous Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *JDI* 2000, 737.

Niboyet-Hoegy M.-L., note sous Civ. 1^{ère} 12 février 1987, *JDI* 1988, 101.

Racine J.-B., note sous Civ 1^{ère} 19 octobre 1999, *JDI* 2000, 328.

Raynard J., note sous Civ. 1^{ère} 28 mai 1991, *Huston*, D. 1993, 197.

Rigaux F., note sous Bruxelles 14 décembre 1955, *Rev. crit.* 1957, 68.

Sinay-Cytermann A., note sous Civ. 1^{ère} 22 avril 1986, *Djenangi*, *JDI* 1986, 1025.

Synvet H., note sous Paris 17 décembre 1991, *Gatoil*, *Rev. arb.* 1993, 281.

Table de jurisprudence.

(En l'absence de précision, le renvoi est effectué aux numéros.)

- I-Juridictions internationales.
- II-Juridictions nationales et organes administratifs nationaux.
- III-Arbitrage commercial international.

I

Cour Permanente de Justice internationale

CPJI 12 juillet 1929, *Gouvernement de la République française contre Gouvernement du Royaume des Serbes-Croates-Slovènes*, *Rev. crit.* 1929, 427, n. Niboyet ; *JDI* 1929, 977 : 12, 137.

Cour internationale de Justice

CIJ 28 novembre 1958, *affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, Pays-Bas contre Suède*, *Rec. CIJ* p. 55 ; *Rev. crit.* 1958, 713 : 179, 187.

CIJ 5 février 1970, *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*, *Rec. CIJ*, p. 3 : 347 note 562.

Cour de Justice des Communautés européennes

CJCE 28 mars 1996, *Guiot*, aff. C-272/94, *Rec. CJCE* 1996, I-1905 : 71 note 124.

CJCE 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV*, aff. C-126/97, *Rev. arb.* 1999, 631, n. L. Idot ; *JDI* 2000, 505, obs. C. Prieto ; *RTD com.* 2000, 340, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin : 73, 126.

CJCE 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rec. CJCE* 1999, I-8453, *Rev. crit.* 2000, 710, n. M. Fallon ; *JDI* 2000, 493, obs. M. Luby : 71.

CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, aff. C-7/98, *Rec. CJCE* 2000, I-1935 ; *Rev. crit.* 2000, 481, n. H. Muir-Watt ; *JDI* 2001, 690 ; *RTD civ.* 2000, 944, obs. J. Raynard ; *Gaz. Pal.* 2000, n° 275, p. 30, n. M.-L. Niboyet ; *Europe* 2000, n° 157, obs. L. Idot : 72, 452.

CJCE 11 mai 2000, *Régie nationale des usines Renault SA c. Maxicar SpA et Orazio Formento*, aff. C-38/98, *Rec. CJCE* 2000, I-2973, *Rev. crit.* 2000, 497, n. H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 2001, 696, obs. A. Huet : 72.

CJCE 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98, *Rec. CJCE* 2000, I-9305 ; *Europe* 2001, n° 24, obs. L. Idot ; *Rev. crit.* 2001, 107, n. L. Idot ; *JDI* 2001, 511, 2^{ème} espèce, n. J.-M. Jacquet : 70.

CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98, *Rec. CJCE* 2001, I-2189, *Rev. crit.* 2001, 495, n. E. Pataut : 43, 71.

CJCE 25 octobre 2001, *Finalarte*, aff. jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98, C-68/98 à C-71/98, *Rec. CJCE* 2001, I-7831 : 71 note 124.

CJCE 24 janvier 2002, *Portugaia Construcoes Lda*, C-164/99, *Rec. CJCE* 2002, I-787 : 71 note 124.

Cour et commission européenne des Droits de l'Homme

- CEDH 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, *AFDI* 1975, 330, obs. R. Pelloux : 389 note 606.
 CEDH 18 décembre 1986, *Johnston c/ Irlande*, *JDI* 1987, 812, obs. P. Rolland et P. Tavernier ; *AFDI* 1987, 239, obs. V. Coussirat-Coustère : 394 note 611.
 Comm. EDH 4 mars 1991, *RUDH* 1991, 193, spéc. p. 201, § 22 : 402 note 619.
 CEDH 25 mars 1992, *D.* 1993, 101, n. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1992, I, n° 3593, obs. P. Murat ; *RTD civ.* 1992, 540, obs. J. Hauser : 370 note 591.
 CEDH 26 mars 1992, *D.* 1993, somm. 388, obs. J.-F. Renucci : 390 note 608.
 CEDH 16 décembre 1992, *Niemietz c/ Allemagne*, *JDI* 1993, 755, obs. E. Decaux et P. Tavernier ; *D.* 1993, somm. 386, obs. J.-F. Renucci ; *AFDI* 1992, 629, obs. V. Coussirat-Coustère ; *RTDH* 1993, 470, obs. P. Lambert et F. Rigaux : 388.
 CEDH 26 février 1993, *Messina*, *Série A n°257 H* : 389 note 607.
 CEDH 22 février 1994, *Burghartz c/ Suisse*, *JDI* 1995, 744, obs. E. Decaux et P. Tavernier ; *D.* 1995, 5, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTDH* 1995, 57, obs. H. Hausheer ; *AFDI* 1994, 658, obs. V. Coussirat-Coustère : 391, 397.
 CEDH 23 mars 1995, *RUDH* 1995, 130, *JDI* 1997, 273, obs. P. Tavernier : 402 note 619.
 CEDH 24 avril 1996 *RTD civ.* 1996, 1025, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1997, I, 4000, n° 37, obs. F. Sudre : 390 note 608.
 CEDH 7 août 1996, *RTD civ.* 1996, 1025, obs. J.-P. Marguénaud ; *JCP* 1997, I, 4000, n° 37, obs. F. Sudre : 390 note 608.
 CEDH 29 janvier 1997, *JCP* 1997, II, 22924, n. M. Lévinet ; *RTD civ.* 1997, 540, obs. J.-P. Marguénaud : 390 note 608.
 CEDH 30 juillet 1998, *D.* 1998, somm. 370, obs. J.-F. Renucci : 370 note 592.
 CEDH 20 juillet 2001, Pellegrini, *RTDH* 2002, 463, n. J.-P. Costa, *RTD civ.* 2001, 986, obs. J.-P. Marguénaud : 375 note 596.
 CEDH 26 février 2002, *D.* 2002, 2569, obs. C. Courtin ; *JCP* 2002, II, 10074, n. A. Gouttenoire-Cornut et F. Sudre : 394 note 612.
 CEDH 16 avril 2002, *D.* 2003, somm. 527, obs. C. Birsan : 388 note 604.

II

Allemagne

- RG 19 décembre 1921, *Rev. crit.* 1926, 278 ; *RGZ* 106, 82 : 93.
 RG 23 mars 1931, *JW* 1932, 591 : 83 note 154, 576.
 RG 15 mai 1931, *RGZ* 132, 416 ; *JDI* 1932, 753 : 750, 790 note 1022.
 RG 15 avril 1935, *RGZ* 147, 385 : 182.
 RG 17 février 1936, *RGZ* 150, 283 : 182.
 BGH 17 décembre 1959, *BGHZ* 31, 367 : 693.
 BGH 24 mai 1962, *NJW* 1962, 1436 ; *BGHZ* 34, 169 : 700 note 886.
 BGH 12 février 1964, *BGHZ* 41, 136 ; *JZ* 1964, 617, n. Wengler ; *FamRZ* 1964, 188 : 762 note 963.
 LG Hanovre 27 mars 1969, *FamRZ* 1969, 668 : 749 note 942.
 OLG Karlsruhe 2 mars 1970, *FamRZ* 1970, 251 : 749 note 942.
 BGH 19 avril 1972, *NJW* 1972, 1619, n. Otto ; *FamRZ* 1972, 360 : 762 note 963.
 BGH 22 juin 1972, *BGHZ* 59, 82 : 700 note 886.
 BGH 28 février 1973, *BGHZ* 60, 247 : 587 note 788.
 OLG Hamm 7 février 1977, *NJW* 1977, 1594 : 83 note 154, 576 note 776.
 BGH 23 février 1977, *NJW* 1977, 1014 ; *FamRZ* 1977, 384 : 762 note 963.
 BGH 12 mars 1981, *NJW* 1981, 1900, n. Wengler ; *IPRax* 1982, 198 : 762 note 965.

BGH 8 février 1984, *IPRax* 1986, 154 ; *NJW* 1984, 1746 ; *RabelsZ* 1989, 146, n. H. Baum : 700 note 886, 802.
 BGH 8 mai 1985, *BGHZ* 94, 268 : 700 note 886.
 BGH 9 juillet 1986, *IPRax* 1987, 22 : 762 note 965.
 OLG München 23 septembre 1987, *IPRax* 1988, 355 : 762 note 964.
 OLG Francfort 24 avril 1990, *IPRax* 1991, 403 : 750 note 947.
 BGH 20 novembre 1990, *NJW* 1991, 634 ; *JZ* 1991, 719 : 700.
 OLG Celle 25 novembre 1990, *IPRax* 1991, 121 : 762 note 964.
 BVerfG 23 avril 1991, *NJW* 1991, 1600 : 418 note 643.
 BGH 14 octobre 1992, *BGHZ* 120, 29 ; *IPRax* 1994, 102 : 227 note 404, 418 note 643.
 BGH 20 octobre 1992, *NJW* 1993, 194 ; *RIW* 1993, 146 : 700.
 BGH 2 octobre 1993, *IPRax* 1994, 449 : 588 note 792.
 BGH 19 mars 1997, *Rev. crit.* 1998, 610, n. P. Lagarde : 588 note 792.
 BayObLG 14 juin 1999, *IPRax* 2000, 135 : 762 note 963.

Angleterre

Collier v. Rivaz (1841), 2 *Curt.* 855 : 755 note 951.
Ralli Brothers v. Compañía Naviera Sota y Aznar [1920], 2 *KB* 287 : 701.
Annesley [1926], Ch. 692 ; *JDI* 1927, 470 : 755 note 951.
Foster v. Driscoll [1929], 1 *KB* 470 C. A. : 701 note 889.
Askew [1930], 2 Ch. 259 : 755 note 951.
Ross [1930], 1 ch. 377 ; *JDI* 1930, 1092 : 755 note 951.
R. v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft [1937] *AC* 500 : 693.
Kleinwort, Sons & Co. V. Ungarische Baumwolle Industrie Aktiengesellschaft [1939] 2 *KB* 678, CA : 693.
O'Keefe [1940], Ch. 506 : 755 note 951.
Regazzoni v. Sethia, Queen's Bench Division 19 décembre 1955 (1944) Ltd-[1956], 2 *QB* 490 : 701.
Regazzoni v. Sethia, Court of Appeal 26 avril 1956 (1944) Ltd-[1956], 2 *QB* 505 : 701.
Regazzoni v. Sethia, Chambre des Lords 21 octobre 1957 (1944) Ltd-[1958], *AC* 301, *JDI* 1961, 1140 : 701.
Re Fuld's Estate (No 3) [1965] 3 *All ER* 776 : 179.
Vervaeke v. Smith [1982] 2 *All ER* 144 : 179.

Autriche

OGH 25 octobre 1952, *Rev. crit.* 1955, 110, 1^{ère} espèce, n. Wengler : 762 note 966.
 OGH 24 septembre 1963, *ZfRV* 1964, 175 : 167 note 284.
 OGH 8 novembre 1972, *ZfRV* 1973, 145, n. F. Schwind : 762 note 966.
 OGH 17 février 1982, *JDI* 1983, 636, rapportée par I. Seidl-Hohenveldern : 762 note 966.
 OGH 19 novembre 1986, *IPRax* 1988, p. 240 : 196 note 359.
 OGH 27 avril 1989, *IPRax* 1991, 125 : 196 note 359.

Belgique

Cour de cassation 16 février 1955, *JDI* 1955, 930, n. Philonenko : 571.
 Bruxelles 14 décembre 1955, *Rev. crit.* 1957, 68, n. F. Rigaux : 723, 724.
 Cour de cassation 8 octobre 1964, *RCJB* 1965, 393 : 136 note 238.
 Cour de cassation 25 juin 1975, *Taylor c. s.a. "Vendo International"*, *Pas.* 1975, I, p. 1038 : 214 note 384, 326 note 543.
 Cour de cassation 27 février 1986, *RCJB* 1989, 56, n. N. Watté : 136 note 238.
 Cour de cassation 4 décembre 1989, *Heide c. Exxon Chemical International Inc.*, *Pas.* 1990, I, n° 215 : 214.
 Cour d'appel de Bruxelles 4 avril 1990, rapportée par A. Nuyts, *JDI* 1996, 192 : 214.
 Comm. Mons 2 novembre 2000, *JT* 2001, n°6016, p. 532, n. M. Fallon : 694 note 872.

Canada

Cour d'appel de l'Ontario, 4 novembre 1963, *Rev. crit.* 1965, 321, n. Wengler : 762 note 968.

Etats-Unis d'Amérique

Intercontinental Planning LTD. v. Daystrom Inc., *JDI* 1970, 733 (A. C. New-York, 1969) : 507 note 722.
Pallavicini v. I.T.T. (S. C. New-York), cité par P. Lagarde, « Public policy », in *International Encyclopedia of Comparative law*, vol. III, Private international Law, chap. 11, spéc. n° 15 note 89 : 507 note 722.
Jarvis v. Ashland Oil, 478 *N.E.* 2d 786 (S. C. Ohio, 1985) : 507 note 722.
Comshare v. Execucom Systems, 593 F Supp. 981 (U.S.D.C. Michigan, 1984) : 507 note 722.
Feldman v. Acapulco 520 *N.Y.S.* 2d 477 (S. C. New-York, 1987) : 507.
Rhee, 536 A. 2d 1197 (A. C. Maryland, 1988) : 507.
Owen v. Owen, 444 *N.W.* 2d 710 (S. C. South Dakota, 1989) : 507 note 721.
St Paul Surplus Lines Ins. V. International Playtex, 777 P. 2d 1259 (S. C. Kansas, 1989) : 507 note 722.
Phillips v. General Motors Corp., 995 P. 2d 1015 (S. C. Montana, 2000) : 507.
Roberts v. Energy Development Corp., 235 F. 3d 935 (5th Circuit, 2000) : 507 note 722.
Streber v. Hunter, 221 F. 3d 701 (5th Circuit, 2000) : 507 note 722.
J. S. Alberici Construction Co. Inc. V. Mid-West Conveyor Co. Inc., 750 A. 2d 518 (S. C. Delaware, 2000) : 507 note 722.

France

Civ. 23 novembre 1857, *S.* 1858, I, 293 : 9 note 11.
 Civ. 28 février 1860, *Bulkley*, *S.* 1860, I, 210 ; *DP*, I, 57 ; *GA* n° 4 : 111 note 180, 139 note 246.
 Civ. 27 mai 1861, *S.* 1861, I, 507 : 143 note 248.
 T. civ. Seine 10 mai 1876, *JDI* 1876, 184 : 581 note 784.
 Civ. 24 juin 1878, *Forgo*, *JDI* 1879, 285 ; *S.* 1878. I. 429 ; *D.* 1879. I. 56 ; *GA* n° 7 : 746 note 935.
 T. civ. Seine 3 mai 1879 *JDI* 1879, 489 : 581 note 784.
 Req. 22 février 1882, *Forgo*, *S.* 1882. I. 393, n. Labbé ; *D.* 1882. I. 301 ; *GA* n° 8 : 746 note 935.
 Aix 8 mars 1897, *JDI* 1897, 569 : 9 note 10.
 Douai 26 mars 1902, *JDI* 1903, 599 : 9 note 10, 581 note 784.
 Req. 22 juillet 1903, *JDI* 1904, 355 ; *D.P.* 1904, I, 197 : 581 note 784.
 T. civ. Seine 5 mai 1919, *Rev. crit.* 1919, 543 ; *S.* 1921, 2, 11, n. J.-P. Niboyet : 723.
 Paris 7 mai 1919, *Rev. crit.* 1919, 134 ; *JDI* 1920, 614 ; *S.* 1920, II, 49, n. J.-P. Niboyet : 9 note 10.
 T. civ. Montpellier 18 mars 1920, *Rev. crit.* 1921, 79 ; *JDI* 1920, 633 ; *S.* 1921, 2, 11, n. J.-P. Niboyet : 724.
 T. civ. Seine 15 février 1922, *JDI* 1922, 398 : 730.
 Civ. 6 juillet 1922, Ferrari, *JDI* 1922, 714 ; *Rev. crit.* 1922, 444, rapport Colin, n. Pillet ; *DP* 1922, I, 137 ; *S.* 1923, I, 5, n. Lyon-Caen ; *GA* n° 12 : 628.
 T. civ. Nice 26 janvier 1923, *Rev. crit.* 1924, 99 ; *JDI* 1924, 670, 1^{ère} espèce : 723.
 Paris 11 avril 1923, *Rev. crit.* 1924, 403 : 581 note 784.
 Aix 24 janvier 1924, *Rev. crit.* 1924, 277 ; *JDI* 1924, 670, 2^{ème} espèce : 723.
 Colmar 14 décembre 1925, *JDI* 1926, 928 : 9 note 10.
 T. civ. Seine 18 janvier 1928, *JDI* 1928, 669 : 645 note 837.
 Req. 5 mars 1928, *DP* 1928, I, 85, n. Savatier ; *JDI* 1928, 674 ; *Rev. crit.* 1929, 288, n. J.-P. Niboyet : 177 note 298.
 Paris 19 avril 1928, *JDI* 1928, 695 : 645 note 837.
 Civ. 29 juillet 1929, *DH* 1929, 458 ; *JDI* 1930, 277 ; *S.* 1930, I, 20 ; *Rev. crit.* 1931, 334 : 120.
 Rouen 8 janvier 1930, *JDI* 1931, 363 : 9 note 10.
 T. civ. Strasbourg 15 juillet 1930, *JDI* 1931, 684, n. Nast : 645 note 837.
 T. civ. Seine 2 juillet 1932, *Rev. crit.* 1934, 770, n. J.-P. Niboyet : 47 note 64.
 Orléans 28 décembre 1932, *Rev. crit.* 1933, 340, n. J.-P. Niboyet : 9 note 10.

- Req. 24 mai 1933, *Rev. crit.* 1933, 142, n. J.-P. Niboyet ; *JDI* 1935, 380, obs. Perroud : 9 note 11.
 Paris 30 juin 1933, *JDI* 1933, 963 : 645 note 837.
 Colmar 2 mars 1935, *JDI* 1936, 642, obs. Nast : 9 note 10.
 Civ. 21 janvier 1936, *Rev. crit.* 1936, 510, n. J.-P. Niboyet : 184.
 Paris 3 avril 1936, *DP* 1936, 2, 78, n. L. Mazeaud : 645 note 837.
 Civ. 20 juillet 1936, *JDI* 1937, 288, n. Perroud ; *Rev. crit.* 1937, 694, n. Batiffol ; *DH.* 1936, 474 : 581 note 786, 651 note 841.
 Civ. 8 mars 1938, *Fontaine, Rev. crit.* 1938, 653, n. Batiffol ; *DP.* 1939, I, 17, n. Nast ; *GA* n° 17 : 223 note 391.
 Civ. 22 mars 1944, *Rev. crit.* 1946, 107, n. J.-P. Niboyet ; S. 1945, I, 77, rapport P. Lerebours-Pigeonnière, n. J.-P. Niboyet : 136 note 238.
 Civ. 11 avril et 1^{er} mai 1945, *D.* 1945, 245, n. Lerebours-Pigeonnière ; *JCP* 1945, II, 2895, n. Savatier ; S. 1945, I, 121, n. Batiffol : 111 note 180.
 Civ. 25 mai 1948, *Lautour, Rev. crit.* 1949, 89, n. Batiffol ; *D.* 1948, 357, n. Lerebours-Pigeonnière ; S. 1949, I, 21, n. J.-P. Niboyet ; *JCP* 1948, II, 4532, n. Vasseur ; *GA* n° 19 : 47, 356.
 Civ. 21 juin 1950, *Messageries Maritimes, Rev. crit.* 1950, 609, n. Batiffol ; *D.* 1951, 749, n. Hamel ; S. 1952, I, 1, n. J.-P. Niboyet ; *JCP* 1950, II, 5812, n. Lévy ; *GA* n° 22 : 191, 637, 644.
 Rabat 24 octobre 1950, *Machet, GA* n° 23 : 780 note 1008.
 Com. 29 novembre 1950, *Tissot, D.* 1951, 170 ; S. 1951, I, 120, n. Robert ; *RTD civ.* 1951, 106, obs. Hébraud ; *RTD com.* 1951, 275, obs. Boitard : 258.
 Civ. 17 avril 1953, *Rivière, Rev. crit.* 1953, 412, n. Batiffol ; *JDI* 1953, 860, n. Plaisant ; *JCP* 1953, II, 7863, n. Buchet ; *GA* n° 26 : 21, 112, 139 note 246.
 Soc. 9 décembre 1954, *Rev. crit.* 1956, 462 : 9 note 11.
 Civ. 2 mars 1955, *Rev. crit.* 1955, 496, n. Y. Loussouarn : 238 note 424.
 T. civ. Seine 4 janvier 1956, *Rev. crit.* 1956, 679, n. Batiffol : 47 note 64.
 Civ. 2^{ème} 19 janvier 1956, *B.* II, n° 60 : 9 note 11.
 Civ. 22 mai 1957, *Rev. crit.* 1957, 466, n. Batiffol ; *JDI* 1957, 722, n. Ponsard : 136 note 238.
 Civ. 1^{ère} 12 mai 1959, *Bisbal, Rev. crit.* 1960, 62, n. Batiffol ; *JDI* 1960, 810, n. Sialelli ; *D.* 1960, 610, n. Ph. Malaurie ; *JCP* 1960, II, 11733, n. Motulsky ; *GA* n° 32 : 625.
 Paris 16 mars 1960, *Rev. crit.* 1961, 347, n. J. Déprez : 9 note 10.
 Soc. 9 décembre 1960, *JCP* 1961, II, 12029, n. Simon-Depitre : 552 note 758.
 Civ. 1^{ère} 15 mai 1961, *Tarwid, Rev. crit.* 1961, 547, n. Batiffol ; *JDI* 1961, 734, n. Goldman ; *D.* 1961, 437, 3^{ème} espèce, n. G. Holleaux : 628.
 Paris 21 juin 1962, *Rev. crit.* 1965, 119, 2^{ème} espèce : 9 note 10.
 Paris 9 octobre 1962, *JDI* 1963, 776, n. Goldman ; *Rev. crit.* 1964, 467, 2^{ème} espèce, n. Simon-Depitre : 552 note 758.
 Civ. 30 octobre 1962, *Scheffel, Rev. crit.* 1963, 367, n. Francescakis ; *D.* 1963, 109, n. G. Holleaux ; *GA* n° 37 : 581 note 785.
 Civ. 1^{ère} 7 mai 1963, *Gosset, Rev. crit.* 1963, 615, n. Motulsky ; *D.* 1963, 545, n. Robert ; *JDI* 1964, 82, 1^{ère} espèce, n. J.-D. Bredin ; *JCP* 1963, II, 13405, n. Goldman : 248.
 Civ. 1^{ère} 15 mai 1963, *Patiño, Rev. crit.* 1964, 532, n. P. Lagarde ; *JDI* 1963, 1016, n. Ph. Malaurie ; *JCP* 1963, II, 13365, n. Motulsky ; *GA* n° 38 : 746 note 935.
 Civ. 1^{ère} 7 janvier 1964, *Munzer, Rev. crit.* 1964, 344, n. Batiffol ; *JDI* 1964, 302, n. Goldman ; *JCP* 1964, II, 13590, n. M. Ancel ; *GA* n° 41 : 21, 109.
 Paris 15 octobre 1964, *JCP* 1966, II, 14497, 2^{ème} espèce, n. J.-M. Bischoff : 651.
 Civ. 1^{ère} 27 octobre 1964, *Maro, Rev. crit.* 1965, 119, 1^{ère} espèce ; *JCP* 1964, II, 13911 bis ; *D.* 1965, 81 : 65.
 Paris 3 décembre 1964, *Rev. crit.* 1965, 697, n. Ponsard ; *JCP* 1966, II, 14497 1^{ère} espèce, n. J.-M. Bischoff : 651 note 841.
 Paris 19 mars 1965, *Rev. crit.* 1967, 85, n. P. Lagarde ; *JDI* 1966, 118, n. Goldman : 780.
 Civ. 1^{ère} 28 juin 1965, *B.* I, n° 424 : 65 note 111.
 Civ. 1^{ère} 24 novembre 1965, *JDI* 1966, 369, n. Ph. Kahn ; *Rev. crit.* 1966, 289, n. P. Lagarde : 117.
 Paris 9 février 1966, *Rev. crit.* 1966, 264, n. Louis-Lucas : 47 note 64.
 Paris 16 février 1966, *Rev. crit.* 1966, 453, n. P. Lagarde : 83 note 152.
 Civ. 16 février 1966, *B.* I, n° 120 : 651 note 841.
 Civ. 2 mai 1966, *Galakis, Rev. crit.* 1967, 553, n. Goldman ; *JDI* 1966, 648, n. P. Level ; *D.* 1966, 575, n. Robert ; *GA* n° 44 : 245 note 429, 634.
 Civ. 1^{ère} 3 juin 1966, *Rev. crit.* 1968, 64, n. Derruppé ; *JDI* 1967, 614, n. Ph. Malaurie : 81.
 TGI Seine 27 juin 1966, *JDI* 1967, 619, n. Ph. Malaurie : 81 note 147.
 Douai 4 avril 1967, *DA Vorm* 1969, 356 : 651 note 841.

- Civ. 1^{ère} 4 octobre 1967, *Bachir*, *Rev. crit.* 1968, 98, n. P. Lagarde ; *JDI* 1969, 102, n. Goldman ; *D.* 1968, 95, n. Mezger ; *JCP* 1968, II, 15634, n. Sialelli ; *GA* n° 45 : 110, 447.
- Civ. 1^{ère} 18 novembre 1967, *B. I.*, n° 26 ; *RGAT* 1967, p. 338 : 575 note 772.
- Poitiers 13 décembre 1967, *Rev. crit.* 1969, 94, n. P. Lagarde : 117 note 187.
- Civ. 3^{ème} 26 février 1970, *B. III.*, n° 144 : 698 note 880.
- Civ. 1^{ère} 8 décembre 1970, *B. I.*, n° 323 : 698 note 880.
- Cons. Const. 16 juillet 1971, décision n° 71-44 DC, *Liberté d'association*, *Rec.* p. 29 : 195 note 347.
- Civ. 1^{ère} 19 octobre 1971, *D.* 1972, 683, 2^{ème} espèce, n. Ph. Malaurie : 581.
- Civ. 1^{ère} 14 décembre 1971, *D.* 1972, 117 : 138 note 242.
- Soc. 31 mai 1972, *Thuillier*, *Rev. crit.* 1973, 683, n. P. Lagarde ; *JCP* 1973, II, 17317, n. G. Lyon-Caen ; *GADT* n° 108, p. 298 : 552 note 758.
- Civ. 1^{ère} 4 juillet 1972, *Hecht*, *Rev. crit.* 1974, 82, n. P. Level ; *JDI* 1972, 843, n. Oppetit : 248.
- Civ. 1^{ère} 17 décembre 1972, *Audouze*, *Rev. crit.* 1973, 520, n. Batiffol : 665 note 845, 696 note 874.
- Civ. 1^{ère} 17 décembre 1972, *Cassan*, *JDI* 1973, 716, n. Oppetit : 665 note 845, 696 note 874.
- Civ. 1^{ère} 6 février 1973, *JDI* 1975, 66, 1^{ère} espèce, n. B. Audit : 665 note 845, 696 note 874.
- Civ. 3^{ème} 14 février 1973, *JCP* 1973, IV, 124 : 698 note 880.
- Conseil d'Etat (Assemblée) 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-Lits*, *Rev. crit.* 1974, 344, concl. Questiaux ; *JDI* 1975, 538, n. Simon-Depitre ; *Dr. Soc.* 1976, 50, obs. Savatier ; *GA* n° 53 : 64, 195.
- Soc. 23 octobre 1974, *Rev. crit.* 1976, 87, n. G. Lyon-Caen : 552 note 758.
- Civ. 1^{ère} 29 janvier 1975, *B. I.*, n° 39 : 552 note 758.
- Paris 15 mai 1975, *Rev. crit.* 1976, 690, n. Batiffol : 696.
- Paris 4 juillet 1975, *Rev. crit.* 1976, 485, n. A. Lyon-Caen : 64.
- Paris 13 décembre 1975, *Rev. crit.* 1976, 507, n. Oppetit ; *JDI* 1977, 106, n. E. Loquin : 248.
- TGI Paris 25 juin 1976, *Rev. crit.* 1977, 708, n. E. Poisson-Drocourt ; *JDI* 1978, 325, n. Y. Lequette : 66.
- Civ. 1^{ère} 23 novembre 1976, *Marret*, *Rev. crit.* 1977, 746, n. J. Foyer ; *JDI* 1977, 504, obs. Ph. Kahn ; *GA* n° 57 : 136.
- Paris 20 décembre 1976, *D.* 1978, 373, n. E. Agostini ; *Gaz. Pal.* 1977, 1, 261, concl. Simon : 83.
- Paris 24 février 1977, *D.* 1978, 168, n. J. Massip : 83.
- Soc. 25 mai 1977, *Monfort*, *Rev. crit.* 1978, 701, 1^{ère} espèce, n. A. Lyon-Caen : 207, 552.
- Civ. 1^{ère} 8 novembre 1977, *Rev. crit.* 1979, 395, n. Y. Loussouarn ; *JDI* 1978, 587, n. D. Alexandre : 224 note 395.
- Civ. 3^{ème} 14 décembre 1977, *B. III.*, n° 447 : 698 note 880.
- Soc. 31 mars 1978, *Société Royal Air Maroc*, *Rev. crit.* 1978, 701, 2^{ème} espèce, n. A. Lyon-Caen : 207, 214, 555 note 761.
- Civ. 1^{ère} 17 mai 1978, *JDI* 1979, 380, 1^{ère} espèce, n. D. Holleaux : 448 note 681.
- Civ. 1^{ère} 20 juin 1978, *Ferroudji*, *Rev. crit.* 1981, 88, 1^{ère} espèce : 79 note 143.
- Paris 11 juillet 1978, *Rev. crit.* 1979, 601, n. D. Alexandre : 224 note 395.
- Civ. 1^{ère} 16 janvier 1979, *JDI* 1981, 65, n. J. Foyer : 65 note 111.
- TGI Paris 23 avril 1979, *Rev. crit.* 1980, 83, n. P. Lagarde : 235.
- Civ. 1^{ère} 10 juillet 1979, *Rev. crit.* 1980, 91, n. H. Gaudemet-Tallon ; *JDI* 1980, 310, n. B. Audit : 223.
- Civ. 1^{ère} 13 novembre 1979, *Rev. crit.* 1980, 753, n. Simon-Depitre : 136 note 238.
- Civ. 1^{ère} 18 décembre 1979, *Rev. crit.* 1981, 88, 2^{ème} espèce ; *JDI* 1981, 597, obs. Ph. Kahn ; *D.* 1980, 549, 2^{ème} espèce, n. E. Poisson-Drocourt : 79 note 143, 407.
- Civ. 1^{ère} 3 janvier 1980, *Benddedouche*, *Rev. crit.* 1980, 331, n. Batiffol ; *JDI* 1980, 327, n. Simon-Depitre ; *D.* 1980, 549, n. E. Poisson-Drocourt ; *GA* n° 61 : 225 note 397.
- TGI Paris 3 juin 1980, cité par G. Sutton, « Les articles 311-14 et suivants du Code civil à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de grande instance de Paris », *TCFDIP* 1983-1984, p. 193, spéc. p. 198-199 : 237.
- Poitiers 24 juillet 1980, *JDI* 1981, 567, n. C. Labrusse-Riou : 409 note 635.
- Paris 12 septembre 1980, *D.* 1982, IR 74, obs. B. Audit : 83 note 152.
- Civ. 1^{ère} 10 mars 1981, *Rev. crit.* 1981, 553, n. E. Mezger : 448 note 684.
- Civ. 1^{ère} 25 mars 1981, *B. I.* n° 104 : 646 note 838.
- Civ. 1^{ère} 1^{er} avril 1981, *JDI* 1981, 812, n. D. Alexandre : 79, 223, 538, 627.
- TGI Paris 7 avril 1981, *Rev. crit.* 1981, 510, n. D. Lefort ; *JDI* 1982, 699, n. M.-L. Niboyet-Hoegy : 236 note 419.
- Cons. Const. 16 janvier 1982, décision n° 81-132 DC, *Loi de nationalisation*, *Rec.* p. 18 : 177 note 298.
- Civ. 1^{ère} 17 février 1982, *Rev. crit.* 1983, 275, n. Y. Lequette ; *JDI* 1983, 606, n. Ph. Kahn : 185 note 329.
- Civ. 1^{ère} 15 juin 1982, *Zagha*, *Rev. crit.* 1983, 300, n. J.-M. Bischoff ; *JDI* 1983, 595, n. R. Lehmann ; *D.*

- 1983, IR 151, obs. B. Audit ; *D.* 1983, 431, n. E. Agostini : 746 note 935.
- Paris 13 juillet 1982, *JDI* 1983, 383, n. Ph. Kahn : 696 note 877.
- Civ. 1^{ère} 15 juin 1983, *JCP* 1984, II, 20123, n. J.-P. Lévy ; *RTD civ.* 1984, 721, obs. J. Mestre ; *B. I.* n° 175 : 646 note 838.
- Civ. 1^{ère} 3 novembre 1983, *Rohbi, Rev. crit.* 1984, 325, n. I. Fadlallah ; *JDI* 1984, 329, n. Ph. Kahn ; *JCP* 1984, II, 20131, concl. Gulphe ; *GA* n° 63 : 113 note 182, 407.
- Paris 3 octobre 1984, *JDI* 1986, 156, n. Goldman ; *Rev. crit.* 1985, 526, n. H. Synvet : 47 note 64.
- Civ. 1^{ère} 7 novembre 1984, *Torlet, Rev. crit.* 1985, 533, n. Simon-Depitre ; *JDI* 1985, 434, n. H. Gaudemet-Tallon ; *D.* 1985, 459, n. E. Poisson-Drocourt ; *Rép. Defrénois* 1985, p. 1006, n. Massip ; *GA* n° 67 : 639 note 824.
- Civ. 1^{ère} 6 février 1985, *Simitch, Rev. crit.* 1985, 369 ; *JDI* 1985, 460, n. A. Huet ; *D.* 1985, 469, n. J. Massip et IR 497, obs. B. Audit ; *GA* n° 70 : 129.
- TGI Paris 8 mars 1985, *D.* 1985, IR 500, 1^{ère} espèce, n. B. Audit : 696 note 874.
- TGI Nice 24 avril 1985, *Rev. crit.* 1986, 325, n. P. Lagarde : 83 note 152.
- Chambre Mixte 28 février 1986, *Air Afrique, D.* 1987, 173, 2^{ème} et 4^{ème} espèce, concl. Franck : 64.
- Soc. 19 mars 1986, *Rev. crit.* 1987, 554, n. Y. Lequette ; *D.* 1987, 359, n. G. Légier ; *RTD civ.* 1988, 330, obs. J. Mestre : 61 note 107.
- Civ. 1^{ère} 22 avril 1986, *Djenangi, Rev. crit.* 1988, 302, n. J.-M. Bischoff ; *JDI* 1986, 1025, n. A. Sinay-Cytermann ; *JCP* 1987, II, 20878, n. E. Agostini : 762.
- Civ. 1^{ère} 3 juin 1986, *B.* n° 149 : 448 note 684.
- Paris 23 février 1987, *D.* 1987, somm. 348, obs. B. Audit : 236.
- Civ. 1^{ère} 12 mai 1987, *JDI* 1988, 101, n. M.-L. Niboyet-Hoegy : 136.
- Civ. 1^{ère} 20 octobre 1987, *Cressot, Rev. crit.* 1988, 540, n. Y. Lequette ; *JDI* 1988, 446, n. A. Huet : 66, 337.
- Civ. 1^{ère} 1^{er} mars 1988, *Rev. crit.* 1989, 721, n. A. Sinay-Cytermann ; *D.* 1988, 486, n. J. Massip : 407 note 631.
- Soc. 3 mars 1988, *Rev. crit.* 1989, 63, n. G. Lyon-Caen ; *JDI* 1989, 78, n. M.-A. Moreau-Bourles : 64.
- TGI Paris 4 mars 1988, *Rev. crit.* 1988, 588, n. P.-Y. Gautier : 236 note 419.
- Civ. 1^{ère} 8 mars 1988, *D.* 1989, 577, n. Robert ; *Rev. arb.* 1989, 473, n. P. Ancel : 126 note 213.
- Civ. 1^{ère} 15 mars 1988, *Sté Grands Moulins de Strasbourg, Rev. arb.* 1989, 115, 1^{ère} espèce, note L. Idot ; *D.* 1989, 577, 2^{ème} espèce, note Robert : 126 note 216.
- Paris 6 mai 1988, *Rev. arb.* 1989, 83, note E. Loquin : 126 note 210.
- Civ. 1^{ère} 6 juillet 1988, *Baaziz, Rev. crit.* 1989, 71, n. Y. Lequette : 185, 225, 422 note 645.
- Paris 23 septembre 1988, *D.* 1988, IR 252 : 237 note 421.
- Civ. 1^{ère} 3 novembre 1988, *Rev. crit.* 1989, 495, n. J. Foyer ; *JDI* 1989, 703, n. F. Monéger : 226, 231.
- TGI Paris 23 novembre 1988, *D.* 1989, 342, n. B. Audit : 308 note 515.
- Angers 18 mai 1989, *JDI* 1990, 616, n. P. Fieschi-Vivet : 64.
- Cons. Const. 4 juillet 1989, décision n° 89-254 DC, *Rec.* p. 41 ; *D.* 1990, 209, n. F. Luchaire : 144 note 251.
- Paris 6 juillet 1989, *Gaz. Pal.* 1989, 2, 743, concl. Delafaye ; *Rev. crit.* 1989, 706, obs. P.-Y. Gautier ; *JDI* 1989, 979, obs. B. Edelman ; *RIDA* 1990, n° 143, p. 328, obs. Françon : 84, 307.
- Civ. 1^{ère} 11 octobre 1989, *D.* 1990, 167, n. E.-S. de la Marnierre ; *JCP* 1990, II, 21393, obs. J.-P. Lévy : 646 note 838.
- Civ. 1^{ère} 25 octobre 1989, *Rev. crit.* 1990, 732, n. P. Courbe ; *JDI* 1992, 113, n. C. Ferry : 665, 696 note 874.
- Civ. 1^{ère} 31 janvier 1990, Pistre, *Rev. crit.* 1990, 519, n. E. Poisson-Drocourt ; *D.* 1991, 105, n. F. Boulanger ; *JCP* 1991, II, 21635, n. H. Muir-Watt ; *Rép. Defrénois* 1990, 961, obs. J. Massip ; *Gaz. Pal.* 1990, 2, 481, n. B. Sturlèse ; *GA* n° 68 : 373, 468, 639.
- Paris 8 mars 1990, *Rev. arb.* 1990, 675, n. P. Mayer : 248.
- Paris 5 avril 1990, *D.* 1990, 424, n. F. Boulanger : 236.
- Paris 5 avril 1990, Courrèges, *Rev. crit.* 1991, 580, n. C. Kessedjian ; *Rev. arb.* 1992, 110, n. H. Synvet : 126 note 207.
- Civ. 1^{ère} 2 mai 1990, cité par G. Pluyette, « La Convention de Bruxelles et les droits de la défense », *Etudes Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 433, spéc. p. 455 : 448 note 683.

- Civ. 1^{ère} 6 juin 1990, *Rev. crit.* 1991, 593, 1^{ère} espèce, n. P. Courbe ; *D.* 1990, somm. 263, obs. B. Audit : 79 note 143, 407.
- Civ. 1^{ère} 3 juillet 1990, *JCP* 1991, IV, 331 ; *B. I.*, n° 186 : 138 note 244.
- Civ. 1^{ère} 10 juillet 1990, *Rev. crit.* 1991, 757 : 374.
- Civ. 1^{ère} 18 décembre 1990, *B. I.*, n° 295 : 407 note 629.
- Paris 26 mars 1991, *Rev. arb.* 1991, 456, n. H. Gaudemet-Tallon : 248 note 433.
- Paris 29 mars 1991, *Rev. arb.* 1991, 478, n. L. Idot : 258.
- Civ. 1^{ère} 28 mai 1991, *Huston*, *Rev. crit.* 1991, 752, n. P.-Y. Gautier ; *JDI* 1992, 133, n. B. Edelman ; *JCP* 1991, II, 21731, n. Françon ; *D.* 1993, 197, n. J. Raynard ; *JCP éd. E.*, 1991, II, 220, n. J. Ginsburg et P. Sirinelli : 67, 307, 332.
- Civ. 1^{ère} 25 juin 1991 *JDI* 1991, 975, n. H. Gaudemet-Tallon : 197 note 365.
- Civ. 1^{ère} 9 octobre 1991, *Rev. crit.* 1992, 516, 1^{ère} espèce, n. C. Kessedjian ; *JDI* 1993, 157, obs. A. Huet : 448.
- Civ. 1^{ère} 22 octobre 1991, *Rev. crit.* 1992, 113, n. Oppetit ; *JDI* 1992, 177, n. Goldman : 272 note 479.
- Paris 17 décembre 1991, *Gatoil*, *Rev. arb.* 1993, 281, n. H. Synvet : 248 note 433.
- Civ. 1^{ère} 4 février 1992, *D.* 1992, 181, n. G. Cas ; *Rev. arb.* 1992, 663 ; *RTD com.* 1992, 794, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin : 126 note 215.
- TGI Paris 5 février 1992, *Rev. crit.* 1993, 251, n. E. Poisson-Drocourt : 236.
- Paris 27 février 1992, *Sté Simex*, *Rev. arb.* 1992, 520, note P. Ancel : 126 note 209.
- Ass. plén. 10 juillet 1992, *Rev. crit.* 1994, 69, 1^{ère} espèce, n. B. Audit ; *JCP* 1993, II, 22063, n. P. Rodière ; *Dr. Soc.* 1993, 67, concl. Y. Chauvy : 64 note 107.
- Civ. 1^{ère} 16 juillet 1992, *Rev. crit.* 1993, 269, n. P. Courbe ; *D.* 1993, 476, n. K. Saïdi ; *JCP* 1993, II, 22138, n. J. Déprez : 166 note 269, 468 note 696.
- Crim. 4 novembre 1992, *D.* 1994, 11, n. F. Boulanger : 65 note 111, 104 note 352.
- Nancy 25 novembre 1992, *Rev. Dr. Bancaire*, sept.-oct. 1993, p. 222, obs. F. Crédot et Y. Gérard : 67 note 118.
- Ass. Plén. 11 décembre 1992, *JCP* 1993, II, 21991, concl. M. Jéol et n. G. Mémeteau ; *RTD civ.* 1993, 97, obs. J. Hauser ; *Rép. Defrénois* 1993, 431, n. J. Massip : 370 note 591.
- Paris 12 janvier 1993, *Norbert Beyrard*, *Rev. arb.* 1994, 685 : 258 note 456.
- Civ. 1^{ère} 10 février 1993, *Rev. crit.* 1993, 620, n. J. Foyer ; *JDI* 1994, 124, 1^{ère} espèce, n. I. Barrière-Brousse : 79, 226, 231, 235, 428.
- Paris 23 mars 1993, *Rev. arb.* 1998, 541, note Ph. Fouchard : 126 note 209.
- Paris 19 mai 1993, *Labinal*, *Rev. arb.* 1993, 645, n. Ch. Jarrosson ; *JDI* 1993, 957, n. L. Idot : 258 note 456, 260.
- Paris 14 octobre 1993, *Aplix*, *Rev. arb.* 1994, 164, n. Ch. Jarrosson : 126 note 211, 258 note 456.
- Civ. 1^{ère} 20 décembre 1993, *Dalico*, *Rev. crit.* 1994, 663, n. P. Mayer ; *JDI* 1994, 432, n. E. Gaillard et 692, n. E. Loquin ; *Rev. arb.* 1994, 116, n. H. Gaudemet-Tallon : 248, 258, 261.
- Paris 24 février 1994, *Rev. arb.* 1995, 275, n. Y. Gaudemet : 245 note 429.
- TGI Paris 5 avril 1994, *D.* 1995, somm. 118, obs. F. Granet : 236.
- Civ. 1^{ère} 6 avril 1994, *B. I.*, n° 139 : 65 note 111.
- Civ. 1^{ère} 4 mai 1994, *Rev. crit.* 1995, 103, 1^{ère} espèce, n. J. Déprez : 407 note 629.
- Civ. 1^{ère} 1^{er} juin 1994, *Rev. crit.* 1995, 103, 2^{ème} espèce, n. J. Déprez ; *D.* 1995, 263, n. J. Massip ; *GA* n° 64 : 376 note 597, 406 note 626, 464 note 670, 468 note 694 .
- Paris 14 juin 1994, *Rev. crit.* 1995, 308, n. Y. Lequette : 25 note 39, 83 note 152, 368.
- CE 8 juillet 1994, *CGT*, *Rec.* p. 356 : 205 note 369.
- Paris 27 octobre 1994, *Rev. arb.* 1994, 709 : 703 note 897.
- Paris 7 décembre 1994, *V 2000*, *Rev. arb.* 1996, 245, n. Ch. Jarrosson, *D.* 1995, somm. 318, obs. J.-P. Pizzio ; *RTD com.* 1995, 401, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin : 258 note 456.
- Civ. 1^{ère} 13 décembre 1994, *JDI* 1995, 343, 1^{ère} espèce, n. Ph. Kahn : 407 note 629.
- Civ. 1^{ère} 31 janvier 1995, *Rev. crit.* 1995, 569, n. J. Déprez ; *JDI* 1995, 343, 2^{ème} espèce, n. Ph. Kahn : 376 note 597, 406 note 626, 407 note 631, 468 note 694.
- Paris 24 mars 1995, *Rev. arb.* 1996, 259, n. J.-M. Talau : 261.
- Paris 30 mars 1995, *Fabre*, *Rev. arb.* 1996, 131, obs. J. Pellerin : 126 note 211.
- Civ. 1^{ère} 10 mai 1995, *Fanthou*, *Rev. crit.* 1995, 547, n. H. Muir-Watt ; *JDI* 1995, 625, n. F. Monéger ; *D.* 1995, 544, n. V. Larribau-Terneyre ; *D.* 1996, somm. 240, obs. A. Bottiau ; *GA* n° 69 : 639 note 828.
- Civ. 1^{ère} 18 juillet 1995, *B. I.*, n° 321 : 407 note 629.
- Paris 20 septembre 1995, *Rev. arb.* 1996, 87, n. D. Cohen : 258 note 456.
- Civ. 1^{ère} 19 décembre 1995, *B. I.*, n° 469 : 376 note 597, 406 note 626.
- Civ. 1^{ère} 6 mars 1996, *JCP* 1996, IV, 985 : 448 note 684.

- Paris 15 mars 1996, *Sté Prodim, Rev. arb.* 1996, 146, obs. Y. Derains : 126 note 211.
- Paris 13 juin 1996, *JDI* 1997, 151, n. E. Loquin ; *Rev. arb.* 1997, 251, n. E. Gaillard : 245 note 429, 248 note 435.
- Civ. 1^{ère} 14 janvier 1997, *B. I.*, n° 13 : 407 note 629.
- Civ. 1^{ère} 11 mars 1997, *D.* 1997, 400, n. M.-L. Niboyet ; *JDI* 1998, 110, n. Ph. Kahn ; *JCP* 1997, I, 101, obs. H. Fulchiron : 376 note 597, 406 note 626, 444.
- Civ. 3^{ème} 3 avril 1997, *B. III*, n° 81 : 142 note 247.
- Civ. 1^{ère} 21 mai 1997, *Rev. crit.* 1998, 87, n. V. Heuzé ; *JDI* 1998, 969, n. S. Poillot-Peruzzeto ; *Rev. arb.* 1997, 537, n. Gaillard ; *Contrats, concurrence, consommation* 1997, n° 143, n. L. Leveneur ; *RTD com.* 1998, 330, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin : 265.
- Civ. 1^{ère} 1^{er} juillet 1997, *Rev. crit.* 1997, 705, n. H. Muir-Watt ; *JDI* 1997, 973, n. F. Monéger ; *JCP* 1997, II, 22916, n. T. Garé ; *D.* 1998, 187, n. E. Poisson-Drocourt et somm. 292, obs. C. Bridge : 639 note 828.
- Paris 10 septembre 1997, *Rev. arb.* 1999, 121, obs. D. Bureau : 248 note 435, 258 note 456.
- Paris 2 avril 1998, *D.* 1988, IR 137 : 25 note 39, 83 note 152.
- Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *D.* 1999, 671, n. E. Agostini ; *Dr. fam.* 2000, n° 54, n. H. Fulchiron ; *JCP* 2001, I, 293, obs. M. Farge : 376 note 597, 406 note 626, 468 note 694.
- Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *Rev. crit.* 1999, 546, n. D. Bureau ; *JDI* 1999, 784, n. S. Poillot-Perruzzetto ; *Rev. arb.* 1999, 260, n. Ph. Fouchard ; *RTD com.* 1999, 380, n. E. Loquin ; *D. aff.* 1999, 474, n. X. Delpech : 248.
- Civ. 1^{ère} 5 janvier 1999, *Rev. arb.* 2000, 85, 1^{ère} espèce, n. Ph. Fouchard : 248.
- Soc. 16 février 1999, *Rev. crit.* 1999, 745, 1^{ère} espèce, n. F. Jault-Seseke ; *Rev. arb.* 1999, 290, 1^{ère} espèce, n. M.-A. Moreau ; *Gaz. Pal.* 2000, 1, somm. p. 699, 1^{ère} espèce, obs. M.-L. Niboyet-Hoegy : 266.
- Civ. 1^{ère} 16 mars 1999, *JDI* 1999, 773, n. A. Huet : 377, 410.
- Soc. 4 mai 1999, *Rev. crit.* 1999, 745, 2^{ème} espèce, n. F. Jault-Seseke ; *Rev. arb.* 1999, 290, 2^{ème} espèce, n. M.-A. Moreau ; *Gaz. Pal.* 2000, 1, somm. p. 699, 2^{ème} espèce, obs. M.-L. Niboyet-Hoegy ; *JCP* 2000, II, 10337, n. M. Ammar : 266.
- Civ. 1^{ère} 26 mai 1999 *B. I.*, n° 172 et 174 ; *GA* n° 77 et 78 : 79 note 139, 120 note 192.
- Civ. 1^{ère} 6 juillet 1999, *B. I.*, n° 225 ; *D.* 1999, 483, concl. J. Sainte-Rose ; *D.* 2000, somm. 162, obs. A. Bottiau ; *JCP* 2000, II, 10353 n. T. Vignal : 571 note 768.
- Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *Rev. arb.* 2000, 85, n. Ph. Fouchard : 248.
- Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *JDI* 2000, 737, n. F. Monéger : 237 note 421, 428.
- Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *Rev. crit.* 2000, 29, n. P. Lagarde ; *D.* 2000, p. 8, obs. J. F. ; *JDI* 2000, 328, n. J.-B. Racine ; *D.* 2000, 765, n. M. Audit : 67, 83 note 148, 325 note 539, 330, 575.
- Civ. 1^{ère} 19 octobre 1999, *JCP* 2000, II, 10243, n. H. Muir-Watt : 120 note 193.
- Paris 13 janvier 2000, *D.* 2000, 898, n. S. Aubert : 571 note 768.
- Civ. 1^{ère} 14 mars 2000, *B. I.*, n° 126 : 142 note 247.
- Paris, 26 avril 2000, *JDI* 2001, 523, 2^{ème} espèce, n. S. Dion : 698.
- Soc. 27 avril 2000, *JDI* 2001, 523, 1^{ère} espèce, n. S. Dion : 698.
- Civ. 1^{ère} 3 octobre 2000, *Petites affiches* 2001, n° 24, p. 13, n. J. Massip ; *D.* 2001, IR 265 : 639 note 828.
- Com. 28 novembre 2000, *JDI* 2001, 511, 1^{ère} espèce, n. J.-M. Jacquet ; *JCP* 2001, éd. E., 997, obs. L. Bernardeau ; *RTDcom.* 2001, 1067, obs. J.-M. Jacquet : 70 note 123.
- Lyon 12 décembre 2000, *JDI* 2002, 475, n. F. Monéger : 235 note 412.
- Soc. 14 février 2001, *Dr. soc.* 2001, 639, n. M.-A. Moreau : 64 note 107.
- Pau 1^{er} mars 2001, *D.* 2002, 639, obs. H. Synvet : 83 note 152.
- Paris 22 mai 2001 (deux arrêts), *AJ. Fam.* 2001, 21 : 639 note 829.
- TGI Strasbourg 12 juin 2001, *D.* 2002, 2932, obs. J. Franck : 83 note 152.
- Civ. 1^{ère} 3 juillet 2001, *Rev. crit.* 2001, 704, n. L. Gannagé ; *JDI* 2002, 181, n. Ph. Kahn ; *JCP* 2002, II, 10039, n. Th. Vignal ; *D.* 2001, 3378, n. M.-L. Niboyet ; *Petites affiches* 2002, n° 108, p. 11, n. P. Courbe ; *Dr. & Patrim.* octobre 2001, n° 97, p. 116, obs. F. Monéger : 79 note 143, 362.
- Paris 5 juillet 2001, *AJ.Fam.* 2001, 21 : 639 note 829.
- Civ. 1^{ère} 12 juillet 2001, *B. I.*, n° 217 : 445.
- TGI Strasbourg 13 septembre 2001, *D.* 2002, 2933, obs. J. Franck : 83 note 152.
- Soc. 9 octobre 2001, *Rev. arb.* 2002, 347, n. T. Clay : 266 note 473.
- Colmar 17 octobre 2001, *D.* 2002, 2932 obs. J. Franck : 83 note 152.
- Paris 13 décembre 2001, *Rev. crit.* 2002, 730, n. L. Gannagé : 445 note 673.
- Com. 8 janvier 2002, *Rev. crit.* 2002, 328, n. D. Bureau : 163 note 263.
- Civ. 2^{ème} 14 mars 2002, *JDI* 2002, 1062, n. Ph. Kahn ; *JCP* 2002, II, 10095, n. H. Fulchiron ; *JCP* 2003, I, 107, obs. S. Poillot-Peruzzetto : 79 note 143, 226 note 400, 445.

- Dijon 28 mars 2002, *JCP* 2002, IV, 2506 : 83 note 152.
 Civ. 1^{ère} 28 mai 2002, *Rev. crit.* 2002, 758, n. N. Coipel-Cordonnier : 254 note 456.
 Civ. 1^{ère} 18 juin 2002, *Rev. crit.* 2003, 86, 1^{ère} espèce, note H. Muir-Watt : 120 note 193.
 Paris 12 septembre 2002, *Rev. arb.* 2003, 173, n. M.-E. Boursier : 258 note 456.
 Civ. 1^{ère} 18 septembre 2002 : *Rev. crit.* 2003, 86, 2^{ème} espèce, note H. Muir-Watt ; *Petites affiches* 2003, n° 27, p. 15, note F. Mélin : 120 note 193.
 Civ. 1^{ère} 22 octobre 2002 : *Rev. crit.* 2003, 86, 3^{ème} espèce, note H. Muir-Watt : 120 note 193.
 Civ. 1^{ère} 28 janvier 2003 : *Rev. crit.* 2003, 462, note B. Ancel, *Dr. & Patrim.* octobre 2003, n° 119, p. 116, obs. F. Monéger : 120 note 193.
 Civ. 2^{ème} 7 mai 2003, *JCP* 2003, II, 10135, note R. Desgorces : 142 note 247.
 Civ. 1^{ère} 17 février 2004, *D.* 2004, 824, 1^{ère} et 2^{ème} espèces, concl. F. Cavarroc : 226, 445.

Italie

- Cour de cassation, 10 novembre 1989, *RDIPP* 1990, 997 : 167.
 Cour de cassation, 21 mars 1990, Maradona c. Sinagra, *RDIPP* 1991, 734 : 749.

Pays-Bas

- Cour de cassation 13 mai 1966, *Alnati*, *Rev. crit.* 1966, 522, n. A. V. M. Struycken ; *JDI* 1969, 1010 et 1978, 340, n. J.-C. Schultsz : 694, 708.
 Cour de cassation 12 janvier 1979, *Sewrajsingh*, *Rev. crit.* 1980, 68, n. van Rooij : 694.
 Tribunal d'arrondissement de La Haye 17 septembre 1982, *Rev. crit.* 1983, 473 : 694 note 871.

Suisse

- Cour de justice civile de Genève, 8 février 1913, *JDI* 1914, 1381 : 749 note 941.
 Zürich 23 mai 1913, citée par P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 15, préface H. Batiffol, 1959, n° 201, p. 230 : 749 note 941.
 Trib. district Zürich 10 juin 1914, 18 juin 1930 et 7 octobre 1930, Zürich 8 juin 1921 citées par Knapp, *La notion de l'ordre public dans les conflits de lois*, Mulhouse, 1933, p. 181 et s. : 749 note 941.
 TF 11 novembre 1954, *ATF* 80 I 427 ; *Rev. crit.* 1957, 50, 1^{ère} espèce, n. Wengler : 762 note 967.
 TF 2 mars 1973, Schubert, *ATF* 99 I b 35 : 197 note 364.
 Division de la Justice 10 décembre 1973, *JAAC* 1974, n° 8, p. 18 : 786 note 1018.
 TF 19 mai 1976, *ATF* 102 I a 314 : 167.
 Office fédéral de la Justice 20 février 1981, *JAAC* 1981, n° 11, p. 45 : 786 note 1018.
 TF 24 septembre 1992, *ATF* 118 II 468 : 83, 749.
 TF 30 décembre 1994, *Bull. ASA* 1995, 217 : 703 note 897.
 TF 30 septembre 1999, *ATF* 125 III 443 : 83 note 153, 227 note 404.
 TF 4 juillet 2000, *ATF* 126 III 327 : 790 note 1024.

III

Chambre de commerce internationale

Sentences rendues dans les affaires :

- CCI n°761 (1951), citée par Ph. Fouchard, *L'arbitrage commercial international*, Dalloz, Bibliothèque de droit international privé, t. 2, 1965, n° 573 : 281 note 501.
- CCI n°1110 (1963), rapportée par Lew *Applicable Law in International Commercial Arbitration : A study in Commercial Arbitration Awards*, Dobbs Ferry, N.-Y., Oceana Publications, Inc./ Sitjhoff & Noordhoff International Publishers BV, 1978, p. 553-555 : 275.
- CCI n°1397 (1966), *JDI* 1974, 878, n. Y. Derains : 703 note 891.
- CCI n°1434 (1975), *JDI* 1976, 978, obs. Y. Derains : 276 note 496.
- CCI n°1512 (1971), *JDI* 1974, 904, obs. Y. Derains : 703 note 894.
- CCI n°1526 (1968), *JDI* 1974, 915, obs. Y. Derains : 281 note 501.
- CCI n°1704 (1977), *JDI* 1978, 977, obs. Y. Derains : 703 note 895.
- CCI n°1782 (1973), *JDI* 1975, 923, obs. Y. Derains : 703 note 892.
- CCI n°1859 (1973), extraits cités par Y. Derains, « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973, 122, spéc. p. 133-134 : 703 note 893.
- CCI n° 1939 (1971), citée par Y. Derains in « Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales », *Rev. arb.* 1973, 122, spéc. p. 145 : 275, 281 note 501.
- CCI n° 2136 (1974), citée par Y. Derains, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, 375, spéc. p. 408-409 : 703 note 893.
- CCI n°2216 (1974), *JDI* 1975, 917, obs. Y. Derains : 703 note 892.
- CCI n°2404 (1975), *JDI* 1976, 995, obs. Y. Derains : 275 note 493, 282.
- CCI n°2476 (1976), *JDI* 1977, 936, obs. Y. Derains : 741 note 934.
- CCI n°2478 (1974), *JDI* 1975, 925, obs. Y. Derains : 703 note 892.
- CCI n°2521 (1975), *JDI* 1976, 997, obs. Y. Derains : 274 note 486, 275 note 493, 281 note 501.
- CCI n°2730 (1982), *JDI* 1984, 914, obs. Y. Derains : 284 note 504, 703 note 891.
- CCI n°2811 (1978), *JDI* 1979, 983 : 703 note 891.
- CCI n°2930 (1982), *YCA* 1984, p. 105 : 284 note 504, 703 note 891.
- CCI n°3281 (1981), *JDI* 1982, 991, obs. Y. Derains : 740 note 931.
- CCI n°3344 (1981), *JDI* 1982, 978, obs. Y. Derains : 276.
- CCI n°3896 (1982), *Framatome c/ Atomic Energy Organization of Iran*, *JDI* 1984, 58 : 275 note 493.
- CCI n°3913 (1981), extraits cités par Y. Derains, *JDI* 1984, 920 : 275 note 490.
- CCI n°3916 (1982), *JDI* 1984, 930, obs. S. Jarvin : 275 note 490, 740 note 931
- CCI n°4132 (1983), *YCA* 1985, 49 : 703 note 893.
- CCI n°4338 (1984) *JDI* 1985, 981, obs. Y. Derains : 740 note 931.
- CCI n°4381 (1986), *JDI* 1986, 1102, obs. Y. Derains : 275 note 493, 281 note 501.
- CCI n°4695 (1984), *YCA* 1986, 149 : 741 note 934.
- CCI n°4761 (1984), *JDI* 1986, 1137, obs. S. Jarvin : 282.
- CCI n°5103 (1988), *JDI* 1988, 1206, obs. G. A. A. : 275 note 493.
- CCI n°5622 (1988), *Rev. arb.* 1993, 327 : 703 note 892.
- CCI n°6142 (1990), *JDI* 1990, 1039, obs. Y. Derains : 703 note 891.
- CCI n°6294 (1991), *JDI* 1991, 1050, obs. J.-J. Arnaldez : 703 note 894 et 896.
- CCI n°6320 (1992), *JDI* 1995, 986, obs. D. Hascher, *YCA* 1995, 62 : 274 note 486, 281 note 501, 703 note 894.
- CCI n°6379 (1990), *YCA* 1992, 212 ; *Rev. dr. com. belge* 1993, 1146 : 703 note 897.
- CCI n°6500 (1992), *JDI* 1992, 1015, obs. J.-J. Arnaldez : 703 note 893.
- CCI n°6503 (1990), *JDI* 1995, 1022, obs. Y. Derains : 274 note 486, 703 note 894.
- CCI n°6773 (1992), *Bull. CCI*, mai 1995, 66 : 703 note 894.
- CCI n°7047 (1994), *Bull. ASA* 1995, 301 : 703 note 897.
- CCI n°7532 (1995), *JDI* 1996, 1030, obs. Y. Derains : 703 note 892.
- CCI n°8385 (1995), *JDI* 1997, 1061, obs. Y. Derains : 703 note 894.
- CCI n°8626 (1996), *JDI* 1999, 1073, obs. J.-J. Arnaldez : 703 note 895.

CCI n°8891 (1998), *JDI* 2000, 1076, obs. D. Hascher : 275 note 490.

CCI n°9333 (1998), *Bull. CCI* 2^{ème} semestre 1999, p. 105, *JDI* 2002, 1093, obs. S. Jarvin : 703 note 894.

Autres sentences

Sentence de la Commission mixte de Londres du 15 janvier 1855, citée par P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, 329, p. 335-336 : 281.

Tribunal Royal Dutch Grain and Feed Trade Association, *YCA* 1982, 161 : 703 note 894.

Tribunal arbitral de l'Amsterdam Grain Trade Association statuant en appel, *YCA* 1983, 158 : 703 note 894.

Sentence rendue sous l'égide de la chambre d'arbitrage national et international de Milan 20 juillet 1992, *YCA* 1993, 80 : 703 note 892.

Sentence rendue sous l'égide de l'association allemande du café 19 mars 1987, *YCA* 1994, 44 : 703 note 897.

Index alphabétique

(Les chiffres et nombres renvoient aux numéros de paragraphes ; la lettre n. désigne les notes).

A

Adoption :

- Art. 77 loi suisse de DIP : 786 s.
- Exception d'ordre public international : 236, 373, 428.
- Loi du 6 février 2001 : 236 s.
- par une personne homosexuelle : 394.

Allemagne :

- EGBGB :
- art. 6 : 167.
- art. 13 : 227.
- art. 17 : 227.
- art. 20 : 587.

Arbitrage :

- et lois de police : 703.
- et ordre public international étatique : 738 s.

V. *Clause compromissoire, Ordre public transnational.*

Auteur :

- Définition : 67, 83, 84, 306 s.
- Droit moral : 61, 67, 83, 306 s.
- Lois de police : 61, 67, 308.

Autriche :

- Loi fédérale du 15 juin 1978 :
- art. 1 : 197.
- art. 41, 42, 44 : 210.

B

BARTIN : 10, 12, 118, 137, 730.

BAXTER : 502.

Bilatéralisation : 547 s, 607.

- de l'*Inlandsbeziehung* : 811.

Bilatéralisme :

- Interaction avec l'exception d'ordre public international et les lois de police : 512 s.
- Unilatéralisation : 527.
- Théorie classique : 520 s.
- Théorie des intérêts : 522 s.

V. *Ordre public international, Lois de police, Proximité.*

Boll : 179, 187.

C

CAVERS : 497 s.

Chine :

Art. 150 Code civil : 179.

Clause abusive : 263, 314, 572.

Clause d'arbitrage :

- Arbitrabilité : 257 s.
- Autonomie : 247 s.
- Consommateur : 262 s.
- et lois de police : 253 s., 257 s.
- Spécificité de l'ordre public international : 248 s., 258 s.
- Travailleur : 266 s.

Clause d'exception : 526.

Art. 6 de la Convention de Rome : 208, 218, 555, 565.

Effet positif de l'exception d'ordre public international : 96.

- et détournement de fonction de l'exception d'ordre public international : 235, 535 s.,
- et effet positif de l'exception d'ordre public international : 95 s.

Clause spéciale :

- d'ordre public : 227.
- d'application des lois de police : 579, 588.

Consommateur (protection du) :

- Clause compromissoire : 262 s.
- Lois de police : 58, 67, 325, 329 s.
- Ordre public social de protection :
 - droit communautaire : 209, 314, 363.
 - art. 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 : 208, 548, 565, 574 s.
 - lois nationales de DIP : 210.

V. Convention de Rome, loi suisse de DIP.

Contumace (procédure de) : 72, 452 s.

Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968/règlement n° 44 – 2001 :

- Art. 27 – 1°/art. 34 – 1° : 72, 446 s.
- Art. 27 – 4° : 125

Convention de La Haye :

- du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois en matière de mariage : 158.
- du 12 juin 1902 pour régler les conflits de lois et de juridictions en matière de divorce et de séparation de corps : 182.
- du 12 juin 1902 pour régler la tutelle des mineurs : 187.
- du 17 juillet 1905 concernant les conflits de lois relatifs aux effets du mariage sur les droits et devoirs des époux dans leurs rapports personnels et sur les biens des époux : 182.
- du 1^{er} juin 1970 sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps : 167.
- du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires : 568, 650 s.
- du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation : 162, 707.

- du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance : 163, 196, 707.

- du 22 décembre 1986 relative à la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises : 163, 170, 707.

- du 1^{er} août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort : 170.

- du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale faite à La Haye : 774.

Convention de Rome du 19 juin 1980 :

- Art. 5 : 208, 548, 565 s., 574 s.
- Art. 6 : 208 s., 214, 218, 555, 565.
- Art. 7 : 57.

- § 1 : 708 s.

- § 2 : 163, 171.

Art. 16 : 176.

- et règles matérielles : 190 s., 647 s.

Relations art. 5 – art. 7 : 588 s.

V. Consommateur, Lois de police étrangères, Ordre public social de protection, Travailleur.

Convention de Vienne du 11 avril 1980 : 634, 636.

Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales :

Article 1^{er} : 348, 350.

Article 6 : 377, 410, 450.

Article 8 : 368, 388 s., 391 s., 397 s.

Article 12 : 394.

Article 14 : 397 s.

Article 5 protocole 7 : 376, 406 s., 409, 440, 468 s.

Interprétation souple : 386 s.

- et adoption : 373.

- et Convention de Bruxelles : 72 s., 377, 410, 447 s.

- et correspondance : 389.

- et divorce : 394.

- et domicile : 388.

- et exequatur : 72 s., 374, 377, 410, 447

s.

- et expulsion : 390.

- et nom : 391, 397 s.

- et régime matrimonial : 376, 409, 468 s.

- et répudiation : 376, 406 s.

V. Droits fondamentaux, Ordre public international.

Convention franco – marocaine du 10 août 1981 : 166, 376, 406 s., 435 s.

V. *Répudiations*.

Conventions internationales :

- et règles matérielles : 189 s., 647 s.
- Exception d'ordre public international :
 - consécration expresse : 158 s., 166 s.
 - silence : 175 s.
- Lois de police :
 - consécration expresse du mécanisme : 162 s., 169 s.
 - silence : 187 s.
- Lois de police étrangères : 162, 706 s.
 - consécration expresse du mécanisme : 706 s.
 - silence : 707.

CURRIE : 501s., 680 s.

D

Data (Théorie des -) : 680 s., 698 s.

- et méthode de référence à l'ordre juridique compétent : 772 s., 784 s.
- et ordre public international tiers : 800 s.

V. *Prise en considération*.

Décisions étrangères :

- et ordre public international : 109 s.
- et lois de police : 113 s.
- Généralisation du contrôle par l'ordre public international : 122 s.

V. *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968/règlement n° 44 – 2001*.

Directive communautaire :

- Définition : 263.
- et lois de police : 70 et s., 263, 313 s.
- et ordre public social de protection : 209.

Divorce :

- Actualité de l'exception d'ordre public international : 134.
- Art. 310 Code civil : 623 s.

Cas d'intervention de l'exception d'ordre public international : 48 s., 79.

- et Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales : 394.

Effet atténué de l'exception d'ordre public international : 111.

Inlandsbeziehung : 220 s.

Loi suisse de DIP :

- art. 61 : 235, 620.
- art. 65 : 789 s.

Double – renvoi : 754.

Droits fondamentaux :

Affinement de l'exception d'ordre public international : 414 s., 461 s.

Application immédiate : 345 s.

Application au stade de la substitution : 460 s.

Défense par l'exception d'ordre public international : 351 s., 358 s.

Notion en DIP : 341 s.

V. *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Ordre public international*.

DROZ : 777 s., 792 s.

V. *For du raisonnement*.

E

Equivalence (Théorie de l'équivalence) : 114.

Extradition : 180.

F

Filiation :

Art. 20 EGBGB : 587.

Art. 311 – 15 Code civil : 59.

Cas d'intervention de l'exception d'ordre public international : 79.

Inlandsbeziehung : 226, 231, 235 s.

Loi suisse de DIP :

- art. 68 : 557.

For du raisonnement (Méthode du) :

Compétence juridictionnelle exorbitante : 778.

- et ordre public international étranger : 792 s.

Notion : 777 s.

Questions préalables : 779.

Situations acquises : 780.

Foreign Court Theory : 755, 777.

Forum non conveniens : 480, 489.

I

Inlandsbeziehung

V. *Ordre public international de proximité.*

Iran :

Art. 975 Code civil : 179.

Italie :

Loi du 31 mai 1995

- art. 16 : 95.

- art. 17 : 196.

- art. 46 : 615 s.

J

Ja/Nein Konflikt : 97 s., 480, 805.

Jordanie :

Art. 29 Code civil : 179.

Jus cogens : 354, 450, 462.

L

Lex mercatoria : 272, 288.

Loi de police :

Arbitrabilité : 260 s.

Cas d'intervention :

- théorie classique : 52 s.

- et droit communautaire : 70 s.,

263, 313 s.

Convention internationale :

- consécration expresse du mécanisme : 162 s., 169 s.

- silence : 187 s.

- et création d'une règle de conflit :

- bilatérale classique : 539 s.

- bilatérale orientée : 573 s.

- unilatérale : 611 s.

- et création d'une règle matérielle : 638

s.

- et principe d'actualité : 141 s.

- et règle de conflit orientée : 585 s.

- et règle de conflit unilatérale : 599 s.

Mode d'intervention :

- théorie classique : 35 s.

- et droit communautaire : 43 s.

- Terminologie : 14, 59.

Loi de police étrangère :

- de la *lex causae* : 665.

- et arbitrage : 703.

- tierce :

- application : 667 s., 684 s., 693 s., 705 s.

- prise en considération : 676 s., 698 s.

V. *Data, Prise en considération.*

Louisiane :

Acte de 1991 : 179, 503.

M

MANCINI : 7, 22.

Mariage :

Art. 43 loi suisse de DIP : 788.

Effet positif de l'exception d'ordre public international : 97, 480.

Effet réflexe de l'exception d'ordre public international : 730 s.

Ordre public international étranger : 723 s., 814.

Messageries Maritimes : 191, 637, 643 s.

Mexique :

Art. 15 décret 11 décembre 1987 : 179.

Mongolie :

Art. 426 Code civil : 179.

Munzer : 21, 108 s.

N

Nom : 391, 397 s.

Normes auto – limitées : 14, 15, 550.

O

Ordre juridique compétent (Méthode de référence à l') :

- Champ d'application : 774.
- et ordre public international étranger : 783 s., 817 s.
- et lois de police étrangères : 817 s.
- Notion : 771 s.
- Questions préalables : 775.

Ordre public international (Exception d') :

- Actualité (Principe de l') : 20, 132 s.
 - Cas d'intervention :
 - théorie classique : 46 s.
 - et droit communautaire : 72 s.
 - conséquences de l'imprécision : 77 s.
 - et norme à substituer : 91 s.
 - Convention internationale :
 - consécration expresse de l'exception : 158 s., 166 s.
 - silence : 175 s.
 - Effet atténué : 130, 139 s.
 - Effet positif : 88 s.
 - Effet réflexe : 728 s.
 - et création d'une règle de conflit :
 - bilatérale classique : 535 s.
 - bilatérale orientée : 573 s.
 - unilatérale : 611 s.
 - et création d'une règle matérielle : 638 s.
 - et règle de conflit orientée : 585 s.
 - et règle de conflit unilatérale : 606 s.
 - Mode d'intervention : 40 s.
 - Terminologie : 11.
- V. Droits fondamentaux.*

Ordre public international étranger :

- Application :
- Effet réflexe de l'ordre public international du for : 728 s.
- et méthode de référence à l'ordre juridique compétent : 783 s., 817 s.
- et méthode du for du raisonnement : 792 s.
- et proximité : 814 s.
- et questions préalables : 763 s.
- et renvoi : 747 s.
- Prise en considération : 800 s.

Ordre public social international de protection :

- Notion : 204 s., 564 s.
- Hybridité : 212 s.

Création par l'exception d'ordre public international et les lois de police : 574 s.
 Intervention de l'exception d'ordre public international et les lois de police : 575 s.
V. Convention de Rome du 19 juin 1980.

Ordre public international de proximité :

- Notion : 220 s.
 - Hybridité : 229 s.
 - et questions préalables : 764.
- V. Droits fondamentaux, Ordre public international.*

Ordre public transnational :

- Contenu : 275 s.
- Définition : 269 s., 271 s.
- Mode d'intervention : 278 s.
- et ordre public international étatique : 47, 269.

Ouzbékistan :

- Art. 1164 Code civil : 179.
- Art. 1165 Code civil : 196, 716.

P

Pérou :

- Art. 2049 Code civil : 179.

PILLET : 8, 22, 132, 137, 729 .

Polygamie : 185.

- et affinement de l'exception d'ordre public international : 422 s.
- et ordre public international de proximité : 225, 236.
- et ordre public international étranger : 815.

Portugal :

- Art. 22 Code civil : 93.

Prise en considération :

- Notion : 676.
- Lois de police étrangères : 677 s., 698 s.
- Ordre public international étranger : 800 s.
- et méthode de référence à l'ordre juridique compétent : 783 s.
- et méthode du for du raisonnement : 793.

V. Arbitrage, Data, Loi de police étrangère, Ordre public international étranger.

Proximité (Principe de) :

- et lois de police : 196, 525.
- et ordre public international étranger : 814 s.
- Foreign Court Theory : 755.
- Remise en cause : 527 s.

V. Clause d'exception, Convention de Rome art. 6, Ordre public international de proximité.

Q

Québec :

- Loi du 18 décembre 1991, Livre X du Code civil :
- art. 3076 : 196.
 - art. 3079 : 715
 - art. 3081 : 167.
 - art. 3117 : 210.
 - art. 3118 : 210.

Questions préalables :

- Notion : 758 s.
- et méthode de référence à l'ordre juridique compétent : 765.
 - et méthode du for de raisonnement : 779.
 - et ordre public international étranger : 763 s.

R

Régime matrimonial primaire : 66 s., 128, 334 s.

Règles matérielles :

- Arbitrage : 255 s., 634, 637.
- et conventions internationales : 189 s., 647 s.
 - et unilatéralisme : 619.
- Interaction avec l'exception d'ordre public international et les lois de police : 638 s.
- Notion : 633 s.

Renvoi :

Notion : 746.

- et ordre public international étranger : 747 s.

Double – renvoi : 754.

V. Foreign Court Theory.

Répudiation :

- Effet atténué de l'exception d'ordre public international : 112.
- et droits fondamentaux : 376, 406 s., 435 s.
 - et souplesse de l'exception d'ordre public international : 361 s.
- Fraude : 436 s.
- Procédure : 438 s.

V. Convention franco – marocaine du 10 août 1981.

Rivière : 21, 111, 139 n. 246.

Rohbi : 112 n. 182, 407.

Roumanie :

Art. 8 loi 22 septembre 1992 : 179.

Russie :

Art. 1192 Code civil : 196, 716.

Art. 1193 Code civil : 167.

S

Salarié :

V. Convention de Rome, Travailleur.

SAVIGNY : 6, 299, 514 s.

Simitch : 129, 130.

Succession :

- Art. 46 loi italienne de DIP : 615 s.
- Art. 91 loi suisse de DIP : 794.
- Loi du 14 juillet 1819 : 613 s.
- Questions préalables : 759, 762, 765.

V. Convention de La Haye.

Suède :

Loi sur les questions internationales de filiation paternelle promulguée le 30 mai 1985 : 167.

Suisse :

Loi du 18 décembre 1987 :

- art. 15 : 526.
- art. 18 : 196.
- art. 19 : 714.
- art. 34 : 619.
- art. 43 : 788.
- art. 61 : 227, 620.
- art. 65 : 789.
- art. 68 : 557.
- art. 77 : 786 s.
- art. 120 : 197.
- art. 135 : 230.
- art. 139 : 530.
- art. 141 : 583.

Union nordique : 178 n. 300.

Uruguay :

Art. 2404 Code civil : 179.

V

Venezuela :

Loi du 6 août 1988

- art. 8 : 167, 179.
- art. 10 : 196.

T

Transsexualisme : 368 s., 392.

Travailleur :

- Apparition de la règle de conflit : 552 s.
- Clause compromissoire : 266.
- Droit communautaire : 43 s.
- Effets des jugements étrangers : 128.
- Lois de police : 58, 64, 322, 326, 553.
- Ordre public social de protection : 205 s., 555.
- Reclassement : 698.

V. *Convention de Rome du 19 juin 1980.*

Tunisie :

- Loi du 27 novembre 1998 :
- art. 36 : 179, 227.
- art. 38 : 196, 716.

Turquie :

Art 5 loi du 20 mai 1982 : 167.

W

WENGLER : 12, 672, 687, 759.

U

Unilatéralisme :

- Notion : 597.
- et bilatéralisme : 527 *et s.*
- et exception d'ordre public international : 606 s.
- et lois de police : 2, 39, 599 s.
- Interaction avec l'exception d'ordre public international et les lois de police : 612 s.

Table des matières

<u>SOMMAIRE</u>	V
<u>ABREVIATIONS PRINCIPALES</u>	VII
<u>INTRODUCTION</u>	1
<u>PREMIERE PARTIE : LA DIFFICILE DISTINCTION ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLICINTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE</u>	17
<u>TITRE I-LA DISTINCTION GENERALE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE.</u>	18
<u>CHAPITRE I-LA DISTINCTION CLASSIQUE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE : AFFIRMATION ET NUANCES.</u>	19
<u>Section I-Affirmation et nuances de la distinction dans l'ordre juridique étatique.</u>	19
<u>§ 1-Exception d'ordre public international et lois de police : remise en cause de l'opposition pour les cas et modes d'intervention.</u>	20
<u>A-La distinction des deux notions quant à leurs modes et leurs cas d'intervention.</u>	20
1) <u>Le mode d'intervention des lois de police et de l'exception d'ordre public international.</u>	21
2) <u>Les cas d'intervention des lois de police et de l'exception d'ordre public international.</u>	24
a) <u>L'approche classique.</u>	25
i) <u>Les cas d'intervention de l'exception d'ordre public international.</u>	25
ii) <u>Les cas d'intervention des lois de police.</u>	27
I- <u>L'approche doctrinale.</u>	28
II- <u>Le droit positif.</u>	33
b) <u>L'apport du droit communautaire.</u>	38
i) <u>Cas d'intervention des lois de police et droit communautaire.</u>	38
ii) <u>Cas d'intervention de l'exception d'ordre public international et droit communautaire.</u> 40	
<u>B-Les conséquences du flou quant aux modes et aux cas d'intervention.</u>	43
1) <u>Le risque de recours excessif aux notions.</u>	43
2) <u>Le statut ambigu de la défense des politiques législatives.</u>	46
a) <u>Le risque entraîné par le statut ambigu de la défense des politiques législatives.</u>	46
b) <u>Le risque essentiel : l'appréciation des exigences de l'ordre juridique du for.</u>	50
<u>C-La clé possible de la distinction : le résultat produit par l'intervention des notions.</u>	51
1) <u>L'identité du résultat et l'intérêt d'une nouvelle approche.</u>	51
a) <u>Le constat de l'identité des résultats.</u>	52
b) <u>L'intérêt d'une distinction quant au résultat produit.</u>	53
2) <u>La mise à l'épreuve d'autres solutions concernant l'effet positif de l'exception d'ordre public international.</u>	54
a) <u>L'impossible recours à une disposition de la <i>lex causae</i>.</u>	54
b) <u>Les autres solutions alternatives : le recours à une loi tierce ou la formulation d'une solution matérielle <i>ad hoc</i>.</u>	56

§ 2-Exception d'ordre public international et lois de police : remise en cause de l'opposition pour le contrôle des jugements étrangers.	60
A-La séparation des deux notions.	60
1) La conformité à l'ordre public international, condition autonome.	60
2) L'intégration des lois de police dans la condition du contrôle de la loi appliquée.	62
B-La fusion souhaitable entre l'ordre public international et les lois de police.	65
1) Les rapprochements inévitables.	66
2) L'ordre public international seule réserve nécessaire: la preuve par la pratique.	67
§ 3-Exception d'ordre public international et lois de police : remise en cause de l'opposition pour le principe d'actualité.	73
A-Exposé de la situation actuelle.	73
1) L'exception d'ordre public international et le principe d'actualité.	73
2) Le rejet de l'actualité pour les lois de police : affirmation et nuances.	76
B-La possibilité d'évolution : la prise en compte des dispositions transitoires internes.	78
1) Présentation de l'approche préconisée.	78
2) L'opportunité de la solution.	79
Section II-Affirmation et nuances de la distinction dans les conventions internationales.	81
§ 1-La consécration de la distinction entre l'exception d'ordre public international et les lois de police dans les conventions internationales.	81
A-L'apparition controversée de l'exception d'ordre public international et des lois de police dans les conventions internationales.	81
1) Les débuts difficiles de l'exception d'ordre public international.	82
2) Les débuts contrastés des lois de police.	84
B-L'exception d'ordre public international et lois de police : analyse de la situation actuelle dans les conventions internationales.	85
1) La stabilité de l'exception d'ordre public international.	85
2) La situation contrastée des lois de police du for.	87
§ 2-La mise en évidence de la distinction des régimes en cas de silence de la convention.	91
A-L'admission du jeu de l'exception d'ordre public international en cas de silence de la convention.	91
1) Les arguments en faveur de l'admission du jeu de l'exception d'ordre public international en cas de silence de la convention.	92
2) L'admission jurisprudentielle du jeu de l'exception d'ordre public international en cas de silence de la convention.	95
B-L'incertitude du statut des lois de police en cas de silence de la convention.	97
1) La comparaison avec le régime des règles matérielles de droit.	98
2) La comparaison avec l'exception d'ordre public international.	99

<u>CHAPITRE II-LA POSSIBLE REMISE EN CAUSE DE LA DISTINCTION CLASSIQUE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE.</u>	105
<u>Section I-La possible remise en cause de la distinction dans le domaine général du droit international privé.</u>	105
<u>§ 1-L'équivoque de la notion d'ordre public social de protection.</u>	106
<u>A-La notion actuelle d'ordre public social de protection.</u>	106
1) <u>La définition de l'ordre public social de protection.</u>	106
2) <u>La consécration de la notion d'ordre public social de protection au niveau international.</u>	107
<u>B-Le caractère hybride de l'ordre public social international de protection.</u>	110
1) <u>L'interférence de la logique des lois de police.</u>	110
2) <u>L'interférence de la logique de l'exception d'ordre public international.</u>	113
<u>§ 2-Le caractère hybride de la notion d'ordre public international de proximité.</u>	116
<u>A-La notion d'ordre public international de proximité.</u>	116
1) <u>Définition et illustration de la notion d'ordre public international de proximité.</u>	116
2) <u>Mise en évidence du caractère hybride de la technique.</u>	120
<u>B-La défense de la notion d'ordre public international de proximité.</u>	123
1) <u>L'ordre public international de proximité : une notion indispensable.</u>	123
2) <u>Les avantages de la notion d'ordre public international de proximité.</u>	127
<u>Section II-La possible remise en cause de la distinction dans le domaine particulier de l'arbitrage international.</u>	130
<u>§ 1-Confusion et appréciation de la clause d'arbitrage international.</u>	131
<u>A-La confusion ordre public international-lois de police et la compétence personnelle de l'arbitre.</u>	131
1) <u>La spécificité de l'ordre public international dans l'appréciation de la clause compromissoire.</u>	132
2) <u>Le rapprochement entre l'ordre public international spécifique et les lois de police.</u>	135
<u>B-La confusion ordre public international-lois de police et la compétence d'attribution de l'arbitre.</u>	138
1) <u>Le rôle prépondérant de l'ordre public international dans l'appréciation de l'arbitrabilité.</u> ..	138
2) <u>Arbitrabilité et confusion entre les lois de police et l'ordre public international.</u>	140
<u>§ 2-Confusion et ordre public transnational.</u>	146
<u>A-La controverse autour de la notion d'ordre public transnational.</u>	147
1) <u>L'existence controversée de l'ordre public transnational.</u>	147
2) <u>Le contenu controversé de l'ordre public transnational.</u>	149
<u>B-L'hésitation possible quant au mode d'intervention de l'ordre public transnational.</u>	151
1) <u>La légitimité du mécanisme de l'éviction de la loi normalement compétente.</u>	151
2) <u>Une possible application immédiate de l'ordre public transnational ?</u>	153

TITRE II-LA DISTINCTION PONCTUELLE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE. 159

CHAPITRE I-LA DISTINCTION PONCTUELLE ENTRE EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LOIS DE POLICE : L'ANALYSE CLASSIQUE. 160

Section I-Les lois de police et la rigidité isolationniste. 160

§ 1-Lois de police et analyse de droit comparé. 161

A-Défense de l'analyse de droit comparé. 161

1) La prise en compte du droit comparé : exposé et motivation. 161

2) Les avantages d'une solution fondée sur une analyse de droit comparé. 163

B-Application du raisonnement prenant en compte le droit comparé. 165

1) Isolement et loi de police : l'exemple de la définition de la qualité d'auteur d'une œuvre et du droit moral. 165

2) Politiques convergentes et disqualification de lois de police. 171

§ 2-Lois de police et application détaillée de la règle du for. 174

A-L'adaptation du mécanisme des lois de police à l'application détaillée. 174

1) Les insuffisances de l'exception d'ordre public international : justification négative. 175

2) Les justifications positives. 176

B-Les hypothèses nécessitant une application détaillée. 179

1) Application détaillée et protection optimale d'une personne en situation de faiblesse. 179

2) Application détaillée et application uniforme au sein d'un ordre juridique. 181

Section II-L'exception d'ordre public international et la souplesse conflictuelle : l'exemple des droits fondamentaux. 185

§ 1-La possibilité de recourir aux deux mécanismes pour défendre les droits fondamentaux. 186

A-Le recours aux lois de police. 186

1) La justification juridique du recours aux lois de police pour les droits et principes fondamentaux. 187

2) Les avantages d'une application immédiate des droits et principes fondamentaux. 189

B-La défense par le jeu de l'exception d'ordre public international. 191

1) L'absence des critères d'application des lois de police. 191

2) La tradition du recours à l'exception d'ordre public international. 193

§ 2-L'argument décisif : la souplesse apportée par l'exception d'ordre public international. 195

A-La souplesse intrinsèque de l'exception d'ordre public international. 195

1) Mise en évidence de la souplesse de l'exception d'ordre public international. 195

2) La nécessaire ouverture sur les conceptions extérieures. 198

B-La démonstration pratique de la souplesse de l'exception d'ordre public international. 199

1) Rigidité et application immédiate en jurisprudence. 199

2) Souplesse et exception d'ordre public international en jurisprudence. 202

<u>CHAPITRE II-LA DISTINCTION PONCTUELLE ENTRE EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LOIS DE POLICE : LA POSSIBLE REMISE EN CAUSE DE L'ANALYSE CLASSIQUE PAR L'INTRUSION DES DROITS FONDAMENTAUX.</u>	207
<u>Section I-Les risques de bouleversement de l'analyse classique par l'intrusion des droits fondamentaux.</u>	207
<u>§ 1-La multiplication des droits et principes fondamentaux.</u>	208
<u>A-Le constat de la multiplication des droits et principes fondamentaux.</u>	208
<u>1) L'interprétation souple des dispositions de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.</u>	209
<u>2) Les conséquences de l'interprétation souple de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.</u>	211
<u>B-Les nuances à introduire dans le raisonnement.</u>	213
<u>1) Le nécessaire tri parmi les principes fondamentaux.</u>	214
<u>2) L'absence actuelle de révolution (et d'évolution) liée à l'introduction des droits fondamentaux.</u>	216
<u>§ 2-Le relâchement du lien exigé pour l'intervention de l'exception d'ordre public international.</u>	219
<u>A-L'affinement de l'exception d'ordre public international.</u>	220
<u>1) Exposé de la théorie de l'affinement.</u>	220
<u>2) Les risques de la théorie de l'affinement.</u>	222
<u>B-Les limites de l'affinement de l'exception d'ordre public international.</u>	223
<u>1) Le caractère artificiel de la présentation.</u>	224
<u>2) Le caractère peu novateur du raisonnement.</u>	226
<u>Section II-Les perspectives d'évolution des droits fondamentaux : une approche nouvelle sans bouleversement.</u>	228
<u>§ 1-Vers la banalisation des droits fondamentaux ? La prise en compte de l'élément conventionnel.</u> 228	
<u>A-Les droits fondamentaux et la Convention franco-marocaine du 10 août 1981.</u>	229
<u>1) Les circonstances d'apparition des droits fondamentaux faisant échec à la Convention franco-marocaine.</u>	229
<u>2) Des circonstances limitant la portée de l'utilisation des droits fondamentaux.</u>	230
<u>B-Les droits fondamentaux et l'article 27 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968.</u>	235
<u>1) Les circonstances d'apparition des droits fondamentaux.</u>	235
<u>2) La portée de la consécration des droits fondamentaux.</u>	238
<u>§ 2-Vers l'apparition d'une troisième voie pour la protection des droits fondamentaux?</u>	240
<u>A-Exposé de la troisième voie.</u>	240
<u>1) Les risques de contradiction au stade de la substitution.</u>	241
<u>2) La substitution directe du droit ou du principe fondamental.</u>	242
<u>B-La mise à l'épreuve de la troisième voie.</u>	244
<u>1) Les avantages de la troisième voie.</u>	244
<u>2) Les limites de la troisième voie.</u>	246

SECONDE PARTIE : LA NECESSAIRE COMPLEMENTARITE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE..... 251

TITRE I-LA COMPLEMENTARITE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE : LA CREATION DE SOLUTIONS CONFLICTUELLES NOUVELLES.

..... 253

CHAPITRE PRELIMINAIRE-LA CREATION DE SOLUTIONS CONFLICTUELLES PAR DES SUBTERFUGES : L'EXEMPLE AMERICAIN..... 254

Section I – La Public Policy, élément destructeur de solutions conflictuelles..... 254

Section II – La Public Policy, élément constructeur de situations conflictuelles..... 256

CHAPITRE I-LA CREATION DE REGLES DE CONFLIT BILATERALES PAR LE JEU DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET DES LOIS DE POLICE..... 263

Section I-Le bilatéralisme classique 264

§ 1-La nuance de l'opposition entre les règles de conflit bilatérales et l'ensemble exception d'ordre public international-lois de police..... 264

A-Exposé des perspectives classiques..... 265

1) Les fondements de la doctrine savignienne..... 265

2) L'opposition avec l'exception d'ordre public international et les lois de police..... 266

B-Remise en cause des perspectives classiques..... 267

1) La remise en cause par la théorie des intérêts et le principe de proximité..... 267

2) La remise en cause par l'unilatéralisation du bilatéralisme..... 270

§ 2-La possibilité de création de règles de conflit bilatérales par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police..... 273

A-Le mode de création des règles de conflit bilatérales par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police..... 273

B-La traduction de l'analyse : exemple de règles de conflit bilatérales créées par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police..... 279

1) Le rôle des lois de police..... 279

2) Le rôle de l'exception d'ordre public international..... 282

Section II-Le bilatéralisme orienté ou à connotation matérielle..... 283

§ 1-Le rapprochement des règles de conflit orientées et de l'ensemble exception d'ordre public international-lois de police..... 284

§ 2-La création de règles de conflit orientées par le jeu de l'ensemble exception d'ordre public international-lois de police..... 288

<u>CHAPITRE II-LA CREATION DE SOLUTIONS CONFLICTUELLES PAR LE JEU DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET DES LOIS DE POLICE : LES METHODES MINORITAIRES.</u>	299
--	-----

<u>Section I-La création de règles de conflit unilatérales par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police.</u>	299
--	-----

<u>§ 1-La place des exceptions en présence d'une règle de conflit unilatérale.</u>	300
--	-----

<u>A-La mise à l'écart envisageable des lois de police : exposé et limites.</u>	300
---	-----

<u>B-La mise à l'écart envisageable de l'exception d'ordre public international : exposé et limites.</u>	302
--	-----

<u>§ 2-L'unilatéralisme et la dynamique de droit international privé.</u>	304
---	-----

<u>A-La création de règles de conflit unilatérales par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police.</u>	304
--	-----

<u>B-La modification d'une règle de conflit unilatérale inadaptée par l'exception d'ordre public international et les lois de police : l'exemple de l'article 310 du Code civil.</u>	310
--	-----

<u>Section II-La création de règles matérielles de droit international privé par le jeu de l'exception d'ordre public international et des lois de police.</u>	314
--	-----

<u>§ 1-La notion de règles matérielles de droit international privé.</u>	314
--	-----

<u>§ 2-Les règles matérielles et la dynamique de droit international privé.</u>	316
---	-----

TITRE II-LA COMPLEMENTARITE ENTRE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ET LES LOIS DE POLICE : LES LOIS DE POLICE ETRANGERES ET L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ETRANGER.

<u>CHAPITRE I-L'ADMISSION DU JEU DES LOIS DE POLICE ETRANGERES ET LE REJET DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ETRANGER : PRESENTATION CLASSIQUE.</u>	327
---	-----

<u>Section I-L'admission apparente des lois de police étrangères.</u>	328
---	-----

<u>§ 1-Les arguments justifiant le recours aux lois de police étrangères.</u>	329
---	-----

<u>A-Les arguments liés à la spécificité de la matière contractuelle.</u>	329
---	-----

<u>1) La genèse de la théorie.</u>	329
---	-----

<u>2) La prise en considération des lois de police étrangères.</u>	331
---	-----

<u>B-Les arguments généraux en faveur de l'application des lois de police étrangères.</u>	335
---	-----

<u>§ 2-Les lois de police étrangères en droit positif.</u>	338
--	-----

<u>A-La jurisprudence.</u>	338
----------------------------------	-----

<u>1) L'absence de cas d'application de lois de police tierces.</u>	338
--	-----

<u>2) La consécration de la prise en considération des lois de police tierces.</u>	342
---	-----

<u>B-Les textes.</u>	346
----------------------------	-----

<u>1) Les conventions internationales.</u>	346
---	-----

<u>2) Les textes nationaux.</u>	351
--	-----

<u>Section II-Le rejet catégorique de l'ordre public international étranger.</u>	353
<u>§ 1-Le rejet de principe de l'ordre public international étranger.</u>	354
<u>§ 2-Les tempéraments envisagés.</u>	356
<u>A-L'effet réflexe de l'ordre public international.</u>	356
<u>1) La notion d'effet réflexe de l'exception d'ordre public international.</u>	357
<u>2) La portée de l'exception.</u>	358
<u>B-La spécificité de l'arbitrage international.</u>	360
 <u>CHAPITRE II-LA POSSIBLE INTERVENTION DE L'ORDRE PUBLIC INTERNATIONAL ETRANGER :</u> <u>LA COMPARAISON AVEC LES LOIS DE POLICE ETRANGERES.</u>	363
 <u>Section I-Ordre public international étranger et application d'une règle de conflit étrangère.</u>	363
<u>§ 1-L'ordre public international étranger et la théorie du renvoi.</u>	364
<u>A-L'intervention controversée de l'ordre public international étranger.</u>	364
<u>B-Le jeu de l'ordre public international étranger et les fondements du renvoi.</u>	368
<u>§ 2-L'ordre public international étranger et la théorie des questions préliminaires.</u>	370
<u>A-La notion de question préalable en doctrine et en jurisprudence.</u>	371
<u>B-La possible intervention de l'ordre public international étranger.</u>	374
 <u>Section II-Ordre public international étranger et méthodes visant à éliminer les conflits entre ordres juridiques.</u>	378
<u>§ 1-Exposé des méthodes visant à éliminer les conflits entre ordres juridiques.</u>	378
<u>A-La méthode de référence à l'ordre juridique compétent.</u>	379
<u>B-La méthode distinguant le for de jugement et le for de raisonnement.</u>	383
<u>§ 2-La nécessaire place de l'ordre public international étranger dans les méthodes visant à éliminer les conflits entre ordres juridiques.</u>	387
<u>A-Méthode de référence à l'ordre juridique compétent et prise en considération de l'ordre public international étranger.</u>	387
<u>B-Méthode du for de raisonnement et application de l'ordre public international étranger.</u>	394
 <u>Section III-L'intervention de l'ordre public international étranger à l'état pur.</u>	397
<u>§ 1 – Une approche théoriquement possible.</u>	398
<u>A-Prise en considération et effet négatif de l'ordre public international étranger.</u>	398
<u>B-Application de l'ordre public international étranger.</u>	401
<u>§ 2-Une approche nécessairement limitée.</u>	404
<u>A-Les limites liées à l'introduction de la notion de proximité.</u>	404
<u>B-La nécessité d'une approche globale.</u>	406
 <u>CONCLUSION GENERALE</u>	410
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	413
<u>TABLE DE JURISPRUDENCE</u>	441

<u>INDEX ALPHABETIQUE</u>	453
<u>TABLE DES MATIERES</u>	460