

UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS – INSTITUT DE DROIT COMPARE

MASTER 2 RECHERCHE DROIT EUROPEEN COMPARE

2012-2013



**L'exception d'ordre public international dans l'application de la loi
étrangère et la réception des jugements étrangers**

Etude comparative en droit français et droit américain

Mémoire dirigé sous la direction de Madame le Professeur Marie Goré

Coline LE CAM-MAYOU

Séjour de recherche à l'Université de Columbia (NY, USA)

L'université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les mémoires, ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

« Comme en témoignent les autres études qui lui ont été récemment consacrées en France et à l'étranger, l'intelligence de l'ordre public appelle les ressources du droit comparé. »

Philippe MALAURIE,

Revue internationale de droit comparé, Vol.12 n°4, octobre-décembre 1960

REMERCIEMENTS

A ma mère et à mon père, qui auront eu à lire plusieurs brouillons de ce mémoire.

A mes deux sœurs.

A mes grand-mères, pour avoir essayé de lire et comprendre mon travail.

A Madame Goré, pour m'avoir donné le goût du droit international privé et pour avoir été un directeur de mémoire attentif qui a su nous encadrer malgré la distance.

A l'ensemble de ma promotion du Master 2 de droit européen comparé, sur qui j'ai pu compter tout au long de l'année. Merci pour sa solidarité et son soutien. Pour son amitié.

A l'université Panthéon-Assas pour ces cinq années de droit, et particulièrement au personnel administratif de l'Institut de droit comparé pour sa disponibilité cette année.

A l'université de Columbia pour nous avoir ouvert les portes de sa bibliothèque de droit.

A Camille, Lydie et Clémence. A Hannah.

A Théodore.

ABREVIATIONS

CA	Cour d'Appel
CEDH	Cour Européenne des droits de l'Homme
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
GADIP	Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
EU	Etats-Unis
UE	Union Européenne
CJCE	Cour de Justice des communautés européennes

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION – L’exception d’ordre public international face à l’épreuve du contexte international actuel. Ouverture et assouplissement d’un mécanisme rigide.....8

Section 1 : Le contexte de l’évolution de l’exception d’ordre public international en droit américain et droit français.....8

Section 2 : L’existence de l’exception d’ordre public international traditionnelle compromise par le développement des méthodes de conflit modernes ?.....13

PARTIE I – Le mécanisme de l’exception d’ordre public : un correctif à la règle de conflit traditionnelle consacré à la protection de l’ordre public du for présent en droit français et droit américain.....19

• Chapitre 1 – Les contours de l’exception d’ordre public international.....20

Section 1 : Le contenu de l’ordre public international, essai d’une définition impossible.....20

Section 2 : Le contenu de l’ordre public international librement déterminé par des Etats influencés et encadrés par un pouvoir législatif supranational.....23

Section 3 : La variabilité temporelle et spatiale de l’ordre public international...27

1) *La variabilité dans le temps : l’actualité de l’ordre public*.....27

2) *La variabilité dans l’espace : l’appréhension des différences de la loi étrangère*.....30

• Chapitre 2 – L’objectif de protection de l’ordre public du for poursuivi par l’exception d’ordre public international.....34

Section 1 : La protection du « *strong public policy* » du for contre la menace exceptionnelle d’un ordre juridique étranger.....34

1) *La protection de l’ordre public essentiel du for*.....34

2) <i>Le caractère exceptionnel de l'intervention de l'ordre public</i>	37
Section 2 : Les conséquences de l'appartenance à une communauté d'Etats (Union Européenne, Etats-Unis d'Amérique) sur la protection de l'ordre public de ses Etats membres.....	39
1) <i>La confiance accordée aux décisions émanant d'un autre Etat membre</i>	39
2) <i>La méfiance naturelle à l'égard des décisions émanant d'Etats étrangers</i>	42
Section 3 : La nature corrective de l'exception d'ordre public international.....	45
• <u>Chapitre 3 – Les effets de l'exception d'ordre public international</u>	47
Section 1 : Les effets négatif et positif de l'ordre public, l'éviction de la loi étrangère et sa substitution par la loi du for.....	47
1) <i>L'éviction de la loi étrangère suite au jeu de l'exception d'ordre public suivi automatiquement d'un effet positif de l'ordre public</i>	47
2) <i>Le rejet de la décision judiciaire étrangère par le jeu de l'exception d'ordre public sans effet positif automatique</i>	49
Section 2 : Les conséquences de l'effet positif de l'ordre public contrôlées par l'étendue de la substitution de la loi du for.....	50
PARTIE 2 – L'intervention de l'ordre public dans le raisonnement conflictuel : comparaison de la méthode traditionnelle et des méthodes modernes apparues aux Etats-Unis suite à la révolution conflictuelle du XX^{ème} siècle	56
• <u>Chapitre 1 – Rupture avec la méthode traditionnelle par la prise en compte anticipée de l'ordre public dans le processus conflictuel des « contemporary approaches » américaines</u>	57
Section 1 : Le déclin en droit américain de la méthode conflictuelle traditionnelle et de l'intervention <i>a posteriori</i> de l'ordre public international sous forme d'exception.....	57

Section 2 : L'émergence de nouvelles méthodes conflictuelles avec une intervention <i>a priori</i> de l'ordre public international dans le processus de <i>choice-of-law</i> , tombée en désuétude de l'exception.....	60
Section 3 : Volonté d'atténuation du risque de manipulation de la notion d'ordre public par le juge avec les méthodes conflictuelles modernes.....	64
• <u>Chapitre 2 – La légitimité de l'intervention de l'ordre public international du for : la proximité de l'Etat du for avec le litige</u>	67
Section 1 : L'appréciation du critère de proximité entre le litige et l'Etat du for.....	67
1) <i>Notion de proximité, appréciation quantitative et qualitative</i>	68
2) <i>L'ordre public de proximité à l'origine de l'incohérence de la règle de conflit traditionnelle corrigée par les nouvelles règles de conflit américaines</i>	72
Section 2 : L'exigence de l'ordre public international fonction de l'intensité de la proximité entre le for et le litige, autre pan de la relativité de l'ordre public.....	73
Section 3 : Les débordements de l'ordre public de proximité quant à la légitimité du for d'écarter une loi étrangère.....	77
• <u>Chapitre 3 – L'absence volontaire d'intervention de l'ordre public : la stabilité internationale des situations légitimement acquises à l'étranger</u>	81
Section 1 : La protection de l'ordre public face à la coordination juridique internationale selon la <i>vested rights theory</i> (théorie des droits acquis) en droit américain.....	82
Section 2 : L'effet atténué de l'ordre public développé en droit français pour la reconnaissance des droits.....	85
Section 3 : L'inadaptabilité d'une distinction entre droits acquis à l'étranger et droits acquis sur le territoire du for dans le contexte international actuel.....	88

CONCLUSION.....91

Bibliographie.....93

INTRODUCTION

–

L'exception d'ordre public international face à l'épreuve du contexte international actuel. Ouverture et assouplissement d'un mécanisme rigide.

1. L'expression d'une souveraineté pro-territoriale défendue contre le reste du monde n'est plus vraiment à l'ordre du jour. La scène internationale actuelle empêche des Etats comme la France ou les Etats-Unis d'Amérique d'agir solitairement ou égocentriquement, en ne se préoccupant que de leur seul intérêt national au mépris de l'intérêt international commun. Ils sont toutefois maîtres de leur ordre juridique interne et en droit de le protéger. Une question arrive d'elle-même : le protéger contre quoi ? L'étranger. La différence. Les incohérences que pourraient apporter sur un même territoire la mixité des traditions et des lois appliquées.

Section 1 : Le contexte de l'évolution de l'exception d'ordre public international en droit américain et droit français

2. Cette étude comparative fait ressortir que les Etats-Unis et la France n'entretiennent pas le même rapport à l'égard des lois étrangères. L'explication commence avec l'Histoire des deux nations. Les Etats-Unis ont vu le jour suite à l'indépendance des treize colonies britanniques de la côte Est de l'Amérique du Nord en 1776. Les anciennes colonies ont ensuite conquis l'Ouest américain pour coloniser à leur tour l'ensemble du territoire actuel des Etats-Unis. La fédération naquit donc sur des terres fraîchement décolonisées, puis se peupla par une immigration venues des quatre coins du monde. A l'inverse, la France fut l'une des plus grandes puissances colonisatrices, s'inscrivant dans l'héritage de l'Empire napoléonien qui avait plus tendance à s'exporter qu'à accueillir l'étranger sur son territoire. Si la France est aujourd'hui un pays d'immigration, cela n'est vrai que depuis le XX^{ème} siècle, date très récente à l'échelle de l'Histoire française. L'usage de l'exception d'ordre public international en droit américain ou en droit français est significatif de cet héritage historique. En droit international privé, l'exception d'ordre public international est l'instrument qui permet à un Etat d'imposer ses valeurs et conceptions en refusant l'application d'une loi étrangère pourtant compétente. L'ordre juridique du for, c'est-à-dire de l'Etat dont les juridictions ont été saisies, assoie son autorité face à un ordre juridique dont les lois portent atteintes à son ordre public (pour une définition de l'ordre

public Cf. *infra* n°19 et s.) . Ce mécanisme juridique ressemble à un moyen de défense moderne du territoire et de la société du for.

3. L'exception d'ordre public international est apparue en droit français bien avant d'être reprise en droit américain. Déjà au XIV^{ème} siècle le post-glosateur Bartole avait établi une théorie dite « théorie des statuts » qu'il serait peu pertinent de développer en l'espèce mais dont l'un des aspects consistait à soutenir le rejet des statuts « odieux ». Le juriste italien Bartole, l'un des fondateurs du droit international privé français, avait déjà réfléchi à la manière d'appréhender une notion de droit étranger inconnue du droit interne. Il en avait déduit qu'il était préférable de voir les statuts odieux ne rester effectifs qu'entre les frontières des Etats les ayant fait naître. L'idée est surprenante d'actualité quand on sait qu'elle a plus d'un demi-millénaire. Selon Paul Lerebours-Pigeonnière, un juriste plus contemporain, la fonction première de l'exception d'ordre public international était de s'opposer aux lois étrangères qui méconnaissaient les principes de droit communs aux « nations civilisées ». Cet auteur pourtant connu pour son ouverture d'esprit témoigne de la peur de l'étranger qui régnait au début du XX^{ème} siècle en France lorsqu'il expliquait que la civilisation occidentale devait être protégée contre l'affaiblissement que pourrait lui causer la pénétration en son sein de mœurs orientales¹. Soucieux de ne pas voir la société occidentale dénaturée, Lerebours-Pigeonnière prescrit une intolérance totale à l'égard de toutes institutions relevant d'une civilisation différente ou réputée inférieure à la notre.

4. La référence aux « nations civilisées », officiellement introduite dans les statuts de la Cour permanente de Justice Internationale avant d'être reprise par Lerebours-Pigeonnière, ne doit plus être employée aujourd'hui. Outre le fait qu'elle n'est plus admise comme une expression politiquement correcte, elle est porteuse d'une idée que le droit international ne doit plus incarner : celle d'une inégalité des ordres juridiques. A partir des années 1950 de nombreux anthropologues et ethnologues ont développé des thèses analysant le relativisme culturel et ont progressivement conduit à admettre que toutes les cultures se valaient. L'objectif était de rompre avec le sentiment bien ancré que les sociétés seraient hiérarchisées et la société occidentale placée au-dessus des autres. Les auteurs ont cherché à faire évoluer les mentalités vers l'acceptation de l'idée selon laquelle la différence n'implique pas nécessairement l'infériorité.

¹ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^{ème} ed., 2004, p.332 et s.

Les sociétés non occidentales doivent être reconnues comme différentes, mais pas comme inférieures. Léna Gannagé déterminera plus tard le « relativisme des valeurs » auquel le droit international doit actuellement faire face. Les sociétés ne doivent pas s'apprécier du seul regard occidental, il faut comprendre que chacune puisse organiser son système politique, économique, familial, religieux ou culturel selon certaines valeurs en lesquelles elle croit, peu importe que celles-ci soient partagées ou non par l'ensemble de la communauté internationale. Rien ne démontre aujourd'hui l'existence d'une société standard idéale à laquelle les sociétés devraient se conformer². Le droit international privé a dû évoluer en fonction de l'augmentation des relations internationales. L'exception d'ordre public international, principale gardienne de l'ordre public du for, est au cœur de cette évolution. Cet instrument offensif a dû cesser de défendre le territoire de l'Etat contre l'application des droits étrangers pour se contenter de le protéger, c'est-à-dire ne refuser que l'inacceptable. En droit américain l'exception d'ordre public international a toujours été plus absente qu'en droit français en raison de l'importance des situations empruntées d'éléments d'extranéité soumises aux tribunaux. Refuser de donner effet à toute situation étrangère, ou d'appliquer toute loi étrangère sur leur territoire aurait été un facteur créateur d'instabilité et d'incohérence au sein de l'ordre juridique américain, ce qui n'était pas dans l'intérêt des Etats. Les juridictions françaises sont en revanche confrontées à autant de situations étrangères, provenant de sociétés aux mœurs différentes, depuis seulement le siècle dernier. Il a fallu trouver un nouvel équilibre entre ouverture d'esprit et protection du for. L'idée était à la fois d'assurer au mieux la continuité des situations sur le plan international afin de s'adapter à la nouvelle facilité des déplacements, mais aussi d'appréhender avec plus de confiance les droits étrangers. Le réflexe naturel de protection de l'intégrité des ordres nationaux prévaut toutefois souvent sur la recherche d'harmonie internationale des solutions³.

5. C'est dans ce contexte actuel que l'on doit définir l'exception d'ordre public international telle qu'elle existe aujourd'hui. L'exception d'ordre public international est le mécanisme juridique qui permet à l'Etat du for de refuser l'application d'une loi étrangère ou la reconnaissance d'une décision étrangère lorsque celle-ci contrevient gravement à l'ordre public du for. Ce dernier est une notion relative et évolutive qui doit être appréciée au jour où le juge statue (Cf. *infra* n°30) avec une intensité plus ou moins forte selon que l'affaire est plus ou

² Léna Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs » in *Travaux du comité français et droit international privé*, A. Pedone, 2009.

³ Idem.

moins liée au for (Cf. *infra* n°103 et s.). L'exception d'ordre public n'est donc pas déclenchée de la même manière en fonction des litiges. L'application d'une loi étrangère contraire à l'ordre public du for peut être tolérée sur le territoire du for lorsque la situation qu'elle régit entretient peu de liens avec lui, toutefois la même loi pourrait se voir évincée suite au déclenchement de l'exception d'ordre public international si la situation était très liée au for. Il n'y a aucun systématisme, le juge apprécie l'affaire *in concreto* de façon à ajuster au mieux l'équilibre entre la protection des valeurs fondatrices de la société du for et le respect de l'application de la loi étrangère compétente. C'est une justice matérielle qui est recherchée par l'exception d'ordre public puisqu'elle n'est déclenchée que dans l'hypothèse où la décision rendue à l'étranger ou l'application de la loi étrangère donne un résultat inacceptable pour le for.

6. L'Union Européenne, dont est membre la France, et les Etats-Unis sont tous deux une structure à double niveau – national et communautaire/fédéral – qui oblige les Etats à entretenir des relations différentes avec les autres Etats membres de la même communauté d'Etats de celles entretenues avec les Etats qui en sont étrangers. La cohésion de l'Union européenne et de la fédération américaine est assurée par la confiance due par chaque Etat aux autres Etats membres mais également à l'union et la fédération elles-mêmes. Ces relations ont évidemment un impact sur le jeu de l'exception d'ordre public international qui sera minimisé dans le contexte inter communauté. Une fédération étant une organisation plus intégrative qu'une union, les Etats membres des Etats-Unis entretiennent des rapports réciproques particulièrement ouverts et confiants. Les Etats membres de l'Union Européenne sont également plus liés entre eux qu'avec les Etats étrangers, toutefois la part de souveraineté déléguée à l'Union est moindre par rapport à celle confiée à la fédération américaine. Chaque Etat conserve ainsi, dans les limites du respect des traités européens, un pouvoir souverain important sur son territoire impliquant celui de protéger et composer son ordre juridique. De plus, la nature des relations existant entre les Etats membres est conditionnée par l'ancienneté du cadre institutionnel les unissant. Les Etats-Unis se sont constitués en fédération il y a plus de deux cents ans, tandis que l'Union Européenne n'est née qu'à la suite de la 2nde guerre mondiale et compte parmi ses membres d'anciennes puissances indépendantes très attachées à leur souveraineté nationale.

7. Ces deux structures particulières superposent deux ordres juridiques mais ne font pourtant pas cohabiter deux ordres publics distincts. Chaque Etat, que l'on soit aux Etats-Unis ou dans l'Union Européenne, est libre de déterminer le contenu de son ordre public dès lors que ce dernier reste conforme aux exigences de l'ordre juridique communautaire ou fédéral (Cf.

infra n°22 et s.). L'ordre juridique supérieur permet d'assurer une cohérence entre les différents ordres publics de ces membres en donnant des directives et posant des limites. Les Etats s'unissent dans l'idée de converger vers une protection commune des valeurs qu'ils considèrent comme essentielles pour le respect de la personne humaine et c'est ainsi que naît, au sein de chacune des communautés d'Etats, un préacquis selon lequel les membres de l'Union ne pourraient édicter de lois contraires à l'ordre public de l'Etat de l'un d'entre eux. La fédération américaine a emprunté la voie extrême à cet égard puisque les décisions rendues par les juridictions d'un Etat américain doivent être automatiquement reconnues sur le territoire des autres Etats membres (Cf. *infra* n°47). Cela ne signifie pas que les ordres publics des Etats se confondent, ce n'est d'ailleurs pas le cas, mais que la cohésion de l'ensemble de la fédération nécessite de se comporter comme si ça l'était dans les relations inter fédérales. Les ressortissants américains circulent beaucoup sur le territoire et il importe que l'unité du territoire américain assure une continuité des situations créées en son sein. Bien que la libre circulation des décisions judiciaires soit l'un des objectifs de l'Union Européenne, les traités prévoient l'exception d'ordre public international même dans les rapports internes à l'Union⁴. Elle est toutefois très rarement utilisée par les Etats et certains auteurs trouveraient plus cohérent de la voir disparaître. On observe là encore un décalage d'intensité dans les rapports entre Etats américains ou entre Etats européens, mais ce qu'il faut retenir c'est que ni dans l'un des systèmes, ni dans l'autre, il n'existe d'ordre public supra national. Un ordre public est systématiquement rattaché à un ordre juridique interne. Cette constatation conduit parfaitement au relativisme des valeurs décrit par Léna Gannagé car s'il n'existe pas d'ordre public commun à un ensemble d'Etats, ni même quand ceux-ci sont organisés en fédération ou en union, c'est qu'il n'a pas été possible d'en créer un. Les Etats ont conscience de ne pas partager les mêmes valeurs et de considérer comme essentiels certains droits lésés chez leurs voisins : la souveraineté d'un Etat s'exprime en partie à travers le droit de protéger de son ordre public toutes situations rattachées à son for. De plus les Etats ne souhaitent pas toujours trouver de compromis ou de formules larges permettant d'établir un consensus entre plusieurs sociétés lorsqu'il s'agit de déterminer les contours de protection d'un droit fondamental. Evidemment, les institutions fédérales ou européennes interviennent parfois dans la protection de certaines valeurs, en imposant un minimum de protection auquel les Etats doivent se conformer.

⁴ Notamment l'article 34 du Règlement Bruxelles I dispose qu'un jugement rendu dans un Etat membre de l'UE peut se voir opposer l'exception d'ordre public international par les juridictions d'un autre Etat membre si la reconnaissance entraînerait un résultat *manifestement* contraire à l'ordre public de l'Etat requis.

Aujourd'hui, on ne peut toutefois parler d'ordre public européen, ou américain. Le terme finira peut-être par apparaître dans une décision de la CEDH ou de la Cour Suprême des Etats-Unis, mais tel n'est pas encore le cas.

Section 2 : L'existence de l'exception d'ordre public international traditionnelle compromise par le développement des méthodes de conflit modernes ?

8. L'exception d'ordre public international est un mécanisme mis en place dans le cadre de la méthode de conflit dite traditionnelle. Il sera nécessaire, dans le souci d'une comparaison pertinente entre droit américain et droit français, de se détacher du mécanisme propre de l'exception pour ne s'intéresser plus qu'à son objectif. On l'appréciera à travers l'idée plus large d'intervention de l'ordre public dans le processus conflictuel pour analyser comment cet objectif est rempli dans le cadre des méthodes de conflit modernes, et comprendre ensuite pourquoi l'exception d'ordre public international ne connaît pas le même succès lorsque la règle de conflit est moderne que celui qu'elle peut avoir lorsqu'elle est traditionnelle.

9. La règle de conflit traditionnelle est la seule utilisée en droit français et l'a également longtemps été en droit américain. Ses postulats essentiels sont posés par Savigny qui prévoit une règle de conflit indifférente au résultat concret de l'application de la loi désignée et l'égalité de principe de la loi du for et de la loi étrangère. Cette neutralité oblige à avoir une règle de conflit rigide que le juge doit appliquer *in abstracto*. Savigny est un juriste allemand qui a mis en place une méthode fondée sur le raisonnement syllogistique propre au droit civil. L'égalité de principe des lois ayant l'avantage sur la recherche d'une justice matérielle, ceci explique que le résultat obtenu soit parfois surprenant. Si le juge constate une contrariété évidente à l'ordre public du for, il peut alors faire jouer l'exception d'ordre public international afin d'éviter l'application de la loi étrangère et lui substituer celle de la loi du for. La loi étrangère est donc rejetée pour des motifs matériels, ce qui va à l'encontre des premiers postulats de Savigny qui justement souhaitait une règle de conflit neutre et détachée de toute considération matérielle⁵. Toutefois le juge ne pourrait raisonnablement laisser une loi étrangère apporter une solution choquante – au regard de l'ordre public du for – au litige qui lui est soumis. C'est pourquoi certains auteurs

⁵ Nathalie Joubert, , *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, LexisNexis, Litec, 2007, p. 141.

considèrent que l'exception d'ordre public international vient porter main forte à la règle de conflit neutre et abstraite lorsque son application conduit à un résultat non souhaitable. Ce mécanisme permet la cohérence de l'ordre juridique du for et la protection des valeurs constitutives de son ordre public. Il ne faut ainsi pas voir dans l'exception d'ordre public international un outil traduisant une volonté d'impérialisme de l'Etat du for⁶. Sa mise en place était nécessaire au bon fonctionnement de la règle de conflit traditionnelle. Sans être complétée par l'exception, la méthode de Savigny n'aurait probablement pas connu le même rayonnement que celui qui est, encore aujourd'hui, le sien car les Etats n'auraient pas pris le risque de menacer leur ordre public à chaque résolution de litige international.

10. Le droit français a adopté la méthode savignienne accompagnée de l'exception d'ordre public international au XIX^{ème} siècle et lui est depuis resté fidèle. Le droit américain l'a également intégré dans son droit international privé dont elle fût l'unique règle de conflit jusqu'au milieu du XX^{ème} siècle. Aux Etats-Unis, la règle de conflit était fondée sur la thèse territoriale et la loi du lieu (*lex loci*) était, dans tous les domaines, celle désignée compétente pour régir la situation soumise aux juridictions américaines. Ce choix se justifie par le fait que les Etats-Unis sont une terre d'immigration sur laquelle des centaines de colons arrivaient quotidiennement par des transatlantiques au début du XX^{ème} siècle. Les conflits de lois risquant alors d'être nombreux, il n'était pas souhaitable pour la prospérité commerciale et la sécurité des transactions que chacun de ces immigrants puissent invoquer la loi de leur pays d'origine⁷. La *lex loci* a donc été érigée en règle de principe dans le droit américain dans le premier Restatement of the conflict of laws de 1935, qui prévoit notamment l'exception d'ordre public international au §612.

11. La règle de conflit traditionnelle n'a toutefois pas résisté au sein du système jurisprudentiel américain. Des auteurs ont cherché à développer des règles de conflit moins neutres et moins abstraites, et dans un sens, plus adaptées au concrétisme de la Common Law. L'un des grands maîtres à penser du renouveau du droit international privé américain fut Morris qui écrivit un article sur la « proper law of tort » en 1951 dans lequel il développe l'idée de ne

⁶ Rémy Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle, thèmes et commentaires*, Dalloz, 1996, p. 67.

⁷ Pierre Wigny et W.J. Brockelbank sous la direction de J.P. Niboyet, *avant-propos* des traducteurs de *L'exposé du droit international privé américain, présenté sous la forme de code par l'American Law Institut*, Librairie du recueil Sirey, 1937.

plus se référer à la *lex loci delicti* en matière de responsabilité civile, mais à la loi entretenant la relation la plus étroite avec l'évènement survenu et ses conséquences, c'est-à-dire les points de contact les plus importants. Il considère que c'est le meilleur moyen d'arriver à une résolution rationnelle des litiges. Sa théorie de *proper law* gagna progressivement de plus en plus de terrain jusqu'à ce que la Cour d'Appel de New-York la consacre officiellement en matière contractuelle dans l'arrêt *Auten v. Auten*⁸ en 1954 avant de la consacrer également en matière délictuelle en 1963 dans l'un des plus célèbres arrêts du droit international privé américain : *Babcock v. Jackson*⁹. Dans cette affaire, les époux Jackson et leur hôte Georgia Babcock quittèrent l'Etat de New-York en voiture en vue d'un voyage de deux semaines au Canada. Sur la route, alors qu'ils se trouvent dans l'Ontario, Monsieur Jackson perd le contrôle du véhicule et provoque un accident qui blessa Georgia Babcock. Cette dernière intenta une action contre le conducteur en l'accusant de négligence dans sa conduite devant les juridictions new-yorkaises. La loi de l'Ontario (qui serait compétente en vertu de la *lex loci delicti*) prévoit une loi dite « *guest statute* » selon laquelle on ne peut octroyer de dommages-intérêts à un passager ayant volontairement pris place à bord d'un véhicule lorsqu'il est victime d'un accident de voiture survenu à la suite d'une simple négligence du conducteur. L'Etat de New-York en revanche ne connaît pas une telle loi. Les juges vont alors écarter l'application de la *lex loci delicti* et chercher à désigner la loi ayant le plus de points de contact avec le litige. Tous les éléments de l'affaire convergeaient vers l'Etat de New-York, si ce n'est le lieu de l'accident. En effet, les parties sont new-yorkaises, la voiture est immatriculée et stationne habituellement à New-York et le voyage débutait et finissait dans l'Etat de New-York. Ignorant la règle de conflit traditionnelle les juges désignèrent comme compétente la loi étant la plus proche du litige, c'est-à-dire la loi new-yorkaise, dont l'application leur semblait plus souhaitable. La Cour d'Appel de New-York lança ainsi la révolution conflictuelle du droit international privé américain, dont les effets se propagèrent très rapidement puisque dès 1977 la moitié des Etats de la fédération américaine avaient abandonné la *lex loci delicti* et en 2011, quarante-deux Etats (dont le District

⁸ 308 N.Y. 155, 124 N.E. 2d 99 (1954) cité par Bernard Hanotiau dans *Le droit international privé américain, du premier au second Restatement of the law, conflict of laws*, L.G.D.J., 1979, p. 165 et s.

⁹ 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y.S. 2d 743, 191 N.E. 2d 279 (1963) cité dans le même ouvrage.

de Columbia) appliquaient désormais les méthodes de conflit modernes¹⁰. A ce jour seulement une dizaine d'Etats américains utilisent la méthode de conflit savignienne.

12. Les auteurs américains ont été nombreux à réfléchir à des méthodes plus souples que celle du premier Restatement pour désigner la loi compétente en matière de conflit de lois. Plusieurs doctrines se sont imposées au moment où les juridictions américaines ont commencé à abandonner la méthode traditionnelle au profit des nouvelles théories de la *proper law*. Dès 1953, le American Law Institute commença à rédiger le brouillon du 2nd Restatement of the Conflicts of Laws en cherchant à synthétiser à la fois les différentes branches de la nouvelle école conflictuelle, et l'ancienne et la nouvelle école. La version finale du 2nd Restatement fût promulguée en 1969 et sa méthode s'imposa rapidement comme la favorite. Aujourd'hui elle est de loin la règle de conflit la plus appliquée aux Etats-Unis puisque vingt-deux Etats s'y sont rattachés en matière délictuelle et vingt-quatre en matière contractuelle¹¹. Dans les Etats n'appliquant pas le second Restatement, les juridictions se tournent vers les doctrines les plus influentes de la révolution conflictuelle. Les principales d'entre elles sont la théorie de Morris selon laquelle il faut rechercher la loi entretenant les contacts les plus significatifs avec la situation et qui a été largement reprise dans le 2nd Restatement, celle ensuite du Professeur Leflar qui développa la théorie de la *Better Law* dans les années 1960 selon laquelle le choix du juge devait être influencé par tous les éléments interférant avec le litige de façon à désigner la loi la plus appropriée¹². Cette doctrine connut un grand succès dans les années 1970 et 1980, mais n'est plus appliquée que dans cinq Etats aujourd'hui en matière délictuelle, et deux seulement en matière contractuelle. Enfin il faut évoquer la doctrine de Currie dite « *interest analysis approach* » qui, dans une démarche plus publiciste, proposait d'analyser les intérêts de chacune des lois en conflit à être appliquée. Si on retrouve l'influence de cette théorie dans la plupart des méthodes modernes, elle n'est presque plus appliquée pour elle-même aujourd'hui (seuls trois Etats s'y réfèrent encore en matière délictuelle).

¹⁰ Symeon C. Symeonides and Wendy Collins Perdue, *Conflict of laws : American, comparative, international, Cases and materials*, American casebook series, West, 3rd ed., 2012, p.140.

¹¹ Lecture d'une carte légendée des Etats-Unis sur l'application des méthodes conflictuelles modernes en matière délictuelle et conflictuelle in Symeon C. Symeonides and Wendy Collins Perdue, *Conflict of laws : American, comparative, international, Cases and materials*, American casebook series, West, 3rd ed., 2012, p. 401.

¹² Symeon C. Symeonides and Wendy Collins Perdue, *Conflict of laws : American, comparative, international, Cases and materials*, American casebook series, West, 3rd ed., 2012, p.195.

13. L'ensemble de ces méthodes cherche à mettre en place un moyen d'appréhender tous les éléments nécessaires à la désignation de la loi applicable dès le moment du choix initial du juge. L'ordre public est l'un de ces critères d'influence. Le second Restatement prévoit la prise en compte de l'ordre public par le juge dans son §6, 2 (Cf. *infra* n°79). L'idée des méthodes conflictuelles américaines est de désigner dès l'origine la loi qui sera définitivement appliquée à l'affaire. Le système étant jurisprudentiel, la considération d'éléments matériels pour désigner la loi applicable ne choque personne. Les juristes de Common Law préfèrent poursuivre une justice matérielle, en établissant pour chaque litige une solution sur mesure. Ainsi l'exception d'ordre public international trouve difficilement sa place au sein des nouvelles méthodes. En théorie, elle pourrait toujours jouer si l'application de la loi désignée conduit à un résultat contraire à l'ordre public du for. Toutefois on ne voit pas bien dans quel cas de figure cette situation arriverait puisque l'ordre public du for et la teneur de la loi étrangère sont tous les deux pris en considération par le juge au moment du choix de la loi.

14. L'intervention de l'ordre public dans le processus conflictuel est avancée dans les méthodes modernes par rapport à la méthode traditionnelle. En effet il n'a plus besoin d'intervenir sous forme de réserve dans un second temps puisqu'il est déjà apprécié au premier stade du raisonnement. L'ordre public peut donc servir de seul et unique critère de rattachement à l'application de la loi du for. Le droit américain s'est éloigné de la nature corrective de l'exception d'ordre public international et a réadapté la règle de conflit elle-même pour y intégrer l'ordre public. Une double problématique s'impose alors : Dans le contexte actuel du conflit de lois, où l'exception d'ordre public international n'est plus l'unique solution à l'intervention de l'ordre public dans le raisonnement conflictuel depuis le développement des méthodes modernes en droit américain, celle-ci reste-elle un outil pertinent de protection de l'ordre public du for ? Encore en pleine vigueur en droit français, comment s'assurer que l'exception d'ordre public international soit un instrument de protection à la fois efficace, fiable et légitime ?

15. C'est au mécanisme de l'exception d'ordre public international qu'il conviendra de s'intéresser dans un premier temps, pour mieux décrire et comprendre le rôle, les objectifs et les effets de cet instrument de protection de l'ordre public du for utilisé en droit français mais également encore en droit américain (Partie 1). L'exception d'ordre public international ayant perdu de son intérêt dans le cadre des méthodes modernes, il faudra ensuite essayer d'analyser comment l'ordre public intervient dans le raisonnement conflictuel par rapport à sa

manifestation sous forme d'exception dans le cadre de la méthode traditionnelle. On cherchera à comparer l'efficacité des deux mécanismes pour s'assurer que l'objectif de l'exception d'ordre public international est bien rempli par les méthodes de la *proper law* (Partie 2).

PARTIE 1

Le mécanisme de l'exception d'ordre public :

Un correctif à la règle de conflit traditionnelle consacré à la protection de l'ordre public du for présent en droit français et droit américain

16. L'exception d'ordre public international est un mécanisme propre à la règle de conflit traditionnelle, essentiel à la protection de l'ordre public du for en droit français et américain puisqu'il a vocation à jouer tant en matière de conflit de lois que de conflit de juridictions. Si l'exception d'ordre public international est appréciée des juridictions françaises, les cours américaines sont aujourd'hui minoritaires à appliquer la règle de conflit traditionnelle et à recourir à l'exception d'ordre public. Toutefois elle a longtemps été en droit américain l'un des seuls moyens d'intervention de l'ordre public dans le processus conflictuel et le reste encore aujourd'hui dans le domaine de la reconnaissance des décisions étrangères. Cette première partie va définir précisément le mécanisme de l'exception d'ordre public international tel qu'il est prévu par la méthode de conflit traditionnelle. Une étude pertinente sur le sujet ne saurait être conduite indépendamment du contenu de l'ordre public, puisque sa protection est la raison d'être de l'exception. Nous commencerons ainsi par dessiner les contours de l'exception d'ordre public en appréciant ce que signifie, en droit positif, la notion d'ordre public (chapitre 1). Spontanément le raisonnement nous incite ensuite à rechercher les objectifs poursuivis par l'exception d'ordre public qui justifient son déclenchement. Après avoir présenté l'ordre public nous mettrons alors en avant sa protection contre l'atteinte que pourrait lui porter l'application d'une loi étrangère ou la reconnaissance d'une décision étrangère (chapitre 2). C'est enfin les effets du mécanisme qui seront abordés afin d'identifier les conséquences entraînées par le jeu de l'exception d'ordre public international (chapitre 3).

Chapitre 1

–

Les contours de l'exception d'ordre public international

17. L'exception d'ordre public international est un mécanisme juridique destiné à protéger l'ordre public d'un Etat. Nous allons donc consacrer ce premier chapitre à l'ordre public, sans lequel l'exception perdrait toute raison d'exister. Tant aux Etats-Unis qu'en France, aucune définition ne semble arrêtée pour définir cette notion bien que les juges et auteurs aient tenté d'en délimiter les contours (section 1). L'existence de la notion n'a cependant jamais été remise en question. Les Etats américains et la France sont tous libres de déterminer les valeurs qui fondent leur ordre public tout en étant contraints, ou influencés, par l'ordre juridique supérieur de la structure à double niveau à laquelle ils appartiennent – Union Européenne ou fédération des Etats-Unis d'Amérique (section 2). Cette origine étatique de l'ordre public international entraîne nécessairement une variabilité spatiale de la notion, le contenu de l'ordre public étant modifié dès que l'on passe d'un Etat à un autre. Au sein même du for l'ordre public varie ensuite avec le temps, s'adaptant à l'évolution de la société. Cette variabilité spatio-temporelle fait de l'ordre public une notion relative (section 3).

Section 1 : Le contenu de l'ordre public international, essai d'une définition impossible

18. L'ensemble de la doctrine française s'accorde pour dire qu'il n'existe pas de définition arrêtée de l'ordre public international. Si la majorité des auteurs a essayé d'en établir une, aucune tentative n'a été jusqu'ici concluante. Le doyen Batiffol n'en semble pas surpris lorsqu'il affirme que « tous les essais de définition de cette notion ont naturellement échoué »¹³. Cette obsession de la définition est un trait français, et la conséquence d'un besoin des juristes français d'encadrer et fonder les notions pour les conceptualiser. Pas un manuel de droit américain de ne se soucier de donner à son lecteur une définition de l'ordre public. Au mieux les auteurs le signalent, comme David D. Siegel qui introduit clairement son paragraphe sur l'ordre

¹³ Henri Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, réédition de 2002 présentée par Yves Lequette, p.159.

public par « *It is impossible to define a state's « public policy »* »¹⁴. La définition n'existe pas, mais auteurs et lecteurs s'entendent sur l'approximative notion d'ordre public dont il est question. Cela suffit aux juristes américains pour employer le terme de *public policy* et présenter directement le mécanisme de l'exception d'ordre public. L'approche est plus « efficace », plus pratique et moins théorique qu'en droit français. Dans le cadre de cette étude comparative, écrite en français et inévitablement influencée par les traditions juridiques françaises, il semble toutefois naturel de tenter de présenter le contenu de l'ordre public international pour mieux appréhender l'enjeu de l'exception qui le met en œuvre.

19. L'ordre public international représente le cœur de tout ordre juridique en cela qu'il réunit l'ensemble des valeurs et principes que le for tient absolument à défendre. Cet ensemble est vaste, réunissant tous types de valeurs morales, sociales, économiques ou encore politiques qui fondent la société du for et transparaissent dans sa législation. Il n'existe pas de matière délimitée d'ordre public, mais chaque matière est imprégnée d'ordre public. Il pose la limite du seuil de sensibilité et de tolérance au-delà duquel un Etat ne peut accepter l'application de lois étrangères non compatibles¹⁵. Face à l'impossibilité d'établir une liste exhaustive des composantes de l'ordre public, Pierre Mayer et Vincent Heuzé en distinguent trois principales¹⁶ :

- Les **grandes valeurs découlant du « droit naturel »**, soumises au sentiment relatif du juste et de l'injuste. Ce sont ces principes que la Cour de cassation définit en 1948 dans son célèbre arrêt *Lautour*¹⁷ comme étant des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ».
- Les principes qui, sans prétendre à l'universalité, constituent des **fondements politiques et sociaux de la société du for**. Les deux auteurs donnent l'exemple des principes de monogamie et laïcité auxquels la société française d'aujourd'hui ne saurait déroger.
- Les **principes permettant de sauvegarder certaines politiques législatives du for**. La terre d'élection de l'ordre public pendant plusieurs années fut la protection de la législation française en matière de divorce. De 1816 à 1884, le droit interne prévoyait

¹⁴ David D. Siegel, *Conflicts*, West Nutshell series of West publishing co., 2nd ed., 1994, p.166.

¹⁵ Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche 2011. p.228

¹⁶ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrétien, 9^e ed., 2007, p. 199.

¹⁷ Ch. civ., sect. civ., 25 mai 1948, *Lautour*.

une interdiction absolue de divorcer et les tribunaux français rejetaient, au nom de l'ordre public, les demandes de divorce présentées devant eux même dans le cas où la loi nationale des époux leur permettait de divorcer. Avec la loi de 1884 le divorce fût rétabli sous forme d'un divorce-sanction uniquement et les causes de divorce prévues par la loi française considérées comme un maximum acceptable. Ainsi jusqu'en 1975, année de l'adoption de la loi autorisant le divorce par consentement mutuel, les tribunaux écartaient les lois étrangères plus libérales comme étant contraires à l'ordre public.

19. Les contours de la première catégorie de valeurs précitée avaient déjà été délimités par Lerebours-Pigeonière et Batiffol, qui en donnaient une définition presque identique. Selon eux, cet ensemble reflète l'aspect international de l'ordre public. Les auteurs ne distinguaient en revanche qu'une seconde catégorie correspondant cette fois à l'aspect national de l'ordre public, composée de principes destinés à défendre des impératifs nationaux, qui serait la conséquence d'un réflexe d'autodéfense d'une politique législative du for¹⁸. Cette catégorie engloberait les deux dernières proposées par Pierre Mayer et Vincent Heuzé. Chaque Etat étant le législateur de son droit international privé et de son ordre public, il semble difficile de ne pas prendre en considération son propre intérêt. Les Etats s'autorisent alors à refuser discrétionnairement l'application d'une loi étrangère qui heurterait si fortement les fondements de leur société que l'intérêt national devrait prévaloir sur la solidarité internationale qu'ils s'imposent en principe.

20. On trouve difficilement en droit américain une définition de l'ordre public énoncée pour elle-même, cependant la définition devenue classique est celle du juge Cardozo dans l'arrêt *Loucks v. Standard Oil Co. of New York*¹⁹ de la Cour d'Appel de New-York. Le juge y affirme que l'exception d'ordre public international ne peut être déclenchée que dans le cas où la loi étrangère « *offends our sense of justice or menaces the public welfare* », « *shock(s) our sense of justice* » ou « *violate(s) some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal* »²⁰. L'arrêt *Loucks* reste aujourd'hui un arrêt de référence en matière d'exception d'ordre public international. La Cour y donne une définition large, se référant à des notions de grande justice difficiles à identifier précisément. Les termes de « sens de la justice » ou de « principes de justice fondamentaux »

¹⁸ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^e ed., 2004.

¹⁹ 120 N.E. 198 (NY. 1918)

²⁰ 224 N.Y. 99, 120 N.E. 198.

laissent face à une notion de l'ordre public aux contours diffus, proche de ce que la doctrine française exprime à travers l'idée de « principes de justice universelle » (Cf. *supra* n°19). Cette définition ouverte permet d'intégrer aussi bien de grandes valeurs à vocation universelle que les principes fondateurs d'une société et d'une législation. En effet, aux Etats-Unis comme en France, l'exception d'ordre public s'oppose à l'application d'une loi étrangère qui porterait atteinte à l'intérêt interne. Il n'existe pas d'ordre public international qui ne soit imprégné de considération nationale, conséquence directe du fait que chaque Etat établit soi-même les limites de son ordre public.

21. S'il fallait définir l'ordre public, les ébauches de définitions avancées par les auteurs français pourraient être reprises concernant la notion d'ordre public en droit américain. Sans chercher à catégoriser les différents éléments intégrés dans l'ordre public, Siegel avait présumé que l'ordre public était constitué de l'ensemble des lois de l'Etat, elle-même incarnées par les statuts, règles, décisions, ordonnances ou tout autre ensemble équivalent²¹. On s'interroge alors : est-il vraiment nécessaire de figer en une définition une notion qui s'étend et se rétracte à la discrétion des juridictions ? La démarche se comprendrait si cela permettait d'établir un ordre public transnational, qui devrait nécessairement être délimité pour être connu des différents Etats responsables de sa protection. La définition ne semble toutefois pas indispensable dans la mesure où les Etats sont libres de déterminer eux-mêmes le contenu de leur ordre public et de le faire évoluer en fonction des changements sociétaux.

Section 2 : Le contenu de l'ordre public international librement déterminé par des Etats influencés et encadrés par un pouvoir législatif supranational

22. Aux Etats-Unis, le pouvoir de légiférer en matière de *choice-of-law* appartient aux Etats. L'acquisition de cette compétence, qui n'avait rien d'évident, découle d'un procédé en plusieurs étapes. En 1938, la Cour suprême rend l'arrêt *Erie Railroad Co. v. Thompkins*²² par lequel elle

²¹ David D. Siegel, *Conflicts*, West Nutshell series, West publishing co., 2nd ed., 1994, p.166.

²² 304 US 64 (1938). En l'espèce Harry Thompkins, un citoyen de Pennsylvanie, rentre chez lui à 2H30 du matin. Il s'est fait déposer en voiture par un ami à quelques blocs de maisons de chez lui, à Hughestown en Pennsylvanie, et termine son chemin à pied sur un chemin piéton qui longe les rails de train de l'Erie and Wyoming Valley. Un train approche et un objet dépassant de l'un des wagons projette Thompkins au sol et le bras droit de ce dernier est pris sous une roue du train. Thompkins poursuit alors la Erie's railroad Compagny (société de l'Etat de New-York)

juge que les cours fédérales doivent appliquer la loi de l'état du for lorsqu'est soumise devant elles une affaire ne relevant pas de la loi fédérale. Par cette décision, la Cour Suprême redonne aux Etats de la fédération le « lawmaking power » que leur réserve le 10^{ème} amendement de la Constitution américaine, et qui leur avait été usurpé depuis près d'un siècle suite à l'arrêt *Swift v. Tyson* en 1842²³. L'arrêt *Erie* avait cependant une portée très générale, son raisonnement fut donc repris trois ans plus tard par la Cour pour l'appliquer spécifiquement à la matière du conflit de lois. La transition fut permise par l'arrêt *Klaxon Co. v. Stentor Electric Manufacture*²⁴ qui établit que **la compétence d'élaborer les règles de conflits de loi est étatique**. La décision ne fit pas l'unanimité mais, ignorant les critiques, la Cour Suprême a réaffirmé l'apport de *Klaxon* dans sa jurisprudence postérieure²⁵. Il est depuis acquis qu'une cour fédérale saisie d'une affaire n'interférant pas avec le champ d'application du droit fédéral doit appliquer les règles de conflit établies par un Etat, quand bien même l'application de celles-ci conduirait à un résultat absurde. Il n'existe que quelques hypothèses exceptionnelles dans lesquelles les cours fédérales peuvent créer de nouvelles règles de conflit, comme le cas où la règle de conflit de l'Etat est ambiguë ou encore si le problème conflictuel posé devant la cour fédérale n'a jamais été traité par l'Etat²⁶.

23. Les Etats sont ainsi libres d'établir leurs propres règles de conflit, tant sur le plan des conflits de lois que des conflits de juridictions. La gestion des conflits n'a pas besoin d'être approuvée au niveau fédéral, que le litige ait lieu entre Etats membres des Etats-Unis ou avec des Etats étrangers. Ainsi, conséquence inévitable, les Etats sont maîtres d'apprécier les moments où l'application de la loi étrangère contrevient à leur ordre public et où ils déclenchent l'exception d'ordre public. Il n'existe **pas d'ordre public commun à la fédération**, chaque Etat décide des valeurs et principes qu'il souhaite voir protéger au nom de son ordre public. Cependant les Etats sont tous contraints de respecter les dispositions de la Constitution américaine et des lois fédérales. L'ordre public qu'ils construisent sans pouvoir outrepasser ces

devant les Cours fédérales. La Cour suprême juge à l'occasion de cette affaire que les Cours fédérales doivent appliquer la loi des Etats, incluant les décisions de justices rendues par les Etats, lorsque la loi fédérales n'est pas concernées par le cas.

²³ 41 U.S. 1 (1842). Dans cet arrêt la Cour Suprême avait jugé que les Cours fédérales n'avaient pas besoin d'appliquer le droit créé par les juridictions des Etat. Elles appliquaient donc le droit fédéral à des affaires relevant en principe du droit national dès lorsqu'elles étaient saisies. Cette décision a conduit à beaucoup de *forum shopping* puisqu'il suffisait alors aux justiciables de saisir les Cours fédérales pour échapper à l'application des règles de droit de l'Etat dont ils relevaient.

²⁴ 313 US 487 (1941).

²⁵ Notamment dans l'arrêt *Day & Zimmermann, Inc. v. Challoner*, 423 US 3 (1975).

²⁶ Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, 2008.

limites venues d'un ordre législatif supérieur est alors indirectement encadré par le pouvoir fédéral. Le droit fédéral pose les limites entre lesquelles la liberté législative des Etats s'exprime.

24. En Europe, le principe est le même qu'aux Etats-Unis puisque le contenu de chaque ordre public est également fixé librement par les Etats membres. Cela est vrai même lorsque le droit d'utiliser l'exception d'ordre public international est prévu par un traité européen, comme c'est le cas de l'article 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles²⁷. Même si l'exception est déclenchée dans le champ d'application du texte européen, l'ordre public protégé est celui de l'Etat en cause et c'est à lui de justifier l'éviction de la loi étrangère compétente²⁸.

25. La pratique diverge cependant quelque peu de la théorie. L'Union européenne s'ingère dans la détermination du contenu de l'ordre public des Etats en leur imposant d'y faire impérativement figurer certaines valeurs. Prenons l'exemple de l'arrêt *Pellegrini*²⁹, par le biais duquel la CJCE contraint les Etats partis à la conv.EDH à compter le droit à un procès équitable parmi les valeurs protégées par l'ordre public procédural de l'Etat requis en cas de réception d'un jugement issu d'un Etat non parti. La Cour rappelle que le droit à un procès équitable, et notamment celui à une procédure équitable, résulte de l'article 6 de la Convention. L'Etat requis doit vérifier que les garanties prévues par cet article 6 ont été respectées par la juridiction d'origine. Cette **intégration de l'ordre public européen dans l'ordre public des Etats membres** est très **directe**, ne laissant qu'une faible marge de manœuvre aux Etats dans le cadre de la protection de la valeur visée.

²⁷ Article 16 de la Convention : « **“Ordre public”** - *The application of a rule of the law of any country specified by this Convention may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy ('ordre public') of the forum* » in Site eur-lex.europa.eu, donnant accès aux publications du Journal officiel des Communautés Européennes.

²⁸ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^e ed., 2004.

²⁹ CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*. En l'espèce une femme est invitée à comparaître devant un tribunal ecclésiastique, sans indication du sujet de la procédure. C'est en arrivant au tribunal qu'elle apprend que son mari, dont elle vit séparée, avait déposé une demande d'annulation du mariage dans le but de ne plus payer la pension alimentaire qu'il lui versait. Le tribunal annula le mariage dans un jugement non motivé, sans avoir auparavant laissé la requérante avoir accès aux dépositions de la partie adverse. Le mari obtint ensuite la reconnaissance de cette décision ecclésiastique par les juridictions étatiques d'Italie. La CEDH jugea que l'Italie avait violé l'article 6 de la Conv.EDH.

26. De la même manière qu'aux Etats-Unis, la structure hiérarchisée des ordres législatifs au sein de l'Union implique également une **intervention indirecte de l'ordre public européen** puisque la détermination du contenu de l'ordre public français ne saurait être fait dans le mépris des engagements internationaux souscrits par la France. Dans l'arrêt *Pistre* par exemple, la Cour de cassation avait jugé de l'applicabilité d'une loi étrangère en matière d'adoption en vérifiant qu'elle n'était contraire « *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* »³⁰. Egalement dans un autre arrêt la Cour avait tenu à confronter une loi étrangère à la Conv.EDH et n'y avait renoncé que parce que le pays dont provenait la loi n'était pas partie à la convention³¹. Le raisonnement suivi par les juges de la Cour traduit l'évolution de l'ordre public. Seules importent les conceptions du for, mais c'est parce que la France a signé la Conv.EDH que ses valeurs se fondent dans celles du for³². Les valeurs qu'elle s'est engagée à protéger à l'égard des autres signataires d'un traité doivent nécessairement apparaître dans le contenu de son ordre public pour que la protection soit effective. L'ordre public européen, en tant que produit d'une communauté composée des Etats membres, et donc structurellement supérieur à eux, encadre et limite l'ordre public de chacun de ces Etats. Cependant certains auteurs minimisent la contrainte exercée par l'ordre juridique européen sur les Etats membres. Pierre Meyer et Vincent Heuzé soutiennent que le juge n'écarte pas systématiquement une loi étrangère contraire à un traité international ratifié par la France au motif de la supériorité des traités sur les lois. Si les Etats partis s'engagent au respect de valeurs prévues par le traité international, il n'y a aucune raison de sanctionner les Etats tiers qui n'adhèreraient pas à ces valeurs en déclenchant l'exception d'ordre public international. Les valeurs insérées par l'ordre européen dans l'ordre public des Etats n'ont pas plus de force parce qu'elles découlent de traités, et le juge du for peut décider de ne pas faire valoir ses conceptions, quand bien même celles-ci seraient confortées par une convention internationale, si le rapport juridiques

³⁰ Civ.1, 31 janvier 1990, *Pistre*, *Rev. crit. DIP* 1990. 519, note E. Poisson-Drocourt, *JCP* 91. II. 21635, note H. Muir-Watt, Ancel et Lequette, *op. cit.*, n°65, p.527.

³¹ Civ.1, 10 juillet 1990, *Mommeja*, *Rev. crit. DIP* 1991. 757.

³² Rémy Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle, thèmes et commentaires*, Dalloz, 1996, p.80.

n'entretient pas de liens suffisants avec le for³³ (Pour ordre public de proximité Cf. *infra*. n°91 et s.).

27. Etant déjà une notion difficile à saisir qui subit les influences des ordres juridiques supérieurs (fédéral ou communautaire), l'ordre public est en plus une notion variable par nature. Elle est relative car elle varie selon qu'on l'appréhende selon telle ou telle époque ou au regard d'un for plutôt que d'un autre.

Section 3 : La variabilité temporelle et spatiale de l'ordre public international

L'ordre public est une notion variable tant parce qu'elle évolue dans le temps et qu'il a fallu fixer le moment de son existence auquel il est pertinent que le juge l'apprécie (I), que parce qu'elle est rattachée à un for et varie dans l'espace (II).

I) La variabilité dans le temps : l'actualité de l'ordre public

28. Andréas Bucher affirme que « l'ordre public traduit l'actualité du droit » en cela que le droit positif, et *a fortiori* les valeurs protégées dans la notion d'ordre public, s'adapte en permanence à l'évolution de la société³⁴. Rien ne serait en effet plus absurde qu'un droit en décalage par rapport à la société qu'il régit, et c'est l'ordre public qui est le défenseur de cette actualité du droit. L'ordre public n'aurait donc aucun sens s'il était une sorte de notion rigide et figée dans le temps. Une société évolue et les valeurs qu'elle défend avec.

29. Rien de mieux que des exemples pour témoigner de la variabilité de l'ordre public, particulièrement frappante lorsqu'il est utilisé à des fins de protection de politiques législatives du for. Nous avons déjà abordé l'exemple de l'évolution de la législation en matière de divorce (Cf. *supra* n°19), mais il peut être complété par celui de la législation de la filiation naturelle. Jusqu'à la loi du 16 novembre 1912 la France prohibait les demandes judiciaires de recherche en paternité naturelle, et toute loi étrangère l'autorisant se voyait écarter par le mécanisme de l'exception d'ordre public international. Avec la loi de 1912 le législateur français a autorisé une

³³ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrétien, 9^{ème} ed., 2007.

³⁴ Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, *Cours général*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche 2011.

telle recherche, mais dans certains cas d'ouverture seulement. La loi française était appréciée comme un maximum, et les lois étrangères plus libérales à l'égard des cas d'ouverture permettant de déposer une demande judiciaire de recherche en paternité étaient écartées³⁵. La législation en matière de filiation adultérine est également un exemple significatif. Son établissement fut prohibé en France jusqu'à la loi du 3 janvier 1972 qui ouvrit certains modes d'établissement de filiation adultérine. Le problème était d'équilibrer entre l'intérêt de la famille légitime et celui de l'enfant adultérin. Les cas d'ouverture furent considérés comme un maximum par la jurisprudence. Ces cas sont toujours l'objet d'une liste limitative, mais le contexte dans lequel ils s'inscrivent est bien différent depuis que la Cour de cassation a décidé que l'ordre public n'interdisait pas la filiation naturelle selon une loi étrangère compétente qui ne prévoirait pas les mêmes cas d'ouverture que la loi française, lorsque « cette loi présente de sérieuses garanties en ce qui concerne le respect de la vérité biologique et permet au père d'assurer efficacement sa défense »³⁶. Aujourd'hui encore nous assistons à une évolution de l'ordre public concernant le mariage homosexuel. Avant l'adoption de la loi Taubira³⁷ cette année, une loi étrangère désignée comme compétente par les règles de conflit françaises pour régir les conditions de fond d'un mariage célébré sur le territoire français, autorisant le mariage entre deux personnes de même sexe, se serait vu opposer l'exception d'ordre public. Ce ne pourra plus être le cas aujourd'hui.

30. La mouvance de l'ordre public a obligé les juristes à trancher sur le moment de son appréciation : la faveur alla à la considération de celui-ci dans **son état au jour où le juge statue**. C'est la règle dite de **l'actualité de l'ordre public**, consacrée en France par Pillet au début du 20^{ème} siècle³⁸. Il était pertinent de juger en ce sens à la fois pour ne pas heurter un sentiment collectif, et pour ne pas aller à l'encontre d'une politique législative du for.³⁹ Dans sa thèse, Jerca Kramberger Skerl relève qu'il serait « insensé de protéger des valeurs désuètes

³⁵ Civ., 26 mars 1935, *DP* 1935. I. 57, S. 1936. I. 89, note Niboyet, *Clunet*, 1936.399, *Rev. crit. DIP* 1935.768.

³⁶ Civ.1^{ère}, 9 octobre 1984, *Hublin*, *Rev. crit.* 1985. 643, note Jacques Foyer, *Clunet* 1985.906, note M. Simon-Depitre, cité par Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Grands arrêts, Dalloz, 5^{ème} ed., 2006, p.536.

³⁷ Loi n°2013-404 du 17 mai 2013, ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe.

³⁸ Cf. Antoine Pillet, *Principes de droit international privé*, Pedone, Paris 1903.

³⁹ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrétien, 9^{ème} ed., 2007.

plutôt que des valeurs actuelles »⁴⁰. Déjà appréhendé dans l'affaire des *chemins de fer portugais* du 22 mars 1944, le principe de l'actualité de l'ordre public fut explicitement posé par l'arrêt *Marret* de 1976. En l'espèce, un Français marié a été reconnu père d'un enfant naturel par une décision allemande à l'époque où la recherche de filiation des enfants adultérins était encore interdite en France. Toutefois l'interdiction avait été levée lorsque l'exequatur de la décision allemande fut demandée aux tribunaux français. La question a été de savoir s'il fallait opposer l'exception d'ordre public international à la réception du jugement allemand. La Cour de cassation décida que non, prenant en considération l'ordre public tel qu'existant au jour de la décision d'exequatur : « *La compatibilité d'une décision étrangère avec l'ordre public international français doit être appréciée au jour où statue le juge français de l'exequatur et non au jour de la décision étrangère* »⁴¹. Bien que rendu en matière de réception de jugements étrangers, ce principe emporte évidemment la même importance dans le domaine des conflits de lois.

31. L'application du principe de l'actualité de l'ordre public ne pose pas de problème dans le cas où l'ordre public a été assoupli puisque cela permet de faire bénéficier de la libéralisation de l'ordre public des situations étrangères qui lui étaient contraires au moment de leur création (comme dans l'arrêt *Marret*). L'actualité de l'ordre public est en revanche plus délicate à mettre en œuvre dans le cas inverse d'un durcissement de l'ordre public car l'évolution transforme subitement des situations valables au regard du droit français au moment de leur création en situations contraires à l'ordre public⁴². Il est alors préférable de tempérer le principe de l'actualité de l'ordre public. Pierre Meyer et Vincent Heuzé suggéraient de s'en référer aux mesures de droit transitoire internes⁴³. La difficulté est d'arbitrer entre la volonté du législateur de protéger certaines valeurs qu'il juge essentielles et les prévisibilités juridiques des justiciables étrangers, notamment en respectant leurs droits acquis.

⁴⁰ Jerca Kramberger Skerl, *L'ordre public international dans la reconnaissance et l'exécution des jugements étranger, étude comparée : Slovénie, France, Union Européenne*, Thèse de l'université de Poitiers, 2008, p.216.

⁴¹ Civ.1^{ère}, 23 novembre 1976, *Marret*, *Rev. crit.* 1977. 746, note Jacques Foyer, *Clunet* 1977. 504, obs. Ph. Kahn.

⁴² Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Grands arrêts, Dalloz, 5^{ème} ed., 2006, p.538.

⁴³ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrétien, 9^{ème} ed., 2007.

32. En droit américain, l'actualité de l'ordre public n'a pas connu le même engouement que celui vécu par la doctrine française. Rares sont les auteurs qui en auraient clairement énoncé le principe ou simplement jugé nécessaire de l'aborder dans leurs écrits concernant l'exception d'ordre public. Ce principe découlant d'une appréhension de bon sens de l'ordre public, on peut cependant penser qu'il est valable en droit américain. La protection des valeurs vivantes au jour où le juge statue semble plus pertinente que la protection de valeurs que le législateur a souhaité voir disparaître. De plus, loin d'être propre au droit français, l'actualité de l'ordre public est un principe que les Etats consacrent souvent dans leur droit international privé.

II) La variabilité dans l'espace : l'appréhension des différences de la loi étrangère

33. Comme on l'a vu dans la deuxième section de ce chapitre, les Etats sont libres de déterminer eux-mêmes les valeurs qu'ils entendent protéger sous la coupe de leur ordre public. Ainsi un ordre public n'existe que parce qu'il est rattaché à un territoire donné. La notion d'ordre public est relative car variable d'un Etat à l'autre et n'ayant autorité que pour l'Etat à l'origine de sa constitution. La confusion étant facile, il faut bien distinguer l'ordre public interne d'un Etat et son ordre public international. Bien qu'elles ne soient pas complètement indépendantes l'une de l'autre, les lois d'ordre public interne ne sont pas les mêmes dans l'ordre public international. Ne serait-ce que par leur dénomination, on comprend facilement que les ordres publics internes des Etats soient propres à chaque for. Mais c'est bien de l'ordre public international dont il s'agit ici, qui peut exister sous autant de versions qu'il y a d'Etats. Evidemment les contenus d'ordre public se recoupent fréquemment, notamment dans les pays occidentaux. Ceci s'explique en grande partie par la vocation universelle des valeurs défendues au nom des Droits de l'Homme, souvent fortement protégées par les ordres juridiques supranationaux. Certains auteurs critiquent cette aspiration à l'universalisme inhérente à la notion des Droits de l'Homme en soutenant qu'il « tend à compromettre l'esprit de relativisme et d'ouverture qui convient au droit international privé »⁴⁴, se posant alors en défenseurs de la diversité des ordres publics et d'un monde aux sociétés diversifiées. Toutefois la protection des Droits de l'Homme représente celles de valeurs énoncées largement, bien que souvent précisées

⁴⁴ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrétien, 9^{ème} ed., 2007, p. 199 et s.

par les juridictions communautaires ou fédérales, qui laisse une véritable marche de manœuvre aux Etats et n'empêche pas les variétés entre leurs ordres publics. On l'observe même au sein d'Etats membres d'une même communauté d'Etats. L'euthanasie ou le mariage homosexuel en Europe sont l'objet de législations différentes en fonction des Etats de l'Union. La peine de mort ou la gestation pour autrui rémunérée sont également deux sujets mettant en jeu l'ordre public qui divisent les Etats de la fédération américaine.

34. Il n'y a pas d'unité de l'ordre public sur le plan international, de la même manière qu'il n'y a pas d'unité des lois. Il convient alors d'étudier comment les Etats répondent aux difficultés se présentant en cas de trop grandes différences entre la loi du for et la loi étrangères à appliquer ou à l'origine de la situation à reconnaître, sans que l'on puisse pour autant juger d'une violation de l'ordre public.

35. En droit américain, si la différence entre la loi du for et la loi étrangère est significative, sans pour autant que cette dernière ne viole l'ordre public du for, on peut se retrouver face à l'un des rares cas où les instruments judiciaires et les remèdes juridiques (*remedies*) du for ne permettent pas d'appliquer la loi étrangère, celle-ci prévoyant des mécanismes inconnus. Ce genre de cas soulève la délicate question de savoir s'il est plus approprié soit, de rejeter l'intégralité de la demande ou soit, s'il est possible de rendre un jugement au fond en application de la loi du for avec les procédures et catégories d'institutions qu'elle prévoit. Cette dernière option permettrait d'obtenir approximativement un résultat proche de celui qui aurait été obtenu en application de la loi étrangère.⁴⁵ Le meilleur exemple où un tel cas s'est présenté est celui de l'affaire *Slater v. Mexican National Railroad Co*⁴⁶. En l'espèce un ouvrier travaillant sur un chemin de fer au Mexique a été mortellement blessé suite à une négligence de son employeur, une société du Colorado qui exploitait une voie ferrée du Texas à Mexico. La veuve et les enfants de l'ouvrier décédé firent une demande en réparation auprès des cours du Texas. L'obligation étant née au Mexique, les règles de conflit texanes prévoyaient que le juge applique la loi mexicaine. Cette loi prévoyait que les dommages et intérêts devaient être versés selon un système de forfaits périodiques, similaire à une pension alimentaire, qui serait modifiable en cas de changement de circonstances. Mais il n'existe pas

⁴⁵ Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers et Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, Thomson West, 4th ed., 2004.

⁴⁶ 194 U.S. 120, 24 S.Ct. 581, 448 L.Ed. 900 (1904).

une telle solution en Common Law, et les tribunaux du Texas ne sont pas juridiquement équipés afin de mettre en place ce type de réparation. Or il est entendu que la justice ne peut être rendue en donnant, en guise de substitut, une autre sorte de réparation que celle prévue. Les juges texans n'avaient dès lors d'autre option que de rejeter la demande.⁴⁷

36. Avec les méthodes de conflit modernes, les cas comme *Slater* peuvent généralement être jugés en application de la loi du for, soit parce qu'elle a la relation la plus significative avec le litige ou les parties, soit parce qu'en requalifiant le problème de droit on obtient son application à l'espèce. Au cas où de telles alternatives ne sont pas envisageables, la différence entre les lois peut exceptionnellement conduire au rejet de la demande (appelé *dissimilarity exception*). Ce mécanisme doit être utilisé avec parcimonie. Les recours prévus par les lois d'autres Etats membres des EU, ou les procédures issues de lois étrangères qui sont inconnues de l'Etat saisi, peuvent le plus souvent être rapprochées des catégories ou mécanismes connus du for. Il est ainsi préférable d'insister pour que les cours américaines fassent prévaloir l'équivalence des remèdes, la justice apparaît en effet mieux rendue avec un remède approximativement similaire à ce que prévoit la loi compétente, que lorsque la demande est entièrement rejetée. C'est aujourd'hui le point de vue retenu au Texas, où la « *dissimilarity rule* » a été abandonnée⁴⁸.

37. En France, la question de la réception d'institutions étrangères s'est majoritairement posée dans le cadre de la réception des institutions musulmanes, suite à l'augmentation de circulation des personnes entre le Nord de l'Afrique et la France depuis la moitié du XXème siècle. Les juges se sont retrouvés confrontés à des institutions telles que le mariage polygamique, la répudiation ou encore la *Kafâla*, et ils leur étaient demandé de réceptionner de telles institutions dans l'ordre juridique français. La première question soulevée est celle de l'appréciation de la conformité des institutions à l'ordre public international français, c'est en effet elle qui déterminera le seuil d'acceptation par le for et la possibilité de réceptionner ou non le jugement étranger créateur de l'institution inconnue. Si la situation s'avère ne pas heurter l'ordre public du for – souvent parce qu'elle n'entretient pas de liens suffisamment étroits avec

⁴⁷ Bernard Hanotiau, *Le droit international privé américain, du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws*, L.G.D.J., 1979, p.165. et Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers et Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, Hornbook Series; Thomson West, 4th ed., 2004, p.148.

⁴⁸ Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers et Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, Thomson West, 4th ed., 2004.

le for (Cf. *infra*. n°89 et s.) – se pose alors le problème de sa réception en droit français. Les juges doivent alors chercher à intégrer les institutions inconnues du for dans les catégories juridique préexistantes en droit français. Pour cela ils vont devoir qualifier les institutions étrangères de façon à ce qu'elles entrent dans les catégories du for. Par exemple le mariage polygamique est inséré dans la catégorie « mariage » qui a été jugée comme étant la plus adaptée, ou une répudiation est associée à la catégorie française du « divorce ». Une telle intégration nécessite une ouverture des catégories du for. Les juges les étendent jusqu'à ce qu'elles s'adaptent aux institutions étrangères auxquelles on les relie.

38. Ainsi, la méthode d'une requalification approximative des institutions ou procédures étrangères inconnues de l'ordre juridique du for, de façon à les réceptionner en son sein au travers de catégories préexistantes, semble avoir obtenue les faveurs des juges français comme américains. Cette approche paraît de toute évidence plus soucieuse d'une bonne justice pour les parties concernées que celle tendant à proposer le rejet de l'ensemble de la situation en raison de son inadaptabilité au droit du for. La question du rejet s'est évidemment présentée en France également, mais elle n'offre pas une option souhaitable pour les parties concernées, et ne traduit pas un esprit d'ouverture des tribunaux. En effet, en s'évertuant à réceptionner au sein de leur ordre juridique des institutions inconnues, les juges français et américains font preuve de respect et de modération à l'égard de systèmes juridiques éloignés du leur. Cet esprit d'ouverture et de tolérance ne peut qu'être salué dans le contexte international actuel, où coexistent des sociétés aux valeurs différentes et parfois contradictoires.

Chapitre 2

–

L'objectif de protection de l'ordre public du for poursuivi par l'exception d'ordre public international

39. L'exception d'ordre public international impose aux juges un travail d'évaluation de l'atteinte à l'ordre public que provoquerait l'application de la loi étrangère. Le mécanisme devant rester exceptionnel, ils ne devront le faire jouer qu'en cas de contrariété à l'ordre public « essentiel » du for, assez justement nommé « *strong public policy* » en droit américain (section 1). Les Etats-Unis d'Amérique et l'Union Européenne ont tous les deux la particularité d'être une communauté d'Etats et le for n'aura pas à protéger l'ordre public avec la même vivacité selon que l'on est face à un droit issu d'un Etat membre ou face à un droit étranger. Les régimes de reconnaissance des décisions judiciaires entre Etats membres sont très assouplis comparé à la méfiance naturelle qu'entretiennent les juridictions ayant à reconnaître une décision étrangère (section 2). En poursuivant un objectif de protection de l'ordre public, l'exception remplit corrélativement une autre mission qui est de corriger la règle de conflit en modifiant le résultat qu'elle a obtenu. Cette nature correctrice est très spécifique à l'exception d'ordre public et est à l'origine des critiques existant à son encontre (section 3).

Section 1 : La protection du « *strong public policy* » du for contre la menace exceptionnelle d'un ordre juridique étranger

Aux Etats-Unis comme en France, l'exception d'ordre public international intervient pour protéger l'ordre public essentiel du for, c'est-à-dire les valeurs fondatrices de la société (I). En intervenant alors que la loi applicable a déjà été désignée par les règles de conflit, l'exception d'ordre public perturbe le processus conflictuel normal. C'est pourquoi il est important de conserver son aspect exceptionnel (II).

I) La protection de l'ordre public essentiel du for

40. L'exception d'ordre public international est un moyen d'autodéfense pour le for. Aux Etats-Unis comme en France, les juges ne peuvent cependant se permettre d'utiliser un tel élément perturbateur du processus conflictuel que pour protéger les **valeurs fondatrices de sa société**. L'exception est prévue à la section 612 du premier Restatement des Etats-Unis, dont il en ressort expressément qu'elle peut être déclenchée dans le cas où une situation créée à l'étranger contreviendrait au « *strong public policy of the forum* ». Ainsi les valeurs heurtées doivent être pour le for des piliers de sa société qu'il ne peut voir ébranlés sous aucun prétexte. Dans un célèbre article, Paulsen et Sovern avaient justifié l'existence de ce droit accordé à toute juridiction d'écarter une loi qui lui déplairait fortement : “*our courts properly should deny effect to a foreign contract of slavery or an agreement to subvert the governmental processes of a friendly foreign government. In a world in which despotic government exist, our courts should not become the handmaiden of tyrants*”⁴⁹. Selon cette explication, l'exception d'ordre public international serait avant tout un moyen de ne pas prêter main forte à l'application des lois de gouvernements despotiques au-delà de leurs frontières. Si c'est un argument encore valable aujourd'hui, il ne peut plus être considéré comme une justification de premier plan.

41. En effet, il est acquis aujourd'hui que l'intervention de l'ordre public dépend moins de la teneur même de la loi étrangère que de **l'importance de la perturbation que son application au sein du for est de nature à engendrer**.⁵⁰ Le juge du for n'est pas là pour juger de la légitimité du but poursuivi par la règle étrangère, il n'est pas le juge du législateur étranger, il doit seulement apprécier *in concreto* le trouble qu'entraînerait cette loi si elle était appliquée dans l'Etat du for. Par exemple, si un étranger de 14 ans souhaite se marier en France et que sa loi nationale l'y autorise, cette loi étrangère pourra être écartée par le juge français car elle va à l'encontre de préoccupations sociales de la France. Cependant, si l'étranger souhaitant se marier avait 18 ans la loi étrangère ne serait pas écartée, quand bien même elle autoriserait le mariage à partir de 14 ans, puisqu'en l'appliquant dans ce cas aucun trouble n'est causé. Le juge n'apprécie pas *in abstracto* la loi étrangère, il ne l'appréhende que dans le cadre du contexte

⁴⁹ Paulsen et Sovern, “*public policy* » in *the conflict of laws*, 56 column.L.Rev.969, 980 (1956) cité dans, David P. Currie, Herma Hill Kay, Larry Kramer and Kermit Roosevelt, *Conflict of Laws, cases-comments-questions*, American Casebook Series, Thomson West, 7th ed., 2006.

⁵⁰ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^e ed., 2004.

auquel elle est appliquée en l'espèce. Il faut que l'application de la loi étrangère soit en l'espèce « *repugnant to the good morals* »⁵¹.

42. En droit français, l'arrêt français *Bachir* du 4 octobre 1967, rendu en matière de reconnaissance des jugements étrangers, est un tournant important de cette évolution visant à ne plus prendre en compte la teneur de la loi étrangère. La Cour de cassation juge que « *la régularité du déroulement du procès devant la juridiction étrangère s'apprécie uniquement par rapport à l'ordre public international français et au respect des droits de la défense* »⁵². Cet arrêt est un revirement de l'arrêt *De Wrede* de 1900 depuis lequel l'exequatur était subordonnée à la condition que le jugement ait été « rendu dans les formes prescrites par la loi du pays »⁵³. Ce revirement était souhaitable selon une grande partie de la doctrine, notamment Henri Battifol qui dénonçait avec la jurisprudence *De Wrede* « l'indécence d'une leçon donnée par le juge français à son collègue étranger sur la saine application de sa propre loi »⁵⁴. En effet qu'il s'agisse de la teneur de la loi étrangère, ou de son respect devant les juridictions étrangères, il ne relève en aucun cas du juge – qu'il soit français ou américain – de l'apprécier ou *a fortiori* de la sanctionner. Il est essentiel pour les relations juridiques internationales que chaque juge reste à sa place de défenseur du for, sans aller au-delà. Chaque Etat est souverain à l'intérieur de ses frontières, et aucun autre Etat n'est légitime de juger les règles qui y sont édictées. La compétence des Etats étrangers n'entre en jeu que lorsqu'il s'agit de faire appliquer ces lois étrangères sur leur propre territoire. Le juge du for fait jouer l'exception d'ordre public international uniquement pour protéger les valeurs de l'ordre public du for, et il faut évidemment pour cela que le for soit concerné.

43. Lorsque l'ordre public étranger partage les mêmes valeurs que l'ordre public français, la Cour de cassation a prévu une exception au fait de ne pas prendre en compte la teneur de la loi étrangère avec le mécanisme de l'effet réflexe de l'ordre public. Si le pays à l'origine de la création d'une situation ou de l'acquisition d'un droit a rendu sa décision en éviction de la loi étrangère normalement compétente par le jeu de l'exception d'ordre public, le juge français

⁵¹ Robert A. Leflar, Luther L. McDougal III and Robert L. Felix, *Cases and Materials on American Conflict Law*, Contemporary legal education series, The Michie Company Law Publishers, 1982.

⁵² Civ.1^{ère}, 4 octobre 1967, *Rev.crit.* 1968.98, note P. Lagarde, *Clunet* 1969.102, note Goldman, *D.* 1968. 95, note Metzger, *JCP* 1968. II. 15634, note Sialelli.

⁵³ Civ., 9 mai 1900, *De Wrede*, *S.* 1901. I. 185, *Clunet* 1900. 613.

⁵⁴ Henri Battifol, *Rev. crit.* 1960.594 cité dans Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Grands arrêts, Dalloz, 5^{ème} ed., 2006.

pourrait décider de lui refuser toute valeur puisqu'elle n'a pas été rendue en vertu de la loi compétente. Mais l'effet reflexe de l'ordre public permet au juge de considérer que la décision est valable lorsque, dans l'hypothèse où la situation initiale lui aurait été directement présentée, le juge français aurait également écarté la loi étrangère compétente. Exceptionnellement, en cas de concordance avec l'ordre public du for, le juge prend en compte de l'ordre public étranger⁵⁵. Cependant dans le cas d'une divergence entre les ordres publics du for et étranger, le principe obligeant à ne pas prendre en compte la loi étrangère joue à nouveau pleinement. Ce mécanisme de l'effet réflexe est pertinent d'un point de vue universaliste puisque le for protège des valeurs qu'il souhaiterait souvent voir universellement reconnues. Il serait alors incohérent que le juge du for sanctionne un pays étranger dont l'ordre public protègent les mêmes valeurs et qui écarte une loi ne les respectant pas.

II) Le caractère exceptionnel de l'intervention de l'ordre public

44. L'ensemble de la doctrine et la jurisprudence française moderne s'accordent pour définir l'ordre public comme un **correctif exceptionnel** permettant d'écarter la loi étrangère normalement compétente, lorsque cette dernière contient des dispositions dont l'application est jugée inadmissible pour le tribunal saisi.⁵⁶ Les juges doivent impérativement respecter l'aspect exceptionnel du mécanisme de l'ordre public pour ne pas outrepasser leurs compétences, et avec ça la souveraineté de l'Etat qu'ils représentent. La difficulté pour eux est de réussir à évaluer à quel moment l'atteinte à l'ordre public est suffisamment forte pour qu'ils soient en droit de déclencher l'exception. Les juges américains se réfèrent pour cela au « **Cardozo's Test** » mis en place par le juge Cardozo dans l'arrêt *Loucks* (Cf. *supra* n°20), selon lequel une simple différence entre la loi étrangère et la loi du for n'est pas suffisante pour justifier le refus de l'application de la loi étrangère. Il faut que le conflit soit flagrant. Tout est une question de degré d'affectation de l'ordre public du for, et c'est aux juges qu'il relève de l'apprécier au cas par cas. L'exception d'ordre public international nécessite un degré important d'atteinte de l'ordre public du for, autrement les différences entre les lois des Etats membres des Etats-Unis

⁵⁵ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^e ed., 2004.

⁵⁶ Idem.

conduirait toujours à l'application de la loi du for⁵⁷. Le second Restatement de conflit de lois américain reprendra les termes du juge Cardozo et entérinera le principe d'une **différence importante entre la loi étrangère compétente et la loi du for**. Le premier Restatement, consacré à la méthode traditionnelle de conflit de lois, ne reprenait pas ces termes mais prévoyait implicitement un test similaire à la section 612 où il était précisé que l'exception d'ordre public devait être « extrêmement limitée ».

45. Le droit américain et le droit français sont bien en accord concernant la nature exceptionnelle de l'exception d'ordre public. Le seuil du degré d'affectation de l'ordre public doit toujours être élevé, puisqu'il endosse le rôle de garde-fou de l'utilisation de l'exception d'ordre public international par les juridictions du for. En droit européen également, le traité de Rome II, dans son article 26, prévoit que pour être rejeté par le jeu de l'exception d'ordre public international l'application de la loi étrangère doit être « manifestement incompatible » avec l'ordre public du for⁵⁸. Ceci s'explique par le fait que le for n'a pas de raison d'être aussi exigeant avec les cas internationaux qu'avec les affaires internes. Il doit faire preuve d'une plus grande tolérance lorsqu'un élément d'extranéité entre en jeu, et doit chercher avant tout à respecter l'application des lois compétentes selon les règles de conflits.

46. En pratique cependant les juges utilisant la méthode traditionnelle ont quelques fois abaissé le niveau d'exigence quant au niveau du degré d'affectation de l'ordre public du for, et *a fortiori* rendu l'exception d'ordre public international potentiellement plus fréquente. Nous pouvons prendre pour exemple l'arrêt américain *Alexander v. Gen'l Motors Corp.*⁵⁹, dans lequel les juges ont refusé au nom de l'ordre public l'application d'une loi étrangère imposant de fournir la preuve de la négligence dans une action en responsabilité des produits (product liability). Une telle différence entre les lois ne semble pourtant pas heurter des valeurs fondamentales du for, la même déviance est pourtant observée en France. L'outil de l'exception d'ordre public est puissant et la tentation pour les juges est grande, par conséquent il est difficile

⁵⁷ Symeon C. Symeonides and Wendy Collins Perdue, *Conflicts of Laws : American, comparative, international, Cases and materials*, American Casebook Series, West, 3rd ed., 2012

⁵⁸ Article 26 du Traité de Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles : « L'application d'une disposition de la loi d'un pays désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ». Site eur-lex.europa.eu qui donne accès au Journal officiel de l'UE.

⁵⁹ 478 S.E. 2d 123 (Ga. 1996) cité dans Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, 2008.

d'éviter totalement ce genre d'intervention de l'ordre public, le tout étant de rester éloigné d'une éviction arbitraire de la loi étrangère.

Section 2 : Les conséquences de l'appartenance à une communauté d'Etats (Union Européenne, Etats-Unis d'Amérique) sur la protection de l'ordre public de ses Etats membres

Lorsqu'un Etat appartient à une communauté d'Etats, les relations qu'il entretient dans la protection de son ordre public avec les autres membres de cette union ne doivent pas être les mêmes que celles entretenues avec les Etats étrangers. La confiance doit être plus importante à l'égard des lois et décisions d'autres Etats membres (I) qu'à l'égard de celles d'Etats étrangers (II).

I) La confiance accordée aux décisions émanant d'un autre Etat membre

47. La fédération américaine a constitutionnellement encadré les reconnaissances de décisions judiciaires entre Etats membres. Elles sont soumises au régime favorable de la ***Full Faith and Credit clause***, présente à l'article IV, §1 de la Constitution des Etats-Unis, qui impose que les décisions émanant d'un Etat de la fédération soient reconnues de plein droit dans tous les autres Etats fédérés. Les juridictions américaines doivent accorder pleine foi et crédit aux procédures judiciaires des *sister-states*, il leur est par conséquent impossible d'opposer l'exception d'ordre public international. La Cour Suprême affirme à répétition que les Etats doivent valider la reconnaissance de tout jugement issu d'un Etat membre, quand bien même cette reconnaissance serait contraire aux intérêts profonds de l'Etat d'accueil, ou offenserait son ordre public essentiel⁶⁰. La *Full Faith and Credit clause* ne définissant pas son champ d'application, son interprétation est confiée à la Cour Suprême. Il semble que les seules conditions à la reconnaissance devant être réunies soient la compétence du tribunal ayant initialement statué et la nature définitive et non modifiable de la décision dont on demande la reconnaissance⁶¹. Prenons l'exemple de l'arrêt *Fauntleroy v. Lum*⁶², affaire portée devant une

⁶⁰ Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, 2008, p.327.

⁶¹ Alain Levasseur, *Droit des Etats-Unis*, 2^{ème} édition, Précis Dalloz, Dalloz, 1994.

Cour du Mississippi où l'on demande la reconnaissance d'une décision judiciaire du Missouri. La décision prévoyait une transaction pour l'avenir, or un tel contrat est nul et illégal au Mississippi. Cependant la Cour juge que l'illégalité de la demande au regard du droit du pays d'accueil ne peut être une cause de rejet, l'Etat doit valider la reconnaissance de la décision « *even if it went upon a misapprehension of the Mississippi Law* ». Plus récemment, avec l'arrêt *Baker v. General Motors*⁶³, la Cour Suprême a statué sans équivoque sur le fait que l'on ne protégeait pas son ordre public contre les autres Etats fédérés : « *no moving public policy exception to the full faith and credit due judgments* ». Le pouvoir fédéral oblige les Etats à s'accorder une **confiance mutuelle**, la *Full Faith and Credit clause* permet une harmonie des situations au sein de la fédération. Pierre Wigny et W. J. Brockelbank justifiaient cette nécessité de simplification des relations et d'abaissement des barrières de contrôle selon ces termes : « (...) *la république américaine est une confédération de quarante-huit Etats autonomes. Les frontières intérieures qui les séparent sont purement administratives. Les hommes qui habitent dans les diverses régions de l'Union, sont en rapport aussi étroits, aussi journaliers qu'un Parisien et un Orléanais* ». ⁶⁴ En principe la *Full Faith and Credit clause* ne permet que la reconnaissance des décisions émanant d'Etats fédérés, mais pas leur exéquatur qui nécessite une procédure supplémentaire. Cependant la procédure permettant de rendre la décision exécutoire dans l'Etat fédéré requis est accélérée⁶⁵.

48. Il a toutefois existé une exception à cette reconnaissance assouplie lorsque que le gouvernement fédéral a adopté le *Defense of Marriage Act (DOMA)* en 1996, qui empêchait d'obliger les Etats à reconnaître les mariages célébrés entre personnes de même sexe dans un autre Etat fédéré. Un nombre important d'Etats ont aligné leur législation sur cet acte afin de laisser aux juges le droit de refuser la reconnaissance d'un mariage homosexuel⁶⁶. L'article 3 de cet acte, qui définissait le mariage comme l'union d'un homme et d'une femme, a été invalidé par la Cour Suprême le 26 juin 2013, comme étant contraire aux libertés protégées par le V^{ème}

⁶² 210 U.S. 230, 28 S.Ct. 641, 52 L.Ed.1039 (1908) cité dans Eugène F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers and Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, Hornbook series, West Group, 3rd ed., 2000.

⁶³ 522 U.S. 222, 233, 118 S.Ct. 657, 664, 139 L. Ed.2d 580 (1998).

⁶⁴ Pierre Wigny et W.J. Brockelbank sous la direction de J.P. Niboyet, *avant-propos* des traducteurs de *L'exposé du droit international privé américain, présenté sous la forme de code par l'American Law Institut*, Libraire du recueil Sirey, 1937.

⁶⁵ Alain Levasseur, *Droit des Etats-Unis*, 2^{ème} édition, Précis Dalloz, Dalloz, 1994.

⁶⁶ Eugène F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers and Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, Hornbook series, West Group, 3rd ed., 2000.

Amendement de la Constitution. On peut espérer que le reste de l'acte sera également déclaré inconstitutionnel en raison de la discrimination qu'il engendre entre les couples mariés, de nombreux défenseurs du mariage homosexuel travaillent à sa réforme ou son abrogation.

49. En Europe, un véritable espace judiciaire commun a pris forme par le biais, notamment, de la libre circulation des décisions judiciaires entre Etats membres. Le traité principal en la matière est le Règlement n°44/2001 dit « Bruxelles I » entré en vigueur le 1^{er} mars 2002. Il modifie, en allégeant encore, la Convention de Bruxelles de 1968 qui prévoyait des règles communes de reconnaissance mutuelle des décisions. L'objectif de la Convention, amélioré par le Règlement, était de simplifier les formalités auxquelles étaient subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires. Le principe est aujourd'hui que toute décision rendue dans un Etat membre bénéficie des facilités de reconnaissance du Règlement. Le litige n'est donc pas nécessairement européen, il suffit que la matière faisant l'objet de la décision rendue dans un Etat membre relève du champ d'application de Bruxelles I, et c'est en principe au juge requis de l'apprécier. Si la décision entre dans le champ d'application du Règlement, alors la reconnaissance devra se faire selon les conditions allégées qu'il prévoit. La question de savoir si le juge est ensuite tenu par la solution donnée par le juge d'origine n'est pas encore résolue. Comme en droit américain, il faut toutefois distinguer entre la **reconnaissance** des décisions, qui est accordée de plein droit dès lors que la décision rendue par un Etat membre entre dans le champ matériel d'application du Règlement, le juge ne se prononçant sur la régularité qu'en cas de contestation (art.33, C26), et l'**exécution** des décisions, qui nécessite une procédure qui est simplifiée par rapport aux procédures d'exequatur de décisions étrangères (art. 38, C 31). Si plusieurs motifs de refus ont été écartés dans le cadre de ces procédures européennes, celui de la contrariété à l'ordre public est maintenu. Cela peut surprendre dans un contexte où la confiance réciproque qui est due entre les Etats ne tend qu'à s'accroître. Prévoir la réserve d'ordre public (art.34, 1 ; C 27, 1^o) permettait surtout d'éviter d'éventuelles réticences des Etats à signer le Règlement, ainsi elle a été conservée mais son usage est contrôlé par la CJUE. Il est prévu par le texte que le déclenchement de l'exception d'ordre public international doit être très exceptionnelle, il faut que la reconnaissance soit « manifestement » contraire à l'ordre public de l'Etat requis⁶⁷. L'idée est évidemment qu'elle soit le moins possible opposée comme motif de refus. La Cour de Justice exerce un contrôle

⁶⁷ Bernard Audit, *Droit international privé*, Corpus droit privé, Economica, 6^{ème} ed., 2010.

strict et rappelle dans son arrêt *Krombach*⁶⁸ de 2000 que l'atteinte doit « constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu fondamental dans cet ordre ».

50. Dans le cadre des relations inter-communauté l'exception d'ordre public international opposée à la réception d'un jugement d'Etat fédéré a été presque interdite aux Etats-Unis, mais maintenu au sein de l'Union Européenne. Ce décalage se justifie par la différence d'intégration d'un Etat au sein d'une communauté ou au sein d'une fédération. Cependant entre les Etats membres de l'Union Européenne, l'exception s'entend de manière encore plus restrictive que traditionnellement. Il est difficile de trouver une justification suffisamment forte pour permettre au for de la déclencher.

II) La méfiance naturelle à l'égard des décisions émanant d'Etats étrangers

51. Concernant la réception de décisions étrangères, c'est le régime général qui s'applique, si l'on peut appeler ainsi celui que l'on évoque spontanément en matière d'exception d'ordre public international, et dont il a été question depuis le début de cette étude. La réception de décisions émanant de pays appartenant à un même groupe d'Etats est un régime exceptionnel, qui ne vaut que inter fédération ou inter union.

52. Les décisions émanant de pays sans lien structurel avec le for inspirent naturellement plus de méfiance. Il est plus délicat pour les juges d'accorder une pleine confiance à des systèmes juridiques de sociétés différentes, ne partageant pas nécessairement les mêmes valeurs. Ainsi la défense de l'ordre public est plus vive dans ce contexte. Aux Etats-Unis, la marge de manœuvre laissée aux juridictions pour protéger l'ordre public est bien plus grande qu'en matière de réception des jugements d'Etats fédérés, où elle était quasi-inexistante. Le second Restatement, §17 prévoit explicitement ce droit pour les juges du for de refuser l'application d'une décision étrangère « *in situations where the original claim is repugnant to fundamental notions* »⁶⁹. C'est l'arrêt *Hilton v. Guyot*⁷⁰ qui pose les fondements de la pratique de

⁶⁸ CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, RC 00.481 n. Muir Watt, JCP 01.II.10607 n. Nourissat, JDI 01.691 obs. A. Huet, GP 3 oct 2000, Doctr. 1731 chr. M.-L. Niboyet.

⁶⁹ Eugène F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers, Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, Hornbook series, West Group, 3rd edition, 2000.

⁷⁰ 159 US 113 (1895).

reconnaissance américaine sans toutefois articuler explicitement une exception d'ordre public international. Toutefois dans cet arrêt la Cour suprême fonde l'ensemble de la question de la reconnaissance des jugements étrangers sur la *comity* internationale, qui elle ne laisse aucun doute concernant la possibilité d'utiliser une telle exception⁷¹. L'exception d'ordre public international fût utilisée à plusieurs reprises par les cours américaines pour refuser la reconnaissance de jugements en diffamation étrangers, rendus en application d'une loi moins protectrice de la liberté d'expression que le premier Amendement de la Constitution des Etats Unis⁷². On l'a déjà vu, l'ordre public est entendu restrictivement, et dans la pratique américaine, l'exception est peu fréquemment invoquée comme motif de refus à la reconnaissance⁷³.

53. En droit français l'exception est beaucoup plus employée par les juges. La conformité d'une décision étrangère à l'ordre public du pays d'accueil en cas de reconnaissance est une condition posée par l'arrêt *Munzer* du 7 janvier 1964, maintenu par l'arrêt *Cornelissen* du 20 février 2007. Systématiquement, la réception d'une décision étrangère est appréciée au regard de l'ordre public, et la pratique démontre que l'ordre public français est bien gardé. En cas de contrariété, les juges refusent la réception. En France l'exception d'ordre public international a été un outil régulièrement utilisé à l'égard des décisions de droit musulman. La jurisprudence en matière de répudiations est célèbre, celles-ci ayant été reconnues dans un premier temps, puis rejetées sans équivoque par la Cour de cassation pendant plusieurs années. Les juges invoquaient différents aspects contrariés de l'ordre public français : l'ordre public procédural en raison de la forme non judiciaire de la répudiation suite à laquelle la femme ne dispose d'aucun recours, ensuite l'ordre public alimentaire puisque la femme n'avait aucune compensation financière en réparation du dommage matériel ou moral subit, puis plus récemment, le principe universel d'égalité entre les hommes et les femmes qui rend la répudiation inacceptable au regard des droits de l'Homme garantis par la CEDH. L'exemple de la répudiation illustre bien la volonté de protection de l'ordre public à l'égard de systèmes juridiques aux valeurs éloignées. Il n'existe pas de telles différences d'institution et de conception des droits de l'homme et de la femme entre des Etats appartenant à une même union. Face à une si grande différence, on comprend la nécessité d'une méfiance plus élevée.

⁷¹ Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, Kluwer Law International, Wolter Kluwer, 2008.

⁷² Exemple de l'arrêt d'une Cour New-yorkaise *Bachchan v. India Abroad Publications Inc.*, 585 N.Y. S.2d 661 (N.Y. Sup. Ct. 1992) : refus de reconnaissance d'un jugement en diffamation anglais contre un éditeur étranger exerçant à New-York qui approuva la publication d'écrits diffamatoires à New-york, en Angleterre et en Inde.

⁷³ Alain Levasseur, *Droit des Etats-Unis*, Précis Dalloz, Dalloz, 2^{ème} ed, 1994.

54. Pour prendre un exemple récent nous avons un arrêt du 17 décembre 2008 où la première chambre civile de la Cour de cassation autorise le ministère public à agir en nullité des transcriptions des actes de naissance californiens sur les registres d'état civil français dans le cadre de la protection de l'ordre public. L'article 16-7 du Code Civil prévoit en effet que le ministère public peut agir à l'occasion de faits portant atteinte à l'ordre public. La question était alors de savoir si la retranscription des actes de naissance portait atteinte à l'ordre public international français. En l'espèce un couple français avait eu recours à une mère porteuse en Californie pour avoir des enfants. Les actes de naissance dressés en Californie désignait le mari comme père biologique et la femme comme mère légale des deux enfants. Une fois rentré en France le couple cherche à faire reconnaître les actes de naissance américains, et en demande la retranscription sur les registres d'état civil. Le ministère public agira aux fins d'annulation de la retranscription au motif que toute convention portant sur la procréation et la gestation pour autrui est nulle comme contraire à l'ordre public. La Cour de cassation dit valable l'action du ministère public. Elle empêche ainsi de donner effet en France aux actes de naissance, au nom de la protection de l'ordre public international⁷⁴. Elle protège entre autre l'indisponibilité du corps humain qui est un principe fondateur de la société française, auquel une convention de gestation pour autrui porte atteinte en prévoyant une rémunération en contrepartie d'une grossesse menée à terme pour autrui.

55. En matière d'application d'une loi étrangère, l'ordre public est toujours invocable comme moyen de refus par les juridictions de l'Etat du for, que ce soit à l'égard d'une loi d'un autre Etat membre ou celle d'une loi d'un Etat tiers. Evidemment la confiance due aux procédures judiciaires des Etats membres se retrouve à l'égard de leurs lois, mais la défense de l'ordre public est plus offensive lorsqu'il s'agit pour le juge de créer une situation nouvelle sur son territoire, en application d'une loi étrangère, que de reconnaître une situation déjà existante. Le for étant plus impliqué, il est justifié qu'il puisse mieux se protéger. L'exception d'ordre public pourrait alors jouer en matière d'application de la loi étrangère, là où elle n'aurait pas nécessairement joué en matière de reconnaissance. Toutefois il est extrêmement rare que le for refuse l'application d'une loi d'un Etat membre de la même communauté d'Etats.

56. En protégeant l'ordre public du for, l'exception d'ordre public international corrige en fait la règle de conflit qui a désigné une loi dont l'application lui porte atteinte. Cette fonction

⁷⁴ Civ.1^{ère}, 17 décembre 2008, pourvoi n°07-20.468 publié sur le site *Dalloz.fr*.

corrective dérange car elle perturbe le processus conflictuel normal, et c'est pour cette raison que l'exception d'ordre public doit, comme son nom l'indique, restée exceptionnelle.

Section 3 : La nature corrective de l'exception d'ordre public international

57. Dans le contexte classique, l'ordre public n'est jamais un élément de rattachement pour désigner la loi compétente. Il se distingue radicalement de la règle de conflit. Il n'intervient qu'après l'application de celle-ci, lorsque que le résultat obtenu n'est pas satisfaisant. C'est-à-dire lorsque la loi désignée par la règle de conflit du for désigne une loi étrangère dont l'application, en l'espèce, conduit à un résultat choquant pour l'ordre public de ce même for. Franz Kahn avait observé que l'ordre public constituait le révélateur des insuffisances inhérentes aux règles de conflit⁷⁵. L'imperfection des règles de conflit est une conséquence inévitable de leur nature neutre et générale. Elles s'appliquent sans prendre en compte la teneur de la loi étrangère qu'elles désignent, ni la justice matérielle du litige concerné. Ce n'est qu'après coup, une fois observé le résultat inacceptable au regard de l'ordre public du for, que le juge peut recourir à un moyen de défense et déclencher le « corrective mechanism » de l'exception d'ordre public international⁷⁶. Cela peut gêner qu'un correctif soit prévu à l'application de la règle de conflit du for en prévention d'un risque de contrariété entre l'ordre public du for et le résultat déduit de son propre processus conflictuel. Un tel correctif ressemble presque à un aveu du législateur de l'imperfection de la règle établie. Cependant il n'existe pas d'autre moyen d'assurer une protection effective l'ordre public du for si l'on tient à conserver la neutralité de la méthode de conflit traditionnelle, et l'option de ne pas le prendre en compte n'est évidemment pas à envisagée. Selon Andréas Bucher, l'ordre public peut soutenir la pertinence des règles de conflit et jouer sur leur développement. Il affirme qu'une règle de conflit dont la mise en œuvre est axée sur les exigences de l'ordre public du for est pourvue d'une forte stabilité qui n'est ébranlée qu'en raison d'une nouvelle orientation du droit matériel ou du système de valeurs du

⁷⁵ Franz Kahn, *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, t.I, Munich, 1928, p. 251 cité dans Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Adi-poche, 2011, p. 228-251.

⁷⁶ Symeon C. Symeonides & Wendy Collins Perdue, *Conflict of Laws : American, comparative, international, Cases and materials, American casebook series*, West, 3rd ed., 2012, p.104.

for.⁷⁷ Il incite donc à prendre en compte l'ordre public comme critère de détermination de la loi applicable pour que la règle de conflit soit pertinente, et que la loi désignée ne se voit jamais opposer une exception d'ordre public international. C'est la même idée qui a inspiré le développement des méthodes modernes de conflit de lois américaines, car c'est bien le recours à un correctif que les juristes américains ont cherché à éviter. Leur volonté était d'améliorer la règle de conflit traditionnelle afin, entre autre, de pouvoir directement désigner la loi définitivement applicable, sans qu'un correctif ne soit ensuite nécessaire pour prendre en compte les éléments mis de côté au premier stade du processus conflictuel. La notion de mécanisme correctif – qui définit l'exception d'ordre public international – fût assimilée à une erreur dans l'agencement des règles de conflit. C'était notamment le ressenti du Professeur Leflar lorsqu'il a mis en place la méthode conflictuelle de la *Better Law* au cours des années 1960. Selon sa méthode une loi étrangère pouvait être désignée comme compétente si elle était appréciée comme étant la meilleure loi applicable à l'affaire, mais l'exception d'ordre public international n'était plus un correctif envisageable puisque l'ordre public faisait parti des critères de détermination de la loi applicable. Cette méthode a connu un grand succès aux Etats-Unis entre les années 1970 et 1980 puis fût bien moins utilisée, les juges ne se sentant pas à même de juger de la qualité d'une loi par rapport à une autre pour la résolution d'un litige⁷⁸.

58. Dans la méthode traditionnelle, l'exception d'ordre public international intervient comme correctif. Mais ce terme de correctif est-il nécessairement péjoratif ? Du point de vue des méthodes modernes, il semble que oui. Il est cependant possible de l'appréhender autrement. Il est un moyen de concilier des règles de conflit neutres et générales et la prise en compte de l'ordre public, qui n'intervient finalement sous forme d'exception que très rarement.

⁷⁷ Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Adi-poche, 2011, p. 228-251.

⁷⁸ Symeon C. Symeonides & Wendy Collins Perdue, *Conflict of Laws : American, comparative, international, Cases and materials, American casebook series*, West, 3rd ed., 2012, p.195.

Chapitre 3

–

Les effets de l'exception d'ordre public international

L'exception d'ordre public international est connue pour entraîner deux effets majeures. L'un est un effet dit négatif puisque le jeu de l'exception entraîne inévitablement l'éviction de la loi étrangère ou le refus de la reconnaissance étrangère contraire à l'ordre public. L'autre effet est dit positif car suite à l'éviction du droit étranger, la loi française lui est substituée pour régir le litige (section 1). Toutefois cet effet positif pose la question essentielle de l'étendue de la substitution de la loi du for, que le droit français et américain ont tous deux résolu à la faveur d'une substitution limitée (section 2).

Section 1 : Les effets négatif et positif de l'ordre public, l'éviction de la loi étrangère et sa substitution par la loi du for

Le mécanisme de l'exception d'ordre public international a pour objectif d'écarter la loi étrangère compétente en vertu des règles de conflit du for. En droit américain – lorsque les cours utilisent la méthode traditionnelle – et en droit français les conséquences de l'exception d'ordre public international sont les mêmes. Elle intervient comme un bouclier permettant de se défendre *in extremis* contre l'application d'une loi étrangère déjà désignée lorsqu'il apparaît qu'elle conduira à créer une situation en contrariété avec l'ordre public du for. C'est ce procéder d'éviction que les doctrines françaises et américaines qualifient **d'effet négatif de l'ordre public** (*negative function*). Mais une fois la solution découlant de la *lex causae* écartée, la situation ne peut pas toujours rester telle qu'elle existe déjà. Il est ici nécessaire de distinguer entre d'une part l'éviction de la loi étrangère (I) et d'autre part le refus de réception d'une décision étrangères (II).

I) L'éviction de la loi étrangère suite au jeu de l'exception d'ordre public suivi automatiquement d'un effet positif de l'ordre public

59. Une fois la loi étrangère compétente évincée, le juge ne peut pas toujours laisser une situation sans réponse. Il lui faut trouver une autre loi, dont l'application n'entraînerait pas un

résultat choquant au regard de l'ordre public. En droit français comme en droit américain, le principe est que la loi du for vient se substituer à la loi compétente. Seulement une loi ne peut prétendre s'appliquer à une affaire que si elle entretient des liens suffisants avec celle-ci. La loi du for est-elle systématiquement la loi la plus pertinente à appliquer à l'espèce une fois la première loi étrangère en conflit écartée ? L'auteur français Bernard Audit explique que la substitution de la loi du for est admise car par hypothèse la situation présente un lien suffisant avec l'ordre juridique du for pour qu'elle soit soumise à ses autorités⁷⁹. La doctrine américaine suit le même raisonnement selon une idée énoncée entre autre par Symeon C. Symeonides qui admet que l'Etat du for a une multitude de points de contact pertinents avec le litige et peut justifier de plusieurs intérêts à voir sa loi appliquée⁸⁰. On parle alors de l'effet positif de l'ordre public. Quand bien même il existerait une autre loi étrangère en conflit dont l'application semblerait plus appropriée, il est plus aisé pour les juges d'appliquer la loi du for et celle-ci a l'avantage de ne jamais contrarier l'ordre public du for. Il faut toutefois relever que la loi du for ne s'applique pas ici afin de sauvegarder des valeurs essentielles de l'ordre public, dont la protection relève du mécanisme de l'exception. Elle est pertinente en tant que **droit supplétif** et manifeste sa **vocation subsidiaire à régir toute situation de droit privé rattachée à son territoire**. Cependant, bien que l'objectif ne soit alors pas de promouvoir les valeurs portées par l'ordre public du for, l'effet négatif de l'exception joue malgré lui le rôle de levier à l'application de la loi du for. Lorsque par exemple la Cour de cassation écarte une loi marocaine qu'elle juge contraire à l'ordre public français car elle ne permet pas d'allouer une « allocation suffisante » à l'épouse après le divorce, la loi française doit s'appliquer en tant que loi supplétive. Elle s'applique alors pleinement et permettra d'attribuer une prestation compensatoire à la femme, qui sera calculée selon les prévisions du droit français, et non réduite au montant « suffisant » toléré par la loi française⁸¹. Or si ce dernier montant avait été respecté par la loi marocaine, celle-ci ne se serait jamais vu opposer l'exception d'ordre public international. La nuance est faible à saisir, mais il est important de distinguer dans un cas comme celui-ci que la loi française ne s'applique pas dans le but calculer une prestation compensatoire selon ses propres mesures. Elle ne le fait que parce qu'elle a vocation à

⁷⁹ Bernard Audit, *Droit international privé*, Corpus Droit Privé, Economica, 6^{ème} ed., 2010, p.284.

⁸⁰ Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, 2008, p. 83 et s.

⁸¹ Cour de cassation, 28 novembre 2006, *Rev. crit.*, 2007, p. 584 cité dans Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Adipoche, 2011, p.228-251.

s'appliquer en tant que droit supplétif, et *a fortiori* en s'appliquant elle assure le respect des valeurs de son ordre public.

II) Le rejet de la décision judiciaire étrangère par le jeu de l'exception d'ordre public sans effet positif automatique

60. En matière de reconnaissance des jugements étrangers, l'effet négatif de l'ordre public se manifeste en refusant de reconnaître, ou de donner force exécutoire (dans le cadre d'une demande d'exéquatur), à une décisions de justice étrangère choquante pour le for. A l'inverse de l'ordre public du conflit de lois, celui du conflit de juridiction n'a pas nécessairement une manifestation positive. Cependant il faut nuancer ce propos car il existe différents degrés dans la réception d'un jugement étranger :

- Les juges peuvent décider de **rejeter l'ensemble de la décision**, l'ordre public n'a alors **qu'un effet d'éviction** car aucun jugement ne lui est substitué. La situation créée à l'étranger n'a pas d'existence légale dans l'Etat du for. Dans ce cas de figure, on évince le jugement parce qu'il est lui-même choquant, peu importe que la loi appliquée ait été ou non conforme à l'ordre public. La manifestation de l'ordre public en matière de conflit de juridiction est une manifestation parallèle à celle du conflit de loi, et non une continuité. Ici l'ordre public réagit contre le seul jugement qui crée une situation choquante, et non pas contre la loi qui est en à l'origine⁸².
- Si les juges acceptent de reconnaître une situation créée à l'étranger, cette **reconnaissance ne saurait engendrer automatiquement la réception des effets prévus par la loi étrangère** à l'origine de l'institution, à moins qu'ils ne soient sollicités pour eux-mêmes dans la demande de reconnaissance et qu'ils ne soient accueillis favorablement par l'Etat requis⁸³. Un tel compromis a l'avantage d'assurer la continuité de la situation créée à l'étranger, tout en s'assurant que l'institution est régie selon des règles conformes à l'ordre public du for. L'effet positif de l'ordre public joue dans cette hypothèse puisque la loi du for se substitue à la loi d'origine pour organiser les effets de la situation reconnue.

⁸² Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrétien, 10^{ème} ed., 2010, p.287.

⁸³ Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé*, Cours général, Les livres de poche de l'Académie de droit international de La Haye, Adi-poche, 2011, p.444.

- Enfin les juges peuvent accepter de **reconnaitre l'ensemble de la décision étrangère**, ainsi que les effets régis par la loi à l'origine de la situation. Il n'y a alors aucune réaction de la part de l'ordre public du for.

61. Que ce soit en matière de conflit de lois ou de conflit de juridictions, le fait d'admettre la substitution de la loi du for pour créer ou organiser les effets d'une situation est une première étape. Il convient ensuite d'évaluer l'étendue de cette substitution, de rechercher l'ampleur de la souveraineté de l'Etat du for face au droit d'écarter une loi étrangère dont certaines dispositions heurteraient son ordre public.

Section 2 : Les conséquences de l'effet positif de l'ordre public contrôlées par l'étendue de la substitution de la loi du for

62. La doctrine française est partagée sur la question de l'étendue de la substitution. Pour prendre les deux solutions extrêmes envisagées, soit on opère une substitution intégrale de la loi du for, soit on limite la substitution à la seule disposition de la loi étrangère dont le contenu est jugé inadmissible. Une partie de la doctrine soutient la première solution, affirmant qu'il est préférable de soumettre l'ensemble du litige à une seule et même loi pour la cohérence du résultat. Une importante partie dissidente soutient cependant l'autre solution, estimant que l'exception d'ordre public international ne doit pas produire d'effets au-delà de ce qui est « impérieusement nécessaire pour la défense des impératifs français »⁸⁴.

63. Concernant l'évolution jurisprudentielle française, elle fût marquée par l'arrêt *Fayeulle* de 1943⁸⁵ dans lequel la Cour de cassation semble soutenir la solution consistant à limiter l'étendue de la substitution aux seules dispositions heurtant l'ordre public. En l'espèce la Cour a écarté la loi allemande pour lui substituer la loi française uniquement concernant la règle de l'admissibilité des modes de preuve de la filiation naturelle. Elle ne l'a pas étendu aux effets de cette filiation. La substitution était donc bien réduite au stricte nécessaire. Toutefois vingt ans

⁸⁴ Yvon Loussouarn, Pierre Bourrel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^{ème} ed., 2004.

⁸⁵ Civ., 8 novembre 1943, *Fayeulle*, *Rev. Crit.* 1946. 273, *D.* 1944. 65, note Savatier, *JCP* 1944. II. 2522, note P. L. P.

plus tard, avec l'arrêt *Patiño*⁸⁶, la Cour de cassation étend le champ de la substitution aux matières qui semblaient indissolublement liées à celles pour lesquelles l'éviction était nécessaire. En l'espèce une femme espagnole a épousé un homme bolivien sous le régime de la séparation de biens. Plusieurs années après les deux époux se livrèrent une véritable bataille juridique internationale, intentant chacun de leur côté des demandes en divorce, de passage à un régime de communauté ou encore de séparation de corps devant les cours de différents Etats. Madame Patiño, reprenant une action initialement introduite par son mari, obtint la séparation de corps devant les juridictions françaises de première instance et d'appel. Les juges ont appliqué la loi française, qu'ils ont dit compétente en vertu de l'ordre public international français. En effet la combinaison des lois bolivienne (loi nationale des époux) et espagnole (loi personnelle de l'épouse au jour de la conclusion du contrat de mariage) empêchait toute possibilité de relâchement du lien conjugal, or à l'époque l'ordre public français exigeait que les époux aient droit au moins à un tel relâchement du lien conjugal, sans que celui-ci soit nécessairement rompu. Les juges ont donc écarté les lois étrangères compétentes pour leur substituer la loi française, qui admettait la séparation de corps. Ils ont ensuite étendu cette substitution au règlement des intérêts patrimoniaux des époux selon les formes prévues par la loi française. Les juges ont ici justifié cette extension de la substitution comme un « *corollaire nécessaire* » à la séparation de corps, car le droit français rattache l'intérêt de cette institution au règlement des intérêts pécuniaires qu'elle permet. Ainsi la séparation de corps entendue par le droit français n'a pas de sens si elle ne régit pas ensuite les intérêts pécuniaires des époux⁸⁷. La substitution de la loi française est donc étendue aux effets – et non à la seule création d'une situation de séparation de corps – mais uniquement parce qu'ils sont souhaités pour eux-mêmes dans le cas d'une demande de séparation de corps. En revanche les autres aspects de la liquidation du régime matrimonial sont soumis aux lois étrangères normalement compétentes. Les juges n'ont pas étendu l'application de la loi française outre mesure.

64. Ainsi, bien que l'arrêt *Patiño* étende la substitution de la loi du for par rapport à celle prévue dans l'arrêt *Fayeulle*, il n'en fait pas une substitution arbitraire. La loi française est appliquée en l'espèce d'une manière pertinente, permettant la cohérence de la solution du litige. Il apparait évidemment qu'il ne serait pas favorable aux parties d'appliquer la loi française pour

⁸⁶ Civ.1^{ère}, 15 mai 1963, *Patiño c/ Dame Patiño*, *GADIP* n°38-39, Dalloz, 5^{ème} ed.

⁸⁷ P.Lagarde, note Rev. crit. 1964. 542 ; D. Cocteau-Senn, *Dépeçage et coordination dans le règlement des conflits de lois*, thèse Paris I, 2001, n°688, p. 530 cité dans B. Ancel et Y. Lequette, *GADIP*, Grands arrêts, Dalloz, 5^{ème} édition, p.343.

juger qu'elles sont en situation de séparation de bien, puis de soumettre l'organisation des effets de cette institution à une loi normalement compétente qui ne la connaît pas dans son droit. La solution serait une composition discordante, et la situation des époux en serait bancale.

65. La jurisprudence française a ensuite connu une période favorable à une plus large substitution concernant les nationalisations algériennes des entreprises françaises. Les juges soumettaient l'ensemble des conséquences de la nationalisation à la loi française. Les juges doivent être vigilants à ne pas substituer trop facilement la loi française à la loi étrangère lorsque les dispositions évincées n'ont rien de choquant pour le for. Lorsque les matières sont intrinsèquement liées ceci s'explique par un souci de cohérence pour les parties comme pour le juge, nous l'avons vu dans le cas de l'arrêt *Patiño*. Cependant si les effets peuvent être dissociés les uns des autres et que seuls certains heurtent l'ordre public, il n'apparaît aucune raison d'évincer la loi étrangère compétente. Il ne faut en effet pas perdre de vue que l'exception d'ordre public international est un perturbateur important de la règle de conflit, qui n'agit que dans l'intérêt du for. Plus son effet est limité, plus facilement la décision rendue sera acceptée à l'international.

66. L'étendue de la substitution de la loi du for comme conséquence de l'effet positif de l'ordre public est un problème qu'ont également connu les cours américaines. Il ressort cependant des commentaires de la doctrine que l'approche fût sensiblement différente, le problème étant abordé non pas en observation de la loi appliquée mais plutôt de la solution à offrir au litige. C'est-à-dire qu'il est possible d'entendre qu'en droit français la question est posée en ce sens : Jusqu'à où la compétence de la loi du for fondée sur l'ordre public lui permet-elle de s'étendre pour régir la solution du litige ? Les juges appliquent la loi française tant que son application est légitime, justifiée soit par l'ordre public soit par la corrélation nécessaire entre la disposition étrangère contraire à l'ordre public et celles également écartées. L'étendue de la substitution s'arrête là où les fondements à l'application de la loi du for manquent. En droit américain la préoccupation des juges est d'avantage tournée vers les différentes solutions au litige que permettraient d'obtenir d'un côté la loi du for substituable, de l'autre la loi étrangère compétente. La question pourrait être posée en ce sens aux juridictions américaines : Quelle est la loi dont l'application semble la plus appropriée pour que la solution du litige soit favorable au regard de l'ordre public du for ? C'est en observant les résultats potentiels que permettent d'obtenir la loi compétente ou la loi du for que le juge décide s'il étend la substitution de cette dernière ou non.

67. Prenons l'exemple de l'arrêt *Kilberg v. Northeast Airlines*⁸⁸ de 1961 pour mieux illustrer l'approche de l'étendue de la substitution en droit américain. En l'espèce un homme résidant dans l'Empire State Building a acheté à New York un billet d'avion pour se rendre dans l'Etat du Massachusetts où l'avion s'écrasa. L'administrateur de sa succession fit alors une demande en dommages-intérêts auprès de la compagnie d'aviation Northeast Airlines, qui est une société originaire du Massachusetts. La loi du Massachusetts, normalement compétente comme *lex loci delicti*, limite les dommages-intérêts recouvrables par la victime de l'accident à 15 000 dollars, alors que la loi de New York interdit une telle limitation dans la réparation. Les juridictions de l'Etat de New York ont refusé d'appliquer la limitation de la loi du Massachusetts car elles l'ont jugé contraire à leur ordre public⁸⁹. Ainsi elles n'ont appliqué la loi new yorkaise que pour organiser le montant des dommages-intérêts, la substitution par la loi du for est ici réduite au strict nécessaire. Ceci est justifié par le fait que les partisans de la règle de conflit traditionnelle voient habituellement l'ordre public avec une suspicion considérable et recommande qu'il soit employé restrictivement, uniquement lorsque la loi étrangère est détestable⁹⁰. Réduire la substitution de la loi du for au minimum permet de se contenter de corriger la disposition qui heurte l'ordre public du for, sans chercher à étendre la compétence de cette loi aux matières corrélées si ceci n'est pas indispensable concernant la cohérence de la solution. Les juges américains se positionnent bien du point de vue de la solution offerte aux parties. Dans *Kilberg* la loi new yorkaise joue son rôle de loi supplétive une fois la loi du Massachusetts écartée, on ne cherche pas ensuite à étendre son application.

68. Du droit français comme du droit américain il ressort que la préférence va à une substitution adaptée et modérée de la loi du for plutôt que totale. Il est ainsi inévitable qu'à un même problème de droit au sein d'une même affaire seront appliquées au moins deux lois différentes. La loi normalement compétente et la loi du for. Certains auteurs français trouvent que cela revient à vêtir le litige d'un « habit d'Arlequin »⁹¹. Cependant c'est bien la solution retenue. Cette assemblage de lois est appelé **dépeçage**. Ce terme imagé renvoie au travail de

⁸⁸ Cour d'Appel de New York, *Kilberg v. Northeast Airlines*, 9 N.Y. 2d 34, 172 N.E. 2d 526 (1961).

⁸⁹ Bernard Hanotiau, *Le droit international privé américain, du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws*, L.G.D.J., 1979, p.165-186.

⁹⁰ Robert A. Leflar, Luther L. McDougal III, Robert L. Felix, *Cases and Materials on American conflicts Law*, Contemporary Legal Education Series, The Michie Company, Law Publishers, 1982, p.282.

⁹¹ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^{ème} ed., 2004.

composition imposé au juge dans le conflit de lois. Il doit minutieusement étudier chaque dispositions des lois en conflit, pour ensuite les « dépecer » et appliquer les plus adaptées au litige. L'appellation française a été reprise par le droit américain⁹².

69. Terminer la première partie de cette étude sur le dépeçage permet une ouverture sur la deuxième partie puisqu'aujourd'hui le terme de dépeçage est principalement employé en droit américain a propos des méthodes conflictuelles modernes. Sa signification est la même, seul le moyen pour arriver à une composition de lois est différent. Une série d'éléments, dont fait partie l'ordre public, est prise en compte au moment même du choix de la loi pour déterminer quel est, pour chacun des problèmes de droit soulevé dans l'affaire, la loi la plus à même de s'appliquer. Les auteurs américains parlent également de l'« issue-by-issue approach ». Elle est prévue par le 2nd Restatement des conflits de lois traitant des méthodes modernes. Ainsi une loi désignée pour régir tel conflit de lois peut potentiellement offenser l'ordre public du for sur un autre point, mais ceci n'empêchera pas son application au premier point du problème⁹³. Un même litige peut donc théoriquement se retrouver résolu par autant de lois qu'il soulève de problèmes juridiques, bien qu'en pratique cela n'arrive jamais.

70. L'exception d'ordre public international, on l'a vu tout au long de la première partie, est un moyen de défense pour le for qui tient à protéger les valeurs fondatrices de sa société contre l'application d'une loi étrangère ou la reconnaissance d'une décision étrangère qui heurterait son ordre public. Elle offre donc à l'ordre public une voie d'intervention dans le processus conflictuel afin de contrôler le droit étranger selon ses propres conceptions. Dans la méthode traditionnelle elle joue un rôle de correctif de la règle de conflit si le résultat obtenu n'est pas satisfaisant, toutefois ce mode d'intervention doit aujourd'hui être comparé à ceux ayant émergés en droit américain. Les méthodes de conflit modernes qui ont été développées permettent à l'ordre public de se manifester différemment dans le conflit de lois. L'exception d'ordre public international vit toujours, en droit français surtout mais également en droit américain, mais n'est plus le seul moyen permettant de prendre en compte l'ordre public. Nous

⁹² Robert A. Leflar, Luther L. McDougal III, Robert L. Felix, *Cases and Materials on American conflicts Law*, Contemporary Legal Education Series, The Michie Company, Law Publishers, 1982, p.282. En évoquant le cas de *Kilberg* les auteurs américains expliquent qu'il y a en l'espèce un dépeçage, qui relève de la possibilité pour le juge d'appliquer des lois différentes pour résoudre une même affaire.

⁹³ Peter Hay, *Conflict of Laws*, Black Letter Series, West Group, 3rd ed., 2000, p. 156.

allons voir comment les méthodes modernes s'assurent de protéger l'ordre public selon les mêmes préoccupations que l'exception d'ordre public international.

PARTIE 2

L'intervention de l'ordre public dans le raisonnement conflictuel :

Comparaison de la méthode traditionnelle et des méthodes modernes apparues aux Etats-Unis suite à la révolution conflictuelle du XX^{ème} siècle

Depuis la révolution conflictuelle du droit international privé américain, il existe deux catégories bien distinctes de règles de conflit : la méthode traditionnelle, employée en droit français et dans une dizaine d'Etats américains ; et les méthodes modernes réunies autour du concept de « *proper law* » utilisées par le reste des Etats-Unis. Concernant l'appréciation de l'ordre public dans le processus conflictuel, la grande originalité des nouvelles méthode par rapport à la méthode classique est de prévoir une intervention plus précoce de l'ordre public. Celui-ci n'intervient plus au second plan sous forme d'exception, mais en tant que critère influençant le choix du juge dès la désignation de la loi compétente (*choice-influencing consideration*) afin d'appliquer directement une loi conforme à l'ordre public du for (chapitre 1). Toutefois si le moment de la prise en compte de l'ordre public varie entre la méthode traditionnelle et les méthodes modernes, les deux systèmes s'accordent pour ne reconnaître la légitimité d'un Etat à appliquer son ordre public à une situation que s'il est concerné par le litige. Cette légitimité est donc évaluée en fonction de la proximité que le for entretient avec la situation. La seule différence sera que la proximité doit être appréciée plus tôt dans le cadre des méthodes modernes que dans le cadre de la méthode traditionnelle (chapitre 2). Les deux types de méthode sont également respectueuses des droits légitimement acquis à l'étranger. Elles prévoient une inertie de l'ordre public dans le cas où la continuité d'une situation et la sécurité juridique des parties recommandent de laisser la loi étrangère régir les droits qu'elle a créé (chapitre 3).

Chapitre I

–

Rupture avec la méthode traditionnelle par la prise en compte anticipée de l'ordre public dans le processus conflictuel des « *contemporary approaches* » américaines

Suite à la révolution conflictuelle qui a eu lieu en droit international privé américain, la méthode de conflit traditionnelle a été progressivement abandonnée par la majorité des juridictions, et le recours à l'exception d'ordre public fut l'objet de plusieurs critiques (section 1). L'une d'entre elles était de dire que la manifestation de l'ordre public sous forme d'exception le faisait intervenir trop tardivement dans le processus conflictuel. Les méthodes modernes se sont alors développées en incluant l'ordre public parmi les critères d'influence du choix du juge pris en compte dès le début du raisonnement conflictuel (section 2). Les auteurs américains cherchent à démontrer que les méthodes modernes pallient les défauts de la méthode traditionnelle puisqu'elles permettent de limiter la manipulation de la notion d'ordre public (section 3).

Section 1 : Le déclin en droit américain de la méthode conflictuelle traditionnelle et de l'intervention *a posteriori* de l'ordre public international sous forme d'exception

71. Au cours de la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, les juges américains se sont progressivement détachés de la méthode de conflit traditionnelle. L'impulsion fut donnée par la Cour d'appel de New York lorsqu'en 1954 elle décide d'abandonner la *lex loci contractus* dans l'arrêt *Auten v. Auten*⁹⁴, suivi en 1963 de l'arrêt *Babcock v. Jackson*⁹⁵ par lequel elle abandonne la *lex loci delicti* (Cf. *supra* n°11). Débute alors aux Etats-Unis la révolution conflictuelle, qui aboutira quelques décennies plus tard à un quasi abandon de la méthode traditionnelle.

⁹⁴ Cour d'Appel de New York, *Auten v. Auten*, 308 N.Y. 155, 124 N.E. 2d 99, 1954 cité dans Symeon C. Symeonides and Wendy Collins Perdue, *Conflict of Laws : American, comparative, international, Cases and materials*, American casebook series, West, 3rd ed., 2012, p.140.

⁹⁵ Cour d'Appel de New-York, *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y.S.2d 7743, 191 N.E.2d 279, 1963 cité dans le même ouvrage que l'arrêt précédent.

72. Il n'est plus apparu satisfaisant aux juges d'utiliser une méthode rigide de désignation de la loi applicable dans un domaine aussi contextualisé que celui du droit international privé. On peut d'ailleurs s'étonner du fait que la méthode de conflit traditionnelle ait trouvé sa place au sein d'un système jurisprudentiel alors que tout dans son mécanisme se rattache à un raisonnement syllogistique, propre aux civilistes. Il semblait presque inévitable que les juges américains finissent par être gênés par sa mise en œuvre, et tout particulièrement par celle de l'exception d'ordre public international prévue à la section 612 du 1^{er} Restatement. En effet les règles de conflit traditionnelles sont neutres, objectives et abstraites. Elles sont des règles fermées qui préexistent aux litiges internationaux, dans l'idée de tendre vers une justice indépendante de la situation matérielle. La recherche de la loi la plus adaptée pour s'appliquer à une situation litigieuse se fait donc *in abstracto*.

73. Au moment de la désignation de la loi applicable, aucun élément matériel n'est pris en compte. La loi étrangère est appliquée **sans considération pour son contenu**. Elle n'est pas choisie en fonction d'un contexte, mais en suivant systématiquement les règles de conflit du for. Ainsi l'ordre public de l'Etat du for n'est pas apprécié par les juges au moment de la désignation. L'inclure dans les critères influant la désignation serait faire entrer dans ce processus un élément subjectif, obligeant à observer le contenu de la loi étrangère avant qu'elle n'ait été appliquée. Cela reviendrait à adapter *in concreto* la règle de conflit, en fonction d'un résultat prévisible. Or c'est justement ce que permet d'éviter la méthode traditionnelle. Cependant il paraît inconcevable d'ignorer l'ordre public du for. Le compromis trouvé par la méthode traditionnelle a été celui du correctif de l'exception d'ordre public international. L'ordre public n'existe dans le processus conflictuel qu'en tant que « réserve ». Il intervient au deuxième stade du raisonnement. Pour schématiser on peut réduire le processus conflictuel de la méthode traditionnelle à cela :

Premier stade

- 1) Qualification de la situation soumise aux juges afin de la faire entrer dans une catégorie de rattachement et de lui appliquer la règle de conflit du for correspondante.
- 2) Application de la loi étrangère désignée au litige, sans prise en compte de son contenu.

Deuxième stade

- 3) Observation du résultat obtenu au regard de l'ordre public international du for.
- 4) Dans l'hypothèse où le résultat lui contrevient, le juge déclenche l'exception d'ordre public international.

74. L'ordre public de l'Etat du for n'est à aucun moment observé au moment de la désignation de la loi applicable. Il ne l'est que dans l'hypothèse où le résultat obtenu par l'application de la cette loi lui porte atteinte. Les auteurs américains décrivent l'exception d'ordre public comme un « afterthought »⁹⁶. Elle intervient « après coup », c'est-à-dire une fois l'affaire résolue par l'application de la loi étrangère puisque c'est le contenu de la règle de droit matériel étrangère qui justifie l'exception d'ordre public international, et que celui-ci ne saurait être apprécié avant⁹⁷. Andréas Bucher est sceptique face à ce mécanisme dont il relève l'incohérence. Puisqu'elle prend en compte l'ordre public international la méthode traditionnelle est emprunte de justice matérielle, tandis que ses règles de conflit neutres et détachées de toute finalité matérielle sont maintenues. On matérialise donc le conflit de lois, sans revoir à la base les règles de conflit. L'auteur comprend difficilement pourquoi refuser l'influence des droits matériels en présence sur la règle de conflit, alors qu'on subordonne le respect de cette même règle à la réserve d'ordre public⁹⁸.

75. Symeon C. Symeonides, auteur américain cette fois, soutient que l'exception d'ordre public international dénature la neutralité et l'objectivité de la méthode de conflit traditionnelle. De plus l'utilisation large de l'exception par les juges entraîne la violation des prescriptions originelles du premier Restatement qui prévoit un emploi « extrêmement limité »⁹⁹. Un tel correctif perturbe fortement la stabilité de la règle de conflit. Il a alors semblé plus pertinent aux juristes américains de chercher à améliorer la règle de conflit en elle-même, et par ce biais, de s'éloigner de celle traditionnellement employée. Les principales critiques avancées furent celle d'une rigidité excessive de la règle de conflit, obligeant le juge à ne donner que des solutions mécaniques et automatiques ; celle ensuite, et directement corrélée, de l'inadaptabilité de la règle de conflit en ce qu'elle interdit au juge d'apprécier concrètement la pertinence de

⁹⁶ Expression utilisée par Symeon C. Symeonides et Wendy Collins Perdue dans *Conflict of Laws : American, comparative, international, Cases and materials*, American casebook series, West, 3^{id} ed., 2012, p.104.

⁹⁷ Formulation utilisée par Bernard Hanotiau dans *Le droit international privé américain, du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws*, L.G.D.J., 1979, p.313.

⁹⁸ Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche 2011, p.94 et s.

⁹⁹ Symeon C. Symeonides, *American Private international Law*, Kluwer Law international, Wolters Kluwer, 2008.

l'application de la loi étrangère désignée ; et enfin une critique plus universaliste selon laquelle la méthode traditionnelle complique l'unification des solutions de droit international puisqu'elle oblige chaque droit interne à créer ses propres catégories de rattachement. Or l'unification est impossible à atteindre en partant de données de droits internes¹⁰⁰. Les auteurs américains ont eux avancé la critique de l'impossibilité de prendre en compte les intérêts de l'Etat du for à voir sa loi appliquée au moment du choix de la loi applicable. Dans *Babcock* c'est d'ailleurs précisément cet intérêt étatique auquel n'ont pas résisté les juges en préférant l'application de la loi de New York à celle de l'Ontario qu'aurait commandé la méthode traditionnelle. Cet arrêt met en évidence la supériorité de l'*interest analysis* de Currie sur la méthode traditionnelle. L'impossibilité de faire entrer l'intérêt de l'Etat du for dans le processus de désignation de la loi applicable était ressenti comme un échec par les auteurs américains¹⁰¹.

76. Ces critiques justifient pourquoi les juristes américains ont cherché à se tourner vers une méthode plus souple et subjective. L'objectif est le même : trouver la loi la plus adaptée au règlement d'un rapport international. Mais les moyens pour y parvenir sont bien différents. Aux côtés des règles de conflit traditionnelles vont alors se développer un nombre croissant de règles poursuivant directement des finalités matérielles, entraînant la dissolution de l'héritage savignien. Ainsi commence le mouvement de modernisation des règles de conflit.

Section 2 : L'émergence de nouvelles méthodes conflictuelles avec une intervention *a priori* de l'ordre public dans le processus de *choice-of-law*, tombée en désuétude de l'exception

77. Aujourd'hui il existe deux méthodes distinctes en terme de conflit de lois. L'ensemble des méthodes modernes établies au cours des dernières décennies en droit américain sont réunies sous le terme d'approche de la « *proper law* ». Toutes sont des règles subjectives et fonctionnelles qui tendent à trouver la solution la plus souhaitable pour le litige **en recherchant *in concreto* la loi la plus appropriée** à la situation. Chacune des lois ayant un lien avec le

¹⁰⁰ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^{ème} ed., 2004.

¹⁰¹ Symeon C. Symeonides et Wendy Collins Perdue, *Conflict of Laws : American, comparative, international, Cases and materials*, American casebook series, West, 3rd ed., 2012, p.142.

rapport de droit considéré peut potentiellement se voir appliquer, elles sont toutes en conflit et soumises à l'appréciation souveraine du juge. Spécifiques au système jurisprudentiel qui les a fait naître, les nouvelles méthodes manifestent une hostilité certaine à l'égard de toute généralisation. Les litiges sont étudiés au cas par cas dans l'idée de leur apporter des solutions taillées sur mesure. La doctrine française qualifie cette approche concrète d'« *impressionnisme juridique* »¹⁰² en référence à l'impressionnisme en matière picturale. Poursuivant la métaphore, les auteurs français parlent de « pointillisme juridique » concernant le travail des juges appliquant les méthodes conflictuelles modernes.

78. Ces méthodes ont été principalement influencées par deux auteurs, dont les doctrines ont des fondations bien différentes mais qui tendent toutes deux à faire entrer l'ordre public dans les premiers éléments de considération du juge du conflit de lois. Tout d'abord par le doyen Cavers dont la doctrine est exposée dans son célèbre article publié à la *Harvard Law Review* : « A critique of the choice of law problem »¹⁰³. Cavers insiste sur l'importance de prendre en considération **l'objectif de justice** qui doit être de celui de tout juriste **tout au long du processus conflictuel**. Dans le système jurisprudentiel américain, l'idée de justice n'est pas assimilée à celle de neutralité : la considération des juristes est d'avantage tournée vers le résultat concret engendré par l'application de la loi, que vers la forme de la loi elle-même. Ainsi en incitant à poursuivre cette idée de justice dès l'origine du raisonnement conflictuel, l'auteur entend pousser les juges à incérer dans leur réflexion tous les éléments en présence dans l'affaire. La méthode est extrêmement subjective. Pour être fidèle à l'intention de Cavers, l'ordre public de l'Etat du for doit être intégré dans les critères influençant le choix de la loi applicable puisqu'il ne peut être négligé dans le jugement définitif. En effet poursuivre un intérêt de justice revient à s'inquiéter dès le début du raisonnement conflictuel qu'aucun intérêt n'est lésé, or l'Etat du for dont l'ordre public serait heurté par une décision rendue au sein de ses juridictions subirait une atteinte à son droit de protéger son ordre public international dans les limites de son territoire. La seconde doctrine influençant la *proper law* est celle de Currie, appelée *governmental interests analysis approach*, selon laquelle les juges doivent considérer les intérêts respectifs de chaque Etat ayant un lien avec le litige à l'application de sa propre loi à l'espèce. Cette doctrine est très publiciste et oblige notamment à observer les ordres publics de

¹⁰² Expression employée par Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières dans *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^{ème} ed., 2004.

¹⁰³ *Harvard Law Review*, 1933, t. 47, p.173, cité par Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières dans *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^{ème} ed., 2004.

chacun des Etats concernés par l'affaire. Contrairement à la méthode traditionnelle, il est donc ici possible de prendre en compte l'ordre public étranger. Cependant les juges reconnaîtront toujours très facilement un intérêt pour l'Etat du for à voir sa propre loi appliquée.

79. On observe bien un décalage de l'intervention de l'ordre public dans le processus conflictuel par rapport à la méthode traditionnelle. Avec les approches modernes l'ordre public de l'Etat du for – ou ceux des Etats concernés dans le cas de certaines méthodes telles que l'*interest analysis* de Currie ou la *Better Law* du Professeur Leflar (Cf. *supra* n°12) – fait parti des *choice-influencing considerations*, c'est-à-dire qu'il est **à part entière un critère influençant la décision du juge** d'appliquer ou non la loi du for. Symeonides insiste sur l'importance dans la doctrine de Currie, ou encore dans celle très utilisée du 2nd Restatement, de l'examen des ordres publics des lois en conflit. Il est selon lui l'un des critères principaux pour le juge américain qui détermine laquelle de ces lois doit être appliquée, ou même encore pour choisir d'en appliquer une autre, c'est-à-dire une loi qui ne serait pas en conflit mais dont l'application semblerait opportune¹⁰⁴. L'auteur nous dirige vers le §6 du 2nd Restatement des conflits de lois, dénommé « *choice of law principles* », qui prévoit les directives suivantes :

« (2) *When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include*

(a) *the needs of the interstate and international systems,*

(b) *the relevant policies of the forum,*

(c) *the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue »*

80. Les méthodes modernes de conflit sont des systèmes composés de **règles ouvertes**, où les préoccupations propres à l'ordre public sont absorbées au stade de la détermination de la loi applicable. L'ordre public intervient ainsi dès l'origine du raisonnement conflictuel et contribue à influencer le choix de la loi. Il est ainsi un réel facteur de désignation du droit applicable et n'est pas repoussée à un second stade du cheminement conflictuel en tant

¹⁰⁴ Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, 2008, p. 83 et s.

qu'exception¹⁰⁵. Cela permet de désigner directement une loi dont l'application serait en accord avec l'ordre public du for, mais en principe également avec l'ordre public des Etats concernés par le litige. Peter Hay évoque ce changement de statut de l'ordre public avec l'utilisation des nouvelles méthodes : “ *public policy is very much part of the choice-of-law process itself and not only a particularized intervention in that process, performing a corrective or defensive function* ”¹⁰⁶.

81. La nouvelle position de l'ordre public dans le processus conflictuel explique que l'exception d'ordre public international tombe en désuétude en droit américain. En effet, si l'ordre public international est l'un des critères de détermination de la loi applicable il semble impossible d'en désigner une dont l'application heurterait l'ordre public du for. Il n'y aurait alors plus aucune raison, une fois la loi la plus adaptée appliquée, de déclencher l'exception d'ordre public international pour demander d'écarter la loi étrangère. Toutefois l'exception n'a pas entièrement disparue du droit international privé américain puisqu'elle reste un moyen de défense indispensable aux cours attachées à la méthode traditionnelle. Elle pourrait également être envisagée dans l'hypothèse où les juges désigneraient la loi d'un Etat applicable en raison de la proximité évidente de cet Etat avec le litige. Si la pertinence de la loi applicable était considérée uniquement en fonction des liens qu'entretenait la situation avec les différentes lois en conflit, alors le contenu de ces lois ne serait pas nécessairement pris en compte et le résultat de application ne serait pas prévisible et pourrait contrevenir à l'ordre public du for. Mais les méthodes modernes permettent en principe toutes d'observer le contenu de la loi étrangère afin d'apprécier sa pertinence par rapport à la résolution du litige. L'exception d'ordre public international est donc, décidément, un outil extrêmement lié à la méthode traditionnelle. Son intérêt est très faible, voir inexistant, dans le contexte des méthodes de la *proper law*. Ceci se comprend bien si l'on se souvient que l'exception d'ordre public international n'intervient qu'une fois que le contenu de la loi étrangère a été pris en compte. Or si celui-ci est pris en compte dès l'origine, jamais une loi au contenu contradictoire à l'ordre public du for ne sera appliquée.

¹⁰⁵ Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche, 201, p.228-251.

¹⁰⁶ Peter Hay, “comments on Public Policy in Current American Conflicts law”, *Festschrift für Jan Kropholler*, Tübingen, 2008, pp. 89-103 (100) cité dans l'ouvrage d'Andréas Bucher référencé ci-dessus.

82. Le droit international privé français est resté complètement imperméable aux doctrines de Cavers et Currie et à la naissance des règles de conflit modernes. Il n'a connu aucune révolution conflictuelle et reste fidèle à la méthode traditionnelle, très adaptée à la logique de son système civiliste.

Section 3 : Volonté d'atténuation du risque de manipulation de la notion d'ordre public par le juge avec les méthodes modernes

83. Dans la méthode de conflit traditionnelle comme dans les méthodes modernes, la crainte est la même : celle d'une utilisation détournée de l'ordre public. L'ordre public n'étant pas une notion définissable, elle est soumise à la libre appréciation des juges. Or dès lors qu'il est jugé que la loi ou la décision étrangère heurte l'ordre public du for, alors les juges peuvent appliquer au litige la loi de leur juridiction. Des auteurs américains avaient relevé l'instabilité que risquait d'engendrer une telle liberté de jugement. Selon eux, prédire les fois où une cour va décider qu'une loi étrangère est contraire à l'ordre public local relève d'une mission quasi impossible¹⁰⁷. Le risque est que les juges qualifient trop facilement l'atteinte à l'ordre public afin d'appliquer la loi du for, et appliquent leur loi à des litiges n'entretenant d'autre lien avec le for que celui d'avoir saisi ses juridictions. Cela conduirait à une application trop arbitraire de la loi du for, et dénaturerait l'esprit de justice censé prédominer dans le choix de la loi applicable. Cependant les mêmes auteurs américains apparaissent presque fatalistes sur le sujet lorsqu'ils affirment qu'il est ouvertement reconnu depuis longtemps que la règle de conflit est susceptible de manipulation.

84. Symeon C. Symeonides et Wendy Collins Perdue s'interrogent sur la question de savoir si l'une des deux méthodes serait plus susceptible que l'autre de manipulation de la part des juges. D'un côté la méthode traditionnelle et le déclenchement de son exception d'ordre public international en cas de contrariété à l'ordre public du for ; de l'autre l'appréciation de l'ordre public en tant que *choice-influencing consideration* au moment de la désignation de la loi compétente. Les auteurs ne donnent pas de réponse, probablement parce que la pratique ne permet pas de le faire.

¹⁰⁷ Robert A. Leflar, Luther L. McDougal III and Robert L. Felix, *Cases and Materials on American Conflicts Law*, Contemporary Legal Education Series, The Michie Company, Law Publishers, 1982, p.282.

85. Il existe plusieurs exemples de déviation concernant l'appréciation de la notion d'ordre public international dans le cadre de l'exception de la méthode traditionnelle. Prenons celui de l'arrêt *Kilberg* que l'on a déjà abordé précédemment (Cf. *supra* n°67), et en réaction duquel la Cour d'Appel de New-York s'est progressivement éloignée de la méthode traditionnelle. Dans cette affaire, les juges détournent de sa finalité la notion d'ordre public pour permettre au tribunal d'atteindre un résultat que la loi normalement compétente (en l'espèce la *lex loci delicti* qui était la loi du Massachussets) n'aurait pas permis d'obtenir. Appliquer la loi de New York au lieu et place de celle du Massachussets permet ici de ne pas limiter à 15 000 dollars l'indemnité perçue par la victime de l'accident d'avion. La Cour d'Appel de New York décrète que cette limitation est contraire à l'ordre public new yorkais mais Bernard Hanotiau soutient que cette justification fondée sur l'ordre public n'est pas convaincante. Il rappelle qu'avant *Kilberg* la limitation avait toujours été appliquée par les tribunaux new yorkais sans poser de problème. Il apparaît peu crédible de considérer subitement qu'elle est contraire au *strong public policy* du for¹⁰⁸. Ce cas concret illustre bien la facilité de manipulation de la notion d'ordre public pour les juges, et l'intérêt qu'ils en tirent de voir leur propre loi régir immédiatement le litige.

86. Les méthodes modernes américaines font également naître chez certains auteurs l'inquiétude d'une manipulation de la notion d'ordre public par les juges. L'ordre public a une influence importante au moment de la désignation de la loi applicable, or chaque Etat dont les juridictions sont saisies peut largement justifier en quoi il est concerné par l'affaire. Son « *governmental interest* » devrait alors être pris en compte, son ordre public protégé et sa loi appliquée. Cette notion de *governmental interests* est trop large pour être restrictivement définie, laissant aux juges l'opportunité de l'interpréter *in concreto*. Le désir d'un Etat étant naturellement de voir sa propre loi appliquée, les juges s'arrangent avec la notion d'ordre public. Il est cependant envisageable en suivant la méthode de la *Better rule of Law* que les juges décident que leur propre loi n'est pas adaptée en l'espèce et désignent une loi étrangère¹⁰⁹. Cependant cette option reste très théorique. La manipulation du juge porte donc sur l'appréciation du contenu même de l'ordre public, celui-ci pouvant décider souverainement de son étendue et de l'évaluation de l'atteinte aux valeurs protégées par le for par l'application de

¹⁰⁸ Bernard Hanotiau, *Le droit international privé américain, du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws*, L.G.D.J., 1979, p.165-186.

¹⁰⁹ Robert A. Leflar, Luther L. McDougal III and Robert L. Felix, *Cases and Materials on American Conflicts Law*, Contemporary Legal Education Series, The Michie Company, Law Publishers, 1982, p.316.

la loi étrangère. Evidemment, la manipulation intervient – tout comme l’ordre public – à des instants différents du processus conflictuel en fonction de si l’on est dans le cadre de la méthode traditionnelle ou des méthodes modernes. Mais l’objectif est le même : détourner la notion d’ordre public pour appliquer la loi du for à l’affaire.

87. Toutefois, quand bien même la manipulation de la notion d’ordre public est un risque envisageable avec les théories modernes du *choice-of-law*, la doctrine américaine constate que l’utilisation de l’ordre public comme moyen détourné (*gimmick*) pour ne pas voir appliquer la loi étrangère automatiquement désignée par les règles de conflit du for a considérablement diminué¹¹⁰. Le fait que les intérêts des différents Etats soient observés, incluant l’appréciation de leurs ordres publics respectifs, oblige les juges à ne fonder l’application de la loi sur l’ordre public que s’ils démontrent un **intérêt supérieur de l’Etat du for par rapport aux autres Etats impliqués** à voir sa loi appliquée. De plus l’ordre public se fondant dans la masse des critères influençant le choix de la loi compétente, il est possible de fonder l’application de la loi du for sur d’autres critères. Il n’existe aucun systématisme dans les méthodes modernes, l’ordre public n’est donc plus l’unique moyen de refuser l’application d’une loi étrangère, comme c’est le cas avec l’exception d’ordre public international. Ceci explique assez logiquement qu’il ne fasse plus, ou moins, l’objet d’astuces diverses et variées. Paulsen et Sovern écrivaient que les méthodes modernes de conflit de lois pouvaient déboucher au « *true public policy development in conflict of laws* »¹¹¹.

88. Selon les nouvelles méthodes conflictuelles américaines l’ordre public intervient au premier stade du raisonnement conflictuel alors que l’habitude de la méthode traditionnelle était de n’autoriser les juges à le prendre en compte qu’*a posteriori*, une fois la loi compétente désignée par les règles de conflit appliquée au litige. Mais qu’il intervienne en tant qu’exception, ou parmi les *choice influencing considerations*, l’ordre public d’un Etat ne peut servir de fondement à une application arbitraire de la loi d’un Etat. C’est la proximité entre l’Etat et le litige qui sert de garde-fou et oblige les juges à justifier la légitimité de la loi du for à s’appliquer.

¹¹⁰ Idem, p. 283.

¹¹¹ Cité dans Robert A. Leflar, Luther L. McDougal III and Robert L. Felix, *Cases and Materials on American Conflicts Law*, Contemporary Legal Education Series, The Michie Company, Law Publishers, 1982.

Chapitre 2

–

La légitimité de l'intervention de l'ordre public international du for :

la proximité de l'Etat du for avec le litige

L'ordre public n'est légitime à interférer dans un raisonnement conflictuel que si la société dont il est issu est concernée par la situation litigieuse. Cette affirmation est valable que l'ordre public intervienne sous forme d'exception (méthode traditionnelle) ou d'élément d'appréciation de la loi applicable (méthodes modernes). Un Etat ne peut imposer son ordre public à une situation entièrement étrangère à lui. Les juges ont donc le devoir d'apprécier la proximité qui existe entre le litige et le for avant de faire prévaloir leur ordre public (section 1). En fonction de la proximité évaluée l'ordre public n'a pas la même exigence à l'égard de la solution apporté au litige : plus la situation est liée au for, plus l'ordre public est réactif à l'égard d'un résultat qui ne lui serait pas conforme, et inversement (section 2). Cependant la proximité est parfois appréciée très largement par les juges qui y trouvent un moyen d'appliquer la loi du for là où elle était peut être moins légitime que d'autres lois (section 3).

Section 1 : l'appréciation du critère de proximité entre le litige et l'Etat du for

89. La notion de proximité comme critère de déclenchement de l'exception d'ordre public international est assez récente en droit des conflit de lois. Elle s'est développée dans la doctrine allemande, sous le terme *d'Inlandsbeziehung* (littéralement, « relation entre pays »), avant d'être transposée en droit français sous le terme d'*ordre public de proximité*. Les méthodes de conflits américaines se sont également appropriées l'idée de proximité, utilisée parmi les critères de désignation de la loi compétente. Il est important de déterminer ce qu'est cette notion de proximité en droit, et comment les juges l'apprécient (1) avant de mettre en avant la contradiction dont est emprunt le processus conflictuel français, qu'ont cherché à corriger les partisans des méthodes modernes (2).

1) Notion de proximité, appréciation quantitative et qualitative

90. La nécessité d'une *Inlandsbeziehung* est apparue dans la doctrine allemande au cours du XIXème siècle. Les auteurs allemands considéraient qu'une loi étrangère en contrariété avec l'ordre public du for ne devait être écartée que dans la mesure où le litige était situé en Allemagne. Ainsi le lien recherché entre le litige et le for, qui légitimait l'éviction de la loi étrangère, était un rattachement territorial. La doctrine allemande justifie selon deux arguments complémentaires cette exigence de liens suffisants :

- Le juge doit apprécier *in concreto* le résultat du litige et l'atteinte qu'il peut porter à l'ordre public du for. Il est pertinent, dans la continuité de l'analyse concrète, qu'il vérifie que le litige entretient certains liens avec le for.
- Si le litige est indépendant du for alors son ordre public ne saurait être heurté par un résultat allant à son encontre. Pour que la contrariété à l'ordre public affecte l'ordre juridique du for, il faut nécessairement que le litige soit rattaché au for¹¹².

91. La doctrine française n'a pas été insensible à la notion d'*Inlandsbeziehung* allemande et l'a incorporé dans son droit international privé. « L'ordre public de proximité » s'est alors développé aux côtés de la théorie de l'effet atténué (Cf *infra* n°116 et s.) qui, jusqu'ici en droit français, permettait seule de mesurer les atteintes portées à l'ordre public international en fonction de l'attachement des parties et du litige au for. Il convient alors pour le juge de déterminer pour chaque litige quels sont les liens le rattachant à l'ordre juridique du for. La question qui se pose alors est celle de savoir comment apprécier cette proximité. Dans quel cas une situation juridique entretient-elle des liens suffisants avec l'Etat du for pour juger qu'un résultat heurtant l'ordre public lui porte directement atteinte ? Le travail du juge portera sur l'appréciation des rattachements du litige aux ordres juridiques qu'il concerne, d'un point de vue tant qualitatif que quantitatif. Plus les liens sont importants, plus il est évident que le for sera concerné par l'issue du litige. Certains liens suffisent cependant, par leur importance notable, à déduire l'affectation de l'ordre public du for dans le cas d'un résultat contradictoire.

92. En droit français, si la proximité entre le litige et l'ordre juridique du for est jugée suffisante, le juge pourra opposer l'exception d'ordre public international pour écarter la loi

¹¹² Nathalie Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse publiée chez Litec, LexisNexis, 2007, p.164.

étrangère compétente ou refuser de reconnaître la décision étrangère qui heurtent son ordre public. Le droit américain connaît l'ordre public de proximité dans les juridictions appliquant la méthode traditionnelle des conflits de lois, mais la notion de proximité et la nécessité de liens entre le litige et le for pour appliquer la loi du for a également été reprise par les méthodes modernes. Evidemment, la proximité ne permet plus dans ces méthodes de déclencher une exception d'ordre public mais elle est intégrée dans le processus même du *choice-of-law*. Les auteurs américains ont développé la technique des **groupement des points de contact**, évoquée pour la première par Morris dans son article « The proper law of tort » publié à la *Harvard Law Review* en 1951. Morris se base sur la technique de désignation de la loi applicable déjà utilisée en matière contractuelle, consistant à prendre en compte l'ensemble des facteurs de rattachement pour déterminer la loi entretenant la relation la plus étroite avec la situation. L'auteur préfère une appréciation qualitative des points de contact, qui imposerait au juge la délicate tâche de donner plus d'importance à certains rattachements qu'à d'autres. Cette approche s'oppose à une analyse quantitative qui consisterait à additionner les points de rattachement et désigner la loi du pays vers lequel la convergence est la plus forte¹¹³. Cette méthode est plus simple pour le juge, mais a pour défaut de placer tous les rattachement sur le même plan.

93. La Cour d'appel de New-York a retenu la théorie des points de contact dans le domaine contractuel avec l'arrêt *Auten v. Auten*¹¹⁴ avant de la retenir également, quelques années plus tard, en matière délictuelle avec le très célèbre arrêt *Babcock v. Jackson*¹¹⁵ de 1963. Dans ce dernier arrêt (Pour les faits complets Cf., *supra* n°11), la volonté des juges fût d'adopter une approche plus qualitative que la méthode traditionnelle. En l'espèce un accident de voiture survint dans l'Ontario suite à la perte de contrôle du véhicule par le conducteur. La loi de New-York fût désignée compétente pour évaluer la réparation de la victime car elle était la loi de la nationalité de l'ensemble des parties, de l'immatriculation et de l'assurance de la voiture, que cette voiture stationnait habituellement à New-York, le voyage ne durant que deux semaines et débutant et s'achevant à New-York¹¹⁶. Les juges ont légitimement pu dire que la proximité entre le délit et l'Etat de New-York était telle que la loi de New-York était la plus appropriée pour

¹¹³ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^e ed., 2004.

¹¹⁴ CA New-York, *Auten v. Auten*, 308 N.Y. 155, 124 N.E. 2d 99, 1954.

¹¹⁵ CA New-York, *Babcock v. Jackson*, 12 N.Y. 2d 473, 240 N.Y.S. 2d 743, 191 N.E. 2d 279, 1963.

¹¹⁶ Bernard Hanotiau, *Le droit international privé américain, du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws*, L.G.D.J., 1979.

s'appliquer. Le juge Fuld expliqua que "*Justice, fairness and "the best practical result" ... may best be achieved by giving controlling effect to the law of the jurisdiction which, because of its relationship or contact with the occurrence or the parties, has the greatest concern with the specific issue raised in the litigation*". De toute évidence la proximité a toute sa place dans les méthodes modernes américaines, elle est déterminante de la compétence de la loi qui sera appliquée.

94. Afin de comprendre comment sont appréciés les liens entre ordre juridique et litige en droit français, nous allons sans grande originalité partir de l'exemple de l'arrêt *De Pedro*¹¹⁷, premier arrêt par lequel la Cour de cassation met en œuvre la théorie de l'*Inlandsbeziehung*. En l'espèce une femme française et domiciliée en France intente une action en divorce contre son époux espagnol, domicilié en Espagne. La règle de conflit française (article 310 devenu article 309 du Code Civil depuis la loi du 6 juillet 2005) prévoit que « *le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française : lorsque l'un et l'autre des 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.* ». Dans le cas de l'affaire *De Pedro*, les deux premières hypothèses doivent être écartées et l'alinéa 3 de l'article s'applique. La loi espagnole se reconnaît compétente et soumet les effets personnels du mariage à la loi nationale commune des deux époux. L'épouse de *De Pedro* ayant acquis la nationalité espagnole par le biais de son mariage à un espagnol, la loi espagnole s'applique bien à l'espèce. Cependant cette loi prohibe le mariage, ne permettant que la séparation de corps. La Cour de cassation oppose alors l'exception d'ordre public international à l'application de la loi espagnole pour lui substituer la loi française qui admet le divorce depuis la loi de 1975. La Cour statue 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* ».

95. La proximité est établie grâce au double rattachement de la demanderesse à l'ordre juridique français. Il semble donc nécessaire de cumuler le critère de la nationalité française et celui du domicile en France pour que l'ordre public français puisse prétendre être atteint par l'interdiction du divorce. Cependant la jurisprudence a évolué et aujourd'hui les **critères sont**

¹¹⁷ Civ.1^{ère}, 1^{er} avril 1981, *de Itturalde de Pedro*, *Journal du droit international*, 1981, p.812, note D. Alexandre, *Gaz. Pal.* 1981, 2, 628, note J. Lisbonne cité par Nathalie Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse publiée chez Litec, LexisNexis, 2007, p.210 et s.

devenus alternatifs, notamment en matière de répudiation ou de filiation naturelle. Prenons deux brefs exemples récents en matière de répudiation :

96. Dans un arrêt du 7 juin 2006 la première chambre civile de la Cour de cassation casse un arrêt de la Cour d'Appel de Bordeaux qui donnait effet à une décision de répudiation marocaine au motif que la femme n'avait pas été appelée à la procédure de répudiation, que cette dernière était donc une décision unilatérale du mari, contraire l'ordre public français. Or les époux, **bien que tout deux marocains, résidaient habituellement en France**. La décision marocaine ne pouvait alors produire effet sans porter atteinte à l'ordre public international français et au principe d'égalité des époux et de la contradiction du procès¹¹⁸. Ici la **résidence** seule des époux en France suffit à caractériser la proximité qui les rattache au for.

97. Autre exemple qui cette fois permet de retenir le critère de la seule **nationalité** bien qu'en l'espèce les deux critères de domicile et de nationalité soient réunis : La Cour de cassation refuse l'exequatur en France à une décision marocaine de répudiation. Les époux, mariés au Maroc, ont tous deux la double nationalité franco-marocaine et sont domiciliés en France. Le mari répudie sa femme mais cette décision ne peut produire effet en France sans porter atteinte à l'ordre public international dès lors qu'aucun effet juridique n'est accordé à l'éventuelle opposition de la femme et que la juridiction compétente n'a que le pouvoir d'organiser les conséquences financières de la rupture du mariage. De plus la décision provient unilatéralement du mari. Tout cela est « *contraire au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, que la France s'est engagée à garantir à toute personne relevant de sa juridiction, et donc à l'ordre public international, spécialement lorsque les deux époux sont de nationalité française* ». La Cour insiste ici sur l'importance de la nationalité française des époux. Dans les motifs de sa cassation elle exprime très clairement que « *les époux, domiciliés en France, avaient tous deux la nationalité française qui, seule, pouvait être prise en compte par la juridiction française* »¹¹⁹.

98. Les critères sont aujourd'hui bien alternatifs, tout du moins en matière de répudiation. L'atteinte à l'ordre public internationale est caractérisée, que les parties soient domiciliées en France **ou** de nationalité française. Nathalie Joubert trouve souhaitable de ne pas faire de l'ordre

¹¹⁸ Civ.1^{ère}, 7 juin 2006, pourvoi n° 04-17.219. Répertoire sur le site officiel de recherche *Dalloz.fr*.

¹¹⁹ Civ.1^{ère}, 22 mai 2007, pourvoi n°06-10.433. Répertoire sur le site officiel de recherche *Dalloz.fr*.

public une clause de protection des seuls nationaux français, elle soutient le critère du domicile ou de la résidence habituelle comme lien suffisant avec le for pour déclencher l'exception d'ordre public international¹²⁰.

99. En droit français comme en droit américain le juge doit apprécier les liens entre la situation et un ordre juridique tels qu'ils existent au jour où il statue, la proximité doit être déterminée en fonction de liens actuels¹²¹. Seul un intérêt « *actuel, strong and adverse* » pour le for peut justifier l'atteinte à l'ordre public de l'Etat entretenant de tels liens avec le litige¹²².

2) L'ordre public de proximité à l'origine de l'incohérence de la règle de conflit traditionnelle corrigée par les nouvelles règles de conflit américaines

100. L'auteur Andréas Bucher critique l'incohérence de la méthode traditionnelle qui se veut neutre, abstraite et générale mais qui inclut à un second stade du processus conflictuel une exception d'ordre public fondée sur des considérations matérielles. L'auteur tente de définir la notion initiale de proximité en droit international privé français en s'appuyant sur la théorie de Lagarde, développée dans son « Cours général » de 1986 publié au *Recueil des cours*, selon laquelle le critère de lien étroit ou de proximité ne tenait pas compte de la teneur matérielle des lois en conflit. Une loi était considérée proche d'un litige en fonction des liens objectifs qu'elle entretenait avec lui. Cette notion était différente de celle de « *most significant relationship* » utilisée aux Etats Unis. Mais la notion actuelle de proximité en droit international privé français s'est rapprochée de celle du droit américain lorsqu'elle a été associée à la notion d'ordre public, qui est justement fondée sur une justice matérielle¹²³. Comment envisager de considérer une loi par rapport à l'ordre public du for sans prendre en compte sa teneur matérielle ? Evidemment cela est impossible. L'appréciation de la proximité ne pouvait plus se faire en toute neutralité. Avec l'exception d'ordre public international déjà, et plus encore avec l'ordre public de proximité, la « justice neutre » recherchée par les règles de conflit traditionnelles tend de plus en

¹²⁰ Nathalie Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse publiée chez Litec, LexisNexis, 2007, p.272.

¹²¹ *Idem*, p. 277.

¹²² David P. Currie, Herma Hill Kay, Larry Kramer and Kermit Roosevelt, *Conflict of laws, cases-comments-questions, American casebook series*, Thomson West, 7e ed., 2006, p.76 et s.

¹²³ Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche, 2011, p.94.

plus vers une « justice matérielle » qui prend en compte la teneur des lois applicables et leur application pertinente au litige.

101. L'incohérence des règles de conflit traditionnelles existe dans le fait que le principe de proximité n'englobe la règle de conflit qu'au stade de l'exception d'ordre public international, c'est-à-dire qu'elle n'est appréciée qu'après l'application de la loi étrangère au litige. Ainsi l'ensemble du processus conflictuel traditionnel est matérialisé par rapport à la règle de conflit initiale de Savigny, il est aujourd'hui faux de dire que les règles de conflit françaises sont détachées de toute finalité matérielle. Cependant on conserve les règles de conflit initiales, on ne les modifie pas. La considération matérielle n'intervient qu'après. Il est surprenant de maintenir une désignation neutre et objective de la loi compétente si de toute façon son application est conditionnée au fait qu'elle ne heurte pas l'ordre public du for – condition observée en fonction d'éléments matériels : à la fois la teneur de la loi étrangère et celui de l'ordre public du for.

102. Ces contradictions de la méthode traditionnelle sont précisément celles qu'ont cherché à corriger les juristes américains en développant de nouvelles méthodes conflictuelles intéressées dès l'origine du processus de désignation par la recherche d'une justice matérielle. En intégrant la nécessité de proximité et la prise en compte de l'ordre public parmi les critères influençant le choix de la loi compétente, le droit international privé américain oblige les juges à apprécier la teneur de la loi étrangère dès le début. Les juges américains ne désigneront comme applicable qu'une loi entretenant des liens étroits avec le litige et dont l'application donnerait un résultat en accord avec l'ordre public du for. La méthode est beaucoup plus subjective et permet de s'écarter de la méthode « mixte » qu'est aujourd'hui la méthode traditionnelle.

Section 2 : L'exigence de l'ordre public international fonction de l'intensité de la proximité entre le for et le litige, autre pan de la relativité de l'ordre public

103. Caractériser la proximité existant entre une situation juridique et l'Etat du for permet de légitimer l'application de la loi du for. Elle peut être directement désignée comme compétente dans le cadre des méthodes de conflit modernes, ou être substituée à la loi étrangère contraire à l'ordre public suite à l'intervention de la traditionnelle exception, mais dans tous les cas, la loi du for doit entretenir des liens étroits avec l'affaire qu'elle régit. En effet, la simple contrariété d'une loi étrangère à l'ordre public international ne peut à elle seule suffire à justifier

le refus d'appliquer cette loi. **Une loi n'est jamais en soi contraire à l'ordre public du for**, elle ne l'est que en fonction d'un contexte. C'est pourquoi le juge apprécie *in concreto* le litige au moment où intervient le jeu de l'exception d'ordre public. Il faut que la contrariété ait un impact direct sur l'ordre public : un lien spatial doit exister entre le litige et le for¹²⁴. Il est entendu que cette exigence est la même en matière de reconnaissance d'une décision étrangère. La saisie du juge ne peut être un critère suffisant pour considérer qu'il y a une véritable proximité. Il faut que l'ordre juridique soit réellement affecté par la contrariété de la loi ou de la décision étrangère à l'ordre public. En effet, dans l'hypothèse inverse, quelle légitimité l'Etat du for aurait-il à écarter une loi ou une décision étrangère au motif que les principes fondamentaux de sa société sont heurtés si, précisément, la situation n'entretient aucun lien avec le for ? Il n'en aurait pas, c'est bien pour cela que la réactivité de l'ordre public est directement liée à la proximité entre le for et le litige.

104. L'exigence de l'ordre public n'est pas la même selon que la situation entretient avec le for des liens plus ou moins étroits. On a pu s'étonner dans l'arrêt français *De Pedro* de 1981 (Cf. *supra* n°94) du fait que la Cour de cassation écarte une loi étrangère prohibant le divorce au motif que son application heurtait l'ordre public du for, tandis qu'il semblait pourtant à cette époque que l'ordre public international français ne s'opposait qu'aux lois empêchant tout relâchement du lien conjugal, or la loi espagnole autorisait la séparation de corps. Cependant Nathalie Joubert explique dans sa thèse que la décision de la Cour de cassation peut s'expliquer en raison de l'importante proximité de la femme avec l'ordre juridique français. La demanderesse était en effet française et domiciliée en France, le double rattachement augmenterait l'exigence de l'ordre public. Ainsi si l'un des deux critères de nationalité et de domicile fait défaut, il semble qu'une loi prohibant le divorce ne soit pas écartée car elle ne serait pas en soi contraire à l'ordre public international français dès lors qu'elle permet un relâchement du lien conjugal. Cependant si les deux critères sont bien remplis, alors la prohibition du divorce devient inacceptable pour le for¹²⁵. Remy Libchaber fait une remarque qu'il est pertinent de relever ici : il explique que l'appréciation de la proximité ne permet pas seulement de décider d'appliquer ou non l'ordre public au litige en fonction du degré de proximité constaté avec le for. Il rappelle en effet que l'effet atténué joue déjà ce rôle en droit

¹²⁴ Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé, Domat droit privé*, Montchrétien, 9^e ed., p.150 et s., 2007.

¹²⁵ Nathalie Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse publiée chez Litec, LexisNexis, 2007, p.213.

international privé français. L'ordre public de proximité permet **d'appréhender différemment les contours de l'ordre public à l'encontre d'une même loi étrangère** selon qu'il s'agit de protéger le for (demande une grande proximité entre le for et le litige) ou bien de garantir le respect international de valeurs considérées par le for comme essentielles (un simple lien pourrait alors justifier l'application de l'ordre public)¹²⁶. L'ordre public est relatif, dépendant des liens que la situation entretient avec l'ordre juridique qu'il entend encadrer et protéger.

105. Le droit américain s'attache à la même idée de proximité pour légitimer l'application de la loi du for sur le fondement de l'ordre public suite à l'éviction d'une loi étrangère. Les auteurs et la jurisprudence s'accordent pour dire que la réaction de l'ordre public international doit dépendre de l'importance des points de contact du litige avec le for. Le fondement de l'ordre public ne peut être pertinent qu'en cas de proximité importante avec la situation litigieuse. La philosophe juridique Martha Nussbaum, professeure à l'université de droit de Chicago, écrivait qu'une loi en elle-même contraire à l'ordre public du for devait pour autant être appliquée si cette application n'avait aucune répercussion sur le for. Dès lors que la reconnaissance d'une décision étrangère ou l'application d'une loi étrangère ne produit aucun effet néfaste sur le for, les juges ne sont pas légitimes à la refuser. Seule une **atteinte concrète** à l'ordre juridique du for peut justifier l'éviction ou le refus de reconnaissance. L'atteinte sera appréciée en fonction des liens (des « *contacts* ») existant entre le litige et le for. Cette doctrine est celle de la **relativité de l'ordre public** (« *relativity of public policy* »). Nussbaum affirme que les juridictions du monde entier sont en accord avec ce principe de relativité¹²⁷. Les professeurs Paulsen et Sovern prônent également la nécessité fondamentale des liens de proximité qui doivent exister entre la situation litigieuse et le for pour que les cours mettent en œuvre l'exception d'ordre public international. Ils défendent le fait que l'exception d'ordre public international ne doit pas servir de parade (de « *gimmick* » Cf. *supra* n°87) aux juges souhaitant simplement voir appliquer leur propre loi à l'affaire en cause. Pour chaque cas, les juges ont le devoir de s'interroger *in concreto* sur le sens dans lequel ils utilisent l'exception.

¹²⁶ Remy Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *L'ordre public à la fin du XXème siècle, Thèmes et commentaires*, Dalloz, 1996, p.73.

¹²⁷ Martha Nussbaum, *Public policy and the political crisis in the Conflict of Laws*, 49 Yale L.J. 1027, 1940. Cité par David P. Currie, Herma Hill Kay, Larry Kramer and Kermit Roosevelt dans *Conflict of laws, cases-comments-questions*, American Casebook series, Thomson West, 7th ed., 2006, p.76.

Son application se fait en fonction d'un contexte, et de l'appréciation de la proximité avec le for¹²⁸.

106. Pour illustrer la manifestation de la notion de proximité au sein des méthodes de conflit modernes prenons l'exemple de l'arrêt *Pearson v. Northeast Airlines, Inc.* Les faits ressemblent beaucoup à ceux de l'affaire *Kilberg*. En l'espèce un homme new-yorkais meurt d'un accident d'avion d'une compagnie du Massachussetts. L'avion s'est écrasé sur l'île de Nantucket, territoire du Massachussetts. La veuve de la victime intente une action en réparation au nom de son mari. En première instance les juges ont limité la réparation à 15 000 \$, en application du *Wrongful death Act* du Massachussetts compétant en tant que loi du lieu du délit, qui interdit de délivrer des dommages-intérêts supérieurs. Cependant la Cour d'appel de New-York écarte la loi du Massachussetts concernant la disposition sur la limitation de la réparation en se fondant sur l'ordre public du for. Le juge McGohey décide, en se référant notamment à *Kilberg*, que la limitation du *Wrongful death Act* ne peut être appliquée à un citoyen new-yorkais, la réparation doit être calculée en fonction des standards prévus par le droit new-yorkais. Le juge applique donc la loi de New-York pour régler le montant de la réparation de la victime. La loi de New-York est appliquée en raison de sa proximité avec la situation, sur le fondement de son ordre public. Si la victime n'était pas de nationalité new-yorkaise et domiciliée à New-York l'ordre public du for n'aurait pas eu la même légitimité à réagir à l'encontre de la loi du Massachussetts¹²⁹. La proximité liée à l'ordre public joue le même rôle au sein des méthodes modernes qu'avec la méthode traditionnelle. Les juges apprécient simplement la proximité dès le moment du choix de la loi applicable et pas suite à l'application d'une loi étrangère qui heurte l'ordre public du for.

107. Les pouvoirs d'apprécier la proximité et d'estimer l'atteinte à l'ordre public du for appartiennent souverainement aux juges. Aucun « garde-fou » n'existe pour les contraindre à ne pas abuser de l'exception d'ordre public international en l'utilisant comme moyen de voir sa propre loi appliquer, si ce n'est la crainte de l'inefficacité de la décision à l'étranger. Il existe par conséquent quelques débordements, dus à une interprétation trop laxiste de la proximité.

¹²⁸ Paulsen et Sovern, auteurs du célèbre article « *Public policy* » in *the conflict of laws*, 56 Colum.L.Rev. 969, 980-81, 1016, 1956, cité également par David P. Currie, Herma Hill Kay, Larry Kramer et Kermit Roosevelt, dans le même ouvrage que cité précédemment.

¹²⁹ CA New-York, *Pearson v. Northeast Airlines, Inc.*, 309 F. 2d 553 (2d Cir. 1962), 1962 commenté par Eugène F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers et Symeon C. Symeonides, dans *Conflict of Laws*, Hornbook series, Thomson West, 4th ed., p.145.

Section 3 : Les débordements de l'ordre public de proximité quant à la légitimité du for d'écarter une loi étrangère

108. Le juriste allemand Franz Kahn critique les lois dites d'application immédiate sous prétexte qu'elles sont des lois tellement essentielles qu'elles devraient s'appliquer à toute espèce ayant lieu sur le territoire du for. Selon lui, toute loi nécessite que son champs d'application soit précisé et aucune n'est suffisamment impérative pour exiger son application indépendamment de tout lien avec le for¹³⁰. Il est essentiel que les juges restent fidèles à l'objectif de justice lorsqu'ils appliquent une loi étrangère portant atteinte à l'ordre public du for. Si le litige ne concerne pas le for, ils ne doivent pas imposer aux parties la protection de leur ordre public. Outre le fait que cela bousculerait dangereusement la prévision des parties, il n'est absolument pas certain que la loi du for soit une règle de droit adaptée pour régir une situation entièrement étrangère. L'ordre public ne doit jamais se confondre avec les lois d'application immédiate, il n'en est pas une. Contrairement aux lois de police en droit français par exemple, l'ordre public n'a prétention à régir une situation que s'il est concerné et directement contrarié par elle. Les juges savent évidemment cela, mais la tentation est parfois forte de soumettre une partie « faible » à la protection de l'ordre public du for. Il est difficile pour des juges d'avoir un sentiment de justice en appliquant à l'affaire qui leur est soumise une loi contraire aux valeurs de leur ordre public. Mais la justice n'est pas là, elle n'est pas concrètement dans le résultat du litige : dans le cas d'une application de loi étrangère à un litige indépendant du for la justice se manifeste dans le fait de savoir appliquer la loi la plus adaptée et la plus proche de la situation. Sans outrepasser ses pouvoirs légitimes en appliquant la loi du for sur le fondement de l'ordre public.

109. Il est toutefois arrivé, en France comme aux Etats-Unis, que les juges n'aient pas la rigueur requise et utilisent l'ordre public à mauvais escient, c'est-à-dire dans l'objectif de voir la loi du for appliquée là où elle n'a pas réellement lieu de le faire, et non dans l'objectif initial de protéger les personnes rattachées au territoire du for. Commençons par prendre un exemple issu

¹³⁰ Franz Kahn, « *Die Lehre vom ordre public (Prohibitivgesetze)* », cité par Nathalie Joubert dans *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse publiée chez Litec, LexisNexis, 2007, p.163.

des juridictions américaines : l'affaire *Telnikoff v. Matusevitch*¹³¹ jugée par une cour du Maryland en 1997. En l'espèce Vladimir Telnikoff, un journaliste anglais ayant travaillé à la BBC de Londres avant d'aller en Allemagne, a rédigé un article où il critique le mode de recrutement du service russe de la BBC disant qu'elle n'emploie que des personnes issues de minorités de l'empire soviétique. L'article a été publié dans le *Daily Telegraph* de Londres. En réponse à cette critique, Vladimir Matusevitch, un journaliste indépendant américain ayant travaillé plusieurs années en Europe de l'Est avant de s'installer dans le District de Columbia, publie un article dans le *Daily Telegraph* où il accuse Telnikoff de racisme. Telnikoff agit alors en diffamation contre Matusevitch. Les juridictions anglaises finissent par faire droit à sa demande et condamnent Matusevitch à l'indemniser. Il souhaite ensuite faire reconnaître le jugement en diffamation aux Etats-Unis pour que Matusevitch soit poursuivi et la peine effective. La Cour du Maryland est saisie de l'affaire, mais refuse de donner effet à la décision anglaise au motif qu'elle heurte l'ordre public du for. Le jugement rendu en application de la loi anglaise porterait atteinte au principe de protection de la liberté d'expression. En effet la loi du Maryland prévoit une plus grande protection de la liberté d'expression que la loi anglaise. Cependant en l'espèce le Maryland n'avait aucun lien avec la situation litigieuse, si ce n'est d'être l'Etat de la juridiction saisie. Si les juges avaient été soucieux du principe de proximité qui doit normalement conditionner toute manifestation de l'ordre public, la décision anglaise n'aurait pu être écartée. Cette décision est un bon exemple de débordement de la part des juges. Ils imposent aux parties une loi qui n'a pas la légitimité suffisante pour régir l'affaire, cela va à l'encontre du *due process of Law* américain qui empêche d'appliquer une loi sans relation raisonnable avec le litige¹³². Les problèmes soulevés par un tel comportement dépassent le cadre juridique : selon quel motif pertinent un Etat indépendant du litige refuse de donner effet à une décision rendue par un autre Etat, lui-même concerné par le litige ? Au motif que sa loi serait meilleure que la loi compétente ? L'idée que les juges ne partent pas d'un postulat d'égalité entre la loi du for et la loi étrangère est gênante à admettre. Il y a cependant de fortes chances pour que la réponse soit là. Bien qu'il parait naturel que des juges américains soient rebutés par l'obligation de donner effet à une décision restreignant la liberté d'expression, il relevait de leur devoir de constater que si la loi anglaise restreint cette liberté plus que la loi du Maryland, elle

¹³¹ CA Maryland, *Telnikoff v. Matusevitch*, 702 A.2d 230 (Md. 1997), 1997; évoqué par Symeon C. Symeonides dans *American private international Law*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, 2008.

¹³² Eugène F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers and Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, Hornbook series, Thomson West, 4th ed., p. 144 à propos de l'affaire *Home Insurance Co. v. Dick* de 1930.

n'est pas pour autant une loi complètement prohibitive dont l'application justifierait de déclencher instantanément l'exception d'ordre public international. Il était pertinent que le jugement soit rendu sous la loi anglaise, il l'est en revanche beaucoup moins que ce soit l'ordre public du Maryland qui empêche son effectivité.

110. Les juges français sont eux aussi à l'origine de dérives en matière d'exception d'ordre public international, avec parfois une appréciation extrêmement large de la proximité qui unie le for au litige. Nous pourrions donner plusieurs exemples, mais ceci n'aurait rien d'instructif. Contentons nous du criant exemple de l'évolution jurisprudentielle de la Cour de cassation en matière de filiation naturelle. Dans un premier temps la Cour de cassation permet l'application de loi étrangères prohibant l'établissement de la filiation naturelle qui ne seraient pas contraires à l'ordre public international français dès lors qu'elles permettent d'assurer les subsides nécessaires à l'enfant. Ainsi dans un arrêt du 3 novembre 1988¹³³ la Cour applique la loi algérienne prohibant l'établissement de la filiation naturelle en appuyant sa décision sur le seul ordre public alimentaire. La solution est critiquable – et a été critiquée – car elle ne tient absolument pas compte de la proximité entre les parties et la France. En effet la mère, bien qu'algérienne d'origine, avait acquis la nationalité française, le père résidait en France et l'enfant était né en France, donc français. Les liens étaient nombreux et étroits, mais n'ont permis aucune protection de l'enfant par l'ordre public français. Consciente de la nécessité de prendre en compte la proximité, la Cour effectue un revirement de jurisprudence en 1993 avec l'arrêt *Latouz*¹³⁴. En l'espèce une mère tunisienne vivant en France cherche à faire établir la filiation naturelle entre sa fille française née et résidant en France et un père algérien. Cette fois la Cour apprécie la proximité de la situation avec le for pour juger que les lois prohibant l'établissement de la filiation naturelle ne sont pas contraires à l'ordre public international français, à moins qu'elles ne privent « *un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation* ». La Cour de cassation joue de la relativité de l'ordre public, dont elle fait dépendre la réaction de la proximité entretenues entre le for et le litige. Elle continuera pendant des années d'utiliser la formule de l'arrêt *Latouz*, avant d'en supprimer subitement les

¹³³ Civ.1^{ère}, 3 novembre 1988, *Rev. crit. DIP*, 1989, p.495, note J. Foyer, *Journal du droit international*, 1989, p.703, note F. Monéger cité dans Nathalie Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, thèse publiée chez Litec, LexisNexis, 2007, p.245.

¹³⁴¹³⁴ Civ.1^{ère}, 10 février 1993, *Latouz*, *Rev. Crit. DIP.*, op. cit. note J. Foyer, *Journal du droit international*, 1994, p.124, *D.* 1994, 66, note J. Massip, *Deffrénois* 1993, 982, n°86, obs. J. Massip.

éléments essentiels dans un arrêt rendu le 26 octobre 2011¹³⁵. En l'espèce une mère ivoirienne exerce au nom de son fils, né et élevé en France, une action en recherche de paternité naturelle à l'encontre d'un père présumé ivoirien. L'article 311-14 du Code Civil français prévoit que l'établissement de la filiation de l'enfant est soumis à la loi personnelle de la mère au jour de la naissance, il s'agit donc en l'espèce de la loi ivoirienne. Toutefois la Cour reconnaît que la Cour d'appel a écarté à bon droit la loi compétente au nom de l'ordre public international français car la loi ivoirienne lui portait atteinte en interdisant une telle recherche de paternité. Or le pourvoi rappelait que la loi ivoirienne ne prohibe pas la recherche de paternité naturelle en générale, elle ne prohibe que la recherche de paternité des enfants adultérins (article 27 du Code ivoirien de la famille) afin de préserver l'épouse victime de l'adultère et ses enfants légitimes. La Cour de cassation énonce concernant la loi ivoirienne « *qu'en application de celle-ci, l'action en recherche de paternité à l'encontre d'un homme marié est irrecevable, une cour d'appel décide exactement que de telles dispositions sont contraires à l'ordre public international français dès lors qu'elles privent l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle* ». En lisant cet attendu la première réaction est de penser que la Cour a oublié de préciser qu'il s'agissait ici d'une réaction de l'ordre public de proximité qui jouerait à l'égard d'un **enfant français ou résidant en France**. Mais dans un second temps on réalise qu'il est difficile d'admettre que la plus haute juridiction civile française puisse être à l'origine d'un tel « oubli ». De toute évidence le rétrécissement de la formule était délibéré. En l'espèce cependant l'intervention de l'ordre public est bien justifiée par la proximité du litige avec la France. La Cour aurait-elle alors voulu préparer le terrain pour un futur revirement de jurisprudence lui permettant d'appliquer la loi française sur le seul fait qu'elle soit la juridiction saisie ? On le sait, lorsque le for n'est rattaché au litige que parce que ce dernier est soumis à ses juridictions, le lien de proximité n'est pas suffisant. Autrement le problème de proximité ne se poserait pas, chaque juridiction appliquerait sa propre loi aux affaires qu'ils jugent. Le travail des juges en serait bien allégé mais la solution ne serait pas dictée par un impératif de justice, c'est pourquoi elle n'a jamais été retenue. La juridiction française inquiète avec un tel attendu, mais il paraît inimaginable qu'il soit le début d'une série d'arrêts imposant la loi française à des litiges étrangers. Les décisions françaises seraient critiquées et rejetées à l'étranger. Peu importe si le contenu de la loi française paraît plus juste parce qu'elle permet l'établissement de la filiation naturelle, les juges français ne sont pas justiciers du monde et doivent se contenter de protéger les personnes, les situations

¹³⁵ Civ.1^{ère}, 26 octobre 2011, pourvoi n° 09-71.369. Publié sur le site *Dalloz.fr*.

rattachées à leur territoire. D'autant qu'en l'espèce l'interdiction d'établir la filiation naturelle de l'enfant était fondée sur la considération de la vie de famille du père. La loi ivoirienne fait prévaloir la stabilité familiale sur le droit de faire reconnaître sa filiation naturelle. C'est un choix que la France n'a pas à juger en le considérant porteur d'une atteinte au droit de l'enfant. De plus du point de vue de la souveraineté législative des Etats intéressés par les litiges, la France n'a aucune légitimité pour écarter leur loi. Seule la proximité des parties au litige lui donne un tel pouvoir, qu'elle ne doit outrepasser.

111. Si le concept de proximité permet d'appliquer l'ordre public à des situations entretenant des liens plus ou moins étroits avec le for, il existe des cas où les juges admettent au contraire qu'il est nécessaire de paralyser le jeu de l'exception d'ordre public afin de respecter des droits acquis légitimement à l'étranger par les parties. Cette idée est ancienne en droit international privé, beaucoup d'auteurs considèrent que la notion plus récente de proximité est venue ajuster l'équilibre à trouver entre la protection des droits acquis et la protection de l'ordre public lorsque le for est concerné par la situation.

Chapitre 3

–

L'absence volontaire d'intervention de l'ordre public :

La stabilité internationale des situations légitimement acquises à l'étranger

La protection de l'ordre public des Etats ne peut se faire dans le mépris des situations créées légitimement à l'étranger. En droit américain le respect des droits acquis est conceptualisé à travers la *vested rights theory* qui prône une coopération judiciaire internationale en incitant les Etats à donner effets aux situations créées à l'étranger dans le souci d'entretenir des relations courtoises avec les ordres juridiques étrangers (section 1). En droit français, l'idée de protection des droits acquis a été intégrée à l'exception d'ordre public international par la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. L'application de cette dernière permet de paralyser le jeu de l'exception lorsque le for est face à une situation qu'il n'aurait pu consacrer sur son

territoire en raison de sa contrariété à l'ordre public mais qu'il respecte en tant que droit obtenu légitimement à l'étranger (section 2). Toutefois la nouvelle rapidité des déplacements internationaux oblige à plus de mesure que ces doctrines n'en permettent. La distinction entre droits acquis à l'étranger et droits acquis sur le territoire du for est trop catégorique pour être adaptée au contexte international actuel (section 3).

Section 1 : La protection de l'ordre public face à la coordination juridique internationale – la *Vested rights theory*

112. Au-delà des mécanismes juridiques et des règles de droit, les juridictions ne peuvent ignorer la réalité des situations qui leur sont soumises et la stabilité de l'état des personnes concernées. La nécessité de la continuité du statut personnel et familial d'une personne s'est ainsi rapidement imposée aux juges. La considération s'est faite à un double niveau : celui des personnes impliquées dont il faut respecter les droits légitimement acquis dans leur pays, de façon à ce que la traversée d'une frontière ne change pas leurs statuts du tout au tout ; mais également au niveau des Etats, tant de celui ayant fait naître une situation qui entraine dans son champ de compétence, que de l'Etat requis à la reconnaissance. Dans un premier temps, c'est l'intérêt étatique qui a prévalu. Les considérations étaient majoritairement publicistes, tournées vers le souci de respecter les prérogatives souveraines de l'Etat requis tout en laissant les situations nées à l'étranger continuer sur son territoire. La doctrine la plus célèbre – et à long terme la plus influente en Common Law – fut celle des auteurs hollandais du XVII^{ème} siècle qui ont associé à l'idée de la territorialité stricte des lois celle de la *comitas* internationale. L'idée des hollandais était de dire qu'un Etat est entièrement souverain entre ses frontières et libre d'appliquer ses propres lois à ses sujets, c'est-à-dire à toute personne se trouvant sur son territoire. Huber, l'un des grands théoriciens de la doctrine de la *comitas*, admet qu'une loi étrangère ne peut automatiquement avoir d'effet dans un autre pays sans violer sa souveraineté territoriale. Il est cependant conscient qu'il serait néfaste au commerce et aux relations internationales que ce qu'une loi compétente reconnaît comme valide ne soit pas reconnu comme tel dans d'autres Etats. C'est pourquoi il énonce que la souveraineté d'un Etat implique la liberté de celui-ci d'auto-restreindre sa compétence afin de laisser une place sur son territoire à l'application de lois étrangères lorsque celles-ci régissent des situations qu'elles ont

antérieurement constitué¹³⁶. Cette doctrine laisse intacte la souveraineté des Etats, qui ne donnent alors effet à des situations étrangères sur leur territoire que dans une **démarche courtoise** à l'égard des Etats les ayant créées. Les Etats acceptent de ne pas confronter la situation étrangère à leur ordre public afin d'en vérifier la conformité. L'idée est celle d'une coopération internationale entre les Etats, qui ne pouvait que leur être bénéfique à tous. En effet, en ayant la courtoisie de reconnaître des situations constituées dans un autre Etat, les Etats s'assurent que leurs propres décisions soient effectives dans ces Etats.

113. La doctrine de la *comitas* ne connut pas son principal succès aux Pays-Bas mais en Angleterre et aux Etats-Unis lorsqu'à partir du XIX^{ème} siècle des auteurs comme Dicey, Story ou Beale s'en inspirèrent et la développèrent. Ils reprirent tant le principe de territorialité des lois que l'idée de continuité des situations juridiques à l'étranger. C'est progressivement ce dernier point qui attirera l'attention de la doctrine. L'évolution est sans surprise car des considérations publicistes ne pouvaient à elles seules organiser des relations de droit international privé. Les auteurs anglo-américains développent la *Vested rights theory*. Selon cette théorie, un Etat doit reconnaître sur son territoire des droits légitimement acquis à l'étranger. Beale soutient que l'on ne peut pas nier l'existence de situations consacrées à l'étranger et en perturber la stabilité. Un couple marié dans son pays doit être reconnu comme un couple marié s'il déménage à l'étranger, de même pour un couple divorcé si l'un des membres du couple souhaitait se remarier à l'étranger ; peu importe que l'ordre public de l'Etat dans lequel les personnes vivent à présent refuse en principe de telles situations. En effet, si ces situations n'étaient valables qu'entre les frontières d'un seul Etat l'équilibre des droits serait extrêmement précaire. De plus ceci reviendrait à considérer qu'une personne mariée dans son pays est célibataire lorsqu'elle change de pays, et qu'elle pourrait théoriquement cumuler autant de mariages qu'il y a de pays. Les conséquences engendrées seraient absurdes. Cependant Beale insiste sur le fait qu'en reconnaissant des droits acquis à l'étranger, un Etat n'applique pas une loi étrangère mais se contente d'admettre l'existence d'une situation en **la reconnaissant en tant que fait**. C'est pourquoi le for peut ensuite décider de reconnaître ou non les effets qui accompagnent les droits ou obligations reconnus¹³⁷. S'il ne les reconnaît pas, il pourra alors

¹³⁶ Bernard Hanotiau, *Le droit international privé américain, du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws*, L.G.D.J., 1979, p.11 et Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Collection les livres de poche de l'académie de droit international de le Haye, Adi-poche 2011.

¹³⁷ Bernard Hanotiau, *Le droit international privé américain, du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws*, L.G.D.J., 1979, p.11

appliquer sa propre loi pour régir les effets de la situation consacrée à l'étranger. Le cas se présentera généralement lorsque les effets prévus par la loi étrangère sont contraires à l'ordre public international du for, ou illégaux selon ses lois, ou encore lorsqu'un droit a été créé à l'étranger en vue de frauder la loi nationale. La force juridique donnée à la situation reconnue dépend donc de l'appréciation *in concreto* du juge. Beale dissocie très clairement le droit et ses effets.

114. La *Vested Rights theory* a reçu son expression la plus caractéristique dans l'arrêt *Slater v. Mexican National Railroad co.* de 1904¹³⁸. L'affaire est celle d'un ouvrier de chemin de fer texan, employé par une société du Colorado pour travailler sur une voie ferrée allant du Texas à la ville de Mexico. L'ouvrier a été mortellement blessé lorsqu'il travaillait au Mexique suite à une négligence de l'employeur. Sa femme et ses enfants intentent alors une action contre l'employeur afin de recouvrer des dommages-intérêts pour la mort de leur mari et père. Les demandeurs saisissent les juridictions du Texas, eux même étant citoyens et résidents texans. L'obligation est née au Mexique et la loi mexicaine est en principe compétente en tant que *lex loci delicti* pour fixer l'étendue de la réparation. Cependant la loi mexicaine ne prévoit que des dommages-intérêts forfaitaires, pour lesquels les tribunaux texans ne sont pas équipés afin de les mettre en œuvre. La *vested rights theory*, toujours très attachée au principe de territorialité, fait prédominer la loi de la *lex loci delicti* pour être créatrice de droits ou d'obligations dès lors qu'elle est celle en contrôle au moment des événements¹³⁹. En l'espèce le juge débouta les demandeurs puisqu'il ne lui était pas possible de résoudre les dommages-intérêt en vertu de la loi mexicaine.

115. La *vested right theory* devient progressivement une véritable règle de conflit et s'inscrit comme l'une des approches classiques du *choice-of-law*. Dans le cas d'une situation consacrée à l'étranger, la loi applicable est celle qui lui a donné naissance. On ne regarde pas les règles de conflit du for, seule celle-ci joue. L'ordre public de l'Etat requis ne saurait être heurté par la simple reconnaissance d'une situation étrangère puisque celle-ci n'entre pas dans son champ d'application. Elle existe en application d'une loi étrangère, le for ne fait qu'admettre son existence. Cependant on l'a vu, l'ordre public pourrait être contrarié par les effets prévus par la

¹³⁸ Idem mais p. 165

¹³⁹ Goodrich, "tort obligations and the conflict of laws", 73 U. Pa. L. Rev., 19, 1924 cité par Bernard Hanotiau, *Le droit international privé américain, du premier au second Restatement of the Law, Conflict of Laws*, L.G.D.J., 1979.

loi étrangère pour le droit ou l'obligation reconnu. C'est pourquoi à ce stade de la reconnaissance l'exception d'ordre public international peut jouer et écarter l'application de la loi étrangère afin de lui substituer la loi du for. Il est toutefois essentiel que l'ordre public ne réagisse pas trop tôt, de sorte à préserver au mieux la stabilité de l'état des personnes et des relations. Pierre Mayer est réaliste quand à cette nécessité et à l'impossibilité pour les Etats de faire aveuglément valoir leur propre souveraineté juridique et leurs lois sans prise en compte des ordres juridiques voisins. Il sera plus précis de reprendre sa formule que de le paraphraser : « *Le droit international privé vise à organiser la coexistence, sur le terrain du droit privé, d'ordres juridiques qui ne reposent pas toujours sur les mêmes règles. Il ne peut remplir sa mission sans un certain sens de la relativité* »¹⁴⁰. La relativité dont il parle est omniprésente tout au long de cette étude. Le droit international privé, et plus encore l'ordre public, ne sauraient être appréhendés intelligemment sans un certain sens de la mesure que les Etats sont forcés d'intégrer lorsqu'ils sont confrontés à des situations empruntes d'éléments d'extranéité. L'importance de la doctrine de la *Vested Rights theory* n'a d'ailleurs pas échappé aux juristes européens, qui sans en reprendre les termes exactes, se la sont appropriée.

Section 2 : L'effet atténué de l'ordre public développé en droit français pour la reconnaissance des droits acquis

116. Les juristes français ont regardé de près la *vested rights theory* endoctrinée par les auteurs anglo-américains mais ne l'ont jamais intégré à l'identique dans leur droit. Seule l'idée du respect des droits acquis à l'étranger leur semblait attractive, mais les Français n'ont pas voulu faire de cette préoccupation un fondement des conflits de lois et de l'application de la loi étrangère comme c'était devenu le cas en Common Law. Le respect des droits acquis à l'étranger fût appréhendé en droit français comme une solution complémentaire aux règles de conflit. C'est-à-dire comme une sorte de dérogation permise dans le cas où une situation est déjà consacrée à l'étranger, peu importe qu'elle le soit en vertu de la loi désignée par les règles de conflit françaises. La doctrine des droits acquis absorbe le conflit de lois en droit français. Si elle

¹⁴⁰ Pierre Mayer, « Le droit au procès équitable et conflit de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, 1996, p. 125 et s. spéc. n°12 cité par Bertrand Ancel et Yves Lequette dans *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Grands arrêts, Dalloz, 5^{ème} ed., 2006.

joue, on ne se réfère pas aux règles de conflit du for. Antoine Pillet a beaucoup contribué à cette évolution en droit français. Il a cependant eu du mal à se détacher pleinement des considérations publicistes qui dirigeaient la pensée de la *vested rights theory* et a tenté de trouver dans le droit international privé une justification au devoir des Etats de reconnaître des droits acquis à l'étranger. Il a fallu attendre J-P Niboyet pour que les droits définitivement acquis à l'étranger soient perçus comme un pur aspect de droit international privé dont le problème serait d'assurer l'efficacité internationale¹⁴¹. Le regard est alors tourné vers le droit des personnes ayant légitimement acquis des droits définitifs d'avoir une situation stable et effective, et non plus vers le souci de la souveraineté des Etats. Niboyet insiste sur le fait que les Etats doivent faire de cette reconnaissance une obligation morale, héritage direct de la *comitas* internationale. Selon la doctrine de la *comitas* les Etats devaient reconnaître les décisions étrangères consacrant des droits ou obligations par courtoisie les uns à l'égard des autres, tandis que l'obligation morale qu'évoque Niboyet serait plutôt celle de s'inquiéter de la réalité concrète des situations consacrées à l'étranger et de respecter la sécurité juridique des parties.

117. La doctrine des droits acquis s'applique en droit français par le biais de la méthode de **l'effet atténué de l'ordre public**, qui ne joue qu'en matière de reconnaissance des décisions étrangères. Ce mécanisme permet de reconnaître sur le territoire français des situations légitimement acquises à l'étranger, qui n'auraient pu être constituées sur le territoire français en raison de leur contrariété à l'ordre public. En effet lorsque la situation est déjà consacrée à l'étranger la proximité avec le for est moins forte que s'il s'agissait de créer sur le territoire une situation identique. Le for est moins impliqué et l'atteinte à son ordre public plus légère. Il est ainsi raisonnable que l'ordre public n'ait pas une réaction aussi intense à l'égard de situations consacrées à l'étranger qu'à l'égard de celles créées sur le territoire du for. La grande distinction entre droits acquis et droits à acquérir fut érigée par Pillet et Niboyet. Elle devint une directive générale pour contrôler l'intensité de l'ordre public¹⁴². L'effet atténué de l'ordre public a l'intérêt d'empêcher la réaction de l'ordre public face à des situations acquises à l'étranger qui lui contreviennent. L'ordre public s'efface afin de **crystalliser des situations préexistantes**. L'appellation d'effet atténué est trompeuse : **l'ordre public n'est pas atténué, mais complètement paralysé**. Cette technique est toutefois un aspect de l'exception d'ordre public

¹⁴¹ Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Collection les livres de poche de l'académie de droit international de la Haye, Adi-poche 2011.

¹⁴² Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Grands arrêts, Dalloz, 5^{ème} ed., 2006, p.241.

international puisque, bien qu'il permette la reconnaissance de situations que l'exception d'ordre public international a vocation à empêcher, il laisse la possibilité aux juges de ne pas admettre les effets prévus par la loi étrangère dans le cas où ils porteraient une trop grande atteinte à l'ordre public du for. Les effets sont ainsi paralysés par l'exception d'ordre public international et la loi du for est substituée à la loi étrangère pour régir la situation¹⁴³. Cependant la substitution doit être strictement limitée aux effets pour que l'effet atténué garde tout son sens. L'exception ne doit pas s'opposer à la décision étrangère qui doit rester constituée en vertu de la loi étrangère qui l'a fait naître.

118. En droit français l'effet atténué a connu sa première expression la plus explicite dans l'arrêt *Rivière* de la Cour de cassation en 1953. En l'espèce une femme russe nationalisée française a épousé en France un russe non nationalisé. Les époux s'installèrent en Equateur où ils obtinrent deux ans après leur mariage la dissolution de leur union par une décision de consentement mutuelle. La femme quitta alors l'Equateur pour le Maroc où elle épousa peu d'années après un Français, sieur Rivière, dont elle souhaita également divorcer six ans plus tard. L'épouse saisit le tribunal de Casablanca (encore français à l'époque) mais son mari, cherchant à éviter le paiement d'une importante pension alimentaire, soutint que leur mariage était en fait nul car le premier mariage de la femme n'aurait pas été valablement dissout, la décision équatorienne de consentement mutuelle ne pouvant être reconnue en France. Le problème qui s'est alors posé devant les juridictions françaises fut celui de savoir quels effets la décision prononcée en Equateur pouvait produire en France. La question était de savoir quelle loi était applicable au divorce puis de déterminer si une décision de consentement mutuel était en conformité avec l'ordre public international français. L'affaire remonta jusqu'à la Cour de cassation qui désigna la loi du domicile commun des époux comme applicable pour régir le divorce. De plus, et c'est précisément ce point qui nous intéresse, elle affirma dans un attendu sans équivoque que : « *La réaction à l'encontre 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* »¹⁴⁴. Cette expression consacre la définition de l'effet atténué de l'ordre public bien que

¹⁴³ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^{ème} ed., 2004.

¹⁴⁴ Civ.1^{ère}. 17 avril 1953, *Rivière*, Bertrand Ancel et Yves Lequette, *GADIP* n°26, Dalloz, 5^{ème} ed., 2006, p.233.

celui-ci ait déjà été évoqué par la Cour de cassation longtemps auparavant dans l'arrêt *Bulkley* du 28 février 1860¹⁴⁵. Il s'y manifestait toutefois moins clairement, c'est pourquoi l'arrêt Rivière reste aujourd'hui l'arrêt de référence en matière d'effet atténué, dont la Cour reprendra la formule à plusieurs reprises. Tout comme en matière d'exception d'ordre public international, l'effet atténué ne fait l'objet d'aucune systématisation. Son application est appréciée *in concreto* par les juges qui ont pour seule directive celle de s'assurer que les droits concernés sont bien acquis sans fraude à l'étranger. L'effet atténué a connu un important succès en droit international privé mais il fut rapidement critiqué par la doctrine et remplacé en pratique par l'ordre public de proximité qui apparaissait plus maniable pour les juges confrontés à des situations internationales.

Section 3 : L'inadaptabilité d'une distinction entre droits acquis à l'étranger et droits acquis sur le territoire du for dans le contexte international actuel

119. Aujourd'hui l'effet atténué et la *vested rights theory* ont perdu de leur force en droit international privé. Leur influence est toujours vive et on s'attend encore à les voir intervenir lorsque l'affaire y est propice, mais ces doctrines ont vieilli et sont devenues inadaptées au droit international privé actuel. L'idée du respect des droits légitimement acquis à l'étranger qui appartient à la *vested rights theory* reste un fondement essentiel du droit international privé, mais son penchant publiciste ne correspond plus à la conception actuelle du droit international privé. Les auteurs et praticiens parviennent aujourd'hui à se concentrer principalement sur les intérêts des parties et non plus sur ceux des Etats dont l'ordre juridique serait concerné. L'effet atténué est quant à lui dépassé par la nouvelle facilité des déplacements internationaux qui rend dérisoire une distinction fondée sur le lieu de création des droits. Rémy Libchaber affirme qu'il est « de moins en moins convaincant » d'utiliser l'effet atténué comme mode d'intervention de l'ordre public, en opposition à l'effet plein du même ordre public. Il critique le manque de nuance de cette « prétendue variabilité de l'ordre public » en expliquant qu'elle est en fait un passage du tout au rien en fonction de si la situation est consacrée par le for ou à l'étranger. Aujourd'hui la rapidité des déplacements est telle qu'un tel mécanisme ne permet plus de

¹⁴⁵ GADIP n°4, Dalloz, 5^{ème} ed., 2006.

répondre aux objectifs de protection du for qui sont normalement ceux de l'ordre public¹⁴⁶. Il est aujourd'hui trop facile de faire consacrer des droits à l'étranger pour qu'il soit pertinent de paralyser la réaction l'ordre public dès qu'on en demande la reconnaissance. Nathalie Joubert remarque que la rigidité de l'effet atténué concernant la détermination des liens entre le for et la situation – soit elle est constituée sur le territoire et l'ordre public joue, soit elle est constituée à l'étranger et elle doit être reconnue – n'est pas adaptée à une bonne appréciation de la contrariété de l'ordre public puisqu'il n'est pas rare aujourd'hui qu'une situation soit créée à l'étranger alors qu'elle présente de nombreux liens avec le for. L'effet atténué ne permet pas d'apprécier des liens significatifs avec le for dès lors que la situation est née à l'étranger. L'utilisation respectueuse de l'effet atténué risquerait d'entraîner l'existence sur le territoire français de nombreuses situations en contradiction avec l'ordre public du for. Les valeurs protégées par la société française seraient bafouées, or un tel résultat serait à l'opposé de celui recherché par l'exception d'ordre public international. Libchaber et Joubert sont loin d'être les seuls à émettre des critiques à l'égard de l'effet atténué, Bertrand Ancel et Yves Lequette s'accordent également pour dire que « *la corrélation espace-temps sur laquelle repose la théorie de l'effet atténué de l'ordre public a perdu une bonne part de sa pertinence en raison de la facilité actuelle des déplacements et de la quasi-ubiquité qu'elle confère aux individus* »¹⁴⁷.

120. Les critiques sont apparues en grande partie suite à l'observation d'un phénomène subi par l'ordre juridique français : la fraude à l'application de la loi du for engendrées par la manipulation de l'effet atténué de l'ordre public. En effet jusqu'à la fin du XXème siècle de nombreux maghrébins résidant en France et ayant souvent la double nationalité ont profité de la faiblesse du mécanisme pour rentrer brièvement dans leur pays d'origine afin d'y créer des situations qu'ils n'auraient pu constituer en France – telles que la polygamie et la répudiation pour prendre les exemples les plus problématiques – et revenir en s'en prévalant au nom de l'effet atténué de l'ordre public. Selon un intitulé assez explicite, cette fraude est dite « fraude à l'intensité de l'ordre public ». Des personnes qui auraient dû se voir opposer l'effet plein de l'ordre public international vont en fait bénéficier de sa paralysie par l'effet atténué pour faire consacrer leurs situations contraires à l'ordre public sur le territoire français. C'est ainsi que plusieurs répudiations musulmanes prononcées en Algérie ou au Maroc à la demande de

¹⁴⁶ Rémy Libchaber, « l'exception d'ordre public en droit international privé », *L'ordre public à la fin du XXème siècle, Thèmes et commentaires*, Dalloz, 1996, p. 72.

¹⁴⁷ Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Grands arrêts, Dalloz, 5^{ème} ed., 2006, p.243.

résidents français ont été reconnues en France alors qu'un tel mode de dissolution du mariage était complètement prohibé par l'ordre public français lorsqu'il s'agissait de le consacrer sur son territoire¹⁴⁸.

121. Si les juges peuvent limiter leur utilisation de l'effet atténué de l'ordre public tout en respectant les droits acquis à l'étranger - telle que l'idée était pensée à l'époque de la *vested rights theory* - c'est que celui-ci a été largement remplacé par l'ordre public de proximité. On l'a vu ce mécanisme permet une meilleure mesure de la proximité réelle entretenue entre le litige et le for. Il n'est pas seulement regardé si la situation est consacrée à l'étranger ou par le for, tous les éléments de rattachement au for sont pris en compte et l'intensité de l'ordre public est adaptée à la proximité évaluée. Les juges américains et français sont aujourd'hui très attachés à l'élément de proximité qui s'avère être le plus pertinent, et c'est lui qui doit être retenu comme étant rattaché à l'ordre public international actuel. Cependant il était cohérent de terminer cette étude par l'analyse de l'effet atténué et de la *vested rights theory* car leur influence fut conséquente en droit international privé français et américain. De plus ces doctrines vivent toujours, bien qu'elles ne puissent plus se prévaloir de leur importance d'antan.

¹⁴⁸ Jerca Kramberger Skerl, *L'ordre public international dans la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers, étude comparée : Slovénie, France, Union Européenne*, Thèse publiée par l'université de Poitiers, 2008, p.225.

CONCLUSION

122. Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières qualifiaient la méthode conflictuelle classique de « véritable jardin « à la française » avec les allées bien droites que constituent les catégories de rattachement et les qualifications, les règles normales de rattachement et les correctifs qui y sont apportés, la distinction de la création des droits et de l'effet international des droits acquis »¹⁴⁹. L'exception d'ordre public international est l'un de ces correctifs apportés à la règle de conflit traditionnelle et utilisé en droit français. Elle trouve sa place dans ce « jardin à la française », où elle s'impose comme l'unique moyen d'éviter l'application d'une loi étrangère ou la reconnaissance d'une décision étrangère qui contreviendrait à l'ordre public du for. Sa nature correctrice qui ne la fait intervenir qu'à un second plan du raisonnement conflictuel peut gêner car pointer une imperfection de la règle de conflit employée. C'est en partie ce qui a poussé la doctrine américaine à établir des méthodes de conflit plus souples et subjectives, permettant de prendre en compte l'ordre public dès le moment de désignation de la loi applicable. Ainsi, un correctif ne serait plus nécessaire.

123. Abordé comme cela, les Américains semblent avoir trouvé la solution en réformant la règle de conflit elle-même. On peut s'interroger sur la destinée de ces méthodes modernes ouvertes. Au regard de la protection de l'ordre public, la *proper Law* est-elle à même de concurrencer ou d'éclipser la règle de conflit traditionnelle ?

La concurrencer, certainement, elle le fait déjà. Les juridictions américaines utilisant encore l'exception d'ordre public international sont aujourd'hui rares, et en principe issues d'Etats toujours rattachés à la règle de conflit traditionnelle ; or un Etat ne laisserait jamais son ordre public sans défense face à l'application d'une loi étrangère qui le heurterait : les méthodes modernes assurent donc ce rôle, en concurrence de l'exception d'ordre public.

L'éclipser, cela est moins certain. Peut-être est-il trop tôt pour le dire – les méthodes conflictuelles modernes n'ont qu'une cinquantaine d'années – mais il serait surprenant qu'une méthode aussi souple que la *proper Law* deviennent la règle général en droit international privé

¹⁴⁹ Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^{ème} ed., 2004

français. On la retrouve toutefois dans trois matières au niveau du droit de l'Union Européenne, et donc indirectement en droit français : en matière contractuelle, en matière de régime matrimoniaux et en matière de responsabilité civile. Ainsi les méthodes modernes gagnent du terrain en territoire civiliste. Le droit français ne l'a cependant encore jamais consacré dans son droit interne. Les méthodes américaines séduisent en permettant de poursuivre, dès le début du processus conflictuel, une justice matérielle. Cette justice matérielle est justement celle que vise l'exception d'ordre public international, laquelle provoque un contraste saisissant avec la neutralité et l'objectivité de la règle qu'elle vient corriger.

124. Chaque système a trouvé le moyen de protéger l'ordre public qui lui correspondait. Le système légal français joue de l'exception d'ordre public international suite à l'application de la traditionnelle règle de conflit, tandis que le système jurisprudentiel américain privilégie les méthodes modernes qui permettent d'inclure l'ordre public parmi les critères influençant le choix du juge. Si ces méthodes divergent, c'est qu'elles correspondent à deux conceptions de la justice et du jugement. Au final, elles se confrontent aux mêmes enjeux : protéger l'ordre public du for face aux effets du droit étranger sur son territoire tout en assurant le respect dû au droit étranger lorsqu'il est compétent. L'exception d'ordre public international s'est adaptée par le biais de l'ordre public de proximité tandis que les méthodes modernes ont en elles la souplesse nécessaire au contexte international actuel. Le temps seul dira si les méthodes de la *proper Law* évinceront totalement la méthode traditionnelle, mais cet effacement semble aussi peu probable que l'hypothèse de voir un jour les systèmes de droit jurisprudentiel évincer entièrement ceux de droit civiliste. Cette étude comparative a permis de relativiser l'importance de l'exception. Elle est indispensable lorsque la méthode traditionnelle s'applique mais elle n'est pas l'unique moyen efficace de protéger l'ordre public.

125. La protection de l'ordre public est une préoccupation majeure des Etats qu'ils ne négligeront pas. Si, pour qu'elle soit assurée, chaque ordre juridique doit trouver la méthode qui lui est adaptée, il est bon qu'il en existe plusieurs. L'exception d'ordre public international et les méthodes de conflit modernes peuvent alors cohabiter, et répondre ensemble à l'objectif commun de protection de l'ordre public du for.

BIBLIOGRAPHIE

I) Ouvrages en langue française

- En droit français

Pierre Mayer et Vincent Heuzé, *Droit international privé*, Domat droit privé, Montchrétien, 9^{ème} ed., 2007 et 10^{ème} édition, 2010.

Yvon Loussouarn, Pierre Bourel et Pascal de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Précis Dalloz, Dalloz, 8^{ème} ed., 2004.

Bernard Audit, *Droit international privé*, Corpus droit privé, Economica, 6^{ème} ed., 2010.

Bertrand Ancel et Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, Grands arrêts, Dalloz, 5^{ème} ed., 2006.

Henri Batiffol, *Aspects philosophique du droit international privé*, Dalloz, 2002.

Andréas Bucher, *La dimension sociale du droit international privé, Cours général*, Les livres de poche de l'académie de droit international de La Haye, Adi-poche, 2011.

Jerca Kramberger Skerl, *L'ordre public international dans la reconnaissance et l'exécution des jugements étranger, étude comparée : Slovénie, France, Union Européenne*, Thèse publiée par l'université de Poitier, 2008.

Nathalie Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, LexisNexis, Litec, 2007.

Rémy Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle, Thèmes et Commentaires*, Dalloz, 1996.

Léna Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », in *Travaux du comité français de droit international privé*, A. Pedone, 2009.

- En droit américain

Bernard Hanotiau, *Le droit international privé américain, du premier au second Restatement of the law, Conflict of Laws*, L.G.D.J., 1979.

Alain Levasseur, *Le droit des Etats-Unis*, Précis Dalloz, Dalloz, 2^{ème} ed., 1994.

Pierre Wigny et W.J. Brockelbank sous la direction de J.P. Niboyet, traducteurs de *L'exposé du droit international privé américain, présenté sous la forme de code par l'American Law Institut*, Librairie du recueil Sirey, 1937.

II) Ouvrages en langue anglaise

Symeon C. Symeonides, *American Private International Law*, Kluwer Law International, Wolters Kluwer, 2008.

Symeon C. Symeonides and Wendy Collins Perdue, *Conflicts of Laws : American, comparative, international, Cases and materials*, American Casebook Series, West, 3rd ed., 2012.

David P. Currie, Herma Hill Kay, Larry Kramer and Kermit Roosevelt, *Conflict of Laws, cases-comments-questions*, American Casebook Series, Thomson West, 7th ed., 2006.

Robert A. Leflar, Luther L. McDougal III and Robert L. Felix, *Cases and Materials on American Conflict Law*, Contemporary legal education series, The Michie Company Law Publishers, 1982.

Eugene F. Scoles, Peter Hay, Patrick J. Borchers et Symeon C. Symeonides, *Conflict of Laws*, Hornbook Series, Thomson West, 3rd ed., 2000 and 4th ed., 2004.

David D. Siegel, *Conflicts*, West Nutshell series, West publishing co., 2nd ed., 1994.

Peter Hay, *Conflict of Laws*, Black Letter series, West group, 3rd ed., 2000.

