

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit International Privé et du Commerce
International**

Dirigé par Monsieur le Professeur Louis d'AVOUT

2023

***L'exception d'ordre public dans les
contrats internationaux***

Auteur

Antoine DAHER

Sous la direction de Madame le Professeur Sabine CORNELOUP

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Louis d'Avout, pour avoir accepté de m'intégrer dans le Master qu'il dirige avec une passion sans égal. Ce parcours s'avéra riche en rencontres, découvertes et enseignements.

Je souhaite remercier Madame le Professeur Sabine Corneloup, pour avoir accepté d'encadrer ce mémoire, pour ses conseils précieux et pour sa bienveillance.

Je souhaite également remercier tous les enseignants qui m'ont inspiré et qui ont insufflé mes rêves. En particulier Madame le Professeur Léna Gannagé, dont le soutien invétéré ne connaît pas de frontières.

Je tiens à remercier enfin ceux qui m'ont formé à l'école de la vie, mes parents, par lesquels je me définis aux yeux du monde, et mes frères et sœurs, Kim, Alexandre et Théo.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE 1- LE RÉTRECISSEMENT DU DOMAINE DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC SOUS L'EFFET DU PLURALISME DES MÉTHODES

Chapitre 1- Une présentation générale du mécanisme d'exception d'ordre public

Section 1- La définition du mécanisme

Section 2- La mise en œuvre du mécanisme

Section 3- Les effets du mécanisme

Chapitre 2- La rareté de l'exception d'ordre public sous l'effet du foisonnement des procédés concurrents

Section 1- La spécialisation matérielle de la règle de conflit de lois

Section 2- La méthode concurrente des lois de police

PARTIE 2- L'ÉLARGISSEMENT DU CONTENU DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC SOUS L'EFFET DE SA DÉNATIONALISATION

Chapitre 1- La dénationalisation de l'exception d'ordre public par sa source

Section 1- Les sources conventionnelles

Section 2- Les sources non-conventionnelles

Section 3- Les sources transnationales

Chapitre 2- La mise en œuvre de l'exception d'ordre public : raisonnements déconcertants

Section 1- En matière de dommages-intérêts punitifs

Section 2- En matière de contrat individuel de travail

Section 3- En matière de contrôle étatique des sentences arbitrales

CONCLUSION

INTRODUCTION

C'est « l'enfant terrible » du droit international privé, disait Charalambos Fragistas lorsqu'il évoquait l'ordre public international. Un enfant terrible, au sens figuré du terme, n'est autre qu'un insoumis ; celui qui refuse de se soumettre aux conventions établies et qui tend, inlassablement, à redéfinir le mouvement auquel il a été assigné. Il y a bien l'idée d'une contestation dans ce qu'a pu incarner l'ordre public international jusqu'à présent. D'abord, une contestation simplement fonctionnelle qui se retrouve assez lisiblement dans son effet négatif d'éviction de la norme étrangère. Ensuite, une contestation intrinsèquement temporelle, parce que l'ordre public est fonction du temps. Son contenu varie, il s'adapte, il est mouvant. Il peut, à un moment précis, exprimer une conception solidement ancrée dans les mœurs, sauf qu'inopinément, il se présentera comme la brèche fragile mais souvent clairvoyante du changement.

Il y a près de cinq décennies, à l'occasion d'une Communication au Comité français de droit international privé, Phocion Francescakis posait la question suivante : « *Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ?* »¹. Il répondait d'emblée par un constat chargé de sens ; « *en fait, s'il y a quelque chose de nouveau à dire à propos de l'ordre public, disait-il, il ne le concerne pas en propre mais il intéresse le droit international privé dans son ensemble, dans lequel il s'insère* »². Si l'on en croit Francescakis, ce serait moins la notion elle-même qui serait à l'origine de son altération, mais plutôt l'environnement dans lequel elle s'inscrit. Cet environnement aurait une influence telle sur la notion qu'il en altérerait aussi bien le contenu que les fonctions. La complexité perpétuelle de l'ordre public international réitère avec d'autant plus d'acuité la question que posait Francescakis. Y a-t-il *encore* du nouveau en matière d'ordre public ? A cela, nous répondons par l'affirmative, parce qu'il y aura toujours du nouveau en la matière.

L'analyse ponctuelle à laquelle nous nous livrons ne permet pas de rendre compte de la multiplicité des aspects d'une telle notion, encore moins de ses différentes modalités d'intervention ou de l'ensemble de ses attributs. Cette analyse a pour objet l'exception d'ordre

¹ P. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public? », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 27-30e année, 1966-1969. 1970. pp. 149-178.

² *Ibid.*, p. 149.

public³ dans le domaine circonscrit des contrats internationaux. C'est dans ce domaine, en effet, qu'elle se présente aujourd'hui comme une curiosité. On peut légitimement se demander si l'affirmation d'après laquelle l'exception d'ordre public appartient à la théorie générale du droit international privé est encore avérée dans une matière qui côtoie de si près l'internationalité mais qui, méthodologiquement, bafoue de plus en plus les rouages classiques de la discipline.

Il est vrai que la pensée internationaliste française avait déjà anticipé les manifestations protéiformes de l'exception d'ordre public, en reconnaissant à celle-ci une ambiguïté fonctionnelle⁴. Il reste que l'on ne saurait faire abstraction du fait qu'en matière de contrats internationaux, cette ambiguïté se trouve exacerbée et qu'elle transparaît aussi bien dans la rareté symptomatique de l'exception que dans sa mise en œuvre restrictive et surtout, sous des traits particulièrement déconcertants aux yeux de l'internationaliste. De plus, bien que les difficultés relatives à l'exception d'ordre public ne soient pas propres à la matière des contrats internationaux, il va sans dire qu'elles résultent, à titre plus spécifique, du clivage qui oppose les principes d'autonomie de la volonté et d'ordre public⁵, lequel, pour sa part, est propre à la matière contractuelle. Il importe alors d'observer les particularités de l'exception d'ordre public sous le prisme des singularités de la matière dans laquelle elle devrait normalement être à l'œuvre.

Traditionnellement, l'exception d'ordre public est présentée comme étant primordialement fonction du lieu⁶, celle-ci ayant vocation à protéger les valeurs d'un for par rapport aux atteintes que pourrait lui porter l'application de la norme étrangère. Par conséquent, « *rien n'est plus essentiellement national que l'ordre public* »⁷. La Cour de cassation utilise régulièrement l'expression « *conception française de l'ordre public international* ». Cela implique que l'exception d'ordre public, bien qu'internationale par son objet, soit nationale par sa source. Cette conception relève d'une perspective relativiste selon laquelle chaque Etat serait doté de ses valeurs propres et ce n'est qu'en raison de ce fort particularisme des valeurs que l'exception

³ Et non l'ordre public international *lato sensu*, parce qu'en plus d'être insaisissable, ce-dernier se traduit par une diversité de mécanismes dont les modalités d'intervention divergent de celles de l'exception d'ordre public *stricto sensu*.

⁴ B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008, p.3.

⁵ P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI*, n° 2, 2016, p. 410.

⁶ J.-P Niboyet, « Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflit des lois », *Recueil des cours*, t.40, 1932.

⁷ *Ibid.*

d'ordre public aurait le rôle qui lui est classiquement assigné. Néanmoins, la pratique contemporaine s'oriente vers une véritable internationalisation du droit international privé par la source et la matière contractuelle ne fait certainement pas exception à cela.

Si l'on en vient à s'interroger sur les évolutions du mécanisme en matière de contrats internationaux – car ceci est précisément l'objet de notre étude – il semblerait bien que celles-ci interviennent à deux niveaux, l'un méthodologique, et l'autre, normatif, tous deux liés à la règle de conflit de lois. Ainsi, il serait vain d'entreprendre une analyse des altérations ou des affinements du mécanisme sans prêter une attention particulière à l'élément qui lui est indissociable, à savoir, la règle de conflit de lois. Conscient de la corrélation liant les deux notions, Jacques Foyer⁸ a insisté sur l'absence de variation du mécanisme, pris sous un angle purement fonctionnel. D'après lui, les trois étapes qui caractérisent la mise en œuvre de l'exception – la considération de la loi étrangère d'abord, les circonstances de l'espèce ensuite, et la confrontation à l'ordre public de référence enfin – demeurent inchangées dans la pureté de leur enchaînement. En revanche, c'est dans leur contenu que chacun de ces éléments a connu des évolutions.

Quel contenu donner en effet à l' « ordre public de référence » ? A une époque où les sources de la discipline étaient encore étatiques, et pour la plupart, prétorienne, il allait de soi que cet ordre public de référence était celui, circonscrit, de la société nationale du for. Peut-on en dire autant aujourd'hui ? N'est-il pas réducteur – voire illusoire – d'envisager le monde comme une division d'Etats souverains et les relations privées internationales comme des relations exclusivement 'vues d'en bas', c'est-à-dire sous l'angle opaque de l'écran étatique ? Compte tenu de la stratification des sources et de leur diversification, ces questionnements ne sont plus que de l'ordre de la rhétorique, ils subsistent pour cultiver le rêve déchu d'une époque à présent révolue. Quant à la « considération de la loi étrangère », elle suppose de se placer dans le schéma de la règle de conflit dite de type classique, donc celui de la règle bilatérale, abstraite et neutre. Pourtant, il ne fait pas de doute que le paradigme conflictuel ainsi décrit n'existe plus dans sa pureté, et qu'il ne représente plus intégralement le droit positif. L'évolution de la pensée internationaliste, depuis les années soixante, a conduit à des bouleversements méthodologiques conséquents. Les procédés de réglementation du conflit de lois ont sensiblement évolué et

⁸ J. Foyer, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public depuis la thèse de Paul Lagarde », *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.285 et s.

corrélativement, la place plus ou moins croissante qui leur a été dévolue, a conduit au rétrécissement progressif, et parfois extinctif, du domaine de l'exception d'ordre public. Ce qui, auparavant, contrebalançait le règne absolu de la règle de conflit classique, s'érode peu à peu et pourrait se targuer d'être devenu une espèce en voie de disparition (le diagnostic ainsi posé reflète, à une plus grande échelle, les bouleversements méthodologiques et idéologiques qui innervent depuis peu le droit international privé et qui invitent l'internationaliste à adapter en conséquence l'objectif de son instrument d'observation).

La nuance entre le *mécanisme* d'ordre public international d'une part, et l'ordre public international, d'autre part, regagne en lisibilité. En effet, l'ordre public international, au sens de rempart d'impérativité du for, persiste à travers la prise en charge de sa défense par divers mécanismes concurrents, et parfois – quoique paradoxalement – par la règle de conflit elle-même sous l'effet de sa spécialisation matérielle. Cette tendance a permis à Rémy Libchaber de constater que « *si l'exception d'ordre public dut alors prêter main forte aux objectifs législatifs du for, c'est tout simplement parce que le règne absolu de la règle de conflit, neutre et abstraite, l'avait investie dans ce rôle de sentinelle rapprochée de l'ordre juridique national* »⁹.

Le règne de la règle de conflit classique est passé, les occasions d'intervention de l'exception d'ordre public s'en trouvent profondément limitées, et ce changement de paradigme impose d'envisager dans un premier temps l'évolution ainsi que l'originalité des méthodes de réglementation en matière contractuelle. C'est au sein de cette matière que nous pouvons observer en effet le foisonnement de procédés concurrents, prétendant à la prise en charge d'intérêts aussi nombreux qu'antinomiques et qui conduisent inéluctablement au rétrécissement du domaine d'application de l'exception (Partie 1). Ce n'est que dans un second temps que nous prêterons une plus grande attention au phénomène de dénationalisation des sources de la discipline, phénomène qui a contribué dans une large mesure à la refonte tant du contenu que des modalités de mise en œuvre de l'exception (Partie 2).

⁹ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », dans *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Th. Revet (coord.), Dalloz, 1996, p.67.

PARTIE 1 – LE RÉTRECISSEMENT DU DOMAINE DE L’EXCEPTION D’ORDRE PUBLIC SOUS L’EFFET DU PLURALISME DES MÉTHODES

Cette étude ne saurait s’affranchir d’une présentation préalable de l’exception d’ordre public, au sens ‘traditionnel’ du droit international privé (Chapitre 1). C’est précisément dans la rigidité et dans les insuffisances de cette physionomie classique qu’il sera dès lors possible d’identifier les mérites des dispositifs qui lui font concurrence, d’une part, et les altérations substantielles dont fait l’objet la règle de conflit de lois en matière contractuelle, d’autre part (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Une présentation générale du mécanisme d’exception d’ordre public

La notion d’ordre public n’est pas propre au droit international privé. On connaît l’expression de Portalis d’après laquelle « *le maintien de l’ordre public dans une société est la loi suprême* »¹⁰. La recherche d’ordre est congénitale au Droit ; l’objet de toute entreprise juridique, de quelque nature qu’elle soit, est d’introduire dans la vie sociale de la sécurité. C’est l’ordre public qui assure normalement l’organisation et la cohésion d’une société. D’après l’article 6 du Code civil, il n’est pas possible de « *déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l’ordre public et les bonnes mœurs* ». Cette disposition concerne l’ordre public du droit interne, qui intervient essentiellement en matière de contrats. On comprend que l’ordre public interne est davantage perçu comme « *une sorte d’impérativité renforcée qui ne résulte pas nécessairement de la loi écrite* »¹¹. Il aurait pour effet d’agir contre la volonté des particuliers, et il constituerait en ce sens une soupape de sécurité face aux dérives de la volonté des individus. En droit international privé, en revanche, l’ordre public n’est qu’une limite

¹⁰ Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, 1801.

¹¹ J.-P Niboyet, « Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflit des lois », *op.cit.*

indirecte à l'autonomie de la volonté¹². Il a pour fonction directe de faire obstacle à la réception de normes étrangères dont le contenu heurte les valeurs fondamentales du for. Cependant, toute règle d'ordre public international est nécessairement d'ordre public interne. L'inverse n'est pas possible car l'impérativité internationale ne saurait être reconnue à toute règle de droit interne, compte tenu des objectifs propres du droit international privé, consistant essentiellement en la coordination des ordres juridiques et en l'harmonie internationale des solutions. Cette projection univoque de l'impérativité se justifie entre autres par la crainte d'un « *ethnocentrisme juridique trop poussé* »¹³.

Section 1 – La définition du mécanisme

La doctrine propose classiquement de définir l'exception d'ordre public comme le mécanisme permettant au juge d'écarter une loi étrangère dont l'application produirait un résultat « choquant » au regard des principes et valeurs du for. Dans cette définition, seul est visé le conflit de lois. Toutefois, l'exception se manifeste également sur le terrain du conflit de juridictions, au stade de l'instance indirecte. En effet, celle-ci permet d'accueillir les décisions étrangères dans l'ordre juridique du for, à la condition qu'elles ne se heurtent pas à ses valeurs fondamentales¹⁴. Cet ordre public, spécifiquement applicable aux relations privées internationales, fait donc l'objet d'une définition autonome qui est admise à l'unanimité en France, comme le montre l'emploi récurrent par la Cour de cassation de l'expression : « *l'ordre public au sens du droit international privé* »¹⁵. Les dispositions législatives, au même titre que la jurisprudence et les instruments de droit souple, attestent de la prééminence de l'exception d'ordre public dans le raisonnement conflictuel. Nous verrons que cette définition est loin d'être suffisante pour rendre compte de la complexité qui entoure tant le contenu que les modalités de mise en œuvre de l'exception.

Au demeurant, il convient de préciser que l'exception d'ordre public est, le plus souvent, associée à la règle de conflit de lois, au point que certains auteurs l'envisagent comme une « *clause d'exception générale assortissant implicitement les différentes règles de conflit de*

¹² J. Guillaumé, « Ordre public international », *JurisClasseur Civil*, Fasc. 40, 2 mai 2018, n° 1.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ P.-Y. Gautier, « La contrariété à l'ordre public d'une décision étrangère », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 435.

¹⁵ A titre d'exemple, voir Cass. 1^{re} civ., 16 févr. 1966. – Cass. 1^{re} civ., 10 févr. 1987, n° 85-12.702 – Cass. 1^{re} civ., 6 juill. 1988, n° 86-13.454.

lois ». ¹⁶ C'est justement l'effet négatif de cette exception qui permet de préserver l'ordre du for contre l'application éventuellement incompatible de la loi étrangère désignée avec les valeurs du for.

Paul Lagarde insiste sur la nécessaire distinction entre le contenu de la notion d'ordre public d'une part, et sa définition juridique, d'autre part ¹⁷. Selon lui, il serait désuet voire impossible de définir l'exception d'ordre public par son contenu. De ce fait, toute tentative de systématisation exhaustive des règles qui pourraient composer l'ordre public international, fut très tôt abandonnée par la doctrine. Compte tenu de la difficulté que soulève cette question, les hésitations relatives au contenu de l'ordre public international furent abandonnées entre les mains du juge ¹⁸. Le contenu de l'ordre public n'étant pas à même de cerner de manière fiable la notion, c'est le caractère fonctionnel de la notion qui fut avancé. Cela revient donc à cerner les fonctions du mécanisme (ce à quoi s'est adonné Paul Lerebours-Pigeonnière) (§1) mais aussi, ses attributs (§2).

§1. Les fonctions du mécanisme

D'après P. Lerebours-Pigeonnière, l'exception d'ordre public aurait, en réalité, deux fonctions : elle empêcherait d'abord que ne soient appliquées dans le for des lois étrangères contraires aux « principes de droit naturel », c'est-à-dire celles qui « méconnaîtraient les principes de droit public ou privé communs aux nations civilisées » ¹⁹. Ainsi, le raisonnement aurait pour point de départ l'identification de principes communs à un ensemble de législations et qui, au regard de la France, ne sauraient être violés, car doués de valeur internationale absolue. Elle permettrait ensuite d'écarter l'application dans le for des lois étrangères « lorsque cette application, par suite d'une divergence dans les buts moraux, sociaux, économiques (...) causerait à l'intérêt français un tort grave dont la considération doit prévaloir sur celle du commerce international et de la solidarité internationale » ²⁰. Ici, le raisonnement ne procède pas d'un détachement du contenu de la loi du for – comme ce qui était le cas pour la première fonction – l'on retrouve au contraire un attachement à la teneur de la loi du for et, plus particulièrement, aux politiques législatives du for. Qu'il s'agisse de la première ou de la seconde fonction, force est de constater

¹⁶ B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé* : Economica, 7e éd., 2013, p. 328, n° 367.

¹⁷ P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959, p. 8.

¹⁸ J.-P Niboyet, « Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflit des lois », *op.cit.*

¹⁹ P. Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé* : Paris, Dalloz, 8e éd., 1962, p. 461, n° 379.

²⁰ *Ibid*, p. 461, n° 379.

que la tâche du juriste, en ce qui concerne l'identification des valeurs susceptibles de relever de l'ordre public international, est loin d'être aisée. Les travaux doctrinaux de Paul Lerebours-Pigeonnière à propos des composantes de l'ordre public international sont d'une utilité certaine afin de comprendre les cas dans lesquels l'exception d'ordre public a été déclenchée. Mais ils s'avèrent être d'une utilité moindre pour anticiper si une valeur va être déclarée d'ordre public international²¹ ; d'où la nécessité d'exposer brièvement les solutions jurisprudentielles en la matière.

A. La définition de l'arrêt *Lautour*

La formule contenue dans l'arrêt *Lautour*²² est sans aucun doute l'une des formules les plus incontournables de la discipline. Dans cet arrêt, la Cour de cassation définit l'ordre public international comme l'ensemble des « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* ». Cette définition fonctionnelle de l'exception d'ordre public est particulièrement intéressante non seulement au regard du contexte dans lequel elle est apparue, mais encore et surtout au regard du contexte actuel. En effet, celle-ci est contemporaine de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 ; ce qui accentue l'ambivalence de l'exception – à la fois nationale et internationale – même s'il nous semble bien que ce soit la dimension internationale de celle-ci qui aurait pris l'ascendant. Ayant naturellement un objet international, cette exception serait en plus internationale par sa source si l'on comprend la formule précitée. Les « principes de justice universelle » auxquels il est fait allusion correspondent aux droits naturels consacrés dans les droits fondamentaux et prenant formellement appui dans des conventions internationales. Pour autant, la dimension nationale de l'exception demeure visible avec la précision que ces droits ne seront intégrés dans l'ordre public international français que s'ils sont considérés comme essentiels « dans l'opinion française ».

Cela n'empêche pas à l'internationaliste d'y voir, au regard du contexte actuel, une définition « prémonitoire » de l'exception d'ordre public. En ce sens, B. Ancel et Y. Lequette affirment que « *le culte que notre époque professe pour les droits de l'homme conduit à donner un relief particulier aux droits fondamentaux parmi les éléments qui permettent de caractériser l'ordre public international français* »²³. L'état actuel de la jurisprudence révèle cette tendance et de

²¹ P. Lagarde, « Ordre public », *Répertoire de droit international*, Dalloz, n° 50.

²² Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*.

²³ B. Ancel, Y. Lequette, *Grands arrêts*, 5^e édition, octobre 2006, Dalloz, p.175.

nombreux auteurs dénoncent l'attitude des juges nationaux, qui ne trouvent plus « *le courage de défendre les valeurs de la société (du for) qu'à la condition de la peindre aux couleurs des droits fondamentaux* »²⁴. Le rattachement artificiel des droits fondamentaux aux valeurs du for, au stade de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, traduit un véritable mouvement de fondamentalisation de l'exception, mouvement qui fera l'objet de nos développements ultérieurs.

B. La « nouvelle » définition

Dans un arrêt du 8 juillet 2010²⁵, la Cour de cassation s'éloigne de la définition contenue dans l'arrêt *Lautour* et elle propose une autre définition, toujours fonctionnelle, de l'exception selon laquelle la norme étrangère est rejetée si elle est contraire « *aux principes essentiels du droit français* ». Dans son rapport de 2013 consacré à l'ordre public, la Cour de cassation a indiqué ce qu'il fallait entendre par cette formule. D'emblée, elle a affirmé que les principes de justice universelle de l'arrêt *Lautour* « *étaient devenus inadaptés à l'état de notre droit* »²⁶ et qu'ils peinaient à absorber « *l'intégralité de l'ordre public international* ». De plus, la Cour de cassation a affirmé que les principes essentiels, façonnant la 'nouvelle' définition, découlent quant à eux « *d'exigences impératives du droit interne, qu'il convient aussi de sauvegarder à l'international* »²⁷. Nous pouvons en déduire que la différence entre la définition apportée par l'arrêt *Lautour* et celle avancée depuis 2010 par la Cour de cassation française, se situe essentiellement au niveau de la source des principes en jeu, selon qu'elle est d'origine internationale ou nationale.

C. La coexistence des deux définitions

A la lecture du rapport 2013 de la Cour de cassation, il apparaît que la consécration d'une nouvelle définition de l'exception d'ordre public n'ait pas entraîné dans son sillage l'abandon de la définition antérieure. En effet, selon les termes du rapport, « *les principes de justice universelle comprennent l'ensemble des droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité, les principes essentiels du droit français, qui ont émergé récemment dans la jurisprudence de la Cour de cassation, ainsi que les droits fondamentaux. Les principes qui se rattachent aux fondements politiques, familiaux et sociaux de la société française*

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Cass. 1re civ., 8 juill. 2010, n° 08-21.740.

²⁶ Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation française, p.199.

²⁷ *Ibid.*

déclenchent également l'exception d'ordre public et ne sont pas moins intangibles ». ²⁸ Par conséquent, s'agissant des composantes de l'ordre public international, c'est une approche fonctionnelle qu'il nous faut retenir, en tenant compte de la coexistence des deux définitions prétoriennes susmentionnées.

§2. Les attributs du mécanisme

Dans une approche classique, le caractère national de l'exception commande que soient mises en perspective ses caractéristiques. Cette étude n'a pas pour objet d'explicitier l'ensemble de ces attributs mais il convient, dans un but pédagogique, d'en évoquer les cinq les plus utiles à la compréhension du phénomène inverse de 'dénationalisation', qui fera l'objet de nos développements. Les cinq attributs sont les suivants : l'attribut particulariste, l'attribut organique, l'attribut axiologique, l'attribut sociologique et l'attribut juridique ²⁹.

L'attribut particulariste est fortement inspiré par la doctrine de Bartin, doctrine qui postule le rattachement des règles de droit international privé au droit national de chaque Etat ³⁰. Cet attribut signifie que l'exception d'ordre public est un mécanisme exceptionnel de source nationale et ayant pour objet la protection exclusive de l'ordre juridique national dont il émane. L'attribut organique, comme son nom l'indique, concerne l'organe chargé de déterminer le contenu de l'ordre public international et d'en assurer la mise en œuvre. C'est au juge du for que revient ce « *pouvoir exclusif* » ³¹. L'attribut sociologique implique que l'exception d'ordre public soit le reflet « *par le truchement du juge, (des) réactions supposées du corps social* » ³². La conception classique de l'exception suggère qu'une société exclusivement nationale soit le corps social de référence. L'attribut axiologique renvoie au caractère fonctionnel de l'exception, c'est-à-dire la protection des valeurs essentielles du for. L'attribut juridique, enfin, consiste en la mobilisation, par le juge du for, de normes issues de son propre ordre juridique

²⁸ *Ibid*, p.128.

²⁹ T. Luye, « La dénationalisation de l'ordre public international en droit de la famille – Etude de droit international privé à la lumière des droits fondamentaux », *RDLF* 2021 chron, n° 39, p.2.

³⁰ L'auteur souligne que « (Chaque Etat) conservera toujours un système particulier de solution des conflits de lois, parce que chacun d'eux, pour me servir d'une métaphore ingénieuse qui cache une pensée profonde regardera toujours le droit international privé à travers le prisme de son droit national » (E. Bartin, *Etudes de droit international privé*, 1899 p.78).

³¹ M. Forteau, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" », *JDI* 2011, doct. 1, pp. 3-49, p. 7, n°7.

³² J. Déprez, « Droit international privé et conflits de civilisations », *Recueil des cours*, t. 211, 1988, p. 254, n° 124.

afin de justifier le déclenchement de l'exception³³. Généralement, cet attribut se comprend comme le recours à des normes de source nationale, qui « *sont des lieux de cristallisation de valeurs collectives* »³⁴.

Section 2 – La mise en œuvre du mécanisme

Le déclenchement de l'exception d'ordre public est tributaire d'un certain nombre de conditions, dont le respect est indispensable par souci de sécurité juridique (§1). De même, l'étude de la mise en œuvre de l'exception soulève la question importante du moment de son intervention (§2), moment qui s'avère crucial pour distinguer ce mécanisme des autres mécanismes relevant de l'ordre public international *lato sensu*.

§1. Les conditions de mise en œuvre du mécanisme

En application de la maxime '*exceptio est strictissimæ interpretationis*', les conditions de mise en œuvre de l'exception d'ordre doivent être définies de manière stricte. Autrement, il en résulterait une exclusion quasi systématique de la norme étrangère ; résultat assez inquiétant au regard de l'objectif de coordination des ordres juridiques qui est placé au cœur de la discipline. Il est possible de ramener ces conditions au nombre de trois : l'extranéité de la loi compétente (A), l'appréciation *in concreto* (B) et la condition spatiale (C).

A. L'extranéité de la loi compétente

L'exception d'ordre public perd toute raison d'être si la loi désignée par la règle de conflit de lois n'est pas une loi étrangère. Toutefois, nous verrons que cette affirmation, évidente à première vue, a été considérablement remise en cause en matière contractuelle, notamment dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation dans lequel l'exception d'ordre public a été mise en œuvre par le juge pour justifier l'éviction de sa propre règle de conflit, sans effet d'éviction de la loi étrangère³⁵. Au demeurant, il importe de souligner que cette condition est la contrepartie du caractère 'aveugle' de la règle de conflit de lois, en ce que le raisonnement conflictuel appelle normalement ce « *saut vers l'inconnu* » (*Sprung ins Dunkel*) qu'évoquait

³³ B. Remy, *op.cit.*, p.240 et s.

³⁴ *Ibid*, p.241, n° 431.

³⁵ Soc. 10 mai 2006, 03-46.593, publié au Bulletin.

Raape. C'est le « *problème du juge aux yeux bandés* »³⁶ comme le soulignait l'américain Cavers dans sa critique de la règle de conflit bilatérale. Ainsi, l'exception d'ordre public agit à titre de correctif contre l'intrusion potentiellement perturbatrice pour le for de la loi étrangère dans son enceinte. Il s'agit en réalité d'un contrôle de régularité de la loi étrangère, avec la précision que ce contrôle ne porte pas sur le contenu abstrait de la loi, mais sur l'application concrète de celle-ci aux circonstances factuelles de l'espèce.

B. L'appréciation *in concreto*

Si une règle étrangère s'avère 'choquante' au regard des valeurs du for, c'est moins en raison de son contenu abstrait (qui, de manière isolée, n'est qu'une abstraction intellectuelle dénuée de relief tangible), qu'en raison du résultat concret de son application dans le for aux faits spécifiques de l'espèce soumise au juge. C'est là une condition indispensable à laquelle adhère la doctrine française.

Il est à préciser toutefois qu'une simple divergence de conception entre la loi du for et la loi étrangère ne suffit pas à justifier l'intervention de l'exception d'ordre public. En ce sens, Pascal de Vareilles-Sommières discerne deux raisons pour lesquelles un Etat devrait réagir contre la solution prescrite par la loi étrangère. La première consiste en un refus de complicité avec le juge étranger alors que la seconde est justifiée par un refus d'importation de la solution étrangère³⁷. Ces deux raisons peuvent être combinées bien qu'elles ne soient pas identiques. En effet, P. de Vareilles-Sommières insiste sur la solidité des liens qui unissent l'application de la loi étrangère compétente et le for lorsque l'éviction est justifiée par un refus d'importation, solidité qui ne semble pas être exigée dans le cas d'un refus de complicité. Dans ce dernier cas, il suffit que la solution soit perçue par le « *for comme inacceptable eu égard aux principes essentiels qui irriguent son droit* »³⁸. En fait, c'est le comportement de l'Etat à l'origine de la norme étrangère qui fait l'objet d'une condamnation par le biais d'un refus marqué d'accueillir sa norme. On retrouve souvent cette attitude du juge en matière de droits de l'homme.

C. Condition spatiale

³⁶ D. Cavers, « A critique of the choice of law problem », *Harvard Law Review*, 1933, 173.

³⁷ P. de Vareilles-Sommières, « Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère », *Recueil des cours*, 2014, t. 371 p. 226.

³⁸ *Ibid*, p. 228, note de bas de page n° 120.

Pour certains auteurs, la contrariété à l'ordre public ne suffit pas en elle-même à justifier l'éviction d'une norme étrangère, il faudrait, en plus, caractériser un impact sur la société du for. Dans cette perspective, ce n'est que si la société du for est 'réellement concernée' que l'exception aura lieu de jouer, sinon, l'Etat du for devrait se montrer indifférent à l'intrusion d'une norme étrangère en son sein. Cette condition a trouvé une illustration tant prétorienne que doctrinale dans le concept controversé d'*ordre public de proximité*. Néanmoins, nous ne développerons pas ce concept plus amplement étant donné qu'il est souvent caractéristique des litiges concernant le statut personnel.

§2. *Le moment d'intervention du mécanisme*

Dans le conflit de lois, l'exception d'ordre public intervient en aval du raisonnement conflictuel, c'est-à-dire après la désignation de la loi compétente par la règle de conflit de lois. Elle n'ignore pas le rattachement prévu par la règle de conflit mais vient le rectifier toutes les fois qu'une situation particulière le justifie. C'est en cela qu'elle se distingue des autres mécanismes impératifs et perturbateurs de la règle de conflit, tels que les lois de police ou l'ordre public interne. En outre, il a été dit de l'ordre public interne, à la différence de l'ordre public international, qu'il « *ne peut jouer que lorsque l'ordre juridique auquel il appartient est désigné par la règle de conflit et ne s'impose pas en toute hypothèse au niveau international* »³⁹.

Section 3 – Les effets du mécanisme

Il est normalement reconnu à l'exception d'ordre public un effet négatif d'éviction, incontesté, et un effet positif de rattachement, controversé.

S'agissant de l'*effet négatif*, il procède du « choc » résultant de la confrontation entre la norme étrangère et le système de valeurs du for, auquel elle est manifestement contraire du point de vue de son application. En raison de sa fonction négative, l'exception prendrait alors « *la tournure d'un outil de détachement, permettant essentiellement de soustraire un rapport de droit à une loi étrangère pourtant compétente, mais dont le contenu apparaît à l'examen comme*

³⁹ N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003, spéc. p. 6-7.

contraire à l'ordre public (...). Malgré sa compétence, la loi désignée demeure stérile pour des raisons de fond ». ⁴⁰

S'agissant de l'*effet positif*, il suscite de nombreuses hésitations. Au préalable, il convient de préciser que cet effet est propre au conflit de lois, étant donné que lorsque l'exception d'ordre public est à l'œuvre dans l'instance indirecte, un jugement considéré comme contraire à l'ordre public du for ne fera tout simplement pas l'objet d'une reconnaissance dans le for. En revanche, lorsqu'une loi étrangère est contraire à l'ordre public du for, il est nécessaire, en plus, de recourir à une norme de substitution afin de combler la lacune juridique résultant de l'effet d'éviction. Dans la majeure partie des cas, un rattachement quasi-systématique à la loi du for est opéré. Pascal de Vareilles-Sommières observe à cet égard que le rattachement à la loi du for n'est pas une évidence et qu'il découle plutôt d'une confusion avec le principe de vocation subsidiaire de la loi du for. ⁴¹ En comparaison, le droit allemand, par exemple, admet une solution toute autre, d'après laquelle la disposition étrangère évincée comme contraire à l'ordre public doit être remplacée par la règle qui, dans le droit de l'Etat étranger, s'appliquerait une fois la disposition normalement applicable neutralisée ⁴². Cette solution est certes respectueuse de la pureté du raisonnement conflictuel, mais elle aurait pour inconvénient pratique d'alourdir la charge de l'établissement de la teneur du droit étranger pesant sur le juge et sur les parties, ce qui entraînerait des coûts considérables, un risque d'insécurité juridique, et surtout, un retardement de l'instance.

Par ailleurs, certains auteurs ont pu déceler, notamment dans un arrêt de la Chambre sociale de 2006 ⁴³, l'existence d'un véritable « ordre public de rattachement » en vertu duquel c'est l'ordre juridique du for, tant au niveau de la compétence juridictionnelle qu'au niveau de la compétence législative, qui serait désigné directement. Contrairement à ce qui est le cas dans le jeu de l'exception d'ordre public « classique », l'éviction de la loi normalement compétente ferait défaut. En outre, à la différence des lois de police, « *ce n'est pas une seule disposition impérative spécifique du for qui revendique son application, mais la compétence générale du for qui s'impose pour assurer le respect de ses impératifs d'ordre public* ». ⁴⁴

⁴⁰ P. de Vareilles-Sommières, Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, *op. cit.*, p. 167, n° 4.

⁴¹ P. de Vareilles-Sommières, Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, *op. cit.*, p. 262, n°106.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Soc. 10 mai 2006, 03-46.593, publié au Bulletin.

⁴⁴ P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p.154.

Si l'effet positif se retrouve également en matière de contrats internationaux, nous verrons dans les développements qui suivent qu'à l'occasion de la détermination de la loi applicable à un contrat international, le juge dispose souvent d'un critère alternatif de rattachement. Ce critère de nature objective est renfermé dans la règle de conflit de lois elle-même, et il permet de sauvegarder fonctionnellement la cohésion du for contre l'intrusion de la norme étrangère, sans qu'il ne soit nécessaire de recourir à l'exception d'ordre public⁴⁵. C'est ce qui justifie entre autres que le recours au mécanisme se fasse de plus en plus rare en la matière.

Chapitre 2 – La rareté de l'exception d'ordre public sous l'effet du foisonnement des procédés concurrents

En matière de conflit de lois, le jeu de l'exception est intimement lié au fonctionnement de la règle de conflit. Comme le fait observer Paul Lagarde, c'est dans l'effet négatif de l'exception que réside en réalité le refus de tenir compte de la loi étrangère, et par là même de la règle de conflit qui l'avait désignée. Ainsi, l'effet négatif implique une mise en échec de la règle de conflit du for, d'où le caractère auxiliaire, et de surcroît restrictif, qui est souvent prêté au mécanisme dans son rapport avec le domaine de la règle de conflit de lois⁴⁶.

Il ne fait plus de doute aujourd'hui que la règle de conflit classique est en recul. C'est précisément l'infléchissement du paradigme conflictuel qui a donné l'occasion à d'autres méthodes de détermination de la loi applicable d'émerger et de s'imposer comme des procédés concurrents. La matière contractuelle illustre très bien ce phénomène parce qu'elle est souvent décrite comme le foyer d'épanouissement des méthodes concurrentes, n'étant pas *ab initio* en mesure d'être réglementée par un seul et unique procédé. Autrement, cela ne serait que trop réducteur au regard de la diversité des espèces contractuelles et de la pluralité des intérêts pris en charge par la matière. Le diagnostic de la rareté de l'exception étant posé, nous prendrons pour point de départ la règle de conflit de lois, ce qui nous permettra d'observer de près sa spécialisation matérielle accrue en matière contractuelle (Section 1). Nous envisagerons ensuite la concurrence dont souffre l'exception d'ordre public avec la méthode des lois de police, très répandue dans le domaine des contrats internationaux (Section 2).

Section 1 – La spécialisation matérielle de la règle de conflit de lois

⁴⁵ S. Ramírez Reyes, *L'affinement des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux (regards franco-mexicain)*, novembre 2019, p. 71, n° 73.

⁴⁶ E. Vitta, « Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, t.1 (vol. 162), 1979, p.414.

Le phénomène de spécialisation matérielle de la règle de conflit de lois en matière de contrats internationaux est observable à l'œil nu. Il nous suffit à cet égard d'examiner la physionomie d'ensemble du règlement (CE) No 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit *règlement Rome I*. Celui-ci repose en effet sur une dualité de règles générales, accompagnées de règles spéciales dédiées à des contrats particuliers. Conformément à l'adage '*specialia generalibus derogant*', les règles spéciales ont priorité sur les règles générales pour les situations expressément visées par les premières. De même, en suivant la logique instituée par la convention de Rome de 1980, les deux règles générales s'articulent aux antipodes l'une de l'autre. Celle de l'article 3 concerne le choix de loi effectué par les parties alors que celle qui est contenue à l'article 4 correspond à la désignation de la loi applicable en l'absence de choix de loi. L'ensemble des règles, générales et spéciales, est entouré de dispositions relatives au domaine et au fonctionnement de la règle de conflit, ainsi que d'une disposition relative aux lois de police. Même au sein de la règle de conflit générale de l'article 4, c'est-à-dire l'hypothèse de l'absence du choix de loi, la structure des différents alinéas illustre bien l'équilibre conceptuel qui le sous-tend. Aspirant à une juste conciliation entre les principes de sécurité juridique (« *objectif général* » du règlement d'après le considérant 16 du Préambule) et de proximité, ces dispositions présentent une structure hiérarchisée dont l'enchaînement est indiqué dans le Préambule du règlement⁴⁷.

Ainsi, dans une dizaine de dispositions seulement, nous pouvons déceler la rencontre déconcertante de paradoxes ayant suscité la vive attention des internationalistes pendant des décennies, ainsi que la combinaison surprenante des grands procédés de réglementation de la discipline. Dans une dizaine de dispositions en effet, se trouvent exprimés à la fois le principe de sécurité et le principe de proximité, l'autonomie de la volonté et la localisation abstraite, les rattachements objectifs et des clauses d'exception, des règles neutres et des règles favorables, et enfin, des règles de conflit de facture bilatérale et des lois d'application immédiate.

⁴⁷ Le considérant (19) du règlement prévoit qu' « en l'absence de choix, la loi applicable au contrat doit être déterminée en suivant la règle prévue en fonction des catégories de contrat. Lorsque le contrat ne peut être classé dans l'une des catégories définies, ou que ses caractéristiques le font appartenir à plusieurs des catégories définies, le contrat devrait être régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique du contrat a sa résidence habituelle. Dans le cas d'un contrat consistant en un faisceau de droits et d'obligations qui peuvent être rattachés à plusieurs des catégories de contrat définies, la prestation caractéristique du contrat devrait être déterminée par rapport à son centre de gravité ».

On le sait, le droit international privé est une branche du droit « *plus préoccupée que d'autres des méthodes qui en permettent le fonctionnement harmonieux* »⁴⁸. L'exception d'ordre public, tant par son obscurité que par son statut de notion rebelle de la discipline, suscite de surcroît des interrogations méthodologiques amplifiées. C'est surtout en raison de l'évolution généralisée des méthodes que son domaine a connu une évolution sans précédent. En ce sens, la « *crise des conflits de lois* », ainsi nommée par Kegel, a largement contribué au phénomène de spécialisation matérielle de la règle de conflit, phénomène corrélatif au rétrécissement du domaine de l'exception d'ordre public. Les vives critiques dont a fait l'objet la méthode conflictuelle classique ont obligé à une « *reconsidération de la règle de conflit* »⁴⁹ jugée trop abstraite et aveugle ; d'où l'intérêt de passer brièvement en revue ses trois caractères classiques (§1). A l'issue de cette présentation, il conviendra de définir la spécialisation matérielle (§2), tout en décrivant ses causes (§3), des illustrations de celle-ci (§4), ainsi que sa portée (§5).

§1. Les caractères de la règle de conflit de lois classique

D'après la directive formulée par Savigny, il « *faut pour chaque rapport de droit, trouver le siège de ce rapport d'après sa nature* ». De cette directive, nous pouvons déduire les caractères abstrait et neutre de la règle de conflit de lois. De plus, en plaçant en perspective l'aspiration universaliste de Savigny – aspiration fondée sur la communauté de droit existant en Europe – il va de soi que la règle de conflit de lois permettant à tout juge saisi de rendre une solution équivalente, revête nécessairement un caractère bilatéral. Dans cette optique, il conviendrait d'édicter une règle unique qui, par le biais de la fixation égalitaire du domaine de compétence du droit interne comme du droit étranger, « *va immédiatement déterminer la 'nationalité' de la situation litigieuse, et par là même désigner la loi au moyen de laquelle la contestation qu'elle suscite doit être tranché* »⁵⁰. Mais cette règle est également une règle de rattachement, en ce qu'elle permet de construire un 'pont' entre la question soulevée par un rapport de droit d'une part, et un ordre juridique de rattachement d'autre part. Le critère de rattachement abstrait permet alors d'associer à une hypothèse un effet juridique. Méthodologiquement, la logique du siège du rapport de droit impose un degré de sélectivité, ce qui exclue la prise en considération de tous les points de contact existant en fait. La règle de rattachement marque sa préférence

⁴⁸ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op. cit.*, p.65.

⁴⁹ V. Heuzé, La réglementation française des contrats internationaux (Etude critique des méthodes), éd. Joly, 1990, p. 100.

⁵⁰ *Ibid*, p. 107, n°196.

pour le (ou les) point (s) de contact le (s) plus significatif (s). Cette règle a le mérite d'être neutre, en raison de sa vertu purement localisatrice. De ce fait, elle n'anticipe pas le résultat concret, elle ne se soucie pas préalablement de la teneur des règles de l'ordre juridique qui sera reconnu compétent à l'issue de sa mise en œuvre.

Néanmoins, dans la conception classique, cela n'en faisait pas moins une règle construite sciemment sur la base de considérations substantielles. A ce titre, Vincent Heuzé observe que l'aspect substantiel de la règle de conflit classique transparait à deux niveaux : d'abord, la localisation qu'elle opère est elle-même une « *traduction de considérations de justice matérielle (...) et notamment le souci d'assurer le respect des intérêts des parties, des tiers et des collectivités étatiques* ». Nous pouvons en déduire que même dans les cas où le rattachement est matérialisé pour assurer la prévisibilité (comme c'est le cas des règles de conflit applicables en matière de délits ou de statut réel), son choix n'est pas aléatoire, il repose sur des considérations de justice et de facilité. *A contrario*, la matière contractuelle est spécifiquement marquée par la généralisation du principe d'autonomie de la volonté à travers la primauté d'un rattachement dématérialisé permettant aux parties de choisir la loi qu'ils considèrent la plus appropriée pour régir leur rapport de droit.

Ensuite, la règle de conflit « *ne dispose que d'une faible impérativité* » parce qu'elle « *se laisse écarter chaque fois que sa mise en œuvre ne permet pas de réaliser de façon satisfaisante la fonction qui lui est assignée* »⁵¹. C'est à ce deuxième niveau qu'apparaît dès lors l'utilité de l'exception d'ordre public, et dans le déclin de ce caractère qu'est apparue l'opportunité de supplanter ce même mécanisme. Une règle de conflit qui ne se laisse pas écarter est une règle qui, au-delà des considérations substantielles qui ont conduit à son façonnement, entend elle-même, et désespérément, aboutir à un résultat par la prise en charge précoce des intérêts en jeu. Ce refus d'effacement de la règle de conflit s'explique aussi par son haut degré de spécificité, au point qu'elle soit en mesure d'anticiper préalablement la pluralité et la complexité des situations auxquelles elle pourrait être confrontée.

§2. La définition de la spécialisation matérielle

⁵¹ *Ibid*, p. 108, n°196.

Le droit international privé actuel a évolué vers un modèle dont l'un des traits les plus saillants est l'existence de règles spécialisées par rapport à la matière réglementée. La matière contractuelle, quant à elle, recèle indéniablement une gamme variée de ce genre de règles. Ce souci d'adaptation des règles est un pendant à l'évolution des sociétés et à la complexification des relations internationales entre personnes privées relevant d'Etats différents.

A titre d'observation préliminaire, il convient de préciser que le processus de spécialisation des règles du droit des contrats internationaux n'est pas l'œuvre exclusive des législations étatiques. Celui-ci apparaît nettement dans les conventions internationales et dans les règlements européens. Par exemple, les règles de conflit contenues dans le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, présentent un tel degré de spécialisation, que leur mise en œuvre se trouve rarement perturbée par le jeu de l'exception d'ordre public, pourtant expressément consacrée à l'article 21 du même règlement. D'ailleurs, l'article 21⁵², lu à la lumière du considérant 37 du Préambule⁵³, commande d'être interprété restrictivement. L'emploi de l'adverbe « *manifestement* » pourrait vraisemblablement s'expliquer par la volonté des rédacteurs « *d'empêcher qu'un recours trop fréquent à l'exception d'ordre public ne vienne fausser le jeu [des] règles de conflit* »⁵⁴. A cela, nous pouvons sans doute ajouter une raison « *accidentelle* » avancée par Rémy Libchaber. Ce-dernier explique le reflux de l'exception par la nature même de l'instrument normatif contenant les règles de conflit. Dans le cas du règlement européen par exemple, comme dans le cas d'une convention internationale dans une moindre mesure, il y aurait « *comme une antinomie pour des Etats à déterminer une règle de conflit de lois que l'on se donnerait en partage, dans le même temps où l'on se préparerait à évincer la loi substantielle de l'un des Etats avec lesquels l'accord s'est fait. Psychologiquement, s'accorder sur une règle de conflit et accepter la teneur des lois des partenaires, cela paraît être tout un* »⁵⁵. Certains ont pu voir en cette restriction un gage d'uniformisation, étant donné que le projet européen repose sur le présupposé d'une proximité culturelle et civilisationnelle entre les Etats membres, ce qui rendrait peu concevables des

⁵² « L'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ».

⁵³ « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des Etats membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. La notion de «lois de police» devrait être distinguée de celle de «dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord» et devrait être interprétée de façon plus restrictive ».

⁵⁴ Jacques Foyer, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public depuis la thèse de Paul Lagarde », *op.cit.*, p. 286.

⁵⁵ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op. cit.*, p.72.

différences ‘choquantes’ entre les lois internes en conflit. Mais, à notre avis, et s’agissant du règlement Rome I en l’occurrence, cela reviendrait à nier son caractère universel, explicitement consacré dans son article 2⁵⁶. Ayant un caractère universel, les règles de conflit qui y sont contenues peuvent donner compétence à des lois très différentes de celles des Etats membres.

Cette explication étant avancée, nous pouvons à présent nous intéresser au phénomène de spécialisation matérielle, modalité clairement définie par Julio D. Gonzáles Campos dans son cours général à l’Académie de droit international de La Haye⁵⁷. M. Gonzáles Campos y discerne en effet trois modalités de spécialisation des règles de droit international privé. La première est une spécialisation matérielle en ce qu’elle « *porte sur les faits ou les rapports de la vie juridique internationale de la personne qui constituent la matière réglementée par la règle de conflit* »⁵⁸. Elle vise l’adoption de règles moins conceptuelles, et hautement adaptées au cas concret. La seconde est une spécialisation « *par degrés d’hétérogénéité* », qui prend en considération « *une dispersion géographique plus large des éléments dans certaines situations de la vie juridique des personnes* »⁵⁹. La troisième est une spécialisation géographique qui consiste en la relativisation de la portée universelle des règles de conflit. De ces trois types de spécialisation, nous nous intéresserons au premier parce qu’il rend très bien compte du paradigme prévalant en matière contractuelle, et parce qu’il ébranle le bien-fondé de la distinction doctrinale opposant classiquement la justice conflictuelle à la justice matérielle.

§3. *Les causes de la spécialisation matérielle*

M. Gonzáles Campos identifie quatre causes de ce phénomène tenant, de manière générale, à l’établissement d’un « poly système » à l’image du visage changeant et complexe de la société internationale. Il explique en effet que la spécialisation des règles « *n’est que la réponse du droit aux besoins sociaux* »⁶⁰.

D’abord, il s’agirait d’une réaction instinctive aux failles du positivisme, qui, à force de se distancier des données externes à la réalité juridique formelle, s’est noyé dans son excès

⁵⁶ « La loi désignée par le présent règlement s’applique même si cette loi n’est pas celle d’un Etat membre ».

⁵⁷ J.-D. González Campos, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Recueil des cours*, Volume 287.

⁵⁸ *Ibid*, p. 160.

⁵⁹ *Ibid*.

⁶⁰ *Ibid*, p. 161.

d'abstraction. La spécialisation se présente alors comme la recherche d'une réponse adéquate, voire « raffinée » pour la mise en œuvre de certains objectifs ou de certaines valeurs. Transposée à la matière des contrats internationaux, cette raison implique l'insuffisance d'une règle de conflit unique pour régler les obligations contractuelles. A ce titre, nous pouvons observer que le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles est construit sur une dualité de règles générales et sur une pluralité de règles spéciales, dont la lecture à la lumière du Préambule fait clairement ressortir les objectifs et les valeurs pris en charge, tantôt par souci de protéger des parties faibles, tantôt par souci de satisfaire une véritable justice contractuelle.

Ensuite, cette spécialisation se justifierait, d'après M. Gonzáles Campos, par la recherche d'une « *légitimité instrumentale* »⁶¹ qu'il définit comme le fait d'admettre sa soumission à un ordre juridique donné, à condition qu'il tienne compte des besoins sociaux et surtout, qu'il dote les sujets de Droit des moyens concrets d'atteindre certains buts. On peut en déduire l'équation suivante : une réalité sociale diverse, complexe et spécialisée, commande la confection d'un droit diversifié, adapté et spécialisé.

En outre, la spécialisation se conforme à une exigence constitutionnelle de discrimination positive. M. Gonzáles Campos renvoie à cet effet au principe de l'égalité des sujets devant la loi, une égalité entendue au sens aristotélicien de justice distributive. D'après lui, « *le changement social et économique exige tant l'apparition d'une législation nouvelle qu'une différenciation de traitement par le droit des situations substantiellement égales ; ce qui mène à la spécialisation des règles juridiques* »⁶².

Enfin, du point de vue des sources, la spécialisation s'accorde spontanément avec la diversification des règles dans les ordres étatiques. Assurément, le produit normatif étatique se dédouble à présent sous l'action d'une législation uniforme adoptée sur le plan international ou, dans le cadre de l'intégration économique et politique régionale, sous la forme d'une législation supranationale (dont l'application est souvent directe) dans les Etats membres. C'est la raison pour laquelle nous puiserons les illustrations les plus pertinentes de ce phénomène dans le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

⁶¹ *Ibid*, p. 162.

⁶² *Ibid*.

§4. Des illustrations de la spécialisation matérielle

A la différence du modèle savignien, qui soumettait toutes les obligations contractuelles à la *lex executionis* (loi du lieu d'exécution du contrat), la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a prévu des déclinaisons spéciales de la règle de conflit générale de l'article 4 en ce qui concerne les contrats sur des biens immeubles (article 4, paragraphe 3) ainsi que les contrats de transport (article 4 paragraphe 4)⁶³. En plus de cette spécialisation par voie de présomptions objectives, elle a inclus des règles de conflit spéciales pour les contrats de consommateurs (article 5) et les contrats de travail (article 6).

Dans le même esprit, le règlement Rome I a tenu compte de la variété des objectifs en formulant des règles de rattachement spéciales en raison de la nature du contrat ou de l'identité des parties. Ces règles figurent aux articles 5 à 8 du règlement et, y sont visés les contrats de transport (de marchandises et de personnes), les contrats de consommation, les contrats d'assurance et les contrats individuels de travail. La nouvelle formulation des règles de conflit est justifiée tant par une diversification des objectifs que par une volonté renforcée de les atteindre. C'est le cas par exemple des règles relatives aux contrats de consommation et de travail, qui poursuivent assez clairement un objectif de protection de la partie faible⁶⁴, même s'ils ne procèdent pas tout à fait de la même logique. Quant aux dispositions relatives aux contrats de transport et d'assurance, il semblerait, d'après le considérant 32 du règlement, qu'elles poursuivent un objectif de protection spécifique compte tenu de leur « nature particulière » qui appellerait dès lors des règles de conflit spécifiques différentes de la disposition générale de protection des consommateurs. Force est d'en déduire que les protections ne sont pas équivalentes selon les espèces contractuelles et que, même au sein d'une espèce isolée comme le contrat de transport par exemple, seul celui ayant pour objet le transport de personnes donne lieu à une protection particulière. Par souci d'efficacité, notre analyse portera exclusivement sur deux types de

⁶³ Cela étant, il est à préciser que le principe d'autonomie n'est pas tout à fait étranger à ce phénomène de spécialisation normative. D'après Julio D. González Campos, « la création de solutions juridiques à un deuxième niveau peut aussi être l'œuvre des particuliers (...) la reconnaissance par l'ordre juridique d'une large autonomie de la volonté aux particuliers pour régler leurs relations peut être conçue comme une habilitation de ceux-ci pour arriver à la spécialisation des solutions par une voie à caractère privé ».

⁶⁴ D'après le considérant 23 du règlement, les parties faibles « devraient être protégées par des règles de conflit de lois plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales ». On comprend par-là que les règles de conflit générales ne sont pas aptes à satisfaire les objectifs poursuivis par le législateur, d'où le procédé de spécialisation y afférent. Autrement dit, les mérites de la spécialisation ne se conçoivent qu'en concomitance avec les insuffisances du modèle classique.

contrats : le contrat de consommation d'abord (A), et le contrat individuel de travail ensuite (B). Nous concluons ces développements avec une comparaison des deux régimes de protection ainsi exposés (C).

Préalablement, il importe d'explicitier la notion de « partie faible » au sens du droit international privé, car c'est cette notion qui sert de vecteur commun aux deux variétés contractuelles qui feront l'objet des développements suivants.

Notion de « partie faible » en droit international privé. D'emblée, il convient de souligner l'importance de cette notion en droit international privé des contrats, car elle constitue en réalité un garde-fou au principe d'autonomie de la volonté, amplement consacré en la matière. La doctrine a observé que « *le souci contemporain de protection de la partie faible s'exprime dans des règles, que la partie forte ne doit pas pouvoir librement évincer* » parce que si le principe d'autonomie n'était pas limité, la partie forte serait en mesure « *d'imposer à son cocontractant le choix d'une loi particulièrement peu protectrice ; le risque [étant] d'autant plus fort que le droit positif valide le choix d'une loi quelconque, même n'ayant aucun lien avec le contrat* »⁶⁵. Et c'est précisément ce que permet le règlement Rome I en autorisant les parties à choisir une loi sans exigence de lien quelconque avec leur contrat ; d'où la nécessité de poser des garde-fous.

De fait, la faiblesse d'une partie dans un contrat international s'analyse au regard d'une comparaison entre les forces de négociation des cocontractants, surtout lorsque le critère de rattachement subjectif favorise l'un d'eux. Cependant, il est assez surprenant que la notion de partie faible ne reçoive pas de définition précise, que ce soit dans le règlement Rome I ou dans d'autres instruments internationaux relatifs aux contrats internationaux. Il ressort toutefois du règlement Rome I que le principe de la protection a fait l'objet d'une extension relativement uniforme, mais que les procédés de sa mise en œuvre varient d'une espèce contractuelle à l'autre. Si le principe est identique, c'est donc son régime qui fait l'objet d'un morcellement non pas moins satisfaisant.

A. Le contrat de consommation

⁶⁵ P. Mayer, « Lois de police », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 1998, § 19.

Convention de Rome de 1980. A l'origine, l'adoption de la règle de conflit spéciale pour les contrats de consommation de l'article 5 de la convention de Rome de 1980 était motivée par la nécessité d'assurer une protection à la partie réputée faible. De fait, elle apparaissait comme la conséquence de l'incapacité de la règle générale à satisfaire l'objectif de droit matériel qui sous-tend les rapports contractuels impliquant un consommateur. C'est ainsi que la convention de Rome introduisit un système renforcé de protection du consommateur, destiné à compléter celui de la convention de Bruxelles relatif à la compétence judiciaire.

L'article 5 de la convention de Rome prévoyait en effet un encadrement du principe d'autonomie par l'application des règles impératives du pays de la résidence habituelle du consommateur. De plus, en l'absence de choix de loi, c'est la loi de la résidence habituelle du consommateur qui avait vocation à s'appliquer. Bien que l'on pût y déceler les balbutiements d'une protection du consommateur, l'on pouvait reprocher toutefois à cette disposition de limiter considérablement son propre domaine d'application. La Convention ne visait que certains contrats (les contrats concernant la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services) et elle limitait la protection à la situation du consommateur passif, c'est-à-dire du consommateur « *n'ayant entamé aucune démarche proactive pour entrer en relation avec le professionnel* »⁶⁶. Certains auteurs, comme Vincent Heuzé, ont pu regretter que les dispositions protectrices de l'article 5 soient « *réservées aux seuls contrats conclus par des consommateurs, ainsi érigés en catégorie autonome* »⁶⁷. Cette analyse vise davantage l'attitude des parties que la qualité abstraite qui leur est attribuée. En ce sens, devrait bénéficier du régime de protection toute partie contractante qui n'a pas pris l'initiative de l'accord ; ce qui rend d'autant plus logique l'extension des dispositions de l'article 5 à toutes les conventions ne nécessitant pas un autre traitement.

Passage au règlement Rome I. Afin d'assurer une protection renforcée du consommateur, la proposition de la Commission optait, assez radicalement, pour l'interdiction du choix de loi applicable. Sans surprise, cette proposition fut abandonnée, comme le montre la consécration expresse du principe d'autonomie au paragraphe 2 du nouvel article 6 du règlement. Les modifications ont surtout porté sur le champ d'application du texte. Pour rappel, il avait été

⁶⁶ P. Lagarde, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Mélanges Ghestin*, 1999, LGDJ, p. 511.

⁶⁷ V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux (Etude critique des méthodes)*, *op.cit.*, p. 331, n°756.

reproché à l'article 5 de la convention de Rome de limiter son champ d'application à la fourniture d'objets mobiliers corporels ou de services. Dans cette veine, le règlement fait disparaître toute condition relative à l'objet du contrat, de sorte que le régime de protection s'applique à tout contrat de consommation, à l'exception des contrats expressément exclus par le paragraphe 4 de l'article.

Régime de protection de l'article 6. L'article 6, après avoir défini les notions de « consommateur »⁶⁸ et de « professionnel »⁶⁹, soumet le contrat de consommation à la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle (article 6, paragraphe 1). Néanmoins, ce rattachement objectif n'a lieu de jouer qu'à défaut de choix de loi exercé par les parties (article 6, paragraphe 2). Force est de constater aussi qu'il n'existe pas de clause d'exception propre au contrat de consommation, et cela s'explique sans doute par le fait que la proximité concrète de la situation avec le pays de résidence habituelle du consommateur « *a déjà été vérifiée au stade des [nombreuses] conditions d'application de l'article 6* »⁷⁰. Le rattachement objectif ainsi opté par la règle de conflit spéciale de l'article 6 nous apparaît satisfaisant en ce qu'il assure l'équilibre des intérêts en présence. En effet, l'application de la loi de la résidence habituelle du consommateur n'est pas imprévisible pour le professionnel, qui ne devrait pas en être surpris du fait de son intégration dans cet Etat par l'exercice de ses activités, ou du fait qu'il y déploie des activités à distance à destination du consommateur.

En plus de retenir un rattachement objectif adéquat à la protection du consommateur, la règle de conflit spéciale de l'article 6 prévoit un encadrement effectif du principe d'autonomie en limitant sa portée. On peut y voir alors un autre procédé de protection. D'après le second paragraphe de l'article, le choix de loi « *ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1* ». En d'autres termes, l'application des règles impératives de la loi du pays de résidence habituelle du consommateur est préservée, dans la seule mesure où celles-ci sont plus favorables envers le consommateur que les dispositions équivalentes de la loi choisie.

⁶⁸ « Personne physique [qui conclut] un contrat (...) pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ».

⁶⁹ « Personne agissant dans l'exercice de son activité professionnelle ».

⁷⁰ J.-M Jacquet, « Contrats », *Répertoire de droit international*, Dalloz, §131.

Cette exigence incite le juge à procéder à une comparaison entre les législations en présence afin de situer l'avantage du consommateur.

Les procédés précités concourent ensemble à l'amélioration et à la spécialisation de la règle de conflit dans le sens de la protection du consommateur. Ladite protection est véritablement intrinsèque à la règle de droit international privé et elle justifie, de surcroît, l'économie d'un mécanisme tel que l'exception d'ordre public. Cette conséquence sera envisagée plus amplement dans les développements relatifs à la portée de la spécialisation.

B. Le contrat individuel de travail

Le maintien de la protection des travailleurs est une constante des règles de conflit de lois et des règles de compétence juridictionnelle en matière de contrat de travail. Avant l'entrée en vigueur de la convention de Rome, la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail était de source interne, essentiellement de source prétorienne. La jurisprudence française avait finalement opté pour un raisonnement combinatoire en retenant l'application de la loi du lieu d'exécution du travail, laquelle devait s'effacer devant la loi choisie par les parties à la seule condition que celle-ci soit plus favorable au salarié.

Comme le décrit Marie-Ange Moreau, l'intégration communautaire n'a pas perturbé le traitement autonome des questions soulevées par les contrats de travail internationaux. Elle explique que le droit international privé récent « *a intégré que les fonctions de la règle de conflit puissent être substantielles et que la logique de protection du travailleur a été, dans tous les pays européens, la finalité de construction de règles spécifiques au droit du travail* »⁷¹. Par conséquent, l'autonomie du droit du travail justifie en partie l'intégration de la finalité protectrice dans la configuration des règles de conflit. Cette intégration se traduit aussi en jurisprudence par une forte volonté de construire des remparts de protection « *face aux changements dans les pouvoirs des employeurs en raison des outils juridiques que leur offre l'organisation juridique de l'internationalisation des activités économiques* »⁷². Nous pouvons dès lors voir en ce régime de protection une occasion de corriger l'asymétrie résultant de la transnationalité de la relation de travail, sous l'effet de la mobilité accrue et des déséquilibres subséquents.

⁷¹ M.-A. Moreau, « Continuité des règles de droit international privé en matière de contrat de travail et communautarisation » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, p.401.

⁷² *Ibid.*

De la Convention de Rome au règlement Rome I. Le contrat individuel de travail faisait l'objet d'une règle de conflit spéciale posée à l'article 6 de la convention de Rome de 1980. Les relations de travail étaient soumises, à titre de principe, et à défaut de choix de loi par les parties, à la loi du lieu d'exercice habituel du travail. Ce rattachement de principe était le plus convenable parce qu'il tenait compte à la fois des intérêts étatiques en la matière, et des prévisions des parties. Dès lors, le critère du lieu de l'établissement d'embauche, bien que plus simple, n'avait qu'une valeur subsidiaire en pratique, étant facilement écartable par la clause d'exception prévue par l'alinéa 3 de l'article 6 lorsque le contrat entretenait des liens plus étroits avec une autre loi. L'adoption d'une règle de conflit spéciale était une évidence compte tenu du risque qu'encourrait le salarié s'il lui était loisible, afin d'obtenir un emploi, de renoncer à la protection offerte par la loi objectivement compétente, « *en souscrivant une clause soumettant le contrat à la loi moins protectrice d'un autre Etat* »⁷³.

L'article 6 de la convention de Rome a fait l'objet de peu de modifications à l'occasion du passage au règlement Rome I. A l'exception de quelques précisions concernant les travailleurs itinérants⁷⁴, la règle de conflit spéciale a été maintenue. Le nouvel article 8 présente une structure articulée en quatre temps. Les deux premiers paragraphes contiennent les règles générales, le troisième, la règle subsidiaire, et le quatrième, une clause d'exception spéciale (moins restrictive que la clause d'exception générale figurant à l'article 4).

Régime de protection de l'article 8. Il ressort de l'article 8 du règlement Rome I que les parties à un contrat individuel de travail peuvent choisir la loi applicable à leur contrat, mais ce choix ne doit pas priver le travailleur de la protection que lui confèrent les dispositions impératives de la loi applicable à défaut de choix. Le considérant 35 du règlement Rome I indique à cet effet que « *les salariés ne devraient pas être privés de la protection des dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord ou auxquelles il ne peut être dérogé qu'à leur bénéfice* ». Par un arrêt du 15 juillet 2021⁷⁵, la Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de préciser

⁷³ Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10e éd., 2013, n° 588, p. 574

⁷⁴ D'ailleurs, ces règles d'extension sont le fruit d'une spécialisation par degrés d'hétérogénéité, spécialisation qui selon Julio D. Gonzáles Campos, vise à adopter des solutions différentes pour les situations ayant des degrés distincts de dispersion dans l'espace. Contrairement à ce qui est le cas pour la spécialisation matérielle, la diversité réside moins dans les éléments matériels de la relation que dans les situations elles-mêmes. Les situations sont 'internationalement' distinctes, et non 'matériellement' distinctes.

⁷⁵ CJUE, 15 juillet 2021, aff. C-152/20 et C-218/20.

que les parties à un contrat individuel de travail sont en principe libres de choisir la loi applicable à ce contrat, même si la clause contractuelle relative à ce choix est rédigée par l'employeur, le travailleur se bornant à l'accepter. Dans les deux affaires, il s'agissait de chauffeurs de camion roumains qui exigeaient de leurs employeurs qu'ils leur accordent le bénéfice des règles italiennes dans une espèce, et allemandes dans l'autre, relatives au salaire minimal, en vigueur dans le pays dans lequel ils prétendaient accomplir habituellement leur travail. A cela, les employeurs opposent un refus au motif que les contrats de travail étaient exclusivement soumis à la loi roumaine. Ainsi, la Cour était invitée à se prononcer sur les modalités d'application de l'article 8 du règlement Rome I et c'est à cette occasion qu'elle affirme d'abord une préséance chronologique de la loi objectivement applicable⁷⁶ plutôt que de la loi choisie. Ensuite, elle précise les modalités de la comparaison entre les dispositions impératives de la loi objectivement applicable et les dispositions de la loi choisie. Au point 24 de son arrêt, la Cour affirme que « *si [les dispositions impératives de la loi qui aurait été applicable à défaut de choix] offrent au travailleur concerné une meilleure protection que celles de la loi choisie, elles l'emportent sur celles-ci alors que [...] la loi choisie demeure applicable au reste de la relation contractuelle* ». Nous pouvons en déduire que la Cour exclue une comparaison globale des dispositions des deux lois en présence sans préciser pour autant « *s'il convient de comparer l'ensemble des dispositions de chaque loi [...] pour faire primer, en bloc, les plus protectrices, ou chaque disposition des deux lois en présence, de manière à faire primer à chaque fois la règle la plus protectrice du travailleur* »⁷⁷. Par ailleurs, la Haute Cour de justice n'indique pas si la comparaison doit se faire *in concreto* ou *in abstracto*, bien qu'au regard du but sous-jacent à la règle de l'article 8, ce soit la comparaison *in concreto* qui serait la plus appropriée à nos yeux (le but étant de garantir la meilleure protection au salarié, compte tenu des particularités de sa situation).

En plus de faire partie du modèle combinatoire, la loi objectivement applicable fait également l'objet d'une règle de conflit propre composée de deux rattachements ; l'un principal et l'autre subsidiaire. Il s'agit de la loi du lieu d'exécution habituelle du travail ou, à défaut, de la loi du

⁷⁶ La Cour indique au point 27 de son arrêt que « l'application correcte de l'article 8 du règlement Rome I implique [...] dans un premier temps, que la juridiction nationale identifie la loi qui aurait été applicable en l'absence de choix et détermine, selon celle-ci, les règles auxquelles il ne peut être dérogé par accord et, dans un second temps, que cette juridiction compare le niveau de protection dont bénéficie le travailleur en vertu de ces règles avec celui qui est prévu par la loi choisie par les parties. Si le niveau prévu par lesdites règles assure une meilleure protection, il y a lieu d'appliquer ces mêmes règles ».

⁷⁷ D. Sindres, « Précisions de la Cour de justice sur la portée du choix de la loi applicable à un contrat individuel de travail », *RCDIP* 2022. 137, No 11.

lieu d'établissement d'embauche⁷⁸ ; toutes deux pouvant être écartées par le jeu de la clause d'exception si elles ne correspondent pas à la loi entretenant les liens les plus étroits avec la situation. La clause d'exception, peu restrictive⁷⁹, est innervée par le principe de proximité. Elle fait office de correctif à l'application trop abstraite, et « sclérosée » de la règle de conflit de lois, d'après l'expression de Paul Lagarde⁸⁰. Dans cette veine, la Cour de justice de l'Union européenne a indiqué dans son arrêt ICF⁸¹, à propos de la clause d'exception générale de l'article 4.5 de la convention de Rome, que la loi désignée par les rattachements rigides, même si elle présente un rattachement caractérisé avec le contrat, doit être écartée au profit de celle avec laquelle le contrat entretient les liens les plus étroits. A fortiori, la clause d'exception spéciale devrait jouer de manière d'autant moins restrictive dans les litiges de droit du travail, toutes les fois que le lieu d'exécution du travail n'apparaît pas révélateur de la relation de travail. Mais la question qui se pose est celle de l'utilisation de cette clause d'exception spéciale. Celle-ci est-elle simplement destinée à pallier les défaillances du rattachement de base ? Est-elle plutôt un moyen pour le juge de faciliter un retour à sa *lex fori* ? Devrait-on y voir un outil supplémentaire de protection du salarié ? Si la jurisprudence française s'est longtemps prononcée dans le sens de l'application de la loi française, et donc de la loi du for (lorsque que celle-ci n'était ni la loi choisie par les parties ni la loi du pays où s'exécutait le travail⁸²), il

⁷⁸ Rattachement très peu usité en pratique, et devant rester exceptionnel. En ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Koelzsch* (CJUE, 15 mars 2011) confirme le peu d'utilité de critère ; ce critère étant facilement manipulable en défaveur du salarié par des employeurs qui seraient tentés de procéder délibérément à des embauches par l'intermédiaire d'un établissement situé dans un pays dont la législation assurerait une moindre protection sociale, sans que la législation en question n'entretienne un lien pertinent avec la relation de travail.

⁷⁹ Sans doute parce que le législateur européen a voulu accorder au juge une marge d'appréciation plus grande pour lui permettre d'assurer plus efficacement la protection de la partie faible.

⁸⁰ « Si aucune place [n'est faite au principe de proximité] par la règle de conflit en matière de contrat, la règle se sclérose. Elle se fossilise. C'est le triste spectacle que nous donnent les droits qui conservent en la matière des règles législatives à rattachements fixes ». P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Recueil des cours* (volume 196).

⁸¹ CJUE, 6 octobre 2009, ICF, aff. C-133/08 : « L'article 4, paragraphe 5, de la même convention doit être interprété en ce sens que, lorsqu'il ressort clairement de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un pays autre que celui qui est déterminé sur la base de l'un des critères prévus audit article 4, paragraphes 2 à 4, il appartient au juge d'écarter ces critères et d'appliquer la loi du pays avec lequel ledit contrat est le plus étroitement lié ».

⁸² En ce sens, Soc. 23 mars 2005, 03-42.609, Inédit. « Attendu que la cour d'appel, qui, après avoir fait ressortir que les parties n'avaient fait choix d'aucune loi pour régir leurs rapports, a constaté que les contrats de travail successifs de la salariée avaient été conclus entre personnes de nationalité française, qu'ils étaient rédigés en langue française et qu'ils fixaient le salaire de l'intéressée en francs français en rémunération d'un travail, accompli dans un établissement français soumis à la réglementation française en vigueur dans les établissements d'enseignement, sous le pouvoir disciplinaire du conseiller culturel de l'ambassade de France, lui-même placé sous l'autorité du ministre français de la coopération, a pu en déduire que ces contrats présentaient des liens étroits avec la France et a exactement décidé que la loi française était applicable au litige ».

semblerait que la Cour de cassation se montre bien plus rigoureuse à présent, au point de refuser, lorsque le travail s'exécute à l'étranger, le jeu de la loi française alors même que celle-ci entretient des liens significatifs avec le contrat⁸³.

La Cour de justice de l'Union européenne, quant à elle, a rendu une décision assez surprenante le 12 septembre 2013⁸⁴. En l'espèce, il s'agissait d'une salariée qui, après avoir travaillé pendant près de quatorze ans en Allemagne pour la société Schlecker, a été promue et est devenue gérante de cette société aux Pays-Bas en vertu d'un nouveau contrat de travail, tout en restant domiciliée en Allemagne. Au bout de douze années de travail aux Pays-Bas, l'employeur supprime le poste de la salariée et lui propose de devenir chef de secteur en Allemagne. Celle-ci conteste devant les tribunaux néerlandais la décision unilatérale de l'employeur de modifier son lieu de travail. Elle invoque à cet effet l'application de la loi néerlandaise, loi du lieu d'exécution habituelle du travail, et surtout, législation plus protectrice en la matière pour la salariée. L'employeur invoque quant à lui l'application de la loi allemande en vertu de la clause d'exception de l'article 6.2 de la convention de Rome. La question préjudicielle consistait à savoir si les dispositions de l'article 6, paragraphe 2, de la convention de Rome doivent être interprétées en ce sens que, si un travailleur accomplit le travail qui fait l'objet du contrat de travail non seulement de façon habituelle, mais également pendant une longue période et sans interruption dans le même pays, c'est en tout état de cause le droit de ce pays qui est applicable, même si toutes les autres circonstances indiquent un lien étroit entre le contrat de travail et un autre pays. A cela, il nous paraît regrettable que la Cour ait préféré répondre que même dans [cette] hypothèse, « *le juge national peut écarter, en application de [la clause d'exception], la loi applicable dans [le pays de l'exécution habituelle] lorsqu'il ressort de l'ensemble des circonstances qu'il existe un lien plus étroit entre ledit contrat et un autre pays* ». Ainsi, la Cour de justice place sur un même pied d'égalité le rattachement objectif et la clause d'exception ; ce qui implique nécessairement que l'office du juge consiste en une recherche simultanée des

⁸³ Soc. 28 mars 2012, 11-12.779, Inédit. « Attendu, enfin, que sans avoir à répondre à des conclusions inopérantes pour écarter la loi du lieu d'accomplissement habituel du travail soutenant que la société Hikari Productions ne travaillait que pour des chaînes de télévision francophones, et non pas françaises, et que c'est elle qui facturait à ses clients les reportages effectués en Chine, la cour d'appel, ayant écarté, au titre des circonstances de la cause, les conséquences susceptibles d'être tirées de l'engagement par une société de droit français d'un salarié de nationalité française travaillant en Chine sous la direction d'un supérieur hiérarchique lui-même de nationalité française, a nécessairement répondu aux conclusions de l'intéressé reprenant ces éléments au titre des liens plus étroits avec un pays autre que la Chine et, ayant constaté que la production et le tournage des reportages avaient lieu en Chine, répondu en tant que besoin aux conclusions faisant état de ce que l'employeur percevait des aides en vue de soutenir des œuvres produites et ou tournées dans le Nord-Pas-de-Calais ».

⁸⁴ CJUE, 12 septembre 2013, *Schlecker*, aff. C-64/12.

rattachements objectifs et des liens plus étroits avec un autre Etat. En outre, elle fait une lecture dépolitisée de la clause d'exception et estime à ce titre que la protection est accordée au travailleur par la mise en œuvre de la clause d'exception alors même que la loi entretenant des liens plus étroits pourrait être moins protectrice de ses intérêts conflictuels. Pour la Cour de justice, la protection adéquate de la partie la plus faible est assurée de manière suffisante par le seul principe de proximité. La logique est purement conflictuelle bien qu'elle soit sans doute justifiée en l'espèce par la localisation en Allemagne d'éléments relatifs à l'affiliation de la sécurité sociale. Il reste que cette espèce marque indéniablement un recul de la lecture substantialiste de la clause d'exception qui prévalait jusque-là. Peut-on y voir une brèche tant attendue pour le jeu de l'exception d'ordre public ? L'étude de la jurisprudence sur cette question invite à répondre par la négative. Nous verrons en effet que l'exception se fait rare en pratique, surtout dans les litiges relevant des contrats de travail internationaux.

C. Une comparaison des régimes de protection

Il est possible de constater des facteurs de rapprochement et d'éloignement entre les procédés de protection applicables au contrat de consommation et ceux applicables au contrat individuel de travail. Parmi les éléments de rapprochement, nous pouvons relever pour commun la méthode combinatoire, d'après laquelle la portée de l'autonomie de la volonté est considérablement limitée. S'agissant des éléments d'éloignement, il apparaît qu'à la différence de l'article 6, l'article 8 propose une règle subsidiaire (bien que peu usitée en pratique) et surtout, une clause d'exception. Paul Lagarde explique cette différence structurelle par une « *différence d'esprit* ». D'après l'auteur, « *l'ambition du rattachement choisi dans le cadre du droit de la consommation est d'établir un rattachement de faveur, en ce sens que la loi applicable est celle qu'il connaît et sur la protection de laquelle il compte* ». En revanche, pour le travailleur, « *il s'agit d'établir un rattachement de proximité* »⁸⁵.

De manière générale, certains auteurs se sont montrés critiques à l'égard d'un régime de protection aussi renforcé. Ils ont pu reprocher, entre autres, au mécanisme de l'article 6, de favoriser « à l'excès » le consommateur, « *qui bénéficie en cas de choix d'une loi différente de celle qui aurait été applicable à défaut de choix, des solutions les plus favorables prévues tant par la loi choisie que par les dispositions impératives de la loi objectivement applicable, à savoir celle de sa résidence habituelle* »⁸⁶. En outre, il résulterait un certain « malaise » de la

⁸⁵ P. Lagarde, *RCDIP* 1991.319.

⁸⁶ D. Sindres, *op.cit.*, p.137, No 17.

combinaison des rattachements, sachant que les règles de conflit de lois « n'ont [...] nullement vocation à piéger certaines parties et à créer pour d'autres des effets d'aubaine » ; elles ont pour seule vocation de préserver les attentes légitimes de toutes les personnes concernées par le rapport de droit litigieux. Cependant, une telle lecture s'écarte à notre avis de l'esprit du règlement, qui s'oriente davantage vers une protection optimisée des parties faibles.

§5. La portée de la spécialisation matérielle

Il apparaît que la définition la plus satisfaisante que puisse recevoir le droit international privé soit celle qui procède de sa fonction. Au fond, cette branche du Droit vise précisément, en amont, à apporter une réglementation adéquate aux questions suscitées par les situations internationales et, en aval, à en organiser l'application. Pris dans cette dimension, le droit international privé est empreint d'un relativisme dont l'implication méthodologique ne fait pas de doute ; aucun des procédés de réglementation n'est en principe supérieur aux autres. Subséquemment, la spécialisation normative incite à l'utilisation de procédés de réglementation aussi variés que les besoins qu'ils visent à satisfaire, tout cela en vue d'aboutir, dans la mesure du possible, à une solution satisfaisante des situations traitées. Nous l'avons vu, le règlement Rome I est construit sur une variété – plus exactement, sur une combinaison – de procédés de réglementation⁸⁷. Ce faisant, l'élaboration de règles spéciales et de surcroît, spécifiquement adaptées aux aspects particuliers des situations de la vie internationale des personnes, a eu pour effet de réduire le recours aux règles d'application. Comme l'observe Julio D. González Campos, « c'est parce que les règles spéciales permettent [...] une localisation plus appropriée de la situation [ainsi que] l'emploi de procédés non conflictuels que le recours aux règles d'application ne devient nécessaire ni pour corriger la localisation, ni pour tenir compte des valeurs matérielles »⁸⁸. Par conséquent, le législateur, en édictant de telles règles, offre au juge « une indication de [leur] finalité »⁸⁹ ; ce qui limite considérablement les risques de subjectivisme dans le résultat, le juge ne pouvant valablement contourner cette finalité par le biais de règles d'application à l'instar de l'exception d'ordre public ou du renvoi.

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ J. D. González Campos, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *op.cit.*, p. 196.

⁸⁹ *Ibid.*

Nous l'avons vu, le rôle dévolu traditionnellement à l'exception d'ordre public était lui-même intimement lié au procédé de la règle de conflit classique. A présent, sous l'effet de la spécialisation des règles, ce procédé d'application connaît un recul, tant dans son effet négatif que dans son effet positif. L'adoption des règles spéciales permet, le plus souvent, d'aboutir à une solution plus proche des circonstances du cas d'espèce et donc, plus adéquate aux besoins juridiques et sociaux. Ainsi, la protection de certains intérêts, comme ceux des salariés, des assurés, ou des consommateurs, est déjà prise en charge par la règle elle-même car elle est inhérente à sa structure.

L'économie de l'exception d'ordre public résulte entre autres de la spécialisation des catégories juridiques ; ce qui se retrouve avec d'autant plus d'acuité dans le domaine des obligations contractuelles. En ce sens, Julio D. González Campos relève les effets néfastes qui découlaient de l'usage de l'exception d'ordre public, et ce, antérieurement à l'adoption de règles spéciales. Parmi ces effets se trouvent deux inconvénients : d'abord, l'incertitude quant aux conditions de son application et ensuite, la possibilité accrue d'un *lex forisme* par le jeu de l'effet positif. En comparaison, et d'après l'auteur, le processus de spécialisation réduit ces risques car si l'on se réfère par exemple aux règles spéciales applicables au contrat de consommation et au contrat individuel de travail⁹⁰, force est de constater que pour renforcer l'efficacité de la protection des intérêts pris en charge par ces règles, il suffit d'en renforcer la positivité. Ladite positivité ne saurait être renforcée que par la mise à l'écart de tout mécanisme perturbateur du résultat escompté. C'est ce qui explique notamment qu'en la matière, il existe un déficit chronique d'illustrations jurisprudentielles de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. Ainsi, il a été jugé que la législation sud-africaine faisant de la grève une cause de rupture du contrat de travail du fait du salarié n'était pas contraire à l'ordre public⁹¹, le juge préférant faire une application stricte et rigoureuse de la règle de conflit de lois, laquelle présentait déjà un haut degré de spécificité. Plus récemment, la Cour de cassation française a considéré que le délai de prescription de vingt jours prévu par la loi espagnole n'était pas contraire à l'ordre public

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ Cour de cassation française, Soc. 16 juin 1983, SPIE-Batignolles, 81-40.092 et 81-40.551, publié au Bulletin. En l'espèce, un tuyauteur contestait son licenciement pour faute grave au motif que sa participation à une grève alors qu'il s'était engagé à ne pas le faire, n'était pas une cause réelle et sérieuse de licenciement. Les juges du fond lui avaient alloué les indemnités de rupture et des dommages-intérêts pour licenciement sans cause réelle et sérieuse, au motif que la loi sud-africaine interdisant le droit de grève était contraire à l'ordre public international français. La Cour de cassation revient à la loi normalement applicable, c'est-à-dire la loi africaine, et refuse d'accorder au salarié une indemnité. Sans évoquer l'exception d'ordre public, elle décide que la rupture du contrat était justifiée.

international⁹² et, plus implicitement, que le modèle combinatoire de la règle de conflit édictée à l'article 6 de la convention de Rome de 1980 (aboutissant en l'espèce à l'application de la loi choisie par les parties, la loi espagnole, sous réserve des dispositions impératives de la loi objectivement applicable, c'est-à-dire la loi française), ne saurait être perturbé par la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. La Cour fait observer qu'en l'espèce, la protection du salarié, tant du point de vue de ses garanties procédurales que de ses garanties substantielles, était assurée (autrement dit, cette protection était prise en charge, de manière suffisante, par la règle de conflit spéciale contenue à l'article 6 de la convention de Rome). Il est intéressant de relever que dans le second moyen du pourvoi, subsidiaire, figurait la formule suivante : « *sont qualifiées d'impératives, les dispositions auxquelles la loi d'un pays ne permet pas de déroger par contrat, qu'il s'agit donc de toutes les dispositions de droit privé marquées du sceau de l'ordre public* » ; ce qui laisse transparaître une véritable confusion dans le raisonnement entre l'ordre public interne, les lois de police et l'ordre public international.

La volonté de renforcer la positivité de la règle de conflit n'est pas propre aux matières impliquant une protection de la partie faible. Elle a également eu l'occasion de se manifester dans les litiges relatifs aux clauses d'exception de garantie. Il a été jadis décidé que l'ordre public international ne s'oppose pas systématiquement aux clauses d'exclusion de garantie. Par un arrêt du 4 octobre 1989⁹³, la Cour de cassation a soumis directement les clauses exonératoires de garantie à la loi applicable au contrat de vente. Elle reprochait aux juges du fond de ne pas avoir recherché « *à défaut d'accord exprès des parties, la loi applicable à la vente, laquelle régit la validité et la portée des clauses d'exclusion de garantie* ». Ainsi, le renforcement de la positivité de la règle de conflit⁹⁴ (accentué en l'occurrence par l'admission très large du principe

⁹² Cour de cassation, Soc. 12 juillet 2010, 07-44.655. En l'espèce, un chauffeur routier engagé par une société espagnole contestait son licenciement pour faute grave. La loi espagnole avait été choisie par les parties mais elle limitait le délai de procédure à vingt ans, au lieu de trente ans, délai prévu par la loi française applicable à défaut de choix. La Cour de cassation met à l'œuvre l'article 6 de la convention de Rome et considère que « le délai de procédure, non contraire à l'ordre public international, qui était imposé [au salarié] par la loi espagnole pour saisir la juridiction compétente, ne le privait pas de la protection d'une disposition impérative de la loi française ». *Comp. Soc.* 16 septembre 2008, 06-46.314, Inédit.

⁹³ Cour de cassation, Civ.1^{re}, 4 octobre 1989, 87-13.020, publié au Bulletin.

⁹⁴ En l'espèce, il s'agissait de la règle figurant aux articles 2 et 3 de la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international, laquelle prévoit que « la vente internationale d'objets mobiliers corporels est régie par la loi interne du pays désigné par les parties contractantes, et à défaut de loi déclarée applicable par les parties, par la loi interne du pays où le vendeur a sa résidence habituelle au moment où il reçoit la commande (...) que [toutefois] la vente est régie par la loi interne du pays où l'acheteur a sa résidence habituelle, ou dans lequel il possède l'établissement qui a passé la commande, si c'est dans ce pays que la commande a été reçue, soit par le vendeur, soit par son représentant, agent ou commis-voyageur ».

d'autonomie) a pour corolaire la réduction consécutive du domaine de l'exception d'ordre public, au point que l'argument y afférent soit complètement passé sous silence par la Cour. Pourtant, la Cour en faisait régulièrement usage, ne serait-ce que quelques années plus tôt, notamment dans un arrêt en date du 12 juin 1984.

Toutefois, il est encore possible de concevoir une place résiduelle à l'exception d'ordre public lorsque, en marge de la mise en œuvre des lois de police, certains intérêts demeurants ne sont pas envisagés spécifiquement par les règles de droit international privé. C'est ce qui justifie que les applications de l'exception se fassent de plus en plus rares, mais qu'elles revêtent une plus grande originalité ; comme ce fut le cas en matière d'esclavage domestique, où la Chambre sociale de la Cour de cassation française⁹⁵ fit usage d'un ordre public sous des traits nouveaux, au point que certains auteurs aient pu parler d'un ordre public « de rattachement » à l'ordre juridique français, tant au niveau de la compétence législative que de la compétence juridictionnelle. Cette espèce isolée sera amplement envisagée dans la seconde partie de notre étude. Au demeurant, le constat susmentionné est chargé de sens parce qu'il témoigne d'une profonde altération de la fonction traditionnellement reconnue à l'exception d'ordre public. D'après A. Bucher, celle-ci serait réduite à une simple « *fonction de transition, permettant une adaptation progressive des règles de conflit au domaine d'application nécessaire à l'efficacité des objectifs, tant de la loi du for, que des lois étrangères* »⁹⁶. Inversement, la place dévolue aux lois de police a connu un accroissement sans précédent. Il est communément admis que la matière contractuelle en constitue le terrain d'élection.

Section 2 – La méthode concurrente des lois de police

Les lois de police, dites aussi « lois d'application immédiate » ou « *lois d'application nécessaire* »⁹⁷, sont inhérentes au phénomène de concurrence des méthodes qui touche de près la matière des contrats internationaux. L'état du droit positif en témoigne amplement, que ce soit par le biais de la consécration apparente de cette notion dans les règlements européens, ou

⁹⁵ Soc. 10 mai 2006, 03-46.593, publié au Bulletin.

⁹⁶ A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des cours*, Volume 239, 1993, pp.74-78.

⁹⁷ Comme le signale R. Libchaber, « la différence de formulation procède de ce que, dans la première expression, on fait référence à la modalité d'intervention de ces lois, qui ne dépend pas du jeu d'une règle de conflit, tandis que dans la seconde, l'accent est mis bien plutôt sur le contenu de ces règles internationalement impératives ». *L'exception d'ordre public en droit international privé*, dans « L'ordre public à la fin du XXe siècle », Th. Revet (coord.), Dalloz, 1996, p.69.

à travers son utilisation abondante par les juridictions nationales, à la lumière de l'interprétation qui en est donnée par la Cour de justice de l'Union européenne. Cette méthode s'est progressivement imposée comme un moyen direct d'accomplir dans les relations internationales les objectifs législatifs essentiels du for. Nous partirons de la définition des lois de police (§1), pour envisager ensuite la distinction méthodologique opposant ce mécanisme à celui de l'exception d'ordre public (§2). Pour finir, nous avancerons quelques illustrations de la mise en œuvre des lois de police en matière de litiges relevant des contrats internationaux (§3).

§1. La définition des lois de police

A. En doctrine

Les lois de police ont pu être définies comme des « *lois s'appliquant à un rapport international, non par l'effet d'une désignation par une règle de conflit de lois, mais tout simplement à raison de leur contenu* »⁹⁸. Cette définition est purement fonctionnelle et nous pouvons en déduire que pour qualifier une loi de loi de police, il faut que celle-ci, par son but et par sa teneur, préserve un intérêt vital et entretienne un rattachement avec l'espèce. Cette loi force la compétence de l'ordre juridique auquel elle appartient, elle tire de son propre contenu son titre à s'appliquer aux situations internationales. Au demeurant, la définition la plus communément admise en doctrine est sans aucun doute celle, plus conceptuelle, apportée par Phocion Francescakis dans les années 1960. L'auteur définissait les lois de police comme celles « *dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et ou économique du pays* »⁹⁹. Force est de constater que le fondement de cette notion est faiblement opérationnel ; il manque de netteté, ce qui rend la notion rebelle à une définition précise.

B. En droit positif

Le droit positif a contribué à préciser davantage la définition doctrinale des lois de police. Le droit de l'Union européenne témoigne d'un véritable effort en ce sens. Bien que la convention de Rome de 1980 consacraît la notion en son article 7, elle n'y apportait pas de définition précise. Il a fallu attendre que la Cour de justice des communautés européennes remédie à cette lacune en 1999 par son arrêt *Arblade*¹⁰⁰. C'est cette même définition qui fut reprise ultérieurement par

⁹⁸ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op.cit.*, p.69.

⁹⁹ Ph. Francescakis, « Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *op.cit.*, p.165.

¹⁰⁰ CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-396/96.

le règlement Rome I. A l'origine, la convention de Rome retenait une approche fonctionnelle de la notion ; son article 7¹⁰¹ caractérisait les lois de police étrangères (paragraphe 1) ou du for (paragraphe 2) par leur effet dérogatoire (celles-ci s'appliquant « *quelle que soit la loi applicable au contrat* »). Cette approche fonctionnelle apparaissait d'autant plus dans l'énumération des indices à prendre en considération pour se prononcer sur l'application éventuelle des lois de police étrangères. Toutefois, il a fallu attendre la fin des années 1990 pour que la Cour de justice des communautés européennes apporte une définition conceptuelle de la notion. Dans son arrêt *Arblade*, elle reprend à l'identique la définition doctrinale avancée par Francescakis et ce n'est que dans son arrêt *Commission c. Luxembourg* de 2008¹⁰² qu'elle la présente comme une définition proprement européenne. Le règlement Rome I, quant à lui, a repris cette définition en y apportant quelques modifications. Son article 9 prévoit qu' « *une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement* ». En comparaison avec la convention de Rome, nous pouvons relever que le règlement introduit une véritable définition conceptuelle de la notion, en y ajoutant la notion controversée des « *intérêts publics* », et qu'il inverse également l'ordre de présentation des dispositions relatives aux lois de police du for et celles relatives aux lois de police étrangères. Face aux évolutions de la définition des lois de police, certains auteurs comme Louis d'Avout ont déploré le « *caractère circulaire du développement du droit [et le] piétinement des constructions doctrinales* »¹⁰³. D'ailleurs, cette définition est loin d'être satisfaisante si l'on s'interroge sur les interactions assez obscures entre les lois de police et les dispositions protectrices des parties faibles,

¹⁰¹ « 1. Lors de l'application, en vertu de la présente convention, de la loi d'un pays déterminé, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de la loi d'un autre pays avec lequel la situation présente un lien étroit, si et dans la mesure où, selon le droit de ce dernier pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Pour décider si effet doit être donné à ces dispositions impératives, il sera tenu compte de leur nature et de leur objet ainsi que des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application. 2. Les dispositions de la présente convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat ».

¹⁰² CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06. « La qualification de dispositions nationales de lois de police et de sûreté par un Etat membre vise les dispositions dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci ».

¹⁰³ L. d'Avout, « Les lois de police », in T. Azzi et O. Boskovic, *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du Colloque du 14 mars 2014, Bruylant, 2015, p.92.

coexistant au sein du règlement européen. Si l'on s'en remet à la notion de « *sauvegarde des intérêts publics* », il semblerait bien que les lois de police ne prennent en charge que la défense de l'ordre public de direction. L'on peut reprocher toutefois à cette déduction d'être expéditive.

§2. *La distinction méthodologique entre les lois de police et l'exception d'ordre public*

Les lois de police, tout comme l'exception d'ordre public, puisent leur impérativité au sein de l'ordre public international, *lato sensu*. A proprement parler, c'est l'importance de maintenir la cohérence interne du for qui fonde les deux procédés. D'ailleurs, Phocion Francescakis s'est attaché à démontrer que ces deux procédés ne constituaient en réalité que des *manières différentes* d'établir le modèle impératif auquel la loi étrangère doit être comparée afin d'en vérifier la conformité à l'ordre public *lato sensu*. En effet, au moment où l'auteur arrive à cette conclusion, la jurisprudence se servait de la notion composite de « lois d'ordre public » comme un support créé de toute pièce, destiné à permettre à une loi donnée de forcer son application à une question alors même que cette question intégrait la catégorie de rattachement d'une règle de conflit qui désignait la loi d'un autre Etat. Si ce n'était de la confusion récurrente entre les deux mécanismes, la méthode des lois de police n'aurait sans doute pas accédé au rang de procédé autonome de la discipline. Le droit international privé n'étant cerné au mieux que sous l'angle de ses vertus méthodologiques, il paraissait alors opportun d'avancer un critère de distinction de nature méthodologique afin de démarquer les contours de ces notions concurrentes. Mais cela avait pour implication inéluctable de réduire le domaine jusque-là omniscient du mécanisme préexistant, à savoir celui de l'exception d'ordre public.

Afin de mieux cerner le critère de distinction précité, il convient de rappeler le propos décisif qu'a tenu Phocion Francescakis devant le Comité français de droit international privé lorsqu'il se demandait s'il y avait « *du nouveau en matière d'ordre public* »¹⁰⁴. A cette occasion, l'auteur affirmait que dans la méthode des lois de police, « *on s'attache à la teneur de la loi française et l'on décide qu'il en existe certaines dispositions auxquelles la loi étrangère ne saurait, en quelque sorte, déroger* » alors que dans la méthode de l'exception d'ordre public, « *on raisonne comme si l'on considérait cumulativement toutes les lois qui se partagent le monde et l'on se dit qu'il existe au regard de la France, certains principes qui les dominent toutes et que,*

¹⁰⁴ P. Francescakis. « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public? », *op. cit.*, pp. 149-178.

toujours au regard de la France, aucune loi ne devrait violer »¹⁰⁵. Autrement dit, l'exception d'ordre public n'intervient à l'encontre d'une loi étrangère que parce qu'une règle de conflit en a déterminé l'application (sans faire échec directement à la règle de conflit), alors que les lois de police interviennent indépendamment de toute règle de conflit. Les lois de police tirent leur titre à s'appliquer de leur propre teneur impérative, sans aucun égard pour la règle compétente. Il suffit que la situation litigieuse entre dans leur champ d'application.

Cette différence méthodologique connaît deux prolongements ; l'un propre aux raisons d'intervention des deux mécanismes, l'autre tenant à leur domaine. S'agissant des raisons d'intervention, les lois de police, elles, sont « *portées par l'épanouissement des exigences législatives du for* » alors que l'exception d'ordre public existe pour corriger toute « *incompatibilité de la loi étrangère avec les valeurs dominantes retenues par le for* »¹⁰⁶. S'agissant du domaine d'application, force est de constater que les lois de police ont généralement pour terrain d'élection le contrat. Précisément, « *ces règles impératives y apparaissent à certains égards comme la contrepartie de la liberté laissée aux parties dans le choix de la loi applicable à leur contrat* ». En d'autres termes, les lois de police se présentent comme un garde-fou à l'admission large de l'autonomie de la volonté en la matière ; elles permettent de « *faire prévaloir les considérations d'efficacité de la politique législative poursuivie par les lois qui ressortissent à cette méthode de rattachement sur les considérations de sécurité juridique et de prévisibilité qui animent le principe d'autonomie pris comme règle de conflit* »¹⁰⁷. Quant à l'exception d'ordre public, c'est le statut personnel qui est son terrain d'élection « *car c'est là surtout que peuvent se rencontrer des institutions absolument contraires aux valeurs de civilisation retenues par le for* »¹⁰⁸.

Certains auteurs n'ont pas hésité à désavouer cette présentation dualiste de l'ordre public international. Il convient dès lors d'exposer la critique qui en a été faite en doctrine et l'on ne saurait se passer des analyses de Vincent Heuzé à cet égard. A titre préliminaire, ce-dernier fait observer que « *la dualité de présentation n'est pas fortuite* »¹⁰⁹, celle-ci étant en effet calquée sur la conception dite « classique » de l'ordre public international (ou « modèle Lerebours-

¹⁰⁵ *Ibid*, p. 153.

¹⁰⁶ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op. cit.*, p.69.

¹⁰⁷ P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP*, 2011, p. 207, spéc. n° 35.

¹⁰⁸ *Ibid*.

¹⁰⁹ V. Heuzé, La réglementation française des contrats internationaux (Etude critique des méthodes), *op.cit.*, p. 182, n°383.

Pigeonnière-Loussouarn-Batiffol »). A titre de rappel, cette conception repose sur un dédoublement de l'objet de l'ordre public ; consistant d'une part en le respect de certains principes généraux que les tribunaux regardent comme procédant du « *droit naturel* », et de l'autre, en l'efficacité de politiques législatives que le législateur estime nécessaires à la sauvegarde de l'organisation économique, politique ou sociale du for. Passée cette observation, M. Heuzé relève le caractère « *inadmissible* »¹¹⁰ de cette présentation, aussi séduisante fût-elle. Pour lui, cette méthode est de nature à légitimer un *lex forisme* injustifiable au plan pratique. Il explique qu'il n'est pas possible de prétendre assurer la sauvegarde d'une politique législative donnée sans « *avoir la certitude que celle-ci serait effectivement compromise par l'application de la loi étrangère normalement compétente* »¹¹¹. Car rien n'empêche que cette loi qui est écartée en amont contienne des dispositions semblables à celles de la *lex fori*, de sorte que les objectifs précisément poursuivis par le législateur du for soient également satisfaits. M. Heuzé considère alors que « *le vice fondamental de la théorie des lois de police tient en ce qu'elle cherche à présenter comme un simple facteur de perturbation d'un système conflictualiste bilatéral un mécanisme de réglementation des relations internationales totalement différent, et incompatible avec lui* »¹¹². De ce fait, si l'on adopte la méthode conflictuelle, l'on ne saurait concevoir comme facteur de perturbation un qui conduise à la mise à l'écart de la loi étrangère sans que ne soit consultée au préalable sa teneur. Autrement, le clivage de logiques serait manifeste¹¹³, et c'est ce qui explique notamment que les partisans de cette méthode ne soient pas en mesure de proposer un critère pertinent des normes concernées, ni d'en cerner la teneur. Ces deux méthodes « *s'excluent mutuellement* »¹¹⁴. Par conséquent, l'utilité de cette méthode se trouve réduite à de simples considérations de commodité ; les lois de police apparaissent comme le résultat d'une simple « *économie de raisonnement* »¹¹⁵. Conçu sous un regard méfiant, le rapport entre les deux méthodes exprime un paradoxe. En effet, la rareté de l'exception d'ordre public en matière de contrats internationaux devrait, normalement, entacher également la méthode des lois de police. Or, l'examen de la jurisprudence en la matière en atteste autrement ; les lois de police sont massivement usitées au point d'avoir supplanté

¹¹⁰ *Ibid.*

¹¹¹ *Ibid.*, n° 386.

¹¹² *Ibid.*, p. 183, n°388.

¹¹³ Il ajoute que « les deux méthodes [...] correspondent à deux façons d'assurer la prééminence des conceptions du for dans la réglementation des relations internationales. La première est minimaliste : elle se borne à filtrer le droit étranger, en écartant seulement celles de ses dispositions qui paraissent véritablement inadmissibles. La seconde est maximaliste : elle interdit toute intervention du droit étranger. Par conséquent ces deux méthodes ne peuvent être appliquées cumulativement dans un même domaine ». *Ibid.*, p. 184, n°390.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ P. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public? », *op.cit.*, pp. 149-178.

l'exception d'ordre public. L'accroissement du domaine de l'une a conduit au rétrécissement du domaine de l'autre. Dans le contexte fortement intégré de l'Union européenne, les lois de police jouent un rôle de premier plan parce qu'elles tempèrent considérablement « *la crainte de voir les impérativités nationales sacrifiées sur l'autel de la libre circulation régionale* »¹¹⁶. La démarche étant primordialement pragmatique en matière de contrats internationaux, nous sommes contraints d'y voir la consécration tant normative que prétorienne de la conception dualiste susmentionnée et c'est sans nul doute les lois de police qui occupent une place de premier plan.

§3. *Quelques illustrations jurisprudentielles de la mise en œuvre des lois de police*

Nous pouvons observer un usage extensif de la méthode lois de police en matière de contrats internationaux, ce qui accroît considérablement le rôle du juge. Il est rare en effet que le législateur définisse intelligiblement le domaine de compétence des dispositions impératives qu'il édicte. Il revient alors au juge de rechercher, au cas par cas, parmi ces dispositions lesquelles sont marquées au sceau de l'impérativité internationale. Or, plus elles sont nombreuses, plus il est difficile de les systématiser ; d'où la difficulté de les identifier. En dépit de ces hésitations, les illustrations de la mise en œuvre du mécanisme sont abondantes, ce qui ne manque pas de surprendre compte tenu du recul sans précédent de l'exception d'ordre public dans ce domaine. Cela s'explique sans doute par le fait que la matière contractuelle soit davantage parcourue par des politiques législatives, lesquelles sont justement portées par les lois de police et qu'au fond, il n'existe pas de clivages choquants en la matière entre les différentes législations en présence, d'autant moins sous l'effet de l'uniformisation renforcée opérée par l'Union européenne. Avant l'entrée en vigueur de la convention de Rome et, plus tard, du Règlement Rome I, il aurait été tout à fait opportun d'évoquer la protection du salarié ou celle du consommateur, car c'est dans ces deux domaines en effet que les lois de police ont connu une ascension fulgurante¹¹⁷. Mais à l'heure actuelle, et comme nous l'avons déjà signalé,

¹¹⁶ L. d'Avout, « Les lois de police », *op.cit.*, p.103.

¹¹⁷ En matière de contrat de travail, nous pensons notamment au célèbre arrêt rendu par le Conseil d'Etat dans l'affaire des *Wagons-Lits* (Conseil d'Etat, Ass., 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-Lits* : « La circonstance qu'une entreprise employant en France plus de cinquante salariés a son siège social à l'étranger ne saurait la faire échapper à la législation française sur les comités d'entreprise. Il lui appartient, au contraire d'instituer la participation d'un comité central d'entreprise à ses activités d'employeur en France, ce comité devant être mis à même d'exercer l'ensemble des attributions définies par l'ordonnance du 22 février 1945 à la seule exception de celles qui seraient incompatibles avec la présence à l'étranger du siège social ») qui traduisait l'impérativité des dispositions de droit français visant à assurer aux travailleurs l'exercice de leurs droits à travers la constitution d'un comité de gestion de

ladite protection a intégré la configuration intrinsèque des règles de conflit spéciales régissant les contrats de consommation et de travail. Il reste que les lois de police ont été érigées dans les instruments européens comme un mécanisme général et non spécifique. Ainsi, il est concevable de les faire jouer toutes les fois que la protection – très spécifique – poursuivie par la règle de conflit spéciale ne corresponde pas concrètement à celle qui est requise (bien que de franches différences de logique entre les deux méthodes soient perceptibles).

Au demeurant, il convient de relever quelques illustrations de la mise en œuvre des lois de police dans des litiges relatifs à d'autres espèces contractuelles. Ont été notamment qualifiés de lois police les articles 17 et 18 de la directive 86/653 garantissant certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence¹¹⁸, l'article 10 de la loi du 3 janvier 1967 imposant une forme écrite et un certain nombre de mentions pour la validité de la vente d'un navire francisé¹¹⁹, ou encore les règles sur l'action directe en paiement que la loi française du 31 décembre 1975 ouvre au sous-traitant contre le maître de l'ouvrage¹²⁰. S'agissant plus spécifiquement de la protection du sous-traitant, celle-ci a connu de nettes évolutions en droit français en commençant par le célèbre arrêt *Agintis*¹²¹, par lequel la Cour de cassation a jugé que « *s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées de l'article 3 du Code civil et des articles 3 et 7 de la convention de Rome* ». En l'espèce, une société française avait confié la réalisation en France d'un immeuble à un maître d'œuvre allemand, par contrat soumis au droit allemand. L'entrepreneur a sous-traité une partie de l'ouvrage à la société française *Agintis* et le contrat de sous-traitance contenait une clause de choix en faveur de la loi allemande. La société allemande devait certaines sommes à la société sous-traitante mais elle fit l'objet d'une procédure collective. Le litige naît du refus du maître de l'ouvrage de payer à la société sous-traitante, au motif que le marché principal et le sous-traité étaient régis par la loi allemande, et qu'il ne l'avait pas accepté en qualité de sous-traitant.

l'entreprise. D'autres politiques législatives ont reçu la protection par le mécanisme des lois de police, c'est le cas des règles relatives à la représentation des salariés et à la défense leurs droits et intérêts (Soc. 3 mars 1988, *Soc. Thoresen Car Ferries Ltd* ; Ass. Plén. 10 juillet 1992, *Air Afrique c/Gueye* ; Soc. 14 février 2001). En matière de contrat de consommation, nous pouvons relever un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 19 octobre 1999 selon lequel « la loi française sur le crédit à la consommation du 10 janvier 1978 était d'application impérative pour le juge français ».

¹¹⁸ CJCE, 9 novembre 2000, aff. C-381/98, *Ingmar*.

¹¹⁹ Com. 14 janvier 2004, *RCDIP* 2005.55, note P. Lagarde.

¹²⁰ Cass., Ch.mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14.006 ; Civ.3^e, 25 février 2009 ; Com. 27 avril 2011, n° 09-13.524 ; Com. 20 avril 2017, n° 15-16.922.

¹²¹ Cass., ch. Mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14.006.

La Cour de cassation admet alors l'applicabilité de la loi française de 1975 à titre de loi de police, alors qu'elle n'était pas la loi normalement applicable. La Cour caractérise un rattachement suffisant dans l'intervention du sous-traitant à l'occasion de travaux portant sur un immeuble situé en France. Dans ce cas, la politique législative qui sous-tend les dispositions impératives françaises est sans conteste de nature économique, à savoir l'objectif « *d'éviter les faillites en cascade des sous-traitants* »¹²². Après quelques fluctuations autour du rattachement requis, la position de la Cour s'est stabilisée autour de la condition d'existence d'un lien entre la situation en cause et la loi dont la politique législative est issue¹²³. Les lois de police répondent ainsi à une exigence de proximité. La Cour rappelle toutefois qu'il est nécessaire de vérifier quel est le « *pays bénéficiaire économique de l'opération de sous-traitance* ».

En résumé, il apparaît que le foisonnement des procédés concurrents ait considérablement réduit le domaine de l'exception d'ordre public. Les intérêts normalement pris en charge par le mécanisme sont soit intégrés en amont dans la configuration hautement spécialisée de la règle de conflit de lois, soit pris en charge directement par des lois d'application immédiate. L'on peut y voir l'aboutissement d'un malaise congénital à la matière contractuelle, et la résonance d'un propos : le contrat international ne fut jamais le domaine de prédilection de l'exception d'ordre public.

Il nous faut désormais nous tourner vers l'analyse du phénomène de dénationalisation du mécanisme.

¹²² P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op.cit.*, p.207.

¹²³ Com. 20 avril 2017, n° 15-16.922.

PARTIE 2 – L'ÉLARGISSEMENT DU CONTENU DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC SOUS L'EFFET DE SA DÉNATIONALISATION

Comme nous l'avons vu, la conception classique de l'ordre public international repose sur une perspective relativiste héritée de la doctrine de Bartin, selon laquelle chaque Etat aurait ses valeurs propres. Par voie de conséquence, le contenu de l'ordre public international devrait être puisé dans les sources nationales, c'est-à-dire dans celles qui expriment substantiellement et formellement les conceptions de la société du for. Néanmoins, l'observation de la pratique contemporaine, surtout en matière contractuelle, révèle une véritable dénationalisation de l'exception par sa source ; ce qui exerce nécessairement une influence sur son contenu. Ainsi, il apparaît que l'Etat perd de son emprise souveraine aussi bien sur la définition du contenu (Chapitre 1) que sur la mise en œuvre de son ordre public international (Chapitre 2), alors même que l'ordre public est, à l'origine, une « *notion dont la définition dans un pays déterminé dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment dans ce pays* »¹²⁴. D'ailleurs, c'est précisément ce pouvoir discrétionnaire de l'Etat du for qui explique que des appels aient pu être occasionnellement lancés au plan international afin d'obtenir des Etats une plus grande transparence dans l'identification des normes composant leur ordre public international¹²⁵.

Chapitre 1 – La dénationalisation de l'exception d'ordre public par sa source

(internationalisation, fondamentalisation, européanisation)

D'un point de vue matériel, d'abord, le phénomène de dénationalisation implique un changement de paradigme dans la conception de l'ordre public international. Autrement dit, cela reviendrait à passer d'une conception relativiste à une conception universaliste de l'exception ; à cela près que l'on est « *frappé de constater que* [certaines des formulations les

¹²⁴ CPJI, 12 juillet 1929, *Affaire des Emprunts serbes* : « Ces sont des lois françaises, telles qu'elles sont appliquées en France, qui constituent en réalité le droit français, et si celui-ci ne s'oppose pas à ce que, en France, l'acquittement de l'obligation ait lieu conformément aux clauses stipulées, il est sans importance que le texte de lois puisse se prêter à une interprétation différente ».

¹²⁵ M. Forteau, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" », *op.cit.*, p.11, n°. 19.

plus traditionnelles de l'exception d'ordre public] *reposent souvent sur (...) une approche universaliste des valeurs dont on entend assurer la protection* »¹²⁶. La référence dans l'arrêt *Lautour*¹²⁷ de 1948 aux « *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* » en atteste. Ce sont ces mêmes principes qui ont permis de fonder entre autres le développement du droit international des droits de l'homme depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale¹²⁸. Dès 1950, Paul Lerebours-Pigeonnière suggérait d'intégrer les standards internationaux de protection des droits de l'homme au sein du mécanisme d'exception d'ordre public. En effet, ce-dernier prenait appui sur la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, qui faisait l'objet d'un consensus international et qui était donc susceptible d'universalisation et d'application uniforme par les différents ordres juridiques.¹²⁹ Les droits fondamentaux se sont présentés comme l'occasion d'identifier plus aisément la notion conceptuellement floue de « *principes de justice universelle* » supposée cimenter le contenu de l'exception d'ordre public. Du moins, ils en constituaient une composante formellement nommée. Or, ce qui pose problème d'un point de vue de droit international privé, c'est que la reconnaissance d'un caractère universel aux droits de l'homme « *constituerait une négation du droit international privé qui postule pluralisme et relativisme* »¹³⁰. Cette critique vise à la fois les divergences méthodologiques et les différences d'objectifs qui opposent le droit international privé et les droits fondamentaux.

D'un point de vue formel, ensuite, force est de constater que la norme d'ordre public international fait de plus en plus l'objet de ce que l'on pourrait appeler une « internationalisation formelle », en ce sens qu'elle est « *portée par l'une des sources formelles du droit international public* »¹³¹. Il semble opportun alors de suivre la distinction proposée par Mathias Forteau pour le recensement de ces sources dites internationales. Ce-dernier distingue en effet entre les sources conventionnelles (Section 1), les sources non-conventionnelles (Section 2) et les sources « proprement » internationales ou transnationales (Section 3).

¹²⁶ *Ibid.*

¹²⁷ Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour*.

¹²⁸ O. de Frouville, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités* : Pedone, Paris, 2004, Introduction.

¹²⁹ P. Lerebours-Pigeonnière, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Etudes offertes à Georges Ripert*, 1950, p. 255.

¹³⁰ F.-X. Train et M.-N. Jobard-Bachellier, *Ordre public international : JCl. Droit international*, Fasc. 534-1 (2008), p.14, n° 30.

¹³¹ M. Forteau, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" », *op.cit.*, p.14, n° 26 et s..

Section 1 – Les sources conventionnelles

Les sources conventionnelles procèdent d'un mouvement de codification internationale apparu très tôt, et qui se proposait d'unifier par voie de conventions internationales le droit international privé. Il va sans dire que la Conférence de La Haye de droit international privé n'est pas étrangère à cette initiative ; elle en est même l'un des principaux acteurs. Parmi les initiatives de la Conférence de La Haye, nous pouvons citer, autre que les conventions, des instruments de droit souple comme les Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, approuvés le 19 mars 2015, et qui reposent sur un équilibre sensible entre le principe d'autonomie et son contrepoids, l'ordre public¹³². En suivant l'approche dualiste, l'exception d'ordre public y est consacrée dans sa physiologie traditionnelle, à côté des lois de police (article 11), quoique le vocable « *exception d'ordre public* » ne se présente pas.

Certains auteurs ont pu voir en la conventionnalisation un « *parachèvement par excellence du paradigme conflictuel* »¹³³, ce-dernier s'inscrivant assez aisément dans le projet d'une communauté de droit préconisé par Savigny. En effet, ces conventions ont pour objet de neutraliser les oppositions existant entre des pays issus de traditions différentes dans une démarche relativement unilatéraliste, tout en mettant à l'œuvre des outils originaux. Quoique, les résultats de cette démarche n'ont pas toujours été des plus satisfaisants en pratique, en raison de la difficulté d'aboutir à un compromis cohérent et acceptable par tous les Etats parties. Dans cette optique, Yves Lequette signale que « *plus le sujet traité est ample et moins il devient possible de s'en tenir à l'élaboration de solutions techniques directement ordonnées à l'obtention de résultats précis, qui permettent d'éviter de choisir entre les principes qui sous-tendent les systèmes en présence* » et que « *plus le cercle des Etats entre lesquels l'unification est tentée est vaste, et moins la découverte d'un compris [...] est aisée* »¹³⁴.

Quant à l'incidence exercée par cette conventionnalisation sur l'exception d'ordre public, force est de constater qu'elle a pu conduire dans certains cas à son internationalisation « négative », en ce sens qu'elle emporte souvent l'interdiction faite aux Etats parties de faire jouer l'exception

¹³² Dans le préambule des Principes, il est mentionné que « certaines dispositions reflètent une approche faisant l'objet d'un large consensus au niveau international. Il s'agit, notamment, de celles sur la liberté fondamentale des parties de choisir la loi applicable [...] et sur les limites appropriées à l'application de la loi choisie par les parties » (I.16).

¹³³ Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé, vers un changement de paradigme ? », *Recueil des cours*, t.387, 2016, p.32, spéc. n°9.

¹³⁴ *Ibid.*

dans certaines matières ou à l'égard de certains actes. On pense notamment à l'article 54 (paragraphe 1)¹³⁵ de la convention de Washington du 18 mars 1965 instituant le CIRDI. Cette internationalisation « négative » se manifeste également, dans une moindre mesure, par un encadrement du mécanisme ; c'est ce qui apparaît du moins à la lecture des conventions de La Haye ou même de la convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ces conventions comportent pour la plupart ce qui est devenu aujourd'hui une clause de style, d'après laquelle « *la loi déclarée applicable en vertu de la présente convention ne peut être écartée que si elle est manifestement incompatible avec l'ordre public* ». L'emploi de l'adverbe « manifestement » suffit à exprimer la volonté des rédacteurs de ces instruments de dissuader les juges et les autorités compétentes de recourir trop fréquemment à ce mécanisme qui, comme son nom l'indique, n'est qu'une 'exception'. Si l'exception d'ordre public est traditionnellement envisagée comme un élément perturbateur dans le raisonnement conflictuel classique, elle l'est *a fortiori* pour les règles de droit international privé qui sont contenues dans les instruments conventionnels et qui répondent, de surcroît, à un objectif général d'uniformisation (et donc, de neutralisation des particularismes nationaux).

Seulement, ce phénomène d'internationalisation « négative » de l'exception se voit contrebalancer par une internationalisation « positive », conduisant à enrichir le contenu du mécanisme. Sont essentiellement concernées les conventions de protection de droits de l'Homme, et plus précisément, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales, entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Cette convention, en plus de constituer un exemple révélateur de la conventionnalisation des sources, exerce également une incidence sans précédent sur le contenu de l'ordre public international. En réalité, elle fut le premier instrument concrétisant et rendant contraignants certains des droits énoncés dans la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 ; ce qui conduisit à une fondamentalisation du contenu de l'ordre public international. Néanmoins, l'impact est tout autant substantiel que structurel. D'un point de vue formel, le mécanisme se trouve assujéti au respect et surtout, à l'intégration, des contraintes de la hiérarchie des normes. Ainsi, tout juge interne amené à rechercher le contenu de l'ordre public international, serait requis « *de sonder les normes supérieures de son propre ordre juridique et de les appliquer éventuellement à des*

¹³⁵ « Chaque Etat contractant reconnaît toute sentence rendue dans le cadre de la présente Convention comme obligatoire et assure l'exécution sur son territoire des obligations pécuniaires que la sentence impose comme s'il s'agissait d'un jugement définitif d'un tribunal fonctionnant sur le territoire dudit Etat ».

relations juridiques internationales »¹³⁶. Cette démarche soulève de vives interrogations à propos de sa compatibilité avec les modes de raisonnement du droit international privé. Nous aborderons d'abord les divergences méthodologiques qui opposent les droits fondamentaux aux procédés de réglementation traditionnels de la discipline (§1) ; ce qui nous permettra de mieux cerner ensuite le remaniement substantiel dont fait l'objet l'exception d'ordre public en la matière (§2). Toutefois, les illustrations jurisprudentielles du phénomène d'accroissement de l'argument tiré des droits fondamentaux, ne seront rapportées que dans le second chapitre de cette deuxième Partie, relatif à la mise en œuvre du mécanisme par le juge étatique.

§1. Divergences méthodologiques

Il est admis que les droits fondamentaux (entendus ici comme l'ensemble des prérogatives protégées par l'ordre juridique national et qui appréhendent l'individu comme le fondement du droit) sont d'application absolue, et donc, qu'ils ne sont pas susceptibles d'interprétations multiples. Or, nous pouvons relever que cet absolutisme contraste largement avec les objectifs du droit international privé, qui s'articulent essentiellement autour de l'idée du pluralisme modéré. Cette confrontation des antagonismes nous invite à revenir à ce qui fait l'essence de la discipline du droit international privé. Comme l'explique Hélène Gaudemet-Tallon, « *il s'agit d'un droit qui cherche à répartir les sphères juridiques* », il incite à se poser les questions suivantes : « *le juge du for est-il compétent ou non, la loi du for est-elle applicable ou faut-il appliquer une loi étrangère ?* ». Il s'inscrit dans la recherche du « *juste équilibre dans la répartition des compétences judiciaires et législatives* » sans qu'il ne se « *désintéresse [pour autant] du résultat sur lequel débouche le mécanisme conflictuelle* »¹³⁷. Le droit international privé est une réponse aux difficultés nées du franchissement de la frontière, il est guidé par un « *objectif général de coordination* » d'après l'expression d'Henri Batiffol¹³⁸. Mais cet esprit d'ouverture a toujours trouvé un encadrement nécessaire par le biais d'instruments et de mécanismes, comme l'exception d'ordre public, « *qui ont pour but de préserver les sociétés étatiques des atteintes qui pourraient leur être portées à l'occasion de l'insertion des relations internationales dans les ordres juridiques nationaux* »¹³⁹.

¹³⁶M. Forteau, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" », *op.cit.*, p.14, n° 26 et s.

¹³⁷ H. Gaudemet-Tallon, « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *Recueil des cours*, Vol.312, 2005, n° 158, p. 171.

¹³⁸ H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 14 et s., n° 4.

¹³⁹ Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, 2004, p. 124, n° 223.

Il ne faut pas perdre de vue que l'objectif essentiel du droit international privé est davantage la recherche de sécurité que de justice. En effet, on attend d'une réglementation de droit international privé qu'elle soit surtout respectueuse des prévisions légitimes des parties. On pourrait être tenté de croire que la matière des contrats internationaux, en raison des originalités méthodologiques qu'elle présente, poursuive des objectifs différents et tende davantage vers un objectif de justice plutôt que de sécurité. Cependant, pendant longtemps, « *des objectifs similaires ont été recherchés, tant en droit des contrats qu'en droit international privé. La hiérarchie était clairement établie : la sécurité et la prévisibilité occupaient une place prépondérante, et la protection des contractants, plus largement, ce qu'il convient d'appeler la « justice » contractuelle, par opposition à la sécurité contractuelle n'occupaient qu'une place de second ordre* »¹⁴⁰. D'ailleurs, la lecture du considérant 16 du règlement Rome I nous permet de saisir la hiérarchisation des objectifs que s'est fixé le législateur européen. Ce considérant prévoit en effet que l'objectif de sécurité juridique dans l'espace de justice européen constitue « *l'objectif général* » du texte, et que les règles de conflit de lois « *devraient présenter un haut degré de prévisibilité* ». Néanmoins, la prolifération des droits fondamentaux a considérablement changé la donne, au point de bouleverser les modes de raisonnement habituels et les objectifs de la discipline.

A la différence du droit international privé, les droits fondamentaux sont guidés par l'idée de leur universalité. Ils s'imposent comme une « *catégorie juridique autonome aux contours incertains et aux effets radicaux* »¹⁴¹. Mais n'est-ce pas, au fond, l'aspiration de tout internationaliste que d'espérer atteindre l'harmonie internationale des solutions ? Il ne fait pas de doute que la doctrine se nourrit perpétuellement du « *rêve récurrent* »¹⁴² de neutraliser les difficultés nées de la coexistence des souverainetés étatiques. Et si les droits fondamentaux étaient en mesure de remplir cette fonction ? Il aurait été tout à fait légitime de voir en cette notion, ne serait-ce que pour un instant, l'ébauche d'un procédé centralisé de coordination. Mais encore faut-il que ce procédé soit satisfaisant et surtout, qu'il soit susceptible de généralisation. A cela, Louis d'Avout rétorque qu'en apparence, ce procédé opère d'une manière verticale (parce qu'il transcende l'horizontalité propre à l'acquis international positif, consistant à

¹⁴⁰ Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 538.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres juridiques*, éd. Pédone 2010, dir. E. Dubout et S. Touzé, pp. 159-192.

rechercher une réglementation des relations privées internationales par le bas, c'est-à-dire par l'Etat. Il explique que l'Etat s'érige en quelque sorte comme « *législateur international par défaut* » en l'absence d'ordre répartiteur mondial des compétences, et qu'il conçoit des règles synthétiques dans un esprit particulièrement relativiste¹⁴³), qu'il a le mérite de se réaliser par la voie supra étatique hiérarchisée (en ce qu'il nie « *les frontières, au moins internes, de l'espace qu' [il] appréhende* »¹⁴⁴) mais qu'il n'est pas susceptible de systématisation. Dans cette perspective, M. d'Avout reproche à ce procédé son imprévisibilité, étant donné que dans la plupart des décisions, les droits fondamentaux sont souvent « *bricolés* », et qu'ils sont articulés dans des configurations sensiblement casuistiques variant d'un cas à l'autre. De même, il fait observer que les objectifs qui sous-tendent ce procédé œuvrent davantage dans l'ordre politique que dans l'ordre civil ; ce qui est profondément étranger à l'esprit même du droit international privé. Il décrit ainsi l'inaptitude de ce procédé à satisfaire une justice civile interindividuelle ; ce qui s'avère d'autant plus problématique en matière contractuelle. C'est sans doute pour cette raison que l'invocation de l'argument tiré des droits fondamentaux dans les litiges nés des contrats internationaux, est souvent malaisée voire 'curieuse' ou superflue. Cette observation sera davantage explicitée quand il s'agira d'envisager la mise en œuvre que fait le juge étatique de l'exception d'ordre public dans de tels litiges. Dans une approche plus formelle, nous présenterons au demeurant le remaniement substantiel du contenu de l'ordre public international sous l'effet des droits fondamentaux.

§2. *Remaniement substantiel du contenu de l'ordre public international*

L'incidence des droits fondamentaux sur le droit international privé est telle qu'elle a conduit à un remaniement substantiel de ses procédés d'application et en particulier de l'exception d'ordre public. Par 'remaniement', nous entendons, à titre spécifique, un modelage des contours de l'exception. En soi, la référence à des valeurs universellement admises n'est pas une nouveauté, elle existe depuis longtemps, et elle a même été explicitement consacrée dans le célèbre arrêt *Lautour*. Mais, comme l'a fait remarquer Rémy Libchaber, « *cette référence se limitait souvent à des phénomènes extrêmes dont l'exclusion ne pouvait clairement faire de doute, esclavage ou discriminations raciales par exemple* »¹⁴⁵. Ainsi, faudrait-il concevoir ce phénomène comme une intégration de plus en plus récurrente de valeurs internationales (et de

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op.cit.*, p.79.

surcroît, fondamentales) dans les standards faisant office de critère de déclenchement de l'exception. Néanmoins, il pourrait sembler contradictoire de tenir un tel propos au regard du recul chronique de l'exception, surtout en matière contractuelle. En réalité, cette contradiction n'est qu'apparente parce que ce n'est pas tant le domaine de l'exception qui est affecté par la prolifération des droits fondamentaux, mais son contenu. De fait, le rétrécissement du domaine du mécanisme, sous l'effet du pluralisme des méthodes, est à distinguer de l'élargissement de son contenu et donc, du cadre qui sert de référence à son déclenchement. Ces évolutions ne sont que le reflet des mutations profondes parcourant la discipline. S'agissant de la matière contractuelle, il nous faut bien admettre que le respect des droits fondamentaux fait dorénavant partie des exigences propres aux relations contractuelles et ce, au-delà des devoirs réciproques que se doivent normalement les cocontractants. Nous avons vu que les droits fondamentaux procèdent de manière verticale ; mais dans ce cas précis, ils s'introduisent également dans la sphère des rapports horizontaux entre personnes privées.

A l'échelle européenne, force est de constater que l'intégration des standards internationaux a pour toile de fond une contrainte formelle pour les juges des Etats. En effet, la Convention européenne des droits de l'Homme a accédé au statut de source des principes d'ordre public au sein de l'Europe. Les juges des Etats parties sont dès lors tenus de prendre en considération les droits fondamentaux contenus dans la convention et d'en faire une application rigoureuse. Il ne s'agit pas d'un devoir pour eux, il s'agit d'une véritable obligation qui est formellement dictée par le principe de la hiérarchie des normes. D'ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne, dans son arrêt *Krombach*¹⁴⁶, a eu l'occasion de rappeler que même s'il ne lui appartenait pas de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant, « *il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat contractant peut avoir recours à cette notion* » (point 23). Ainsi, la Cour de Luxembourg et la Cour de Strasbourg s'évertuent à rappeler l'existence d'une « *large marge d'appréciation* » pour les Etats ; c'est ce qui apparaît du moins à la lecture des arrêts *Pellegrini*¹⁴⁷ et *Wagner*¹⁴⁸. Toujours est-il qu'en réalité, les

¹⁴⁶ CJCE, 28 mars 2000, *Krombach v. Bamberski*, aff. C-7/98.

¹⁴⁷ CEDH, 20 juillet 2001, 30882/96. Bien que la Cour ait condamné l'Italie parce que ses juridictions avaient « manqué à leur devoir de s'assurer, avant de donner l'exequatur à l'arrêt de la rote romaine, que dans le cadre de la procédure canonique la requérante avait bénéficié d'un procès équitable », elle n'a pas exigé pour autant que le respect du droit fondamental passe par la technique de son application immédiate. Elle n'a pas non plus exigé qu'il soit intégré dans le contenu de l'exception d'ordre public international.

¹⁴⁸ CEDH, 28 juin 2007, 7624/01. La Cour précise que dans le domaine de l'adoption internationale, les Etats « jouissent d'une large marge d'appréciation » dont l'étendue dépend notamment de « la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants ».

effets de la conventionnalisation des valeurs portées par les droits fondamentaux sont nets s'agissant du contenu de l'exception d'ordre public. Dans l'affaire *Wagner*, par exemple, la Cour de Strasbourg a semblé conférer à l'exception un rôle nouveau consistant en l'obligation d'accorder l'exequatur d'une telle décision alors même qu'elle serait en contrariété avec le droit du for. Comme l'explique Yves Lequette, il s'agit là de l'émergence d'une méthode de reconnaissance au stade du respect des droits acquis. En tout cas, cette méthode est tout à fait étrangère à l'approche classique du raisonnement conflictuel, qui vise au contraire à préserver l'autorité de la loi. Il ne faut pas se méprendre et voir en l'effet d'éviction de l'ordre public un bafouement de la règle de conflit. Pour Yves Lequette, l'immixtion des droits fondamentaux dans les raisonnements traditionnels de la discipline est une marque de l'individualisme poussé à son extrême ; il met rudement à mal l'équilibre fragile entre l'individuel et le collectif. Partant, « à supposer que l'ordre du for édicte un interdit, on e tournera vers un ordre juridique plus compréhensif et on se prévaudra ensuite de la situation ainsi créée »¹⁴⁹. L'auteur déplore surtout le détournement de l'exception d'ordre public au service de cette optimisation juridique. Il signale en ce sens que si la méthode de la reconnaissance s'accompagnait d'instruments de contrôle particulièrement sévères, comme les exceptions d'ordre public ou de fraude, cette démarche aurait été tolérable. Or, « telle n'est pas la tonalité du discours [...] des zélateurs de la méthode de la reconnaissance [pour qui] l'exception de fraude devrait, en effet, se fondre dans le contrôle du respect de l'ordre public, lequel devrait lui-même être utilisé avec une très grande retenue »¹⁵⁰. Nous pouvons en déduire que l'interférence des droits fondamentaux conduit non seulement à une reconsidération formelle des standards de l'exception d'ordre public, mais en plus, à un détournement de ses fonctions. En d'autres termes, et comme ce fut le cas dans l'affaire *Wagner*, c'est le droit à la continuité des situations juridiques par-delà les frontières qui l'a emporté sur la promotion par l'Etat de son point de vue juridique impératif ; d'où l'indéniable primauté des droits de l'homme sur les impérativités nationales. Bien que la matière contractuelle soit moins propice à ce genre d'applications de l'exception d'ordre public, nous verrons toutefois que l'interférence des droits fondamentaux déstabilise profondément le mécanisme, tant au niveau de ses fonctions que de sa mise en œuvre. Il en résulte tantôt des raisonnements confus et fragiles (comme ce fut le cas en matière de dommages-intérêts punitifs), tantôt une reconfiguration curieuse de l'exception (comme ce fut le cas en matière de contrat de travail, dans une espèce isolée de 2006).

¹⁴⁹ Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé, vers un changement de paradigme ? », *op.cit.*, p.41, spéc. n°14.

¹⁵⁰ *Ibid.*

Section 2 – Les sources non-conventionnelles

Dans le cadre de cette étude, ce que nous entendons par les sources non-conventionnelles se réduit au contexte très précis de l'Union européenne. D'autres sources auraient pu être citées mais elles manquent de pertinence pour ces développements, c'est le cas par exemple du droit coutumier international ou des actes unilatéraux d'organisations internationales. Au demeurant, les sources non-conventionnelles européennes font l'objet d'un consensus admis. Il s'agit surtout des actes de droit dérivé, souvent porteurs de normes impératives s'imposant aux opérateurs privés. Dans l'affaire *Eco Swiss*¹⁵¹, la Cour de justice de l'Union européenne a expressément indiqué que dans le cadre de l'application de la convention de New York de 1959, les juges des Etats membres devaient considérer que l'article 81 du TCE (aujourd'hui 101 TFUE), prohibant les ententes entre entreprises contrariant la libre concurrence, relevait de l'exception d'ordre public international et qu'en cas de nécessité, un renvoi préjudiciel à la Cour serait disponible afin d'éclairer le sens de la norme d'ordre public communautaire. Comment concilier alors cette affirmation avec celle qu'elle fit seulement une année plus tard dans l'affaire *Krombach* précitée (pour rappel, la Cour y affirmait qu'elle ne possédait pas le pouvoir de « *contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat membre peut avoir recours à cette notion* »¹⁵²) ? En réalité, la jurisprudence ultérieure de la Cour semble avoir résolu un clivage dérisoire vu l'accroissement de l'emprise de son contrôle sur le contenu de l'exception d'ordre public, surtout dans le domaine du droit de la consommation¹⁵³. Elle a pu insister entre autres sur l'obligation qui incombe à tout juge national d'« *apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel* » compte tenu de ce que la protection des consommateurs est

¹⁵¹ CJCE, 1er juin 1999, aff. C-126/97 : « Dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, ***elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance des règles communautaires de ce type*** » (point 37).

¹⁵² CJCE, 28 mars 2000, *Krombach v. Bamberski*, aff. C-7/98.

¹⁵³ CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05. Au point 35 de l'arrêt, la Cour reprend la solution de l'arrêt *Eco Swiss*. Au point 36, elle insiste sur « l'importance de la protection des consommateurs [qui] a notamment conduit le législateur communautaire à prévoir à l'article 6, paragraphe 1, de la directive (93/13/CEE sur les clauses abusives), que les clauses abusives, figurant dans un contrat conclu avec un consommateur par un professionnel 'ne lient pas les consommateurs' » et elle qualifie cette disposition de « disposition impérative qui, tenant compte de l'infériorité de l'une des parties au contrat, tend à substituer à l'équilibre formel que celui-ci établi entre les droits et obligations des cocontractants un équilibre réel de nature à rétablir l'égalité entre ces-derniers ». Au point 37, elle considère que cette directive est « une mesure indispensable à l'accomplissement des missions confiées à la Communauté et, en particulier, au relèvement du niveau et de la qualité de vie dans l'ensemble de cette-dernière ».

une « *mesure indispensable à l'accomplissement des mission confiées à la Communauté* » et qu'elle est portée par la directive 93/13/CEE, norme « *impérative* » de droit dérivé (points 37 et 38).

Force est de constater que se dessine, de par ces décisions, un véritable « *ordre public international européen* ». La question qui se pose est celle de savoir quelle place doit être accordée à cet ordre public. Existe-t-il « à côté », « au-dessus », ou « à l'intérieur » de l'ordre public international de chaque Etat européen ? Pour certains auteurs, il s'agirait simplement d'un « *corps de principes constitué par les principes de droit communautaire appartenant au noyau dur des principes fondamentaux de cet ordre juridique qui vient compléter des principes qui constituent l'ordre public international* »¹⁵⁴. Toutefois, l'on peut reprocher à cette analyse de ne pas tenir compte de la hiérarchie des normes, car cette-dernière rend bel et bien l'ordre public européen formellement supérieur au droit interne des Etats membres. Ainsi, les juridictions internes n'ont d'autre choix que de faire application des normes de droit dérivé et d'en faire respecter le contenu par les personnes privées, tout cela en vue de satisfaire les objectifs que s'est fixé le législateur européen. De ce fait, le principe de primauté et l'effet direct du droit de l'Union européenne rendent le recours à l'ordre public de l'Union européenne (à titre de notion autonome) superflu, du moins dans les rapports verticaux.

C'est la raison pour laquelle il est tout à fait légitime aujourd'hui de parler d'une « *européanisation* » de l'exception d'ordre public international. D'après Mathias Forteau, ce phénomène « *ne passe pas seulement par l'émergence de valeurs fondamentales européennes. [II] peut découler également dans certaines circonstances d'un contrôle européen des valeurs nationales* »¹⁵⁵. Considéré ainsi, le contrôle européen peut aisément restreindre le jeu de l'exception d'ordre public (prise au sens relativiste) afin de permettre l'épanouissement des valeurs européennes, lorsque celles-ci ne sont pas formellement intégrées dans le contenu de l'ordre public international d'un Etat. En ce sens, la Cour de Luxembourg a pu décider que « *l'exception d'ordre public constitue une dérogation au principe fondamental de la libre prestation de services, devant être entendue strictement et dont la portée ne saurait être déterminée unilatéralement par les Etats membres* »¹⁵⁶.

¹⁵⁴ M. Forteau, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" », JDI 2011, doctr. 1, p.22, n°47..

¹⁵⁵ *Ibid*, p.23, n°49..

¹⁵⁶ CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06.

Afin de mieux cerner les contours de cette notion, il importe préalablement de distinguer entre l'ordre public interne européen et l'ordre public international européen. Alors que le premier joue dans les relations privées intra-européennes (c'est-à-dire limitées aux Etats membres), le second joue dans les rapports privés extra-européens (c'est-à-dire entre Etats membres et Etats tiers). Le règlement Rome I rend bien compte de cette nuance lorsqu'il pose les limites à l'autonomie de la volonté. En effet, il fait dépendre le jeu des dispositions impératives du critère de l'internationalité du contrat. Trois hypothèses y sont présentées : premièrement, lorsque le contrat est interne¹⁵⁷, la loi étrangère choisie ne peut faire échec aux dispositions auxquelles la loi du pays dans lequel le contrat est objectivement localisé ne permet pas de déroger par accord (article 3.3). Deuxièmement, lorsque le contrat est intra-européen¹⁵⁸, la loi choisie ne peut faire échec « à l'application des dispositions du droit communautaire auxquelles il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'Etat membre du for » (article 3.4). Troisièmement, lorsque le contrat est international¹⁵⁹, il ne peut pas porter atteinte aux lois de police du juge saisi, voire aux lois de police étrangères (article 9). L'ordre public international européen dont il est question ici est forcément entendu dans un sens large, sachant qu'à la lecture de l'article 21 du règlement (à la lumière du considérant liminaire 37¹⁶⁰), il ne fait pas de doute que l'exception d'ordre public, *stricto sensu*, « ne devrait pas devenir le point principal de pénétration judiciaire des impérativités issues d'un droit non applicable au contrat »¹⁶¹.

Une fois démarqué de l'ordre public interne européen, l'ordre public international européen se voit reconnaître une existence autonome. C'est ce qu'a révélé la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Ingmar*¹⁶². En l'espèce, un agent commercial travaillait au Royaume-Uni pour une société américaine. Les parties avaient expressément choisi de soumettre leur contrat au droit de l'Etat de Californie. A la suite de son licenciement, l'agent introduit une action en justice devant le juge anglais afin d'obtenir le paiement d'une commission et la

¹⁵⁷ C'est-à-dire lorsque les parties ont choisi une loi étrangère pour régir leur contrat alors que tous les éléments de la situation sont localisés dans un seul pays.

¹⁵⁸ C'est-à-dire lorsque tous les éléments du contrat sont localisés dans un ou plusieurs Etats membres.

¹⁵⁹ C'est-à-dire qu'il est extra-européen, un élément au moins étant rattaché à un Etat tiers à l'Union.

¹⁶⁰ « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des Etats membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police. La notion de 'lois de police' devrait être distinguée de celle de 'disposition à laquelle il ne peut être dérogé par accord' et devrait être interprétée de façon plus restrictive ».

¹⁶¹ L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », D.2008, p.2165, n°3.

¹⁶² CJCE, 9 novembre 2000, aff. C-381/98.

réparation du préjudice causé par la rupture du contrat. Il fonde son action sur la loi anglaise de transposition de la directive européenne du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des Etats membres concernant les agents commerciaux indépendants. Le juge anglais saisit alors la Cour de justice d'une question préjudicielle afin de savoir si les dispositions protectrices de l'agent commercial contenues dans la directive ont vocation à s'appliquer alors que le contrat est expressément soumis à la loi d'un Etat tiers. Au fond, la question qui se posait était celle de la qualification impérative ou non des dispositions litigieuses. Au point 25 de son arrêt, la Cour reconnaît à ses dispositions un caractère impératif et elle souligne qu'il « *est essentiel pour l'ordre juridique communautaire qu'un commettant établi dans un pays tiers, dont l'agent commercial exerce son activité à l'intérieur de la Communauté, ne puisse éluder ces dispositions par le simple jeu d'une clause de choix de loi [car] la fonction que remplissent les dispositions en cause exige en effet qu'elles trouvent application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un Etat membre, quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre leur contrat* ». A première vue, les dispositions correspondent en tout point à une loi de police, c'est ce qu'indique pour le moins le raisonnement mobilisé par la Cour et les nettes implications méthodologiques qu'elle tire de leur teneur. Cela étant, la directive européenne est dépourvue d'effet direct dans les rapports horizontaux, et sans transposition, elle ne saurait s'appliquer directement à titre de loi de police. C'est pourquoi Pascal de Vareilles-Sommières a pu y déceler la mise en œuvre d'un ordre public de proximité et non d'une loi de police (vu l'exigence d'un rattachement territorial avec un Etat membre). Quelle que soit l'analyse qui en est donnée¹⁶³, l'arrêt *Ingmar* demeure une preuve tangible de

¹⁶³ La confusion entre les deux notions est assez symptomatique de la difficulté d'interprétation du droit dérivé européen. Par exemple, l'article 9 de la directive du 26 octobre 1994 sur la protection des acquéreurs d'un droit d'utilisation à temps parties de biens immobiliers dispose que « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que, quelle que soit la loi applicable, l'acquéreur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive, si le bien immobilier est situé sur le territoire d'un Etat membre ». Faut-il voir en cette disposition l'expression d'un ordre public de proximité ou plutôt l'expression d'une loi de police européenne ? D'après Pascal de Vareilles-Sommières, « on pourrait considérer que cette disposition prévoit le recours à l'exception d'ordre public » et dans ce cas, « la loi applicable au contrat est désignée par la règle de conflit de lois ; si cette loi ne prive pas l'acquéreur de la protection accordée par les dispositions de la directive, elle s'applique. A l'inverse, si la loi désignée ne remplit pas les exigences de protection posée par la directive, elle est écartée. L'éviction de la loi désignée repose donc sur une appréciation *in concreto*, en principe caractéristique de l'exception d'ordre public ». En revanche, « dans la mesure où, d'une part, les dispositions de la directive sont précises, et d'autre part, le lien de rattachement entre le bien immobilier objet du contrat et le territoire européen est précisément défini par la directive, on peut considérer que la disposition constitue une loi de police européenne », La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, p.797-798.

l'existence d'un ordre public international européen, pris au sens large, et intégrant dans ses procédés aussi bien l'exception d'ordre public que les lois de police.

Section 3 – Les sources transnationales

Dans la trilogie des sources composant l'ordre de référence, les sources transnationales se voient conférer une véritable autonomie. Comme a pu le souligner Mathias Forteau, « *il n'est plus envisageable [aujourd'hui] de nier l'existence d'un ordre public transnational composé de normes non écrites faisant l'objet d'un large consensus de la société internationale* »¹⁶⁴. Ainsi, l'un des éléments clés de la définition de l'ordre public transnational réside précisément dans le consensus presque universel que suscitent les normes et les valeurs de référence¹⁶⁵. Mais la difficulté d'identification de ces normes rend d'autant plus ardue l'admission d'une telle notion ; c'est sans doute la raison pour laquelle la jurisprudence arbitrale s'est montrée dans un premier temps plus encline à s'y référer que les jurisprudences étatiques. D'après M. Forteau, cela est dû en partie à la nature privée « *tout à la fois des juridictions qui ont fait émerger et qui invoque cet ordre public transnational et des auteurs des pratiques et usages considérés comme le reflet de normes coutumières ou de principes généraux* »¹⁶⁶. En d'autres termes, si ces sources ne sont pas marquées au sceau de la souveraineté étatique, l'on ne saurait leur accorder une nature proprement internationale. Toujours est-il que la tendance actuelle est celle du recul de l'écran étatique ; ce qui entraîne un décroissement de l'emprise qu'exerçait autrefois l'Etat sur la définition et sur la composition du contenu de son ordre public international. S'agissant de la coutume ou des principes généraux du droit par exemple, seule suffit l'existence d'une pratique ou d'un fond communs, à défaut de l'acceptation unanime de l'ensemble des Etats ; ce qui implique d'analyser alors l'ordre public transnational comme un ordre public « véritablement international ». Et la nuance entre ces deux notions est importante sur le plan terminologique. En effet, l'ordre public réellement international correspond plutôt un « *ordre public international au sens du droit des gens* »¹⁶⁷ alors que l'ordre public strictement transnational est plutôt sollicité dans la pratique des affaires internationales. Passée cette précision terminologique, il convient de souligner également la parenté de la notion d'ordre

¹⁶⁴M. Forteau, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" », *op.cit.*, p.24 n°50.

¹⁶⁵ C'est d'ailleurs la définition qu'en a retenu l'Association de droit international lorsqu'elle insistait, dans sa résolution 2/2002, sur l'idée que cet ordre public découle en réalité d'un « consensus au sein de la communauté internationale sur le principe en question ».

¹⁶⁶ M. Forteau, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" », *op.cit.*, p.52.

¹⁶⁷ H. Rolin, « Vers un ordre public réellement international » in *Hommage d'une génération de juristes au Professeur Basdevant*, Paris, 1960, p.440.

public « *réellement international* » avec le droit international public, ce qui a pour prolongement la primauté des normes de cet ordre sur celles de l'ordre interne au moment de la mise en œuvre de l'exception.

Comme l'explique M. Forteau, il ne devrait y avoir « *aucune crainte à assumer le caractère véritablement international des normes de l'ordre public transnational* »¹⁶⁸, et *a fortiori*, ces hésitations n'ont pas lieu d'être en matière contractuelle où des normes transnationales de même que des principes généraux du droit sont communément à l'œuvre. Certains arbitres ont même reconnu la nature « proprement internationale » du droit des contrats internationaux, notamment dans une sentence rendue le 19 janvier 1977 d'après laquelle « *les contrats entre Etats et personnes privées ne relèvent pas d'un tiers ordre juridique, mais d'une branche particulière et nouvelle du droit international : le droit international des contrats* »¹⁶⁹. Nous pouvons également citer en ce sens une sentence plus récente du 30 janvier 2007 qui, en son point 92, prévoit que le contrat de Concession litigieux, bien que n'étant pas un traité, était en réalité une « *convention régie par le droit international* », d'où sa nature véritablement internationale. Le Tribunal ajoute que l'interprétation de cette convention devait se faire conformément aux « *principes du droit international en matière d'interprétation* »¹⁷⁰. Certes, les contrats litigieux de ces deux affaires n'étaient pas étrangers au droit public, mais nous pouvons constater que l'hybridation entre le droit international public et le droit international privé est de plus en plus récurrente. En outre, la référence à un « ordre public réellement international » n'est pas propre non plus aux litiges nés de contrats conclus avec des personnes de droit public ou dont l'objet est la gestion d'un service public (elle fut employée de manière récurrente dans un contexte précis de lutte contre les pratiques de corruption)¹⁷¹. Très tôt, les juridictions étatiques ont pu se saisir de cette notion ; ce fut le cas par exemple de la cour d'appel de Paris qui, dans la célèbre affaire de la Banque ottomane de 1984, visait un « ordre public, sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des

¹⁶⁸ M. Forteau, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" », *op.cit.*, p.27, n°57.

¹⁶⁹ Sentence arbitrale rendue le 19 janvier 1977, JDI, 1977, p. 356.

¹⁷⁰ Sentence arbitrale partielle rendue le 30 janvier 2007 dans le cadre de l'affaire Eurotunnel c/ France et Royaume-Uni.

¹⁷¹ Nous pouvons citer la sentence CCI n° 1110 rendue en 1963 dans laquelle l'arbitre considère la corruption « comme un mal international contraire aux bonnes mœurs et à un ordre public international commun à la communauté des nations ». Cette solution fut reprise notamment dans une sentence CCI n° 12290 de 2005 dans laquelle est visée une « règle véritablement internationale » prohibant la corruption, et aussi dans la célèbre sentence CIRDI World Duty Free Company Ltd. The Republic of Kenya du 4 octobre 2006 dans laquelle le tribunal arbitral affirme que la prohibition de la corruption relève d'un « ordre public transnational ».

personnes associées à la vie des sociétés de capitaux »¹⁷². Dans un arrêt de 1993¹⁷³, la cour d'appel de Paris a également mobilisé cette notion, cette fois en se référant à « *l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des Etats de la communauté internationale* ». Il est intéressant de relever à cet égard que l'ensemble des décisions retient une définition souple de la notion, selon laquelle seul un « large » consensus autour des normes impératives suffirait. Cette attitude a le mérite d'être réaliste parce qu'elle tient compte du fait qu'aucun principe ne peut prétendre à une universalité absolue.

L'internationalisation du contenu de l'ordre public international conduit à reconsidérer les fonctions classiquement assignées au mécanisme. Traditionnellement, dans une veine relativiste, l'exception d'ordre public n'avait d'utilité que lorsque le droit étranger désigné et le droit du for ne partageaient pas les mêmes valeurs fondamentales. Sauf qu'en l'occurrence, en ce qui concerne la mise en œuvre de l'exception d'ordre public « véritablement » international, les valeurs en cause sont portées par une norme commune aux Etats, faisant de surcroît l'objet d'un « large » consensus. Ainsi, nous pouvons légitimement nous demander quelle est l'utilité d'un tel mécanisme lorsque le « choc » qui conditionne sa mise en œuvre n'est pas existant. Mais n'oublions pas pour autant que le caractère évolutif de l'exception justifie que ses fonctions ne soient pas figées dans le temps et qu'elles s'adaptent aux tendances nouvelles de la discipline. Une telle évolution, au lieu de freiner la mise en œuvre du mécanisme, conduit à renforcer son utilité. Parmi les avantages de cette notion, nous pouvons relever sa vertu facilitatrice pour l'arbitre dans la mesure où, ce-dernier, n'étant pas doté d'un for, éprouve normalement des difficultés à identifier l'ensemble des dispositions internationalement impératives (surtout lorsque les Etats susceptibles de contrôler sa sentence contrôlent le respect des lois de police étrangères liées à la situation). Ainsi, le recours à cette notion facilite amplement la tâche de l'arbitre, qui n'aurait qu'à appréhender globalement l'impérativité des règles des Etats. Au stade du contrôle étatique de la sentence, la notion présente également un intérêt marqué du fait qu'elle a contribué à élargir considérablement l'office du juge du contrôle toutes les fois que les valeurs en jeu font l'objet d'un large consensus (on pense entre autres à la lutte contre la corruption, laquelle fera l'objet d'un développement autonome). Par ailleurs, l'ordre public réellement international apporte une limitation au *law shopping* en matière

¹⁷² Cour d'appel de Paris, 10 octobre 1986. Il est à préciser que cet arrêt constitue une avancée considérable par rapport au premier arrêt Banque ottomane de du 19 mars 1965 qui se contenait de viser « es principes d'un prétendu ordre public international supérieur à toutes les lois internes, dont l'existence n'est reconnue par aucun droit positif, et particulièrement par le droit français ».

¹⁷³ Cour d'appel de Paris, 30 septembre 1993, *Sté European Gas Turbines SA*.

d'impérativité étant donné que le recours à une telle notion permet de « *contrer les tentatives des opérateurs juridiques qui cherchent par le biais des clauses d'élection de for à se voir reconnaître le bénéfice de la loi applicable la moins exigeante en termes d'impérativité internationale* »¹⁷⁴.

Somme toute, nous pouvons en déduire un élargissement considérable du contenu de l'exception à sa source ; que ce soit par le biais des sources conventionnelles, des sources non-conventionnelles ou même des sources dites « authentiquement » internationales. Il ne fait pas de doute que l'émergence de ces sources perturbe considérablement les modalités de mise en œuvre de l'exception. Nous verrons ainsi que ces modalités varient selon que l'exception est mobilisée par le juge étatique ou par l'arbitre. La fondamentalisation, l'eupéanisation et l'internationalisation des standards qui servent de référence au déclenchement de l'exception, ont été perçus comme des moyens de préservation de l'utilisation du mécanisme. En effet, un tel remaniement substantiel de l'exception ne nous semble pas être synonyme de son extinction ; il en constitue au contraire un affinement nécessaire. Dès lors, « *il devient possible de concilier de manière relativement harmonieuse la protection due aux droits fondamentaux et aux valeurs universelles, les nécessités d'une coordination efficace des différents ordres juridiques nationaux et le respect des normes internationaux, tout en sauvegardant l'existence de la technique internationaliste privatiste* ». De même, ce remaniement n'est pas désorganisé en ce qu'il permet « *d'opérer une classification plus objective des valeurs protégées en la centrant pas seulement sur la distinction matérielle de ces valeurs [...] mais en y ajoutant un élément plus formel tenant au champ d'application de la source internationale sollicitée* »¹⁷⁵. Le remaniement des sources de l'exception d'ordre public commande d'envisager à présent la manière dont celle-ci est mise en œuvre dans la pratique contentieuse.

Chapitre 2 – La mise en œuvre de l'exception d'ordre public : raisonnements déconcertants

A titre préliminaire, il est crucial de rappeler la distinction entre le domaine d'application du mécanisme d'une part, et son contenu d'autre part. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, nul ne peut nier le recul de l'exception dans la discipline, et plus particulièrement, en matière

¹⁷⁴ M. Forteau, « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" », *op.cit.*, p.32, n°66.

¹⁷⁵ *Ibid*, p.34 n°69.

contractuelle, où ses fonctions correctrice et régulatrice sont respectivement prises en charge par des procédés concurrents (procédé de spécialisation matérielle de la règle de conflit, consécration du principe de proximité à travers la clause d'exception, méthode des lois de police, etc.). Toutefois, ce n'est pas tant le contenu de l'exception qui en est affecté mais son domaine d'application, c'est-à-dire les hypothèses dans lesquelles celle-ci trouverait à s'appliquer. Toujours est-il que lorsque le mécanisme trouve à s'appliquer, il demeure fondamentalement un moyen de « limiter, au nom du respect de certaines valeurs, la liberté internationale des personnes privées »¹⁷⁶, à cela-près que ladite « liberté internationale » s'élargit à vue d'œil et qu'elle se réalise indépendamment de l'écran étatique. Dans un pareil cas, il est intéressant d'observer que sous l'effet des tendances précédemment décrites, les raisonnements mobilisés sont assurément déconcertants. Malgré la rareté des cas d'application, nous nous proposons d'étudier les raisonnements mobilisés par le juge dans trois types de contentieux : ceux qui concernent les dommages-intérêts punitifs (Section 1), ceux qui sont propres au contrat individuel de travail (Section 2), et ceux qui relèvent du contrôle de conformité étatique des sentences arbitrales (Section 3).

Section 1 – En matière de dommages-intérêts punitifs

Dans le cadre de ces développements, nous nous proposons d'étudier l'attitude du juge français lorsqu'il est confronté à la question de la compatibilité des dommages-intérêts punitifs avec l'ordre public international, dont il est le gardien. Il est intéressant d'observer à cet égard que la dénationalisation du contenu de l'exception exerce une influence certaine sur la manière dont le juge en justifie le recours, même si ces hypothèses interviennent au stade de l'instance indirecte. Comme l'avaient préconisé Yves Lequette et Bertrand Ancel, les juges nationaux ne trouvent plus l'audace aujourd'hui de défendre les valeurs de la société du for si elles ne sont pas peintes aux couleurs des droits fondamentaux. Par conséquent, la fondamentalisation de l'exception d'ordre public procède, le plus souvent, d'un rattachement artificiel à des standards internationaux, au détriment d'un raisonnement cohérent. Nous pouvons retracer une évolution en deux temps, ponctuée d'abord par un arrêt du 1^{er} décembre 2010¹⁷⁷ et ensuite par un arrêt récent du 12 janvier 2022¹⁷⁸, tous deux rendus par la Première Chambre civile de la Cour de cassation.

¹⁷⁶ *Ibid*, p.35, n°70.

¹⁷⁷ Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 09-13303.

¹⁷⁸ Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 12 janvier 2022, n° 20-16.189

Dans l'espèce de 2010, il s'agissait d'un couple de nationalité américaine et domicilié aux Etats-Unis, qui avait acquis pour un usage personnel un catamaran auprès d'une société française. Le couple se plaint alors des malfaçons affectant le navire, il reproche à la société d'avoir mal réparé le navire et de lui avoir dissimulé certains vices. Un juge californien est saisi et il décide que la condamnation du vendeur « *doit être exemplaire et servir à [le] dissuader (...) d'avoir un tel comportement à l'avenir* ». S'ensuit une condamnation à payer 1 400 000 \$ pour la remise en état du bateau, 400 000 \$ de frais d'avocats et 1 460 000 \$ à titre de peine privée. La cour d'appel de Poitiers est saisie d'une demande d'exequatur formée par le couple, qu'elle rejette au motif notamment que le montant des dommages-intérêts punitifs était « *manifestement disproportionné* », celui-ci représentant près de 20% des fonds propres de la société française. Le pourvoi formé contre l'arrêt d'appel du 26 février 2009 est rejeté par la Première chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 2010. La Cour ne s'oppose pas, dans son principe, à la reconnaissance en France d'une décision étrangère prononçant une peine privée. En revanche, elle refuse d'accorder l'exequatur à une telle décision dès lors que son montant s'avère disproportionné au regard du préjudice subi et du manquement contractuel. Dans une formule restée célèbre, la Cour affirme que « *si le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en est autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur* ». Pour la première fois, la Cour de cassation prend position sur la question de la reconnaissance d'une décision étrangère allouant des dommages-intérêts punitifs au demandeur, et par-là même, elle dénie toute impérativité internationale au principe de la réparation intégrale. En apparence, la Cour semble encline à admettre le principe des dommages-intérêts punitifs alors même qu'en droit positif français, le prononcé d'une telle peine privée reste impossible. Mais cette position libérale n'est que trompeuse si l'on se montre attentif à l'exigence de proportionnalité que la Cour énonce. L'on peut y voir certainement les prémises encore discrètes d'une fondamentalisation du mécanisme. En effet, à la classique appréciation *in concreto* de la conformité de la norme étrangère, vient se greffer un « *test de proportionnalité [...] qui n'est que l'ombre de lui-même* »¹⁷⁹. A la différence du contrôle de proportionnalité *lato sensu*, le contrôle ainsi mis en œuvre repose exclusivement sur un test de la proportionnalité sans inclure le test de nécessité. En ce sens, François-Xavier Licari déplore cette lacune parce qu'elle conduirait, selon lui, à méconnaître la fonction des dommages-intérêts

¹⁷⁹F.-X. Licari, « La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz* 2011, p.423.

punitifs, qui n'est autre que de punir et de dissuader. Or, « *pour atteindre un tel but, ceux-ci doivent être affectés d'une certaine dose d'imprévisibilité empêchant un calcul rationnel des avantages et des inconvénients de l'acte répréhensible envisagé* »¹⁸⁰. En d'autres termes, les modalités de limitation de la peine privée entrent en contradiction avec l'esprit même de la peine, parce qu'elles se limitent au seul dommage dans une dimension davantage réparatrice que répréhensible. En outre, il est d'autant plus curieux que la Cour ait mobilisé un tel raisonnement sans en présenter le fondement textuel, quoique l'influence de la Convention européenne des droits de l'Homme se ressente dans la teneur du test de proportionnalité. Nous retenons surtout de cette espèce qu'elle engendre l'avènement d'un contrôle de proportionnalité douteux comme modalité privilégiée afin de mesurer la conformité d'une décision étrangère à l'ordre public en matière de dommages-intérêts punitifs.

La position de la Cour dans cette espèce est assez similaire à celle qu'elle a adoptée à propos de la compatibilité du taux d'intérêts usuraire avec l'ordre public international. En effet, dans un arrêt du 17 octobre 2018¹⁸¹, la Première Chambre civile a cassé et annulé l'arrêt d'appel au motif qu'il appartenait à la cour d'appel, « *pour exercer pleinement son contrôle au titre de l'exception d'ordre public, de rechercher si, concrètement, le taux appliqué par les décisions russes n'était pas contraire à l'ordre public international* ». Le pourvoi reprochait à l'arrêt d'appel de n'avoir pas relevé une contrariété des jugements russes à l'ordre public international, nonobstant le caractère démesuré du taux d'intérêts qu'ils retenaient. La Cour de cassation adhère à ce raisonnement et, dans une formule très ramassée, elle pose l'exigence d'un contrôle *in concreto*. Jusque-là, rien d'inédit. Toutefois, et comme a pu le relever Pascal de Vareilles-Sommières, le contrôle *in concreto*, prend ici « *une tournure un peu particulière* »¹⁸² du fait qu'il porte non pas sur la loi étrangère sur l'usure mais sur le jugement étranger condamnant l'emprunteur à payer les intérêts. Au stade de l'instance indirecte, la loi compétente a déjà été appliquée au cas en cause ! Il revient alors au juge requis d'examiner les effets que pourrait

¹⁸⁰ *Ibid*

¹⁸¹ Cour de cassation, Civ. 1^{re}, 17 octobre 2018, n° 17-18.995. En l'espèce, trois contrats de prêt hypothécaire avaient été conclus entre la banque Zénith OAO et un emprunteur, marié à l'époque et divorcé depuis. A la suite d'un incident de paiement, la banque a saisi les juridictions russes pour faire condamner l'emprunteur et son épouse au remboursement du principal et des intérêts. Celle-ci obtient gain de cause et elle demande alors l'exequatur des jugements russes en France. Le juge français était amené à se prononcer sur la conformité des jugements russes aux conditions de reconnaissances de droit commun (c'est-à-dire celles posées par la jurisprudence Cornelissen, étant donné qu'il n'existe aucun traité bilatéral entre la France et la Russie à propos de l'exécution et de la reconnaissance des jugements).

¹⁸² P. de Vareilles Sommières, « Taux d'intérêts et contrôle concret de l'ordre public international », *RCDIP* 2019, p.982, n° 11.

avoir l'accueil du résultat concret de l'application de la loi étrangère dans le for français. La Cour de cassation reproche spécifiquement à la cour d'appel de ne pas s'être livrée à ce contrôle *in concreto* 'augmenté' si l'on peut dire, et de ce fait, elle aurait manqué à son obligation de s'assurer du respect des standards de l'ordre public international. Pour l'internationaliste, la question se pose de savoir quelle est la nature exacte de ce contrôle *in concreto* « augmenté ». Et, c'est dans la réponse à cette question que réside à notre avis un possible rapprochement avec le raisonnement suivi par la Cour dans l'affaire de 2010 susmentionnée. Même si elle ne l'affirme pas de manière explicite, la Cour semble exiger des juges du fond qu'ils procèdent en réalité à un contrôle de proportionnalité « *entre la condamnation au paiement des intérêts conventionnels et la rétribution raisonnable du service rendu par le prêteur à l'emprunteur, eu égard aux circonstances de la cause* »¹⁸³. Tout comme dans l'affaire de 2010, ce contrôle ne serait que partiel, parce qu'à la différence du contrôle de proportionnalité *lato sensu*, le test de nécessité fait défaut. Au demeurant, la ressemblance d'un tel raisonnement avec celui qui est suivi dans le cadre du contrôle du respect des droits fondamentaux par le jugement étranger, est frappante. Pascal de Vareilles-Sommières creuse davantage ce rapprochement au point d'en déduire une parenté avec le contrôle du respect du droit fondamental de l'emprunteur au respect de ses biens, tel que garanti par l'article 1^{er} du protocole n° 1 à la Convention européenne des droits de l'Homme. Peut-on alors parler d'une mutation du contrôle de l'ordre public ? Plus raisonnablement, il est légitime d'y voir un « *changement de focalisation du contrôle* »¹⁸⁴ parce que la Cour de cassation introduit de nouvelles considérations tirées de l'argument des droits fondamentaux (« *de telle sorte que les droits de l'homme comme le droit au respect des biens, seraient garantis par le jeu de l'ordre public international, à l'emprunteur victime d'un taux d'intérêts conventionnel démesuré, légal et valable selon la loi libérale applicable, et consolidé sans nuance par un jugement étranger rendu au profit du créancier* »¹⁸⁵), d'où l'influence avérée du contenu de l'exception sur les modalités de sa mise en œuvre. Au demeurant, l'affaire ainsi rapportée a connu un nouveau rebondissement en 2022, cette fois sur le terrain des dommages-intérêts punitifs ; ce qui s'inscrit directement dans la lignée de l'arrêt de 2010 précité.

¹⁸³ *Ibid*, n° 18.

¹⁸⁴ *Ibid*, n° 19.

¹⁸⁵ *Ibid*.

Par un arrêt du 12 janvier 2022¹⁸⁶, en effet, la Première Chambre civile de la Cour de cassation se prononce une nouvelle fois sur la question de la reconnaissance d'un jugement étranger condamnant un débiteur au versement de dommages-intérêts punitifs, à cela près qu'elle fait une application singulière de la jurisprudence de 2010. Les faits de l'espèce sont ceux rapportés plus haut, avec la précision qu'à la suite de la cassation, la cour d'appel de renvoi avait qualifié les pénalités ordonnées de dommages-intérêts punitifs, susceptibles de relever du contrôle de proportionnalité préconisé par l'arrêt de 2010, et qu'à l'issue de ce contrôle, elle avait conclu à la disproportion du montant des pénalités par rapport aux manquements contractuels de l'emprunteur au préjudice du prêteur. Face à ce refus de reconnaissance, un second pourvoi avait été formé, sauf que la Cour de cassation le rejette et confirme que l'exécution des décisions russes sur le territoire français violait effectivement l'ordre public international. Cette fois, et c'est une nuance importante, la Cour précise le contenu de l'exception, et elle en donne le fondement juridique explicite lorsqu'elle énonce que l'ordre public international, doit être envisagé « *sous l'angle du droit de toute personne au respect de ses biens* ».

Cet arrêt a suscité de vives critiques de la part des commentateurs. Il a pu lui être reproché entre autres de qualifier de manière « *abrupte* » les pénalités contractuelles en dommages-intérêts punitifs¹⁸⁷, mais surtout, de ne pas tenir compte de la situation patrimoniale du débiteur dans la teneur du contrôle. En effet, cet élément, au même titre que la situation d'inflation élevée qui frappait la Russie au moment de la conclusion du contrat, auraient dû être placés dans la balance des intérêts, surtout que la Cour a pris le soin de fonder le contrôle sur le droit de toute personne au respect de ses biens (correspondant à la teneur de l'article 1^{er} du Protocole 1^{er} de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Dans son arrêt *Grande Stevens*¹⁸⁸, la CEDH avait étendu la protection issue de l'article 1^{er} au contrôle de proportionnalité d'une amende ; et dans son arrêt *Lekic*, au contrôle de proportionnalité des dettes sociales¹⁸⁹. Pourtant, dans l'arrêt rapporté, le rattachement à ce fondement semble

¹⁸⁶ Cour de cassation, Civ.1^{re}, 12 janvier 2022, n° 20-16.189.

¹⁸⁷ En ce sens, Lilian Larrière dénonce la confusion entre la notion de clause pénale et celle de dommages-intérêts punitifs (« ces pénalités contractuelles apparaissent être la conséquence d'une clause pénale, semble-t-il moratoire, prévoyant qu'en cas de retard, les intérêts seront augmentés à hauteur de 30%, en remplacement du taux d'intérêt stipulé en cas d'exécution conforme ». Il semblerait alors que la clause contractuelle prévoyait une augmentation du taux d'intérêt pour sanctionner le retard dans l'exécution. Or, en droit français, l'argument tiré de l'usure ne s'applique pas au taux fixé par une clause pénale « car l'usure prohibe la rémunération trop élevée d'une somme d'argent prêtée quand la clause pénale s'analyse, sous cet angle, comme une peine privée, qui [...] sanctionne un manquement ». « La proportionnalité des dommages-intérêts punitifs et le droit de toute personne au respect de ses biens », RCDIP 2022, p.589, n° 5.

¹⁸⁸ CEDH, 4 mars 2014 n° 1864/10, *Grande Stevens et autres c/ Italie*.

¹⁸⁹ CEDH, 11 décembre 2018, *Lekic c/ Slovénie*.

fragile, et pour le moins, contradictoire. Comme l'explique M. Larrivière, « *si c'est le patrimoine qui se trouve protégé des peines privées, il faut admettre que les dommages-intérêts punitifs doivent être proportionnés au regard de la teneur du patrimoine lui-même* ». Or, ce n'est pas le patrimoine du débiteur que la Cour place au cœur de son contrôle mais le montant des dommages-intérêts punitifs. En outre, sur le plan technique, il est contestable de présenter une condamnation pécuniaire comme une ingérence à l'exercice du droit de toute personne au respect de ses biens parce que la dette en elle-même est une atteinte au patrimoine du débiteur mais son corolaire est l'accroissement du patrimoine du créancier. Dans la pesée des intérêts, c'est le créancier qui se trouve exclu de toute considération ; ce qui est manifestement incohérent au regard de la fondamentalisation du contenu de l'exception d'ordre public. Alors, quelle serait l'utilité d'un tel fondement ? A notre avis, la Cour en fait usage pour justifier la mise en œuvre d'un mécanisme dont la rareté est devenue chronique. Nul ne peut nier que le domaine de l'exception d'ordre public est en recul et c'est au détriment d'un raisonnement cohérent et d'un contrôle épuré, que l'argument tiré des droits fondamentaux se présente aujourd'hui comme la « bannière » de refuge de l'ordre public international.

Section 2 – En matière de contrat individuel de travail

Comme nous l'avons précédemment évoqué, l'exception d'ordre public est de moins en moins usitée en matière de contrat individuel de travail et cela est dû à la spécialisation matérielle poussée dont a fait l'objet la règle de conflit dans ce domaine. Toujours est-il qu'il est encore possible de concevoir une place résiduelle à l'exception lorsque certains intérêts, particulièrement impérieux, ne sont pas pris en charge spécifiquement par la règle de conflit de lois ou par une loi de police. Cela donne lieu à une mise en œuvre tout à fait originale du mécanisme et le célèbre arrêt rendu par la Chambre sociale de la Cour de cassation en 2006¹⁹⁰ en est une illustration topique. Cet arrêt témoigne en effet de l'incidence du remaniement substantiel du contenu de l'exception sur les modalités de sa mise en œuvre, eu égard aux circonstances factuelles très spécifiques de l'affaire. Ainsi, pourrait-on expliquer l'isolement de cette espèce dans l'édifice prétorien par la spécificité accrue de sa configuration factuelle. Il s'agissait en l'occurrence d'une jeune femme de nationalité nigériane qui avait été placée, en qualité d'employée de maison, au service d'un employeur de nationalité britannique, résidant habituellement au Nigéria où s'exécutait principalement le travail. Le travail s'exécutait dans des conditions constitutives d'une situation d'esclavage domestique : rémunération dérisoire,

¹⁹⁰ Soc. 10 mai 2006, n° 03-46.593, *époux Moukarim c/ Isopehi*.

interdiction pour l'employée de revenir dans son pays avant un certain temps, confiscation de son passeport, etc. Profitant d'un passage à Nice avec son employeur (où il avait l'habitude d'effectuer des séjours temporaires), l'employée s'était enfuie et l'avait assigné devant la justice française. Pour justifier la compétence tant des juridictions que de la loi françaises, la Cour de cassation énonce que « *l'ordre public international s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France et qui a été élevé par un salarié placé à son service sans manifestation personnelle de sa volonté et employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle* ».

D'emblée, sur le terrain de la compétence législative, il apparaît qu'aucun critère de rattachement pertinent ne permettait de reconnaître une compétence à la loi française. Le seul rattachement avec la France résultait des séjours occasionnels de l'employeur à Nice, mais celui-ci s'avérait insuffisant pour déplacer le centre de gravité de la relation contractuelle du Nigéria vers la France. Pourtant, la Haute juridiction reconnaît la compétence de l'ordre juridique français tant sur le plan législatif que juridictionnel, et elle le fait sur le fondement de l'ordre public international. Néanmoins, ledit « ordre public international » déploie des effets bien plus ambitieux que ceux qui lui sont normalement propres, d'où la critique avancée par certains commentateurs quant à la méthode employée par la Cour afin d'aboutir à une solution pourtant louable. Dans cette perspective, Sylvain Bollée dénonce la « *paralyse, par l'ordre public international, du jeu normal des règles de conflit de lois et de juridictions* »¹⁹¹. Telle qu'elle s'inscrit en aval du raisonnement conflictuel, l'exception d'ordre public a pour rôle d'évincer le résultat concret de l'application d'une norme étrangère dans le for. Sauf qu'en l'espèce, le juge dénature les effets négatif et positif de l'exception ; d'abord en neutralisant le résultat concret de l'application des normes du for (la règle de conflit de lois ayant donné compétence à la loi nigérienne, et la règle de compétence ayant désigné les juridictions nigériennes pour connaître du litige), et ensuite en opérant maladroitement un rattachement à l'ordre juridique français, peu pertinent dans ce cas. Cette manière de procéder, aussi louable soit son aboutissement, méconnaît considérablement la sécurité juridique au même titre que la séparation des pouvoirs. D'après Sylvain Bollée, l'internationalisation des standards de

¹⁹¹ S. Bollée, « L'ordre public international justifie la compétence des juridictions et de la loi françaises pour sanctionner un état de servitude », *La Semaine juridique* n° 128, 12 juillet 2006, II 10121.

l'exception d'ordre public ne permet pas de justifier de telles implications méthodologiques ; elle permet tout au plus d'évincer une loi étrangère dont l'application s'avérerait laxiste au regard de la situation grave d'asservissement.

Néanmoins, cet arrêt a été vu d'un œil plus favorable par une autre partie de la doctrine, pour qui l'importance des valeurs en cause justifiait la mobilisation d'un véritable « *ordre public de rattachement* ». Ainsi, il est dérisoire d'analyser le raisonnement de la Cour à la lumière des figures habituelles de l'ordre public en la matière. En ce sens, Petra Hammje nous invite à emprunter une troisième voie (la première voie étant celle de l'exception d'ordre public classique, la seconde étant celle des lois de police) ; celle de l'ordre public de rattachement. D'après elle, « *ce seraient les valeurs fondamentales en cause, prohibant absolument l'esclavage domestique, qui justifieraient cette compétence préférentielle de l'ordre juridique français en son entier, dans la mesure où la situation présente un rattachement avec la France* »¹⁹². Forcément, la lutte contre l'asservissement est un standard proprement universel, il fait l'objet d'un consensus international, et il intègre aisément le contenu de l'exception (quoique, il nous semble surprenant que la Cour n'ait pas indiqué expressément ni l'origine, ni le contenu du principe servant de fondement à sa solution). L'on peut toutefois avancer que ledit rattachement, ainsi érigé en condition *sine qua non* au jeu du mécanisme (à côté de la gravité de l'atteinte aux valeurs intangibles), est contestable tant il est lâche et fortuit. C'est davantage la volonté de mettre fin à cette situation inadmissible qui justifie que la Cour aille aussi loin dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. Concrètement, il est fort probable que la Chambre sociale ait pressenti un risque de déni de justice ou *a minima*, qu'elle ait redouté qu'une protection moindre soit assurée à la salariée. Quoi qu'il en soit, cette espèce isolée illustre bien les mutations méthodologiques dont a pu faire l'objet l'exception d'ordre public sous l'effet de la dénationalisation de son contenu. D'ailleurs, le communiqué accompagnant l'arrêt fait référence à un ordre public « véritablement » international, justifié d'abord par « *l'existence de droits fondamentaux transnationaux ou universels prohibant la servitude et exprimant à cet égard le même respect de la personne humaine* », qui pouvait être tirée « *de nombreux instruments internationaux les consacrant* », mais que la Cour se garde pourtant d'indiquer dans son arrêt ! Le communiqué mentionne ensuite une autre justification, tenant au « *rattachement du litige avec la France* » par la présence de l'intéressée sur le sol français et sa fuite en cette circonstance ; ce qui laisse perplexe pour les raisons déjà indiquées.

¹⁹² P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op.cit.*, p. 165.

Ainsi, le chevauchement méthodologique est articulé autour de l'interaction entre les notions d'exception d'ordre public au sens classique du droit international privé, d'ordre public international au sens du droit international public, d'ordre public transnational, d'ordre public européen, d'ordre public de droit naturel et enfin, des politiques législatives du for. Cette confusion pose la question de savoir jusqu'à quel point la lutte contre les violations les plus graves des droits de l'Homme peut justifier le remaniement de l'exception d'ordre public.

Section 3 – En matière de contrôle étatique des sentences arbitrales

A la différence des hypothèses envisagées jusque-là, le contrôle dont il est question ici est assez singulier parce qu'il fait suite à une instance arbitrale. Dans cette hypothèse en effet, l'ordre public international se présente comme l'un des cinq éléments du contrôle de régularité des sentences arbitrales internationales visés à l'article 1520 du Code de procédure civile¹⁹³. Ce contrôle a pour particularité de ne pas porter sur la sentence elle-même (ou sur les qualités des arbitres), mais sur l'insertion de celle-ci dans l'ordre juridique du for. Dans un premier temps, nous nous intéresserons au mouvement d'approfondissement de l'office du juge du contrôle de la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public international français (§1). Dans un second temps, nous nous demanderons si, dans le cas où un contrat international concerne l'économie d'un Etat ayant fait l'objet de sanctions économiques, l'arbitre est tenu d'assurer le respect de ces mesures, et le cas échéant, quelle serait la teneur du contrôle effectué par le juge étatique à l'égard de la sentence arbitrale (§2).

§1. L'approfondissement de l'office du juge du contrôle de la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public international

Dans quelle mesure le contrôle de la conformité d'une sentence arbitrale à l'ordre public international permet-il de protéger les valeurs fondamentales du for ? Cette interrogation fait état des enjeux qui se présentent en la matière car nous le savons, la prohibition de la révision au fond commande une limitation de l'intensité dudit contrôle. C'est ce qui explique que pendant longtemps, le juge de l'annulation devait se limiter au contrôle d'une contrariété effective, concrète et flagrante à l'ordre public international dont il est le gardien¹⁹⁴. Toutefois,

¹⁹³ A savoir, la compétence du tribunal arbitral, sa constitution régulière, le respect de sa mission, le respect du principe de la contradiction et enfin, la conformité à l'ordre public international.

¹⁹⁴ Le « caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée », Civ. 1^{re}, 4 juin 2008, n° 06-15.320.

dans son arrêt *Belokon* du 23 mars 2022¹⁹⁵, la Cour de cassation a opéré un revirement décisif sur l'étendue et l'intensité du contrôle auquel le juge d'annulation doit procéder. Partant, la Cour s'est livrée à une lecture plus audacieuse de l'article 1502-5^e du nouveau code de procédure civile (lequel fait de la contrariété à l'ordre public international du juge requis un motif d'annulation des sentences étrangères ou internationales), en signalant que la recherche de compatibilité avec l'ordre public international est obligatoire pour le juge, et qu'elle n'est « *ni limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres ni liée par les constatations, appréciations et qualifications opérées par eux, son seul office à cet égard consistant à s'assurer que la production des éléments de preuve devant lui respecte le principe de la contradiction et celui d'égalité des armes* ». Cette solution est heureuse parce qu'elle fait de l'ordre public un moyen ultime pour contrôler l'insertion d'une sentence contre laquelle aucun des autres griefs ne peut être utilisé et surtout, elle « *confère un caractère médiat au contrôle exercé par le juge en fonction de l'ordre public sur le contrat lui-même* ». ¹⁹⁶ Il reste encore à savoir ce que recouvre exactement la notion d'ordre public international à l'occasion du contrôle et pour ce faire, Pierre Mayer discerne trois séries d'hypothèses : la première concerne le respect des principes fondamentaux du droit de procédures collectives lorsqu'une procédure collective est ouverte en France¹⁹⁷.

La seconde hypothèse est propre, quant à elle, aux lois de police du for que les arbitres ne peuvent pas méconnaître ; ce qui constitue une originalité du droit de l'arbitrage international. En effet, à la différence de ce que nous avons envisagé jusqu'à présent, le contenu de l'exception d'ordre public est défini non seulement à travers les valeurs essentielles du for, mais aussi à travers les règles, et donc, les politiques législatives, d'où l'inclusion du contrôle du respect des lois de police dans celui du respect de l'ordre public. Devant le juge étatique saisi du fond du litige, on distingue clairement le jeu des lois de police au stade de l'applicabilité de la norme, du jeu de l'ordre public qui fait exception à la mise en œuvre de la norme étrangère dont le contenu est estimé choquant (c'est ce qui explique entre autres le recul considérable du

¹⁹⁵ Civ. 1^{re}, 23 mars 2022, n°17-17.981.

¹⁹⁶ J.-M Jacquet, « Contrats », *Répertoire de droit international*, Dalloz, spéc. n° 222.

¹⁹⁷ Dans son arrêt *Thinnet*, la Cour de cassation a approuvé l'annulation d'une sentence arbitrale qui avait violé le principe de suspension des poursuites individuelles en matière de faillite, principe « à la fois d'ordre public interne et international » (Civ 1^{re}, 8 mars 1988, n° 86-12.015, publié au Bulletin). Toutefois, dans son arrêt *Almira*, la Cour a approuvé le refus d'annulation d'une sentence arbitrale qui avait respecté les principes de suspension « des poursuites individuelles des créanciers, de dessaisissement du débiteur et d'interruption de l'instance en cas de faillite », principes « à la fois d'ordre public interne et international » qui s'imposent « même au cas où l'arbitrage se déroulant en France n'est pas soumis à la loi française » (Civ 1^{re}, 5 février 1991, n° 89-14.382, publié au Bulletin).

mécanisme dans la pratique contentieuse). Or, dans le droit de l'arbitrage international, il est également question de « règles » parce que la frontière séparant les lois de police de l'ordre public international est brouillée. Afin d'illustrer notre propos, nous pouvons citer un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 16 janvier 2018. En l'espèce, il était allégué devant le juge français que la sentence arbitrale n'avait pas tenu compte de la loi laotienne relative au contrôle des investissements étrangers, et que cette méconnaissance était constitutive d'une violation de l'ordre public international français. Ainsi, se posait la question de savoir si le juge français du contrôle était tenu d'annuler une sentence n'ayant pas fait application d'une loi de police étrangère. A priori, l'ordre public international français étant constitué de règles françaises, la non-application de cette loi de police ne devrait pas être constitutive de sa violation. En revanche, il est tout à fait envisageable que la règle étrangère poursuive un objectif qui corresponde à un objectif poursuivi par l'ordre juridique français, de sorte que cette même règle étrangère traduise une valeur du for. Dans cette optique, la cour d'appel de Paris a considéré que les dispositions litigieuses expriment « *un consensus international sur le droit des Etats de subordonner à une autorisation préalable l'exploitation des ressources naturelles situées sur leur territoire et de soumettre à leur contrôle les investissements étrangers dans ce domaine* » et que celles-ci, parce qu'elles sont le moyen pour les Etats d'exprimer leur souveraineté sur leurs ressources naturelles, « *relèvent de l'ordre public international* »¹⁹⁸. En l'occurrence, la Cour fait référence à une résolution des Nations Unies de 1962 afin de justifier ledit « *consensus international* ». De fait, la violation d'une loi de police étrangère n'entraîne pas automatiquement la violation de l'ordre public international français, mais l'évolution ainsi amorcée témoigne de l'impact de l'élargissement du contenu de l'exception sur son domaine d'application.

La troisième hypothèse identifiée par Pierre Mayer est celle, déjà envisagée dans le premier chapitre, de l'internationalisation des standards de l'exception d'ordre public. Cette hypothèse est courante lorsqu'un contrat a pour cause et pour objet l'exercice d'un trafic d'influence, le versement de pots-de-vin, le blanchiment d'argent ou de la corruption. C'est dans ces cas de figure en effet que le contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public international s'est avéré le plus efficace, le juge n'hésitant pas à cet égard à recourir, si nécessaire, à une pluralité d'outils procéduraux et de présomptions afin d'approfondir l'analyse factuelle. D'une certaine manière, l'efficacité de la lutte contre ces pratiques a conduit à élargir l'office du juge. Les

¹⁹⁸ Cour d'appel de Paris, Pôle 1, 1^e chambre, 16 janvier 2018, n°15-21703.

exemples sont nombreux ; nous pouvons citer par exemple un arrêt de la cour d'appel de Paris du 30 septembre 1993 d'après lequel « *un contrat ayant pour cause et pour objet l'exercice d'un trafic d'influence par le versement de pots-de-vin est [...] contraire à l'ordre public international français ainsi qu'à l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des Etats de la communauté internationale* »¹⁹⁹. Nous pouvons citer également le célèbre arrêt *Alstom Transport* du 28 mai 2019²⁰⁰ dans lequel la cour d'appel de Paris a eu l'occasion de rappeler que la reddition des services litigieux²⁰¹ contrevenait à la prohibition de la corruption qui est un principe appartenant à l'ordre public international français dès lors que l'ordre juridique français ne saurait en souffrir la méconnaissance « *même dans un contexte international* ». Afin d'appuyer son propos, la Cour se réfère à certaines sources du droit international.²⁰² Cet arrêt, bien qu'il ait été cassé quelques années plus tard par la Cour de cassation²⁰³, a servis de tremplin pour la remise en cause du contrôle minimaliste de la conformité des sentences à l'ordre public international. La cour d'appel de Paris a donc joué un rôle déterminant pour faire évoluer l'étendue et l'intensité dudit contrôle ; ce qui a porté ses fruits dans le célèbre arrêt *Belokon*, dont la solution a été reprise de manière constante, notamment dans un arrêt de la cour d'appel de Paris du 5 avril 2022²⁰⁴. En somme, le refus de donner effet à un contrat de corruption transcende les intérêts des parties, ce qui « *rejaillit sur l'exercice du contrôle de la régularité de la sentence et explique, en même temps qu'il le justifie, que le juge de l'annulation ou de l'exequatur puisse se prononcer au vu d'éléments extérieurs à la procédure arbitrale, soit qu'ils soient apparus après la reddition de la sentence, soit qu'ils aient été omis, volontairement ou non de la production de pièces devant les arbitres* »²⁰⁵. Il est

¹⁹⁹ Cour d'appel de Paris, Pôle 1, 1^e chambre, 30 septembre 1993, Rev. Arb. 1994, p.359.

²⁰⁰ Cour d'appel de Paris, Pôle 1, 1^e chambre, 28 mai 2019, n°16-11182.

²⁰¹ La configuration factuelle étant particulièrement détaillée, nous nous contenterons de rappeler qu'en l'espèce, la société française Alstom Transport et la société anglaise Alstom Network (Alstom) avaient conclu plusieurs contrats de consultant avec une société chinoise dirigée par une de leurs anciennes salariées. Alstom avait remporté auprès du ministère chinois des chemins de fer tous les appels d'offres en vue desquels les contrats de consultant avaient été signés, mais elle avait refusé de payer le solde des commissions dû pour deux de ces contrats et de verser tout paiement pour un troisième en prétextant un risque pénal pour des versements qui servaient peut-être à corrompre des agents publics. Ainsi, il n'était pas allégué que le contrat en lui-même avait été obtenu par corruption. Il s'agissait au contraire d'un contrat conclu entre deux parties dans la perspective de l'obtention d'un contrat avec une tierce partie. Dans ce cas, il revenait au juge étatique d'analyser si la sentence n'avait pas prononcé une condamnation à payer des sommes destinées au financement d'une opération de corruption ou de trafic d'influence.

²⁰² Telles que les conventions internationales de lutte contre la corruption de l'OCDE du 17 décembre 1997 ou des Nations Unies du 9 décembre 2003.

²⁰³ Cour de cassation, Civ.1re, 29 septembre 2021, n°19-19.769, Inédit.

²⁰⁴ Cour d'appel de Paris, Pôle 1, 1^e chambre, n°20-03242.

²⁰⁵ L.-C. Delanoy, « L'arrêt Alstom Transport du 28 mai 2019 : les singularités de l'ordre public matériel et de la corruption dans le contrôle de régularité de la sentence arbitrale internationale », *Cahiers de l'arbitrage* n°2, avril 2020, p. 289.

permis toutefois de se demander quelle est la portée de cette jurisprudence. Autrement dit, la solution est-elle spécifique au blanchiment d'argent et à la corruption ou pourrait-elle trouver à s'appliquer dans d'autres situations ? En réalité, la rédaction de l'arrêt est assez ambiguë car, en son point 7, la prohibition du blanchiment y est qualifiée de principe « *dont l'ordre juridique français ne saurait souffrir la violation, même dans un contexte international* », mais plus généralement, il est fait allusion aux « activités délictueuses » à la source d'une telle pratique. Ces pratiques sembleraient-elles ainsi prises au sens large, d'autant plus que l'arrêt est rendu au visa de l'article 1520,5° du nouveau code de procédure civile. De même, les limites posées par la Cour à l'étendue de la marge de manœuvre du juge trouveraient aisément à s'appliquer dans d'autres situations. Il ne s'agit en effet que du respect du principe du contradictoire et de celui de l'égalité des armes. Ces éléments nous permettent de considérer que cette solution est susceptible d'extension à d'autres situations litigieuses.

§2. Le contrôle du respect par l'arbitre des mesures de sanctions économiques affectant la licéité d'un contrat international

Au-delà de la lutte contre le trafic d'influence, la corruption et le blanchiment d'argent, d'autres valeurs ont pu intégrer l'ordre public international, notamment les mesures qui visent à contribuer au maintien et au rétablissement de la paix et de la sécurité internationales. C'est le cas des sanctions économiques, prenant souvent la forme de mesures d'embargo. Dans un sens large, les sanctions économiques correspondent à « *toute mesure -même réparatrice- justifiée par la violation d'une obligation* »²⁰⁶. Dans un sens plus étroit (que nous ne retiendrons pas pour la suite de nos développements parce qu'il ne rend pas suffisamment compte de la diversité des mesures ou de leur portée), elles sont définies comme une « *peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à le punir* »²⁰⁷. Plus spécifiquement, l'embargo peut être défini comme une forme de pression économique, composé d'un élément matériel et d'un élément intentionnel. Le premier consiste en « *l'interruption de certaines relations commerciales entretenues par un sujet de droit international vis-à-vis d'un autre sujet* »²⁰⁸ (restriction des échanges, interdiction ou limitation des exportations et des importations, interruption des relations financières, etc.). Le second est caractérisé par « *la*

²⁰⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, coll. Quadrige, 2016, PUF.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ R. Chemain, « Sanctions économiques : contre-mesures, boycott, embargo, blocus », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mai 2017, spéc. 148.

volonté d'influencer le comportement du sujet de droit destinataire de la contrainte économique » notamment dans « *le but de forcer le ou les Etats victimes de ce-dernier, par le préjudice économique qui leur est causé ou qui menace de leur être causé, à modifier leur comportement dans le sens souhaité par les personnes à l'origine de ces mesures* »²⁰⁹.

La jurisprudence française a indiqué à plusieurs reprises que les mesures d'embargo, lorsqu'elles émanent de l'Union européenne ou de la communauté internationale, intègrent l'ordre public international²¹⁰. Dans une affaire *DNO Yémen*²¹¹, la cour d'appel de Paris a même intégré dans l'ordre public international les mesures de sanctions individuelles (en l'occurrence, le gel des actifs²¹²). Elle précise qu'en tant que juge de l'annulation, même s'il ne lui appartient pas « *d'étendre ces sanctions à des personnes qui ne figurent pas sur les listes annexées à ces sanctions, en revanche, il rentre dans son contrôle de vérifier que la reconnaissance ou l'exécution de la sentence n'est pas susceptible de contrevenir à ces sanctions en permettant 'directement ou indirectement', la mise à la disposition de fonds à des personnes physiques ou morales, entités ou organismes inscrits sur la liste figurant à l'annexe [...] ou que ces fonds soient utilisés à leur profit* ». L'extension du domaine d'application de l'ordre public international et l'élargissement de son contenu peuvent laisser perplexe au regard du contexte actuel. En effet, depuis la crise ukrainienne, le nombre de sanctions prises à l'encontre de personnalités russes a considérablement augmenté ; les mesures successives édictées visent notamment des banques, des oligarques russes, des parlementaires russes ayant voté l'invasion, le président russe lui-même ainsi que ses filles. Techniquement, la mesure de gel des avoirs est envisagée comme une décision et la question se pose de savoir quel est l'effet qu'elle est susceptible de produire. Cela implique qu'il faille en interpréter le champ d'application spatial en fonction de son libellé, de sa source, et surtout, des objectifs poursuivis par elle. Cette méthode a été préconisée par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt de 2021²¹³. Se pose en outre la question de savoir si la réalisation en France d'une mesure étrangère serait contraire à l'ordre public international français, d'où l'opportunité d'une réflexion plus poussée

²⁰⁹ *Ibid*, spéc. 152.

²¹⁰ Récemment : Cour d'appel de Paris, 1^{er} février 2022, n° 19/22977 et 18/27765, *Aramenti*.

²¹¹ Cour d'appel de Paris, Pôle 5, 16^e chambre, 5 octobre 2021, n° 19/16601.

²¹² Le gel est défini comme une « mesure non-juridictionnelle, impérative et non hypothétique » visant les biens et ressources de personnes identifiées. Cette mesure a pour particularité de s'inscrire « par nature dans un cadre international » : d'une part, les personnes qu'elle désigne sont visées parce que ressortissantes du pays contrevenant ou liées à ses actions, d'autre part, « la mesure a clairement une fin de politique internationale ». Antoine d'Ornano, « Sur le gel d'avoirs », *RCDIP* 2022, p. 449.

²¹³ CJUE, 11 novembre 2021, aff. C-340/20, *Bank Sepah c/ Overseas Financial Limited et a*, point 55).

autour de la façon dont une mesure de sanction économique devrait être prise en compte par l'arbitre international, et indirectement par le juge du contrôle de la sentence au titre de l'ordre public international.

Dans ce contexte, la cour d'appel de Paris a eu à traiter de l'impact des sanctions économiques internationales américaines, onusiennes et européennes contre l'Iran sur la validité d'une sentence arbitrale. L'arrêt qu'elle a rendu le 3 juin 2020²¹⁴ offre une grille de lecture intéressante sur la question du comportement de l'arbitre et du juge du contrôle face à de telles mesures. Le plus souvent, l'arbitre est préalablement confronté à une inexécution contractuelle pour laquelle la partie défaillante invoque une sanction internationale. Ainsi, lorsque la portée des sanctions économiques menace le respect des obligations contractuelles des parties, il revient dès lors à chaque droit national de déterminer si ces mesures relèvent ou non de son ordre public international, et le cas échéant, comment qualifier de telles sanctions. A cet égard, le droit français de l'arbitrage retient une approche organique des sanctions internationales, en ce sens que les sanctions du Conseil de Sécurité de l'ONU sont assimilées à des lois de police étrangères intégrant la conception française de l'ordre public international, que les sanctions européennes sont considérées comme des lois de police françaises, et que les sanctions émanant d'Etats étrangers (comme les sanctions américains) sont des lois de police étrangères qui ne sauraient être rattachées à la conception française de l'ordre public international.

Toutefois, dans l'arrêt de 2020, la cour d'appel invoque l'existence de « *lois de police réellement internationales* », ce qui a été vivement contesté en doctrine. En l'espèce, une société française exploitant une activité en matière gazière avait conclu en 2002 un contrat avec une société iranienne ayant pour objet le stockage de gaz en Iran. Des difficultés étant survenues durant la mise en œuvre de la première phase d'exécution du contrat, la société française a informé la société iranienne du refus des banques d'étendre les garanties bancaires prévues initialement au contrat, et un peu plus tard, elle lui a proposé de mettre fin au contrat. La société iranienne, après avoir rejeté cette proposition, a résilié le contrat pour manquements contractuels. S'en sont suivies des assignations concernant également des garanties et des contre-garanties, jusqu'à ce que demande d'arbitrage CCI ait été déposée par la société française en vue de faire déclarer la résiliation du contrat par la société iranienne injustifiée et abusive.

²¹⁴ Cour d'appel de Paris, 3 juin 2020, n°19/07261 – Cour d'appel de Paris, 13 avril 2021, n° 18/09809 (pour une réitération de la solution).

En 2018, une sentence est rendue à Paris et elle condamne les deux contractants au paiement réciproque de diverses sommes. La société française introduit alors un recours en annulation et reproche entre autres à la sentence d'avoir violé l'ordre public international français, le tribunal arbitral n'ayant pas intégré certaines sanctions internationales adoptées à l'encontre de l'Iran dans la sentence. Or, l'applicabilité des normes porteuses des sanctions serait fondée, selon elle, sur leur qualité de lois de police faisant partie de l'ordre public international. Ainsi, la cour d'appel de Paris était invitée à identifier une éventuelle contrariété à l'ordre public international français, ce qui supposait en premier lieu « *d'établir une relation entre, d'une part, les normes porteuses de ces sanctions internationales, européennes et étrangères, et, d'autre part, l'ordre public international français, seul vecteur possible du contrôle au regard de l'article 1520 du Code de procédure civile* ». ²¹⁵ Le problème de droit y afférent faisait l'objet d'une formulation limpide par le juge, à savoir « *la question [...] est celle de savoir si les sanctions internationales invoquées par la société [française] sont susceptibles de relever de la conception française de l'ordre public international et en cas de réponse positive, si leur ignorance par le tribunal arbitral est susceptible de caractériser en l'espèce une violation effective et concrète de cet ordre public international* ». Cette formulation a le mérite de poser la question tant du point de vue direct de l'arbitre que du point de vue indirect du juge du contrôle. La cour, conformément à sa jurisprudence constante, se rallie à une conception organique des sanctions, à cela près qu'elle fait abstraction de la valeur normative et de l'effet direct des sanctions onusiennes dans l'ordre juridique français, celles-ci devant être assimilées non pas à des lois de police françaises, mais à des lois de police étrangères ou « réellement internationales ». Ce raisonnement laisse perplexe et les commentateurs de cet arrêt n'ont pas manqué d'en relever les incohérences. A ce titre, Malik Laazouzi conteste la substitution des lois de police étrangères ou « réellement internationales » aux lois de police françaises. Dans une veine positiviste, il considère en effet que la règle est « *édictee par le biais d'une source formelle qui en fait une norme susceptible de s'appliquer à l'Etat français et au sein de l'ordre juridique français* », et c'est pourquoi il est tout bonnement inutile de procéder à la détermination de l'applicabilité de la norme. Le juge français étant le gardien de l'ordre juridique français, il suffit pour lui de vérifier que les conditions posées par le droit international sont réunies. Au fond, cela revient à s'assurer que la norme est en vigueur dans l'ordre juridique français, et donc qu'elle présente un caractère obligatoire. M. Laazouzi indique que si ce n'est pas le cas, il ne saurait y avoir de compensation

²¹⁵ M. Laazouzi, « Contrat international et contrôle d'office du respect par l'arbitre des mesures de sanctions internationales et européennes visant certains secteurs économiques d'un Etat étranger », *Revue des contrats*, 4 décembre 2020, p. 60 et s.

par ce qu'il appelle le « *palliatif étranger* »²¹⁶. En somme, le raisonnement est binaire pour le juge étatique : soit la source formelle de la norme lui permet de s'imposer au sein de l'ordre juridique du for, ce qui en fait une loi de police du for impérative, soit elle ne remplit pas cette condition, et le cas échéant, elle n'est qu'une loi de police étrangère. Ainsi, le fait que la norme procède d'un consensus international ne suffit pas à lui octroyer le statut de loi de police « réellement internationale », encore faut-il qu'elle intègre formellement le contenu de l'ordre public international. En revanche, pour ce qui est de l'arbitre, la notion de « lois de police réellement internationales » pourrait présenter un intérêt du fait que l'arbitre n'est pas le gardien d'un for et que pour lui, la distinction des lois de police du for et des lois de police étrangères ne vaut pas. Dans cette optique, la vertu facilitatrice d'une telle notion, au même titre que celle qu'elle intègre (c'est-à-dire celle d'un ordre public « réellement » international) rendrait plus simple la mise en œuvre des lois de police. Nous décelons dans ce raisonnement les mérites (déjà évoqués) de l'internationalisation du contenu de l'ordre public international.

Quant aux autres sanctions de source européenne et de source américaine, le traitement qui en est fait par la cour n'est guère surprenant. Pour les premières, elle considère qu'étant transposées dans l'ordre juridique interne françaises, celles-ci sont assimilées à des lois de police françaises et que leur objet justifie leur défense par le jeu de l'ordre public international. Pour les secondes, elle refuse de les intégrer à la conception française de l'ordre public international, même si elles pourraient éventuellement être traitées comme des lois de police étrangères. Ces normes, parce qu'elles n'expriment pas des valeurs et des objectifs intégrant l'ordre public français et qu'elles ne sont pas non plus l'expression d'un consensus international²¹⁷, ne sauraient être dotées d'une portée extraterritoriale, et de surcroît, impérialiste. C'est là une manifestation de l'hostilité qu'éprouve la France et, plus généralement l'Union européenne, pour les dispositions extraterritoriales (la cour se réfère à des déclarations de hauts-représentants gouvernementaux françaises d'après lesquelles « *le recours croissant, par les Etats-Unis, à des dispositions extraterritoriales en matière de sanctions financières internationales et de lutte contre la corruption, est injustifié, injustifiable et contraire au droit international* »).

CONCLUSION

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ C'est là une confirmation de la solution posée dans son arrêt *MK Group* de 2018 (déjà évoqué).

Nous avons commencé cette étude en soulignant le caractère intrinsèquement rebelle de l'exception d'ordre public. Rebelle et insoumise, c'est sous ces traits qu'elle se présente encore à la communauté juridique. Néanmoins, nous avons porté notre attention sur la place qu'occupe aujourd'hui ce mécanisme dans la matière des contrats internationaux. Au gré de ces développements, il est apparu que le procédé d'application ne côtoie pas aisément l'environnement dans lequel il est à l'œuvre. Serait-ce en raison de son inaptitude à s'intégrer dans les rouages infiniment complexes de la matière, ou serait-ce plutôt parce que les contrats internationaux n'en constituent tout simplement pas le terrain d'élection ? A ces deux interrogations, nous ne pouvons répondre avec certitude mais il est certain en revanche que la matière contractuelle est parcourue d'objectifs multiples. Cette pluralité d'objectifs appelle nécessairement un traitement hautement spécifique et diversifié. Ce rapport de cause à effet nous a permis de déduire qu'il existait une véritable corrélation entre le domaine de l'exception d'une part, et celui de la règle de conflit de lois d'autre part.

Dans la première partie de cette étude, nous avons pu relever deux tendances : la première est celle de la spécialisation matérielle de la règle de conflit, laquelle a trait à la confection en amont de la règle parce qu'elle permet, dans le choix des rattachements que celle-ci retient, d'anticiper partiellement les subtilités du résultat concret. Le « saut vers l'inconnu » se trouve ainsi amoindri dans sa portée, au bénéfice de la prise en charge d'intérêts propres à certaines variétés contractuelles (comme le contrat de travail, le contrat de consommation, ou le contrat d'assurance) par des procédés divers et des raisonnements combinatoires. La seconde tendance correspond à l'émergence concurrente des lois de police, qui relèvent quant à elles de la conception dualiste de l'ordre public international mais qui procèdent bien plus radicalement et ponctuellement que l'exception d'ordre public, en guise de contrepoids à l'autonomie de la volonté. Le foisonnement des méthodes rend bien compte du paradoxe dont se nourrit perpétuellement la matière des contrats internationaux. Il serait illusoire d'opter pour un procédé unique de règlementation de la matière tant elle regorge de normes et d'objectifs. Ainsi, la rareté de l'exception n'est que symptomatique du mouvement général de spécialisation dont fait l'objet la matière contractuelle. Pourtant, l'exception d'ordre public n'est pas éteinte. La rareté de son usage n'en fait qu'une soupape de sécurité à l'usage restrictif et occasionnel. Lorsque les règles de conflit spéciales ne sont pas suffisamment adaptées et lorsque les intérêts à préserver ne sont pas pris en charge par les lois de police, l'exception d'ordre public devrait gagner en lisibilité.

Pour autant, et tel fut l'objet de notre seconde partie, la dénationalisation de l'exception par sa source rejaillit assez curieusement sur sa mise en œuvre. C'est ainsi qu'en matière de dommages-intérêts punitifs, de taux d'intérêts usuraire, de contrat de travail international ou même de contrôle étatique des sentences arbitrales, des raisonnements aussi confus que déconcertants sont à l'œuvre. Au détriment de la clarté du raisonnement, le juge ne semble plus trouver la bravoure suffisante pour déclencher l'exception d'ordre public dans des situations qui s'y prêtent. La défense du for national n'apparaît plus suffisamment impérieuse pour le juge, encore ressent-il le besoin d'imprégner (voire de soutenir) son raisonnement d'un argumentaire tiré des droits fondamentaux, des libertés européennes ou tout simplement, d'une dénaturation des concepts établis. Nous pouvons faire observer enfin que la spécialisation des règles de conflit au même titre que la dénationalisation des sources, ne sont pas propres à la matière contractuelle ou à ses interactions avec l'exception d'ordre public. Elles témoignent au contraire du mouvement global qui parcourt notre discipline et cela se ressent même en matière familiale, qui fut toujours considérée comme le domaine de prédilection de l'exception d'ordre public.

En somme, nous pouvons méditer ces quelques mots d'André Gide : « *Le monde ne sera sauvé, s'il peut l'être, que par des insoumis* ». Pour éviter la dérive, le droit international privé se doit de reposer sur des insoumis qui en défient les acquis. Et si l'exception d'ordre public en conservera toujours le statut, il semblerait bien que ce statut se trouve dorénavant partagé avec d'autres procédés.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX, TRAITÉS ET MANUELS

Audit (B.) et L. d'Avout d' (L.), *Droit international privé* : Economica, 7e éd., 2013

Cornu (G.), Vocabulaire juridique, coll. Quadrige, 2016, PUF

Lerebours-Pigeonnière (P.), *Droit international privé* : Paris, Dalloz, 8e éd., 1962

Loussouarn (Y.), Bourel (P.) et Vareilles-Sommières de (P.), *Droit international privé*, Dalloz, 10e éd., 2013

II. OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES, COURS

Ancel (B.), Lequette (Y.), *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e édition, octobre 2006, Paris, Dalloz

Batiffol (H.), Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz, 1956

Bucher (A.), « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des cours*, Vol. 239, 1993, pp.74-78

Callies, Rome Regulations : Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws, Wolters Kluwer, 2011

Déprez (J.), « Droit international privé et conflits de civilisations », *Recueil des cours*, Vol. 211, 1988

Gaudemet-Tallon (H.), « Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel) », *Recueil des cours*, Vol.312, 2005

González Campos (J.-D.), « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Recueil des cours*, Vol. 287, 2000

Heuzé (V.), La réglementation française des contrats internationaux (Etude critique des méthodes), éd. Joly, 1990

Lagarde (P.) :

- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain », *Recueil des cours*, Vol. 196, 1987
- *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959

Lequette (Y.), « Les mutations du droit international privé, vers un changement de paradigme ? », *Recueil des cours*, Vol. 387, 2016

Niboyet (J.-P.), « Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflit des lois », *Recueil des cours*, Vol. 40, 1932

Nord (N.), *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003

Ramírez Reyes (S.), *L'affinement des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux (regards franco-mexicain)*, novembre 2019

Remy (B.), Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008

Vareilles-Sommières de (P.), « Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère », *Recueil des cours*, Vol. 371, 2014

Vitta (E.), « Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, Vol. 162, 1979

III. ARTICLES, CHRONIQUES ET ÉTUDES

Avout d'(L.) :

- « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in *Les droits fondamentaux, charnières entre ordres juridiques*, éd. Pédone 2010, dir. E. Dubout et S. Touzé, pp. 159-192.
- « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », D.2008, p.2165
- « Les lois de police », in T. Azzi et O. Boskovic, *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du Colloque du 14 mars 2014, Bruylant, 2015, p.92

Bollée (S.), « L'ordre public international justifie la compétence des juridictions et de la loi françaises pour sanctionner un état de servitude », *La Semaine juridique* n° 128, 12 juillet 2006, II 10121

Cavers (D.), « A critique of the choice of law problem », *Harvard Law Review*, 1933, 173 et s.

Chemain (R.), « Sanctions économiques : contre-mesures, boycott, embargo, blocus », *Répertoire de droit international*, Dalloz, mai 2017

Corneloup (S.) et Joubert (N.), « Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux », *Actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010*, Paris, Litec, 2011

Delanoy (L.-C.), « L'arrêt Alstom Transport du 28 mai 2019 : les singularités de l'ordre public matériel et de la corruption dans le contrôle de régularité de la sentence arbitrale internationale », *Cahiers de l'arbitrage* n°2, avril 2020, p. 289

Forteau (M.), « L'ordre public "transnational" ou "réellement international" », *JDI* 2011, doct. 1, pp. 3-49

Foyer (J.), « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public depuis la thèse de Paul Lagarde », *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p.285 et s.

Francescakis (P.), « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public? », *Travaux du Comité français de droit international privé*, 27-30e année, 1966-1969. 1970. pp. 149-178

Frouville de (O.), L'intangibilité des droits de l'homme en droit international. Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités : Pedone, Paris, 2004

Gautier (P.-Y.), « La contrariété à l'ordre public d'une décision étrangère », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 435 et s.

Guillaumé (J.) :

- « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », D. 2014. 2121
- « Ordre public international », *JurisClasseur Civil*, Fasc. 40, 2 mai 2018

Hammje (P.), « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p.154 et s

Heyraud (Y.), « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 538

Jacquet (J.-M.), « Contrats », *Répertoire de droit international*, Dalloz

Laazouzi (M.), « Contrat international et contrôle d'office du respect par l'arbitre des mesures de sanctions internationales et européennes visant certains secteurs économiques d'un Etat étranger », *Revue des contrats*, 4 décembre 2020, p. 60 et s.

Lagarde (P.) :

- « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Le contrat au début du XXI^e siècle, Mélanges Ghestin*, 1999, LGDJ, p. 511
- « Ordre public », *Répertoire de droit international*, Dalloz
- *RCDIP* 1991.319

Lalive (P.), « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, p. 329

Larribère (L.), « La proportionnalité des dommages-intérêts punitifs et le droit de toute personne au respect de ses biens », *RCDIP* 2022, p.589

Lequette (Y.), « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, 2004, p. 124

Lerebours-Pigeonnière (P.), « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Etudes offertes à Georges Ripert*, 1950, p. 255

Libchaber (R.), « L'exception d'ordre public en droit international privé », dans *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Th. Revet (coord.), Dalloz, 1996

Licari (F.-X.), « La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe-l'œil de la Cour de cassation ? », *Recueil Dalloz* 2011, p.423

Luye (T.), « La dénationalisation de l'ordre public international en droit de la famille – Etude de droit international privé à la lumière des droits fondamentaux », *RDLF* 2021 chron, n° 39, p.2 et s

Mayer (P.), « Lois de police », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 1998

Moreau (M.-A.), « Continuité des règles de droit international privé en matière de contrat de travail et communautarisation » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, p.401

Oppetit (B.), « Le développement de règles matérielles, Journée du cinquantenaire » in *Travaux comité fr. DIP* 1985. 121 et s.

Ornano d'(A.), « Sur le gel d'avoirs », *RCDIP* 2022, p. 449

Rolin (H.), « Vers un ordre public réellement international » in *Hommage d'une génération de juristes au Professeur Basdevant*, Paris, 1960, p.440

Sindres (D.), « Précisions de la Cour de justice sur la portée du choix de la loi applicable à un contrat individuel de travail », *RCDIP* 2022, p.137

Train (F.-X.) et Jobard-Bachelier (M.-N.), *Ordre public international : JCl. Droit international*, Fasc. 534-1 (2008)

Vareilles-Sommières de (P.) :

- « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI*, n° 2, 2016
- « La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2005, p.797-798
- « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP*, 2011, p. 207
- « Taux d'intérêts et contrôle concret de l'ordre public international », *RCDIP* 2019, p.982

TABLE DE DÉCISIONS CITÉES

I. UNION EUROPÉENNE

CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97

CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-396/96

CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, aff. C-381/98

CJCE, 28 mars 2000, *Krombach c. Bamberski*, aff. C-7/98

CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05

CJCE, 19 juin 2008, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-319/06

CJCE, 6 octobre 2009, *ICF*, aff. C-133/08

CJUE, 15 mars 2011, *Koelzsch*, aff. C-29-10

CJUE, 12 septembre 2013, *Schlecker*, aff. C-64/12

CJUE, 15 juillet 2021, *DG et EH c. Gruber Logistics SRL et Sindicatul Lucrătorilor din Transporturi c. SC Samidani Trans SRL*, aff. C-152/20 et C-218/20

CJUE, 11 novembre 2021, *Bank Sepah c. Overseas Financial Limited*, aff. C-340/20

II. CONSEIL DE L'EUROPE

CEDH, 20 juillet 2001, n°30882/96, *Pellegrini c. Italie*

CEDH, 28 juin 2007, n°7624/01, *Wagner c. Luxembourg*

CEDH, 4 mars 2014, n°1864/10, *Grande Stevens et autres c/ Italie*

CEDH, 11 décembre 2018, n°17331/11, *Lekic c/ Slovénie*

III. CONSEIL D'ETAT

Ass., 29 juin 1973, n°77982, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-Lits*

IV. COUR DE CASSATION

1. Assemblée plénière

Ass. Plén. 10 juillet 1992, n° 88-40.673, *Air Afrique c/Gueye*

2. Chambre civile

civ. 25 mai 1948

3. Première chambre civile

civ. 1^{re}, 16 février 1966

civ. 1^{re}, 10 févr. 1987, n° 85-12.702

civ. 1^{re}, 8 mars 1988, n° 86-12.015

civ.1^{re}, 6 juill. 1988, n° 86-13.454

civ. 1^{re}, 4 octobre 1989, n° 87-13.020

civ 1^{re}, 5 février 1991, n° 89-14.382

civ. 1^{re}, 19 octobre 1999, n°97-17.650

civ. 1^{re}, 4 juin 2008, n° 06-15.320

civ.1^{re}, 8 juillet 2010, n° 08-21.740

civ. 1^{re}, 1^{er} décembre 2010, n° 09-13.303

civ. 1^{re}, 17 octobre 2018, n° 17-18.995

civ. 1^{re}, 29 septembre 2021, n°19-19.769

civ. 1^{re}, 12 janvier 2022, n° 20-16.189

civ. 1^{re}, 23 mars 2022, n°17-17.981

4. Troisième chambre civile

civ. 3^e, 25 février 2009, n° 07-20.096

5. Chambre commerciale, financière et économique

com. 14 janvier 2004, n°00-17.978

com. 27 avril 2011, n° 09-13.524

com. 20 avril 2017, n° 15-16.922

6. Chambre mixte

ch.mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14.006

7. Chambre sociale

soc. 16 juin 1983, n°81-40.092 et n°81-40.551

soc. 3 mars 1988, n°86-60.507

soc. 14 février 2001, n°98-46.149

soc. 23 mars 2005, n°03-42.609

soc. 10 mai 2006, n°03-46.593

soc. 16 septembre 2008, n°06-46.314

soc. 12 juillet 2010, n°07-44.655

soc. 28 mars 2012, n°11-12.779

V. COUR D'APPEL DE PARIS

CA Paris, 10 octobre 1986

CA Paris, Pôle 1, 1^e chambre, 30 septembre 1993, Rev. Arb. 1994, p.359

CA Paris, Pôle 1, 1^e chambre, 16 janvier 2018, n°15-21703

CA Paris, Pôle 1, 1^e chambre, 28 mai 2019, n°16-11182

CA Paris, 3 juin 2020, n°19/07261

CA Paris, 13 avril 2021, n°18/09809

CA Paris, Pôle 5, 16^e chambre, 5 octobre 2021, n°19/16601

CA Paris, 1^{er} février 2022, n°19/22977 et 18/27765, *Aramenti*

CA Paris, Pôle 1, 1^e chambre, 5 avril 2022, n°20-03242

SOMMAIRE	- 3 -
INTRODUCTION.....	- 3 -
PARTIE 1- LE RÉTRÉCISSEMENT DU DOMAINE DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC SOUS L'EFFET DU PLURALISME DES MÉTHODES	- 3 -
Chapitre 1- Une présentation générale du mécanisme d'exception d'ordre public -	3 -
Section 1- La définition du mécanisme.....	- 3 -
Section 2- La mise en œuvre du mécanisme	- 3 -
Section 3- Les effets du mécanisme	- 3 -
Chapitre 2- La rareté de l'exception d'ordre public sous l'effet du foisonnement des procédés concurrents	- 3 -
Section 1- La spécialisation matérielle de la règle de conflit de lois	- 3 -
Section 2- La méthode concurrente des lois de police.....	- 3 -
PARTIE 2- L'ÉLARGISSEMENT DU CONTENU DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC SOUS L'EFFET DE SA DÉNATIONALISATION.....	- 3 -
Chapitre 1- La dénationalisation de l'exception d'ordre public par sa source. -	3 -
Section 1- Les sources conventionnelles	- 3 -
Section 2- Les sources non-conventionnelles.....	- 3 -
Section 3- Les sources transnationales	- 3 -
Chapitre 2- La mise en œuvre de l'exception d'ordre public : raisonnements déconcertants.....	- 3 -
Section 1- En matière de dommages-intérêts punitifs	- 3 -
Section 2- En matière de contrat individuel de travail	- 3 -
Section 3- En matière de contrôle étatique des sentences arbitrales	- 3 -
CONCLUSION	- 3 -
INTRODUCTION.....	- 4 -
PARTIE 1 – LE RÉTRÉCISSEMENT DU DOMAINE DE L'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC SOUS L'EFFET DU PLURALISME DES MÉTHODES	- 8 -
Chapitre 1 – Une présentation générale du mécanisme d'exception d'ordre public. -	8 -
Section 1 – La définition du mécanisme	- 9 -
§1. Les fonctions du mécanisme.....	- 10 -
A. La définition de l'arrêt <i>Lautour</i>	- 11 -
B. La « nouvelle » définition	- 12 -
C. La coexistence des deux définitions	- 12 -
§2. Les attributs du mécanisme	- 13 -
Section 2 – La mise en œuvre du mécanisme.....	- 14 -
§1. Les conditions de mise en œuvre du mécanisme	- 14 -
A. L'extranéité de la loi compétente	- 14 -
B. L'appréciation <i>in concreto</i>	- 15 -
C. Condition spatiale.....	- 15 -
§2. Le moment d'intervention du mécanisme	- 16 -
Section 3 – Les effets du mécanisme	- 16 -

Chapitre 2 – La rareté de l’exception d’ordre public sous l’effet du foisonnement des procédés concurrents	- 18 -
Section 1 – La spécialisation matérielle de la règle de conflit de lois	- 18 -
§1. Les caractères de la règle de conflit de lois classique	- 20 -
§2. La définition de la spécialisation matérielle	- 21 -
§3. Les causes de la spécialisation matérielle.....	- 23 -
§4. Des illustrations de la spécialisation matérielle	- 25 -
A. Le contrat de consommation	- 26 -
B. Le contrat individuel de travail	- 29 -
C. Une comparaison des régimes de protection	- 34 -
§5. La portée de la spécialisation matérielle.....	- 35 -
Section 2 – La méthode concurrente des lois de police.....	- 38 -
§1. La définition des lois de police	- 39 -
A. En doctrine.....	- 39 -
B. En droit positif	- 39 -
§2. La distinction méthodologique entre les lois de police et l’exception d’ordre public	- 41 -
§3. Quelques illustrations jurisprudentielles de la mise en œuvre des lois de police	- 44 -
 PARTIE 2 – L’ÉLARGISSEMENT DU CONTENU DE L’EXCEPTION D’ORDRE PUBLIC SOUS L’EFFET DE SA DÉNATIONALISATION	 - 47 -
Chapitre 1 – La dénationalisation de l’exception d’ordre public par sa source	- 47 -
Section 1 – Les sources conventionnelles	- 49 -
§1. Divergences méthodologiques	- 51 -
§2. Remaniement substantiel du contenu de l’ordre public international.....	- 53 -
Section 2 – Les sources non-conventionnelles	- 56 -
Section 3 – Les sources transnationales	- 60 -
Chapitre 2 – La mise en œuvre de l’exception d’ordre public : raisonnements déconcertants	- 63 -
Section 1 – En matière de dommages-intérêts punitifs	- 64 -
Section 2 – En matière de contrat individuel de travail.....	- 69 -
Section 3 – En matière de contrôle étatique des sentences arbitrales	- 72 -
§1. L’approfondissement de l’office du juge du contrôle de la conformité des sentences arbitrales à l’ordre public international.....	- 72 -
§2. Le contrôle du respect par l’arbitre des mesures de sanctions économiques affectant la licéité d’un contrat international	- 76 -
 CONCLUSION	 - 80 -