



**HAL**  
open science

# L'affinement des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux : regards franco-mexicain

Santiago Ramírez Reyes

## ► To cite this version:

Santiago Ramírez Reyes. L'affinement des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux : regards franco-mexicain. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2019. Français. NNT : 2019PA01D088 . tel-02530187

**HAL Id: tel-02530187**

**<https://theses.hal.science/tel-02530187>**

Submitted on 2 Apr 2020

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Paris I Panthéon-Sorbonne  
École Doctorale de Droit de la Sorbonne  
Département de Droit Comparé



**L'affinement des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de  
la loi applicable aux contrats internationaux.  
Regards franco-mexicain.**

Thèse pour le Doctorat en droit  
(Arrêté ministériel du 7 août 2006)

Présentée et soutenue publiquement le 28 novembre 2019 par

**Santiago RAMÍREZ REYES**

Directeur de recherche : **Monsieur Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES**  
*Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*

Membres du jury : **Madame María Mercedes ALBORNOZ**  
*Professeur au Centro de Investigación y Docencia Económicas*  
**Monsieur Bertrand ANCEL**  
*Professeur émérite à l'Université Paris II Panthéon-Assas*  
**Monsieur Didier BODEN**  
*Maître de conférences à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*  
**Madame Petra HAMMJE**  
*Professeur à l'Université de Nantes*



***Avertissement***

*L'Université Paris I Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.*



*À mes parents.  
À Andrés et Tato.*



## REMERCIEMENTS

Je remercie vivement Monsieur le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières, pour la confiance qu'il m'a accordée dès ma candidature au Master de Droit anglais et nord-américain des affaires et, tout au long de mes travaux de recherche, pour sa hauteur de vue et bienveillance avec lesquelles il a dirigé cette étude. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma profonde reconnaissance.

Je remercie mes parents de leur soutien indéfectible, à Diego et David, pour être mon exemple à suivre. À Bérengère pour la force et la patience dont elle a su me témoigner ce voyage durant et à sa famille pour leur accueil. À mes grands-parents, en particulier à Benito Ramírez pour m'avoir transmis sa curiosité et envie d'apprendre.

Pour leur amitié, leur joie et leur soutien inestimable pendant les moments difficiles, mes remerciements vont à : Abraham, Alejandra, Charles, Clothilde, Daniel, Gonzague, Grégoire, Guillaume, Hyacinthe, Margaux, Monica, Natalia, Noela, Nicolas, Niza, Pierre, et Salvador. Une pensée particulière va aux instigateurs principaux de cette aventure : Humberto Cantú et Rafael Ibarra. Je souhaite exprimer ma reconnaissance toute particulière à Nathalie Brochier, pour son soutien lors de mon échange universitaire à la Faculté de Lille 2, première étape de cette odyssée.

À Nathan Béridot, Kevin Bihannic, Vasile Lisnic, Florent Masson, Sebastian Partida et Kostas Rokas dont les conseils ont été inestimables. Je tiens à remercier Pauline Catesson et Anne-Juliette Debove pour avoir su restaurer le français là où ma plume l'avait sauvagement profané. Je souhaite exprimer ma gratitude à Mme. Ruth Sefton-Green et Eva Menduina pour le temps qu'elles ont consacré à discuter de ma thèse et à débattre de mes positions. Leurs conseils avisés ont été d'une aide qu'elles ne mesurent peut-être pas. Aux collègues et amis de la salle 102 avec lesquels on a pu partager des échanges et discussions, notamment à Laurence Tacquard pour ses encouragements.

Ce travail n'aurait pu voir le jour sans le soutien de diverses institutions qui m'ont permis de financer, avec leurs programmes de bourses, cette entreprise. Je voudrais remercier le *Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología*, la *Secretaría de Relaciones Exteriores*,



*l'Universidad Autonoma de Nuevo León* ainsi que la *Facultad de Derecho y Criminología* (notamment son ancien Doyen Monsieur le Professeur José Luis Prado Maillard).

Enfin, comme Victor Hugo l'a écrit, « qui dit étudiant dit parisien ; étudier à Paris, c'est naître à Paris », je voudrais faire ces remerciements extensifs à celles et à ceux qui m'ont accompagné à des moments et circonstances différents, dans cette expérience parisienne.

**Résumé (1700 caractères) :**

Les notions d'exception d'ordre public et de lois de police appartiennent au vocabulaire de la théorie générale du droit international privé. Il est légitime de se demander si cette affirmation de principe est illustrée par une comparaison franco-mexicaine. La pertinence d'un tel rapprochement peut paraître suspecte, compte tenu de la participation de la France à un processus plus ou moins fédérateur, du fait de son appartenance à l'Union européenne ; alors que le Mexique s'organise autour d'un « pacte fédéral ». Or, la comparaison retrouve sa pertinence dès lors qu'on observe que le rapport entre l'État-Nation et le droit international privé passe inexorablement par le prisme de la souveraineté et que la France et le Mexique demeurent détenteurs de la souveraineté au plan international. L'analyse se rend possible grâce à l'existence d'un fond historique et d'une culture juridique communes, elle se circonscrit à la matière contractuelle car particulièrement sensible aux mécanismes liés à l'ordre public. Cependant, le droit international privé a évolué depuis l'identification et la construction des grandes catégories que sont l'exception d'ordre public et les lois de police aboutissant à un certain nombre d'affinements dont il faudra vérifier leur orientation. Éléments d'affinement aussi multiples que variés tels que les droits fondamentaux, la protection de la partie faible, le contrôle de constitutionnalité, et la proportionnalité entre autres, font de cette étude l'occasion de mettre en évidence le caractère évolutif des mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé.

*Descripteurs : droit international privé, droit comparé, contrats internationaux, ordre public, lois de police, droits fondamentaux, contrôle de constitutionnalité, contrôle de conventionnalité, contrôle de proportionnalité.*

**Title and abstract (1700 characters):*****Specification of public policy mechanisms in the conflict of laws regarding international contracts. French-Mexican perspectives.***

*The concepts of public policy and overriding mandatory rules are to be found within the vocabulary of the general theory of conflict of laws. It is legitimate to ask whether this statement of principle can be illustrated by a French-Mexican comparison. The relevance of such a comparison may seem doubtful, given France's participation in a more or less unifying process, due to its membership of the European Union; whereas Mexico, on the other hand, is organized around a "federal pact". However, the comparison remains relevant as we can observe that the relationship between the nation-state and private international law inexorably passes through the prism of sovereignty and that France and Mexico remain masters of their sovereignty at the international level. This analysis is made possible thanks to the existence of a common historical background and a common legal culture, contractual matters are specifically targeted due to their high level of sensitivity to the influence of public policy. However, private international law has evolved since the identification and construction of the broad categories of the public policy and overriding mandatory rules, which have led to a number of developments whose orientation will have to be verified. These specification elements as multiple as they are varied, such as fundamental rights, protection of the weaker party, constitutional review and proportionality, among others, renders this study an opportunity to highlight the evolving nature of mechanisms related to public policy in international private contract law.*

**Keywords:** *private international law, conflict of laws, comparative law, international contracts, public policy, overriding mandatory rules, fundamental rights, constitutional review, proportionality test.*

## PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>a.</i>	Article (loi, décret ou arrêtés)	Cass. ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
<i>Adde.</i>	Ajoutez	CCC	<i>Contrats</i>
<i>adm.</i>	Administratif		<i>Concurrence et Consommation</i>
<i>aff.</i>	affaire		<i>Código Civil Federal</i>
<i>al.</i>	alinéa	CCF	Chambre
ALADI	<i>Asociación Latinoamericana de Integración</i>	CCI	Internationale du Commerce
<i>Am. J. Comp. Law</i>	<i>American Journal of Comparative law</i>	C. civ.	Code civil
<i>anc.</i>	ancien	C. com.	Code de commerce
<i>Archiv. phil. dr.</i>	<i>Archives de Philosophie du Droit</i>	C.E.	Conseil d'État
art.	article(s)	CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation	CFPC	<i>Código Federal de Procedimientos Civiles</i>
<i>Bibl.</i>	<i>Bibliographie</i>	Ch.	Chapitre
<i>BICC</i>	<i>Bulletin d'information de la Cour de cassation</i>	chron.	chronique
<i>BIDCM</i>	<i>Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México</i>	CIDH	Convention interaméricaine des droits de l'homme
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>	Civ. 1 <sup>ère</sup>	Première Chambre civile de la Cour de cassation
<i>Bull. Joly</i>	<i>Bulletin Joly Sociétés</i>	Cf.	<i>Consultar</i>
<i>c.</i>	<i>contre</i>	Chron.	Chronique
CA	Cour d'appel	CIDIP	<i>Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado</i>
<i>Cam. L.J.</i>	<i>Cambridge Law Journal</i>		Cour Internationale de Justice
CC	<i>Código de Comercio</i>	CIJ	Cour de justice des Communautés européennes
C. Cass.	Cour de cassation	CJCE	Cour de justice de l'Union européenne
Cass. civ.	Cour de cassation Chambre civile		Commission des Nations Unies pour le Droit commercial international
Cass. com.	Cour de cassation Chambre commerciale	CJUE	<i>Comisión de las Naciones Unidas</i>
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation	CNUDCI	
Cass. soc.	Cour de cassation Chambre sociale	CNUDMI	

	<i>para el Derecho Mercantil Internacional</i>	<i>ICLQ</i>	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
<i>Colum. L. Rev.</i>	<i>Columbia Law Review</i>	IIJ	Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México
coll.	collection		ci-dessous
comm.	Commentaire		Introduction
<i>Comp.</i>	Comparer		<i>Jurisclasseur périodique</i> (La Semaine Juridique), édition entreprise et affaires
Concl.	Conclusions		<i>Jurisclasseur périodique</i> (La Semaine Juridique), édition générale
Cons. const.	Conseil constitutionnel	<i>Infra</i>	<i>Journal du Droit international</i> (Clunet)
CPEUM	<i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>	Introd. <i>JCP E</i>	<i>Journal of Private International Law</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>		<i>Journal Officiel</i>
dactyl.	Dactylographiée		<i>Journal Officiel de la République Française</i>
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	<i>JCP G</i>	<i>Journal Officiel de l'Union européenne</i>
dir.	Direction		Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>doctr.</i>	Doctrine	<i>JDI</i>	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité)
DOF	<i>Diario Oficial de la Federación</i>		<i>Les Petites Affiches</i>
Dr.	Droit	<i>JPIL</i>	Mélanges
<i>Dr. fam.</i>	<i>Revue Droit de la famille</i>	<i>JO</i>	note de bas de page
<i>Droits</i>	<i>Droits – revue française de théorie, de philosophie et de culture juridique</i>	<i>JORF</i>	numéro(s)
éd.	édition ou éditeur	<i>JOUE</i>	notamment
<i>EPIL</i>	<i>Encyclopedia of Private International Law</i>	<i>LGDJ</i>	nouveau ou nouvelle
etc.	<i>et cætera</i>		Observations
<i>et al.</i>	et les autres	<i>loc. cit.</i>	<i>Organization of American States</i>
<i>Europe</i>	<i>Revue Europe</i>	<i>LPA</i>	<i>Organización de Estados Americanos</i>
ex.	exemple	Mél.	<i>opus citato</i> (dans l'ouvrage cité)
fasc.	fascicule	n.	Ordonnance
GA	<i>Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé</i>	n <sup>o(s)</sup>	
		not.	
<i>GAJC</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence civile</i>	nouv.	
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>	obs.	
<i>Harv. LR</i>	<i>Harvard Law Review</i>	OAS	
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)	OEA	
		<i>op. cit.</i>	
		ord.	

OUP	<i>Oxford University Press</i>	s. SCJN	suiwant(e)s <i>Suprema Corte de Justicia de la Nación</i>
p. pan.	page/pages Panorama ( <i>Recueil Dalloz</i> )	spéc. <i>Supra</i>	spécialement ci-dessus
préc. préf. PUF	précité(s) Préface Presses universitaires de France	t. TA TFUE	tome <i>Tesis aislada</i> Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
RDA	<i>Revue droit des affaires internationales</i>	trad. TUE	traduction Traité sur l'Union européenne
RDC Rec. Rec. des cours	<i>Revue des contrats</i> Recueil <i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye</i>	<i>TCFDIP</i>  TGI	<i>Travaux du Comité français de Droit international privé</i> Tribunal de grande instance
Rev. arb. Rev. crit. DIP	<i>Revue de l'arbitrage</i> <i>Revue critique de droit international privé</i>	<i>Tul. L. Rev.</i> UNIDROIT	<i>Tulane Law Review</i> Institut international pour l'unification du Droit privé
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>	Univ. UNAM	Université <i>Universidad Nacional Autónoma de México</i>
Riv. dir. int.	<i>Rivista di diritto internazionale</i>	V.	voir
Riv. dir. int. priv.	<i>Rivista di diritto internazionale privato e processuale</i>	vol. YPIL	volume <i>Yearbook of Private International Law</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>		
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>		
RTD Eur.	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>		

## **PLAN SOMMAIRE**

---

### **INTRODUCTION**

#### **PREMIÈRE PARTIE**

#### **LA PRÉSENTATION DES MÉCANISMES LIÉS À L'ORDRE PUBLIC DANS LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX**

##### **TITRE I : LA PRÉSENTATION DU MÉCANISME D'EXCEPTION D'ORDRE PUBLIC**

Chapitre 1. Les constructions doctrinales autour du mécanisme d'exception d'ordre public

Chapitre 2. Les manifestations du mécanisme d'exception d'ordre public en droit positif

##### **TITRE II : LA PRÉSENTATION DU MÉCANISME DES LOIS DE POLICE**

Chapitre 1. Les constructions doctrinales autour du mécanisme des lois de police

Chapitre 2. Les manifestations du mécanisme des lois de police en droit positif

#### **SECONDE PARTIE**

#### **LA PRÉSENTATION DES AFFINEMENTS DES MÉCANISMES LIÉS À L'ORDRE PUBLIC DANS LE CHOIX DE LA LOI APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX**

##### **TITRE I : LES AFFINEMENTS ENDOGÈNES**

Chapitre 1. Les affinements endogènes substantiels

Chapitre 2. Les affinements endogènes fonctionnels

##### **TITRE II : L'AFFINEMENTS EXOGÈNES**

Chapitre 1. Le contrôle de constitutionnalité

Chapitre 2. Le contrôle de conventionnalité

### **CONCLUSION GÉNÉRALE**

## INTRODUCTION

« *Gutta cavat lapidem non vi, sed saepe cadendo.* »

I. Affronter les questions relevant de l'ordre public en droit est bien une aventure digne de Don Quichotte<sup>1</sup>. Nombre d'études savantes ont traité des vicissitudes du phénomène et ont tenté de mettre au pas le « *cheval ombrageux* »<sup>2</sup> en droit international privé. La proportion, en nombre et qualité, des ouvrages dédiés à l'ordre public témoignent de sa complexité et ont été l'occasion d'une production doctrinale intense, profonde et variée<sup>3</sup>. En dépit du caractère insaisissable de l'ordre public dans son sens le plus large<sup>4</sup>, les notions d'« exception d'ordre public » et de « lois de police » appartiennent désormais au vocabulaire de la théorie générale de la discipline<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Et ainsi, s'attaquer encore aux moulins à vent. M. de Cervantes, chapitre VIII, *Du beau succès qu'eut le valeureux don Quichotte dans l'épouvantable et inimaginable aventure des moulins à vent, avec d'autres événements dignes d'heureuse souvenance*.

<sup>2</sup> En reprenant la traduction de Mme A. Jeuneau, *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union Européenne, essai de systématisation*, thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2015, page 405, p. 526. L'image du cheval ombrageux pour décrire l'ordre public en droit international privé est bien connue en doctrine ; elle a été employée par W. Goldschmidt, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, Ed. Bosch, Barcelone, 1948, t. I, p. 276. Toutefois, le premier recours à l'image se retrouve chez le juge Burrough pour qui chercher à définir l'ordre public « c'est enfourcher un cheval très fougueux dont on ne sait jamais où il vous transporte », dans l'affaire *Richardson v. Mellish* (1824) 2 Bing 252. Traduction proposée par Ph. Malaurie dans sa thèse, *Les contrats contraires à l'ordre public, étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, Ed. Matot-Braine, 1953.

<sup>3</sup> Les variations dans l'approche de la notion répondent aux particularités de chaque domaine où l'ordre public se manifeste. Tel est le cas de l'ordre public économique à l'origine d'une production doctrinale à part entière, voir par ex. J. Mestre, « L'ordre public dans les relations économiques », dans Th. Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996 ; qui nous rappelle les travaux des auteurs prestigieux concernant l'ordre public économique dont ceux de Malaurie, Ripert, Savatier et Farjat. Plus récemment voir, P. de Vareilles-Sommières, « Regards privatistes sur la notion d'ordre public économique », dans A. Laget-Annamayer (dir.), *L'ordre public économique*, LGDJ, 1<sup>ère</sup> éd., 2018, p. 107 et s.

<sup>4</sup> Louis-Lucas affirmait par exemple : « Alors qu'elle semble constituer la clé de tant de problèmes juridiques et qu'elle est si souvent, en tout cas, *l'ultima ratio* du juge, ni son sens, ni sa portée, ni sa légitimité n'ont réussi à s'imposer. Elle est encore à la recherche de son exacte valeur et, si l'on peut dire, de son propre équilibre », « Remarques sur l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1933. 393. Une liste des définitions a été dressée dans l'appendice à la thèse de Philippe Malaurie, « Les contrats contraires à l'ordre public... », *op. cit.* Pour une analyse approfondie des définitions voir D. Boden, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse (dactyl.), Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002, vol. 1, n° 396. Le caractère indéfini et indéfinissable de l'ordre public en droit interne et en droit communautaire est étudié par Mme Marie-Chantal Boutard Labarde, *L'ordre public en droit communautaire*, dans « L'ordre public à la fin du XXe siècle », Th. Revet (coord.), Dalloz, 1996.

<sup>5</sup> En témoigne la liste des cours à l'Académie de la Haye, dans laquelle on retrouve, sans prétendre à l'exhaustivité : Th. Healy, « Théorie générale de l'ordre public », *Recueil des cours*, vol. 9, 1925 ; H. Eek, « *Peremptory norms in private international law* », *Recueil des Cours*, vol. 139, 1973 ; F. Mosconi, « *Exceptions to the operation of choice of law rules* », *Recueil des Cours*, vol. 217, 1989 ; A. Bucher : « L'ordre public et le but social des lois en



II. Dans cette perspective, on peut légitimement se demander si l'affirmation de principe concernant l'appartenance des notions d'« exception d'ordre public » et « lois de police » à la théorie générale du droit international privé est illustrée par une comparaison franco-mexicaine. En effet, le sujet de l'ordre public en droit international privé occupe l'intérêt de la doctrine française de longue date<sup>6</sup>. Une dichotomie particulièrement féconde a été tracée selon laquelle ce « fond social intangible »<sup>7</sup>, est composé par un ensemble de « valeurs », d'une part, et d'« objectifs »<sup>8</sup>, d'autre part, précisant de la protection dans le for. Le contenu de l'ordre public, absent souvent des définitions<sup>9</sup>, regroupe à la fois des considérations d'ordre moral et d'ordre politique<sup>10</sup>.

Directement liée à cette dichotomie, la pensée internationaliste française envisagea l'ordre public comme se manifestant de différentes manières<sup>11</sup>, en reconnaissant depuis lors une « ambigüité fonctionnelle »<sup>12</sup> à la notion. Ainsi, il est admis depuis la thèse de Paul Lagarde

---

droit international privé », *Recueil des cours*, vol. 239, 1993 ; I. Fadlallah, « L'ordre public dans les sentences arbitrales », vol. 249, 1994 ; L. Brilmayer : « *The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules* », *Recueil des cours*, vol. 252, 1995 ; T.-C. Hartley, « *Mandatory rules in international contracts : the common law approach* », vol. 266, 1997 ; L. Radicati Brozolo, « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *Recueil des cours*, vol. 315, 2005 ; L. Gannagé : « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *Recueil des cours*, vol. 357, 2013 ; P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *Recueil des cours*, vol. 371, 2014, ; C. Fresnedo de Aguirre, « *Public Policy : Common Principles in the American States* », *Recueil des cours*, Vol. 379, 2016.

<sup>6</sup> V. par ex. Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1933. 393 qui cite la thèse de R. Bireaud, *Contribution à l'étude de l'ordre public en droit international privé*, Thèse Aix, 1932. Cependant, la pièce centrale de l'analyse du phénomène en France correspond à la thèse de M. P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1959. L'ensemble des manuels de droit international privé traitent de l'exception d'ordre public international et des lois de police. Concernant l'exception d'ordre public en droit français V. Audit et d'Avout, pp. 328-342, spéc. n<sup>os</sup> 367-377 ; Mayer et Heuzé pp. 152-162 spéc. n<sup>os</sup> 204-220.

<sup>7</sup> Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1933. 393.

<sup>8</sup> Le sujet a aussi inspiré les thèses de MM B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008, et N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Thèse dactyl., Strasbourg III, 2003. Comp. avec M. A. Chapelle « *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, Thèse dactyl., Paris II, 1979, pour qui l'ordre public serait le fondement de trois mécanismes distincts : l'exception d'ordre public qui correspond à la fonction d'éviction de l'ordre public, d'une part, et les lois de police ainsi que les règles matérielles qui traduisent la fonction de rattachement de l'ordre public d'autre part.

<sup>9</sup> Comme l'affirme M Lagarde « le contenu de la notion d'ordre public ne fait pas partie de la définition juridique de celle-ci », *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1952, p. 8.

<sup>10</sup> Distinction attribuée à P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 1933, n<sup>o</sup> 270. Elle a ensuite été reprise par divers auteurs : B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 5<sup>e</sup> éd., 2008, n<sup>o</sup> 312 s. ; H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, n<sup>o</sup> 363 ; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 9<sup>e</sup> éd., 2007, n<sup>o</sup> 254.

<sup>11</sup> L'observation de ce dédoublement fonctionnel est attribuée à F.C. von Savigny, *Traité de droit romain*, tome 8, 2<sup>e</sup> éd., traduction Ch. Guénoux, 1860, spéc. § 349, p. 35 et s. En ce sens, P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 153. Également, L. d'Avout, « Les lois de police », in T. Azzi et O. Bosovic (dir.), *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.

<sup>12</sup> « De telles variations dans la perception des relations qu'entretiennent l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police ne tiennent cependant pas à la seule nature de ces objets. Elles découlent également, en partie, de l'ambigüité fonctionnelle de l'expression « ordre public » dans les différents développements

que l'ordre public en droit international privé est à l'origine de deux mécanismes, au moins<sup>13</sup> : l'exception d'ordre public international et les lois de police<sup>14</sup>. S'agissant de deux exceptions tenues pour « non fongibles et spécialisées »<sup>15</sup>, la protection des *valeurs* correspond à l'exception d'ordre public permettant l'éviction de la loi étrangère ou des décisions, tandis que les lois de police<sup>16</sup> se chargent de la protection des *objectifs* par un mécanisme de rattachement immédiat. Outre-Atlantique, le phénomène attire également l'attention de la doctrine<sup>17</sup> et les notions sont évoquées en droit international privé mexicain<sup>18</sup> sans que la doctrine ait pu les approfondir.

---

doctrinaux », B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 3, spéc. n° 5.

<sup>13</sup> « Le couple « lois de police-ordre public » a été mis en lumière, en France, par Francescakis dans un contexte historique bien particulier dans lequel la jurisprudence se servait des notions de lois de police et de lois d'ordre public comme supports permettant à une loi donnée de « préempter » une question donnée, en reconnaissant que cette loi y est applicable, alors pourtant que la question en cause paraît bien appartenir à la catégorie de rattachement d'une règle de conflit qui désigne, pour les questions de cette catégorie, la loi d'un autre État », P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. p. n° 31. L'insaisissabilité du contenu de l'ordre public semble bien être un défaut congénital qui touche également le mécanisme des lois de police, car comme le rappelle M. L. d'Avout on est face à une notion indéterminée qui n'est pas pour autant récusée, voir L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 93. Sur l'affirmation du caractère incertain de la notion voir aussi : Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2013, n° 178 ; « F. Jault-Seseke et S. Francq, « Les lois de police, une approche de droit comparé », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, pp. 359 et s., spéc. p. 366. *Rappr.* M.A. Bucher fédère sous un même vocable l'exception d'ordre public, que cet auteur évoque en parlant de « principes d'ordre public », et le mécanisme des lois de police, que cet auteur évoque en parlant de « règles d'ordre public », « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des cours*, 1993. II, tome 239, pp. 9-116, spéc. n° 3-17, pp. 22-43.

<sup>14</sup> Phocion Francescakis, relevait une « attitude de la jurisprudence » en France, tendant à l'application « immédiate » de certaines lois françaises contrairement au procédé dicté par la règle de conflit traditionnelle. L'expression, analysée dans un article intitulé « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966.1, est utilisée, selon son auteur, pour la première fois dans *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, p. 11 et s. L'auteur constatait, entre autres, que ces règles profitaient d'un domaine d'application exorbitant. *Comp.* l'analyse de M. P. Mayer sur la confusion existant en droit interne entre les notions d'impérativité et d'ordre public, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.*, 1994, n° 6, p. 618-619.

<sup>15</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 92.

<sup>16</sup> P. Mayer, « Les lois de police », *Trav. Com. fr. DIP, Journée du cinquantenaire*, éd. CNRS, 1988, p. 105-114..

<sup>17</sup> Traditionnellement, v. A. de Bustamante y Sirvén, *El orden público, estudio de derecho internacional privado*, La Havane, 1893. Plus, récemment v. C. Fresnedo de Aguirre, « *Public Policy : Common Principles in the American States* », *op. cit.* En droit nord-américain « Théorie générale de l'ordre public », *op. cit.* ; et en droit canadien G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Les Éditions Thémis, Montréal, Canada, 1996.

<sup>18</sup> Sous la bannière du « Droit applicable », *Derecho aplicable*, l'ensemble des manuels en droit international privé mexicain traitent de la notion d'ordre public ; voir F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional privado - Parte General*, OUP, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, quinta edición, 2013, spéc. p. 187-189 ; N. González Martín et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho internacional privado - Parte general*, UNAM, Nostra Ed., 2010, spéc. p. 163-166 et L. Pereznieta Castro Leonel, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, séptima edición, Colección textos jurídicos universitarios, OUP, México, 1999, pp. 157-161.

En outre, ce dédoublement méthodologique se retrouve, dans une mesure variable<sup>19</sup>, en droit positif<sup>20</sup>. D'une part, l'exception d'ordre public et l'éviction de la loi étrangère à laquelle le mécanisme abouti se retrouvent au Mexique avec les dispositions de l'article 18 de la Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux<sup>21</sup> et celles de l'article 15, al. II, du Code civil fédéral<sup>22</sup>. En droit français l'exception d'ordre public a été déduite par l'application de l'article 3 du Code civil<sup>23</sup> malgré l'absence de référence expresse au mécanisme dans ce texte. La jurisprudence précisa le régime de l'exception dans son arrêt *Lautour*<sup>24</sup>, mais c'est à partir de l'arrêt *Rivière*<sup>25</sup> que la notion d'ordre public s'impose comme une exception à la solution normale de la règle de conflit de lois. D'autres arrêts ont complété le régime de l'exception d'ordre public, parmi eux, les arrêts *Munzer*<sup>26</sup>, *De Pedro*<sup>27</sup> et *Cornelissen*<sup>28</sup>. Ce n'est que dans un second temps que l'exception d'ordre public a été expressément admise par la législation, en matière contractuelle, notamment par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui prévoit dans son article 16 : « L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention

<sup>19</sup> « Ces certitudes théoriques ne sont néanmoins pas toujours vérifiées en pratique et les auteurs des règles de droit international privé, bien souvent, sont tentés par l'assimilation (voy., actuellement, les projets de règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les aspects patrimoniaux des partenariats organisés, version amendée par le Parlement européen ; voy. aussi le rapprochement à l'œuvre dans le projet de principes de La Haye sur la loi applicable aux contrats internationaux, version 2012, art. 11) », L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 93, note en bas de page n° 9.

<sup>20</sup> P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe, sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du juin 1980 », *Mélanges Ph. Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 393-411.

<sup>21</sup> Art. 18, « Le droit désigné par cette Convention pourra être exclu seulement lorsqu'il est manifestement contraire à l'ordre public du for », traduction libre.

<sup>22</sup> Art. 15, al. II, « Le droit étranger ne sera pas appliqué lorsque ses dispositions où le résultat de son application sont contraires aux principes ou institutions fondamentales de l'ordre public mexicain », traduction libre.

<sup>23</sup> B. Ancel, « Destinées de l'article 3 du Code civil », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 1-18.

<sup>24</sup> Civ. 25 mai 1948, *D.* 1948. 357, note Lerebours-Pigeonnière ; *Rev. crit. DIP* 1949. 89, note Batiffol ; *Grands arrêts*, n° 19. Par cette décision la Cour de cassation affirme que la loi compétente pour régir la responsabilité civile extra contractuelle est la loi du lieu où le délit est commis. On rappellera que c'est au visa de l'article 3 du Code civil que la Cour de cassation affirme que « les dispositions étrangères de responsabilité civile délictuelle ne sont pas contraires à l'ordre public international français par cela seul qu'elles diffèrent des dispositions impératives du droit français mais uniquement en ce qu'elles heurtent des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ».

<sup>25</sup> Cass. civ., 17 avril 1953, *Rev. crit. DIP* 1953. 412, note H. Batiffol, *Clunet* 1953. 860, note R. Plaisant, Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, n° 26, p. 232. Il découle de cet arrêt que « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger, et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français », Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, *op. cit.*

<sup>26</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janv. 1964, *Rev. crit.*, 1964, p. 344-351, note H. Batiffol ; *JDI*, 1964, p. 302-309, note B. Goldman ; *JCP*, 1964.II.13590, note M. Ancel ; Ancel et Lequette, *Grands Arrêts*, n° 41, p. 357.

<sup>27</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1981, *JDI* 1981. 812, note D. Alexandre.

<sup>28</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, Bull. civ. I, no 68, *D.* 2007. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2007. 420, note Ancel et Muir Watt ; *JDI* 2007. 1195, note Train – M.-L. Niboyet.

ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ». Cette formulation est reprise par l'article 21<sup>29</sup> du règlement européen 593/2008 du 17 juin 2008, dit « Rome I ».

D'autre part, les lois de police en droit français partagent une généalogie dans l'article 3 du Code civil avec le mécanisme d'exception d'ordre public, mais possèdent désormais un fondement qui leur est propre en matière contractuelle. Ce fondement a été adopté dans un premier temps à l'article 7 de la Convention de Rome et repris ultérieurement par l'article 9 du règlement Rome I. Pour sa part, le droit mexicain adopta un fondement pour le mécanisme des lois de police dans l'article 11<sup>30</sup> de la Convention de Mexico.

L'étude proposée est donc par son objet, une analyse de droit international privé, mais elle est par sa méthode, une étude de droit comparé. Nous mobiliserons les outils de cette branche du droit afin de comprendre le traitement des mécanismes liés à l'ordre public dans deux environnements juridiques divers.

**III.** Cependant, il ne passera pas inaperçu que la comparaison franco-mexicaine se révèle suspecte de prime abord. En effet, la France participe d'un processus plus ou moins fédérateur<sup>31</sup>, du fait de son appartenance à l'Union européenne ; alors que le Mexique, à l'inverse, est clairement une fédération<sup>32</sup>, au sein de laquelle des États libres et souverains s'organisent autour d'un « pacte fédéral ». De ce fait, chacun des États faisant partie la République mexicaine est

<sup>29</sup> « Article 21. Ordre public du for : 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 ».

<sup>30</sup> *Artículo 11. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.*

<sup>31</sup> L'intégration de l'Union Européenne comporte sans doute, depuis quelques décennies, un phénomène politique et juridique sans précédent ; phénomène complexe qui a été assimilé à un procès de fédéralisation dans un contexte particulier. Dans les vifs débats que ce sujet suscite, une telle affirmation doit être prise avec mesure, la contextualisation faite par Y.-E. Le Bos nous semble particulièrement intéressante, notamment lorsqu'il observe que : « Le fédéralisme est une idée, qui combine unités autonomes, des institutions communes et un gouvernement qui les rassemble... Il s'agit alors de partir de critères objectifs qui sont autant d'indices en faveur de la qualification d'un ensemble comme étant fédéral. Il n'est donc pas question ici de militer pour que l'Europe devienne fédérale, sous la forme d'un État fédéral ou d'une Fédération d'États-nations, ou au contraire pour qu'elle renonce à cette voie. Il est simplement considéré que l'Union européenne est déjà un contexte fédéral, et ce en raison d'un certain nombre d'éléments objectifs et juridiques qui vont en permettre une comparaison intéressante avec les États-Unis, notamment sous l'angle du droit international privé », *Renouveau de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, 2010, p. 2. Pour une étude d'ensemble, voir M. Croisat et J.-L. Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, 1999. Et les nuances d'analyse apportées par J. Heymann : « si l'existence d'un fédéralisme européen relève à présent de l'évidence, il aura néanmoins fallu au préalable s'assurer de ses fondements, lesquels ont été découverts dans la notion de Fédération d'États. Entendue *lato sensu*, celle-ci a en effet pour particularité de se concevoir en deux dimensions, constitutionnelle et internationale, ce à quoi l'Union européenne s'acclimate parfaitement », J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Préface de Horatia Muir Watt, Economica, 2010, n° 468.

<sup>32</sup> L'organisation politique du territoire est prévue par l'article 40 de la Constitution Fédérale, établissant que : « c'est la volonté du peuple mexicain de se constituer en une République représentative, démocratique, laïque, fédérale, composée par des États libres et souverains en tout ce qui concerne son régime interne ; mais unis en une fédération établie selon les principes de cette loi fondamentale ».

doté d'un corpus juridique à part entière, comprenant une Constitution, des codes, des lois et des règlements. Ainsi, si l'on devait faire une comparaison, un constat s'impose : le Mexique, dans ses relations avec les États fédérés mexicains, se situe à la place supérieure que serait pour la France celle de l'Union européenne. De la sorte, la pertinence de la comparaison entre les systèmes juridiques français et mexicain laisse songeur car elle rapproche deux éléments distincts et, en principe, non comparables : un État unitaire, composante d'un ensemble plus large (la France dans l'Union Européenne), et un ensemble composé (les États-Unis du Mexique)<sup>33</sup>.

Toutefois, deux arguments liminaires justifient de regarder de plus près cette comparaison à première vue asymétrique. Premièrement, ce rapprochement se présente comme l'opportunité de retracer les chemins aboutissant à la construction d'un ensemble d'États<sup>34</sup>, compositions fortement influencées par la notion d'« espace »<sup>35</sup>. Deuxièmement, l'étude France-Mexique permet de contraster la gestion de la diversité des ordres juridiques. En effet, comme M. Heymann le rappelle dans sa thèse, une fédération d'États, dans sa dimension interne, a pour objet « la gestion de la diversité des ordres juridiques au sein d'une unité politique »<sup>36</sup>. Cette gestion qui recoupe nettement l'attribution des compétences en matière de droit international

<sup>33</sup> Et en ce sens, la comparaison appropriée serait celle par exemple entre la France et l'un des États mexicains, ou bien la comparaison entre les États-Unis du Mexique et l'Union Européenne.

<sup>34</sup> Le processus de création d'un état fédéral, comme M. Le Bos le rappelle, répond à deux variables : le processus centrifuge et le processus centripète, Y.-E. Le Bos, *op. cit.*, p. 4. Le Mexique à la différence de l'Allemagne ou de la Suisse n'a pas suivi un processus de liens confédéraux.

<sup>35</sup> « C'est l'Union européenne qui, dans le contexte de l'instauration du « Marché unique », s'est la première définie juridiquement comme un « espace de liberté, de sécurité et de justice », ayant vocation à s'étendre à un nombre indéterminée et indéterminable de nouveaux pays membres, et non plus comme un territoire ou un ensemble de territoires aux frontières clairement identifiables », A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Éd. Seuil, 2010, p. 79.

<sup>36</sup> J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Préface de Horatia Muir Watt, Economica, 2010, n° 468. Voir également le compte rendu de Mme M.-E. Ancel dans *RIDC*, Vol. 63, n° 4, 2011, pp. 1001-1004. *Contra* : « À la différence des États-Unis, l'Europe n'est pas une fédération et il est possible d'être un européen convaincu tout en étant persuadé qu'il est heureux qu'il en soit ainsi », H. Gaudemet-Tallon, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », dans *International conflict of laws for the third millenium, Essays in Honor of Friederich K. Juenger*, 2001, p. 330.



privé est, pour le cas de l'Union européenne<sup>37</sup>, laissée en principe aux États membres<sup>38</sup> tandis qu'au Mexique elle est menée au niveau fédéral<sup>39</sup>.

IV. La comparaison retrouve donc entièrement sa pertinence dès lors qu'on observe que le rapport entre l'État-Nation et le droit international privé passe inexorablement par le prisme de la souveraineté<sup>40</sup>. Ainsi, « parce qu'il est souverain et indépendant, l'État va édicter ses propres règles de droit international privé, mais en outre, il est seul maître pour décider de recevoir et de faire produire effet dans son ordre juridique à une loi ou à une décision étrangère »<sup>41</sup>. En ce sens, l'on peut observer que le Mexique est un État fédéral, détenteur de la souveraineté au plan international. La France est un État membre de l'Union européenne mais reste détentrice de la souveraineté au plan international. Certes, le renforcement de l'intégration européenne implique davantage des compétences pour l'Union européenne<sup>42</sup>, et ce au détriment des compétences étatiques. L'on pourrait rétorquer avec justesse que la souveraineté de l'État-Nation est fortement érodée<sup>43</sup> du fait de sa participation à des ensembles régionaux, cependant,

<sup>37</sup> L'architecture européenne repose sur les traités adoptés successivement par les États membres de l'Union : Rome en 1957, Acte unique en 1986, Maastricht en 1992, Amsterdam en 1997, Nice en 2001, Lisbonne en 2007.

<sup>38</sup> Il paraît plus exact de rappeler que la détermination de la compétence législative en droit international privé des États membres de l'Union européenne respecte une construction hybride qui se présentait déjà au sein de la Communauté européenne en ce sens que, de manière parallèle à l'adoption des conventions, un certain nombre de règles matérielles fut assortie d'un champ d'application, voir Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 59. Sur la question de savoir comment le droit de l'Union européenne appréhende ces questions v. H. Gaudemet-Tallon, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », *op. cit.*, et l'analyse critique de V. Heuzé, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière des conflits de lois », *JCP* 2008.1.166 et « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice », *JCP* 2011, 359 et 397.

<sup>39</sup> Bien que la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* ne prévoit pas de manière expresse l'exclusivité du congrès fédéral pour légiférer sur les conflits de lois, la plupart des règles en la matière se retrouvent dans d'instruments fédéraux. Cependant le droit international privé au Mexique ne fait pas l'objet d'une codification, contrairement à certains pays où de véritables codes de droit international privé ont été promulgués. Pour une appréciation d'ensemble de la codification du choix de lois dans diverses pays Latino-Américains voir ; M.M. Albornoz, *El derecho aplicable a los contratos internacionales en el sistema interamericano*, IUSTITIA Revista jurídica del Departamento de Derecho, ITESM, 2007, num. 16 ; *El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR*, UNAM, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLII, núm. 125, mayo-agosto de 2009, p. 631-666.

<sup>40</sup> Sur la notion de souveraineté, voir M. Flory, v° « Souveraineté », *Rép. Int. Dalloz*, 1998 ; P.-M. Dupuy et Y. Kerbrat, *Droit international public*, Dalloz, 2018, 14<sup>ème</sup> éd., p. 31s., n° 32 s.

<sup>41</sup> J. Guillaumé, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, LGDJ, 2011, p. 2, § 3.

<sup>42</sup> Le fondement de la compétence en matière de droit international privé se trouve aujourd'hui dans l'article 81 du traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Ce fondement reprend le contenu de l'article 65 TCE « avec certaines modifications rédactionnelles mais sans remédier à ses ambiguïtés, dont la principale consiste à appréhender les conflits de lois sous l'étiquette de la « coopération judiciaire » ». À son égard, la doctrine a averti que « loin de fonctionner sur la base de la répartition de deux ordres de compétences exclusives, selon la tradition des États fédéraux de type classique, la « gouvernance » de l'Union européenne s'exerce à travers le développement, tantôt explicite et tantôt implicite, des compétences concurrentes ou partagées entre ses institutions et ses États membres », Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 59.

<sup>43</sup> « Le regroupement des États dans des ensembles régionaux participe aussi de l'affaiblissement de l'État. L'ensemble régional le plus abouti est sans conteste l'Union européenne, qui au-delà d'une union économique vise également une union politique. D'un point de vue purement symbolique, ces intégrations régionales constituent un aveu de la nécessité de dépasser la logique étatique. Ainsi, la nature de l'étendue des compétences européennes sont manifestes de l'érosion de la souveraineté de l'État-Nation. Il ne s'agit pas pourtant pas d'une

comme l'observe Mme Guillaumé si la souveraineté est érodée elle n'est pourtant pas abandonnée<sup>44</sup>. Mais les systèmes juridiques qui serviront de base à la comparaison, à savoir la France et le Mexique, se présentent tous deux comme des entités souveraines aptes à repousser une loi étrangère incompatible avec l'ordre public de l'entité souveraine concernée. Cette aptitude n'est autre que celle de la gestion des mécanismes d'exception liés à l'ordre public au sens du droit international privé. De telle sorte, la comparaison des réactions de l'ordre public face à la loi étrangère justifie sa pertinence.

V. L'exercice de comparaison s'avère d'autant plus important que le mécanisme d'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police sont essentiels en droit international privé des contrats. Bien que l'incidence des mécanismes liés à l'ordre public ne se limite pas au domaine contractuel<sup>45</sup>, ce dernier est particulièrement sensible à l'intervention des mécanismes par la forte opposition qui existe entre le principe d'autonomie de la volonté et l'ordre public<sup>46</sup>.

Dans leur volet externe les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé sont l'expression du traitement du droit étranger, du *saut dans l'inconnu*<sup>47</sup>, doublés dans le volet interne par le rapport de forces entre l'intérêt privé et l'intérêt général. Dans ce contexte, comme le signale Mme Guillaumé, « l'État, personnifié par le législateur ou le juge, ne peut pas satisfaire l'intérêt des parties au détriment de l'intérêt général et la dimension internationale de la situation n'y change rien »<sup>48</sup>. En effet, c'est en matière contractuelle que l'opposition<sup>49</sup> trouve

---

perte de souveraineté, puisqu'en choisissant l'intégration régionale et le transfert des compétences, l'État exerce un attribut de sa souveraineté. Or il ne peut y avoir de perte là où le choix se fait librement », J. Guillaumé, *op. cit.*, p. 6, § 11.

<sup>44</sup> « Ainsi, la nature et l'étendue des compétences européennes sont manifestes de l'érosion de la souveraineté de l'État-Nation. Il ne s'agit pourtant pas d'une perte de souveraineté, puisqu'en choisissant l'intégration régionale et le transfert des compétences, l'État exerce un attribut de sa souveraineté. Or, il ne peut y avoir de la perte là où le choix se fait librement », *Ibid.*

<sup>45</sup> Le droit de la famille, par exemple, est fortement touché par l'ordre public, comme l'atteste l'affaire *enfant Jérémy* dans lequel la Cour de cassation a appliqué le mécanisme d'exception d'ordre public, Cass. civ. 1, 26 octobre 2011, 09-71.369, *Enfant Jérémy*, *JDI*, 2012, p. 176, note J. Guillaumé.

<sup>46</sup> Pour une illustration de la dialectique qu'existe entre ordre public et autonomie de la volonté en droit des contrats voir, 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.

<sup>47</sup> Notion empruntée à la doctrine allemande, « *Sprung ins Dunkel* », L. Raape, *Internationales Privatrecht*, 4e éd, Franz Vahlen Verlag, 1955, p. 87.

<sup>48</sup> J. Guillaumé, *L'affaiblissement de l'État-Nation et le droit international privé*, *op. cit.*, p. 2, § 3.

<sup>49</sup> Voir par ex. S. Ebrahimi, « *Mandatory Rules and Other Party Autonomy Limitations in International Contractual Obligations: with Particular Reference to the Rome Convention*, 1980, Athena Press/PUB Company, 2005, p. 154.

son paroxysme mais c'est aussi le domaine dans lequel le juste équilibre<sup>50</sup> est le plus souvent réclamé au nom de la sécurité juridique<sup>51</sup>.

En guise d'exemple, l'incidence de ces mécanismes dans les relations contractuelles a pu être interprétée comme un « retour de l'État »<sup>52</sup> à contre-sens de l'esprit libéral qui guide la mondialisation caractéristique de notre époque. Révélatrice de cette opposition est l'intervention accrue des lois de police<sup>53</sup> dans les transactions internationales à caractère privé qui contraste avec un certain recul du recours à l'exception d'ordre public en matière contractuelle<sup>54</sup>.

En définitive, l'équilibre entre l'autonomie de la volonté et l'ordre public s'apprécie avec une netteté toute particulière dans le domaine contractuel où le paradigme de l'autonomie de la volonté des parties est venu s'ancrer comme un critère de rattachement, et dans lequel la question sur son étendue exacte demeure sans réponse claire<sup>55</sup>. D'une part parce que la réponse,

---

<sup>50</sup> « Juridiquement instituée comme solution des conflits de lois, l'autonomie de la volonté doit s'accorder avec les objectifs étatiques contraires, qui s'expriment parfois à travers l'ordre public ou certaines règles péremptoires des ordres juridiques concernés par le contrat », L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165, spéc. 1.

<sup>51</sup> Pour un regard critique de l'ordre public et ses mécanismes, notamment par leur imprévisibilité et relativité v. J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, 2012, p. 296.

<sup>52</sup> Ch. Kohler, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe entre libéralisme et étatismes*, *Recueil des cours*, 2012, n° 3.

<sup>53</sup> Juenger, « General Course on Private International Law », 1983, *Recueil des cours*, 1985, IV, p. 201 : « *Interventionism has prompted an unprecedented proliferation of 'strictly positive statutes' (i.e., lois de police) designed to promote the common weal, and more of them are enacted each day. The importance of such legislation is not merely quantitative; regulatory laws deal with matters of considerable societal concern. As any international practitioner knows, some of the most troublesome conflicts problems are raised by the 'extraterritorial' application of 'public law', such as export controls, antitrust and securities legislation* ».

<sup>54</sup> Et un effacement directement proportionnel du mécanisme d'exception d'ordre public. Pour certains, cet effacement s'explique par un transfert de la protection des valeurs du for qui ne s'opère plus par l'intervention de l'exception d'ordre public mais par le biais des lois de police. « La lecture des répertoires et des recueils de jurisprudence ne laisse planer aucun doute : l'exception d'ordre public international est invoquée, en droit des contrats internationaux, plus rarement encore aujourd'hui qu'hier... Cet effacement de l'ordre public international en matière de contrat est enregistré par la convention de Rome du 19 juin 1980... Malgré les apparences, cependant, il n'y a pas d'abdication mais plutôt transfert. C'est là, en effet, qu'apparaît le trait caractéristique de l'évolution contemporaine dans la défense des « valeurs intangibles du for ». Elle ne passe plus, en effet, par l'exception d'ordre public mais par l'application des lois de police », P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 101.

<sup>55</sup> Cette question a mérité l'attention dans la doctrine depuis longtemps : J.-P. Niboyet, « La théorie de l'autonomie de la volonté », *Rec. cours*, 1927-I, tome 16, pp. 1-116 ; Louis-Lucas, « L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé », in *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, pp. 469 et s. ; G.-R. Delaume, « L'autonomie de la volonté en droit international privé » *Rev. crit. DIP* 1950, p. 321 ; H. Batiffol, « Le rôle de la volonté en droit international privé », *Arch. Phil. Droit*, 1957, p. 71 ; V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté, Naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980 ; Ch. Kohler, *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes*, Livres de poche de l'Académie de la Haye, 2013 ; V. Heuzé « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », Paris, GLN-Joly, 1990 ; J.-Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en Droit International Privé conventionnel*. Paris : Ed. Economica, 1992 ; P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015.



dans son volet positif, varie d'un système juridique à l'autre<sup>56</sup> et d'autre part parce que la délimitation en négatif de celle-ci se retrouve dans l'incidence de l'ordre public à travers ses mécanismes<sup>57</sup>.

C'est alors dans le domaine contractuel que l'on retrouve un besoin impérieux d'équilibre entre le développement des relations privées internationales et les limites imposées pour assurer la défense de la protection de la société que chaque for représente<sup>58</sup>. Face à l'impression d'une multiplication des ordres publics au sein du domaine contractuel et du sentiment de se retrouver « complètement à rebours de la véritable poussée de la démarche internationaliste qui marque le droit international privé contemporain »<sup>59</sup>, l'étude des mécanismes liés à l'ordre public s'avère nécessaire dans la recherche d'un équilibre<sup>60</sup>.

D'autant plus qu'en droit des contrats internationaux, la possibilité de choisir le droit applicable fait ressentir avec plus de force le sentiment d'assister à un marché des systèmes juridiques<sup>61</sup> dans une concurrence législative sans précédent.

Les affinités et distinctions entre le droit international privé français des contrats et le droit international privé mexicain des contrats montrent comment l'exception d'ordre public et les lois de police jouent face à la règle de conflit des lois en matière contractuelle<sup>62</sup>. Les instruments

<sup>56</sup> H. Batiffol, « Subjectivisme et objectivisme dans le droit international privé des contrats », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz et Sirey, 1960, t. I, 39 et s., reproduit in H. Batiffol, *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ, 1976, p. 249 et s.

<sup>57</sup> « A l'époque contemporaine, l'incidence des dispositions impératives dans les relations contractuelles se fait sentir de plus en plus. En effet, si le XIXe a été le siècle de la consécration de l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, le XXe est celui de sa restriction par le législateur étatique », Ch. Kohler, L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatismes, *Recueil des cours*, 359, 2013, p. 285-478.

<sup>58</sup> « Le préjugé favorable que nourrit le droit international privé français à l'égard du développement des relations privées internationales trouve néanmoins une limite dans la nécessité qu'éprouve chaque État d'assurer la défense de la société qu'il représente... D'où l'appel à toute une série d'instruments 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 : lois de police... exception d'ordre public international... police des étrangers... En bref, le droit international privé est la résultante du délicat équilibre que chaque État cherche à établir entre la prise en compte de la spécificité et la légitimité des relations privées internationales et la nécessaire défense de la cohésion de la société dont il a la charge », Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, dans Libertés et Droits Fondamentaux, 2004, p. 124, n° 222.

<sup>59</sup> P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 155, texte souligné par nous.

<sup>60</sup> La relation d'équilibre entre l'autonomie de la volonté et l'ordre public a été avertie par M. de Vareilles-Sommières à l'occasion de l'analyse des Principes Unidroit lorsque l'auteur affirme que « le socle sur lequel reposent les Principes, et qui leur permet de tenir en équilibre, ne se compose pas que de l'autonomie ; l'ordre public y a sa part... » 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 », *op. cit.*, p. 441.

<sup>61</sup> Voir H. Bouthinon-Dumas, « Existe-t-il un marché des systèmes juridiques ? », dans R. Sefton-Green et L. Usunier, *La concurrence normative mythes et réalités*, Société de Législation Comparée, Vol. 33, 2013, p. 35-64. Pour une critique des effets du Marché total sur le Droit voir A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, *op. cit.*, p. 64-74.

<sup>62</sup> Pour des observations de droit comparé entre les instruments européen et latino-américain voir, M. M. Albornoz et J. Foyer, *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome 1 »*, *Clunet*, Janvier-Mars 2012 ; D. P. Fernandez Arroyo, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome »,

internationaux en matière de contrats internationaux admettent le principe d'autonomie de la volonté comme critère de rattachement tempérée, entre autres, par l'admission concomitante de l'intervention des mécanismes liés à l'ordre public. En France la pleine admission du principe se trouve dans l'arrêt *American Trading Co*<sup>63</sup>, qui a ultérieurement évolué à l'occasion de l'arrêt *Messageries Maritimes*<sup>64</sup>. Or, la consécration législative n'est parvenue qu'avec l'avènement de la Convention de Rome et son article 3.1<sup>65</sup>, ayant servi d'inspiration aux rédacteurs de son parallèle latino-américain, la Convention de Mexico qui admet le principe d'autonomie à son article 7, paragraphe 1<sup>66</sup>.

**VI.** Ce dialogue comparatiste est rendu possible dans le contexte des systèmes romano-germaniques, et est largement favorisé par l'adoption du Code de Napoléon dans plusieurs pays latino-américains. Appartenant à la même tradition, les systèmes juridiques français et mexicain partagent, pour le moins, une généalogie commune. De construction plus récente, l'ordre juridique mexicain trouve une forte inspiration dans le modèle français<sup>67</sup> pour se construire et se développer, comme en témoignent l'adoption du Code civil de 1804 par le système juridique mexicain ainsi que l'appréhension sensiblement proche des mécanismes liés à l'ordre public. Parmi ces affinités, l'ordre public se manifeste comme une notion irrémédiablement atteinte de relativité, tant spatiale<sup>68</sup> que temporelle, contrairement à la norme juridique caractérisée par sa

---

*Rev. crit. DIP*, 1995, 84, p. 178-186. ; E. Hernández-Breton, « *La Convención de México (CIDIP-V 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina* », (2008), N° 9 DeCita, p. 167-189 ; F. K. Juenger, « *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons* », *The American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, p. 381-393 ; L. Pereznieta Castro, « *Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* », *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1994, année XXX, n° 4, p. 765-776.

<sup>63</sup> Par lequel la Cour de cassation a déclaré que « la loi applicable aux contrats, soit en ce qui concerne leur formation, soit quant à leurs effets et conditions, est celle que les parties ont adoptée... », *Rev. crit. DIP*, 1911, 398.

<sup>64</sup> Cass. Civ., 21 juin 1950, *Rev. Crit.* 1950.609, note H. Batiffol, *Grands arrêts*, 5<sup>e</sup> éd, 2006, n°22.

<sup>65</sup> « Article 3. Liberté de choix- 1. Le contrat est régi par la loi choisie par les parties.

Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat ou des circonstances de la cause. Par ce choix, les parties peuvent désigner la loi applicable à la totalité ou à une partie seulement de leur contrat. »

<sup>66</sup> « Article 7.- Le contrat sera régi par la loi choisie par les parties. L'accord des parties sur ce choix doit être explicite ou, en l'absence de convention expresse, doit s'en déduire de forme évidente de la conduite des parties ainsi que des clauses contractuelles, prises en compte dans leur ensemble. Ce choix peut se référer à l'ensemble du contrat ou une partie de celui-ci. Le choix d'un for particulier par les parties n'implique pas nécessairement le choix de la loi du for ».

<sup>67</sup> Le droit mexicain a été influencé par la tradition de codification européenne voir Barrera Graf, « *Codificación en México, antecedentes, Código de comercio de 1889, perspectivas* », dans *Centenario del Código de Comercio*, UNAM, 1991, 69-83.

<sup>68</sup> Plusieurs efforts ont été menés afin de définir l'ordre public ; nonobstant, compte tenu de sa variabilité, d'un système juridique à l'autre, les résultats sont inachevés. En ce sens J. L. Siqueiros, « *El Orden Público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales* », *Pauta Boletín Informativo Del Capítulo Mexicano de La Cámara Internacional de Comercio A.C.*, Mayo 2009, p. 33.

généralité<sup>69</sup>. La variabilité de l'ordre public lui vaut la méfiance<sup>70</sup> des observateurs qui gardent en haute estime la prévisibilité<sup>71</sup> des solutions. Ainsi, le consensus de la doctrine se limite à deux caractéristiques de l'ordre public en droit international privé : son effet d'éviction et le principe d'actualité<sup>72</sup>. En effet, le premier point commun entre les systèmes juridiques français et mexicain concerne la difficulté de discernement de la notion car elle présente une double variabilité<sup>73</sup>, rendant la tâche de figer l'état de l'ordre public impossible<sup>74</sup>. Un certain fond commun historique et une culture juridique commune expliquent qu'on retrouve dans les deux droits, de mécanismes présentant suffisamment d'affinités entre la version française et la version mexicaine pour que l'on puisse constater la mise en commun des notions d'exception

<sup>69</sup> Tant en France comme au Mexique les premiers abords de l'étudiant en droit s'intéressent aux caractères de la règle de droit : la règle de droit est abstraite, impersonnelle, générale, permanente, coercitive. Voir par ex. P. Courbe et J.-S. Bergé, *Introduction générale au droit*, 15<sup>e</sup> édition, 2017, p. 8-9 ; F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2015, p. 198, n° 247. Comp. A. Bucher, La dimension sociale du droit international privé, Cour général », *Recueil des cours*, Les livres de poche, 2010, n°103, p. 232 et dans le *Recueil des cours*, tome 341 (2009), p. 174, spéc. n°103 : « L'ordre public prend la forme d'une règle, générale et abstraite, lorsqu'il y est prévu qu'aux conditions énoncées un effet juridique déterminé doit se produire nonobstant le contenu différent du droit étranger désigné par une règle de conflit du for ».

<sup>70</sup> Méfiance qui rattrape également les mécanismes liés à l'ordre public, v. par ex. H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber amicorum Kurt Siehr*, 2010, p. 221.

<sup>71</sup> Certains auteurs insistent sur la prévisibilité comme un besoin par ex. « la concrétisation de l'ordre public international doit être encadrée par une certaine prévisibilité, objectif cher au droit international privé. Pourtant, l'ensemble du processus est empreint de relativisme », J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », dans *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, p. 296, n° 2. Voir aussi P. Mayer et V. Heuzé, *op. cit.*, n° 19. Sur le principe de prévisibilité, voir aussi W. Wengler, « L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. crit. DIP* 1990. 657 s.

<sup>72</sup> « Le principe dit de l'actualité de l'ordre public –en vertu duquel le juge saisi d'une exception d'ordre public s'en tient au contenu de son ordre public tel qu'il existe à la date où il statue et non à la date où le rapport de droit s'est constitué en application de la loi étrangère », de Vareilles-Sommières, Pascal, « *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère* », *Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 233 spéc. p. n° 73, principe d'actualité reconnu par la Cour de justice Voir CJUE, 22 déc. 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, *Rec. p. I-13693*, § 87. « Dans l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, il est proclamé que, du fait du caractère évolutif et contextuel de la notion d'ordre public (« les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un État membre à l'autre et d'une époque à l'autre »), il est justifié de « reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité » », Antonio Marzal, « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé –de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et lois de police », *Arch. Phil. Droit* 58, 2015, p. 251. Ou bien comme le formulait un autre auteur : « on reconnaît, d'autre part, que le contenu de l'ordre public est incessamment sujet à révision. Il n'a ni uniformité, ni permanence. Il varie de pays à pays et, dans un même pays, d'époque à époque. Il n'y a qu'une autorité locale et momentanée. » Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1933. 394

<sup>73</sup> En ce sens P. de Vareilles-Sommières, « Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère », *Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 225, « chaque État fixe pour lui-même, dans le respect de ses engagements internationaux, le contenu de son ordre public international, et l'on conçoit que ce contenu varie, en principe, d'un État à l'autre, et même, pour un État donné, d'un moment à l'autre ». L'auteur nous renvoie à la motivation de la Cour permanente de justice, dans les affaires *Emprunts serbes* et *Emprunts brésiliens*, cf. *CPJI*, 12 juillet 1929, arrêt n° 14, Affaire concernant le *Paiement de divers emprunts serbes émis en France*, Série A N° 20/21, spéc. p. 46, et arrêt n° 15, Affaire relative au *Paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, spéc. p. 124-125.

<sup>74</sup> T. Healy, « Théorie générale de l'ordre public », *op. cit.*, p. 445, « il ne sera jamais possible de faire de l'ordre public une chose fixe et définie ».

d'ordre public et lois de police dans les relations privées internationales. C'est à ce constat qu'on procédera dans la première partie.

**VII.** En revanche, les grandes matrices constituées par l'exception d'ordre public et les lois de police ont connu certains développements et affinements. En effet, le droit international privé a évolué depuis l'identification et la construction de ces mécanismes, aboutissant à un certain nombre d'affinements. Il faudra vérifier s'ils s'orientent dans la même direction ou si l'on constate des dérives de l'un des systèmes par rapport à l'autre. Cette étude est donc l'occasion de reprendre un objet certes classique mais, comme le Doyen Batiffol l'affirmait : « les objets classiques doivent être périodiquement repris – même s'ils sont l'objet de controverses persistantes conduisant au scepticisme sur la possibilité d'un progrès appréciable »<sup>75</sup>. Ainsi, l'appréhension de l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public<sup>76</sup> justifie la reprise de cet objet. De manière générale, l'idée d'un affinement des mécanismes liés à l'ordre public adhère à l'observation d'un phénomène d'ensemble relevée par la doctrine, celui de « l'érosion du paradigme conflictuel » avancée par M. Bertrand Ancel<sup>77</sup>. Notre analyse arriverait trop tard pour traiter de la distinction des mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé, et bien qu'elle ne serait pas dénuée d'intérêt du point de vue du droit comparé, elle serait néanmoins entachée d'une passivité certaine. Fort heureusement, les mécanismes liés à l'ordre public subissent une évolution constante<sup>78</sup> et la problématique revient sans cesse depuis la question posée par Francescakis « y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? »<sup>79</sup>. Cette question qui trouvait son actualité il y a presque dix ans<sup>80</sup>, ne finit pas par recevoir une réponse définitive et mérite l'analyse récurrente afin de vérifier l'actualité de cette notion<sup>81</sup>. Comme la

<sup>75</sup> Les paroles du doyen Batiffol à la thèse de son élève Paul Lagarde. *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, 1959.

<sup>76</sup> C'est notamment cet aspect qu'ouvre la possibilité à une nouvelle réflexion car l'étude comparée de l'ordre public en matière contractuelle a déjà été traitée par Ph. Malaurie, « Les contrats contraires à l'ordre public, étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S. », Ed. Matot-Braine, 1953.

<sup>77</sup> B. Ancel, *Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel*, AJDI, Paris II, 2005, cité par M. Yves Lequette dans son cours à l'Académie de la Haye, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Recueil des cours*, 2016, t. 387, p. 1 et s., spéc. n° 2. L'appréhension des évolutions en la matière est aussi traitée par J. D. Gonzalez Campos, « Diversification, spécialisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Recueil des cours*, 2000, t. 258.

<sup>78</sup> « L'ordre public international, comme l'ordre public interne, est – il est banal de le rappeler – une notion fuyante, évoluant au gré des évolutions du droit interne et des humeurs des juges. Au début du troisième millénaire, il est, selon les expressions de Baudelaire, ni tout à fait le même, ni tout à fait un autre. » J. Foyer, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *Mélanges P. Lagarde*, p. 286.

<sup>79</sup> Ph. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Travaux Comité fr. dr. int. pr.* 1966-69, p. 149-178.

<sup>80</sup> Comme le soulevait Mme. Hammje, dans son intervention au Comité français de Droit international privé : « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 153-178.

<sup>81</sup> Pour une appréciation actualisée des difficultés d'appréciation de la notion d'ordre public international voir D. Sindres, « Les délices de l'hubris », *D.* 2017. 544. M Sindres analyse la séquence jurisprudentielle de la Cour de cassation dans laquelle la notion d'ordre public est utilisée en droit international privé, notamment concernant le

règle de droit subit des affinements de pair avec l'évolution de la société qu'elle est appelée à régir, les exceptions à la règle subissent aussi des évolutions. D'autant plus que la considération des mécanismes liés à l'ordre public de manière isolée manquerait de dynamisme, il fut nécessaire d'établir une grille de lecture externe à l'objet étudié. Nous avons trouvé dans l'« affinement » une telle grille de lecture externe pour nous focaliser sur les mutations subies par les mécanismes liés à l'ordre public.

Plus particulièrement, on observe que les vecteurs d'affinement des mécanismes liés à l'ordre public sont très divers<sup>82</sup>. Pour dépeindre cette diversité l'on empruntera comme première approche la formule de M. Lequette : « constitutionnalisation, internationalisation, européanisation »<sup>83</sup>. Pour l'auteur, ces « trois mots résument l'essentiel des bouleversements qui ont affecté les sources du droit privé depuis une trentaine d'années. À considérer plus particulièrement le droit international privé, ces phénomènes y interfèrent avec des intensités variables »<sup>84</sup>. Avec la grille de lecture externe dégagée par l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public, notre étude comparée permettra de vérifier si ceux-ci s'orientent dans la même direction. Ainsi, par exemple, M. Lequette observait que la constitutionnalisation<sup>85</sup>, à la différence d'autres pays « soumis à des contraintes historiques propres, n'a eu, en France, qu'une médiocre portée »<sup>86</sup>.

Tout aussi important, est le phénomène de fondamentalisation du droit privé<sup>87</sup> qui gagne aussi le droit international privé. Comme l'affirme M. Marguénaud « parler de fondamentalisation

---

droit pour deux personnes du même sexe de se marier, en matière de gestation pour autrui et au sujet de la réserve héréditaire. L'évolution des arrêts étudiés s'avère aux yeux de l'auteur comme imprévisible voire absurde.

<sup>82</sup> En Amérique Latine le Professeur de Rosas, lors de journées célébrées en l'honneur du Professeur Friederich K. Juenger, XXVI Séminaire national de droit international privé et comparé, spécialement la contribution du Professeur Enrique de Rosas, *Orden público internacional –Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento del Mercosur*. Le Professeur de Rosas effectue une analyse des tendances contemporaines de l'ordre public dans le cadre du Mercosur, lesquelles seraient de l'ordre de trois tendances principales : 1) la réduction de l'intervention du concept d'ordre public international ; 2) la graduation de la réaction selon les liens du litige avec le for et 3) l'enrichissement de la notion avec un noyau à validité universelle qui s'accorde avec les droits de l'homme.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> *Ibid.*

<sup>85</sup> En témoignent de cette tendance certaines études récentes, voir par ex. B. Bauduin, *La constitutionnalisation du droit du travail : étude d'une dynamique contemporaine*, thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, IRJS, 2017. Pour une appréciation de l'envergure de la constitutionnalisation en droit comparé voir C. Haguenu-Moizard, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 2018, p. 63 et s.

<sup>86</sup> Préface à la thèse de Mme Léna Gannagé, « La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – étude de droit international privé de la famille », Préf. Yves Lequette, LGDJ, bibliothèque de droit privé t. 353, 2001.

<sup>87</sup> Pour une étude récente voir la thèse de Mme R. Legendre, *Droits fondamentaux et droit international privé : réflexion en matière personnelle et familiale*, thèse, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2018. L'auteure constate : « Le droit international privé est éprouvé par les droits fondamentaux. Les données à partir desquelles la discipline a été pensée ont d'abord évolué. Les droits de l'homme créent une connexion entre les ordres juridiques étatiques et protègent la mobilité internationale des personnes. Si cette évolution ne remet pas en cause l'existence du



du droit privé, c'est, en effet, constater l'influence grandissante des droits fondamentaux... »<sup>88</sup>. Il est possible d'observer son avancement dans les règles de conflit, mais il est intéressant de noter qu'en France, la réflexion se présente aussi lors du recours aux mécanismes liés à l'ordre public, notamment au mécanisme d'exception. La doctrine a constaté que l'impact des droits fondamentaux est général en droit international privé et qu'on assiste désormais à un phénomène « d'accroissement exponentiel de l'emploi de l'argument tiré des droits fondamentaux par le juge judiciaire, dans le procès civil international pour lequel sont mises en œuvre les diverses règles de droit international privé »<sup>89</sup>. Cet accroissement se retrouve par exemple, au sujet du procès équitable, du respect à la vie privée, entre autres. Or, pour ce qui concerne notre recherche, on s'en tiendra à l'observation de l'impact spécifiquement sur les mécanismes liés à l'ordre public<sup>90</sup>. En effet, le recoupement des domaines était inéluctable car l'ordre public, à l'origine identifié « à la paix sociale, au bien commun »<sup>91</sup> s'est traduit postérieurement par « la supériorité de l'intérêt général sur les intérêts particuliers »<sup>92</sup> et fut rattrapé par l'évolution des droits de l'homme donnant lieu ainsi à un « ordre public des droits fondamentaux »<sup>93</sup> qui « assure désormais la protection de l'individu »<sup>94</sup>.

Ces données majeures de l'actualité du droit international privé expliqueraient que l'on se propose de reprendre la question sur les mécanismes liés à l'ordre public dans les contrats internationaux afin d'établir la portée de leur affinement.

---

problème de droit international privé, force est d'admettre que les droits fondamentaux modifient aujourd'hui son analyse ».

<sup>88</sup> J.-P. Marguénaud, *Revue de droit d'Assas*, n° 11, octobre 2015, p. 33. Avant-propos au dossier dédié à la fondamentalisation du droit privé : « ...qui, pour le dire sans le secours de la théorie du droit, rendent plus concrets et plus effectifs les droits de l'Homme, déjà largement accusés par quelques influents penseurs de saper les piliers de la société au prix de la conversion en droits subjectifs des moindres désirs de n'importe quels abrutis ».

<sup>89</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, sous la direction de Édouard Dubout et Sébastien Touzé*, Pédone, p. 159-192, 2010. Pour une liste d'exemples voir Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », dans *Libertés et Droits Fondamentaux*, 2004. D'autre part, Mme Deumier observe que « La multiplication des droits de l'homme pourrait être analysée comme la marque de leur triomphe ; paradoxalement, elle est en même temps suspecte de signer leur déclin », P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2017, p. 52, n° 52.

<sup>90</sup> Pour une analyse de l'impact des droits fondamentaux sur les règles matérielles voir, en droit français : Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *op. cit.*, et pour les pays de l'Amérique latine C. Fresno de Aguirre, « *Public Policy : Common Principles in the American States* », *Recueil des cours*, Vol. 379, 2016.

<sup>91</sup> P. Catala, « À propos de l'ordre public », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offertes à Pierre Drat*, Dalloz, 2000, p. 511.

<sup>92</sup> Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 2005, n° 646.

<sup>93</sup> B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473 s, spéc. 475.

<sup>94</sup> J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, p. 295-310, spéc. p. 304, n° 20.

**VIII.** Cette comparaison permet de constater que les outils de l'exception d'ordre public et des lois de police se trouvent bien respectivement en droit international privé français<sup>95</sup> et mexicain, sous réserve de certaines dérives de ces systèmes lorsqu'il s'agit d'envisager les affinements des deux grands mécanismes. L'objet de notre étude est à présent fixé : ensemble, les mécanismes et ses affinements constituent la réalité des manifestations de l'ordre public dans l'opération de sélection de la loi applicable aux contrats internationaux. Le traitement fait des mécanismes comporte des singularités attenantes à chaque système juridique qui méritent d'être soulevées. Nous procéderons donc, dans un premier temps par la présentation des mécanismes liés à l'ordre public (Partie I) suivie de la présentation de l'affinement des mécanismes (Partie II).

---

<sup>95</sup> Y. Loussouarn, « Le rôle de la méthode comparative en droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1979, p. 311.

## Première Partie :

### La présentation des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux

1. La question sur l'existence de deux mécanismes autonomes, l'exception d'ordre public et les lois de police, est un sujet qui a provoqué un afflux de débats et suscite encore l'embarras. Une partie de la doctrine, dominante dans certains pays, s'accorde à reconnaître la protection corrélative de deux objets par deux mécanismes autonomes<sup>96</sup>. Or, cette théorie de « dissociation » trouve une forte opposition dans un contre-courant doctrinal pour lequel le seul mécanisme d'exception suffirait<sup>97</sup>. Ceci n'est qu'un exemple permettant de démontrer que les réponses proposées à l'égard des mécanismes porteurs d'ordre public ne sont que partielles et le débat conserve son intérêt dans une étude de droit comparé.

L'analyse des théories sur la diversité des mécanismes ayant une incidence dans le fonctionnement classique de la règle de conflit n'a rien de novateur. En effet, elle a été et demeure l'objet d'intérêt de nombreux auteurs chevronnés. Néanmoins, la reprise des apports de nos prédécesseurs s'avère nécessaire à double titre. En premier lieu, elle nous permettra de prendre parti pour l'une des thèses et d'élaborer notre synthèse. En second lieu, l'étude des développements les plus récents mérite d'être articulée dans l'enchaînement intellectuel afin de vérifier l'état actuel desdites constructions nourries par les regards croisés<sup>98</sup>.

2. Bien que les mécanismes d'exception d'ordre public et des lois de police<sup>99</sup> soient reconnus par la majorité des systèmes juridiques, leur traitement par chaque État comporte des particularités tant dans leur appréhension que dans leur mise en œuvre. Dans le cadre de notre

<sup>96</sup> C'est l'apport de la doctrine qui se retrouve compilée et analysée par M. Remy lors de sa réflexion sur les méthodes de droit international privé et leurs fondements. Pour une présentation de sa thèse et ses postulats v. H. Muir Watt, *Rev. crit. DIP*, 2008. 717.

<sup>97</sup> La doctrine promue principalement par A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 239 (1993-II), p. 9 et s.

<sup>98</sup> Comme l'a fait à son époque l'étude de M. Ph. Malaurie, *Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, Éditions Matot-Braine, Reims, 1953. En langue anglaise et au sujet de l'adoption de la Convention de Rome v. l'étude coordonnée par M. North, « Contract conflicts. The E.C.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: A Comparative Study », P.M. North (Ed.), North-Holland Publishing Company, 1982. En Amérique latine le Cours de Mme. Fresnedo de Aguirre, *op. cit.*

<sup>99</sup> Nous utiliserons le terme « lois de police », pour l'instant, afin de caractériser la fonction de l'ordre public comme facteur d'applicabilité de la loi. En effet, aucune expression n'est parvenue à faire l'unanimité, d'autres formules ont été proposées sans réel succès. La notion de lois de police doit ainsi être entendue comme comprenant les lois d'application immédiate, terme employé par le système juridique mexicain.



étude comparative<sup>100</sup> ces différences doivent être relevées. Il est peu discuté que l'emploi de l'ordre public en tant qu'exception à l'application d'une loi désignée par la règle de conflit a précédé le mécanisme des lois de police. Dès lors, et suivant ladite chronologie nous aborderons dans un premier temps l'analyse du mécanisme d'exception d'ordre public (Titre I) pour étudier ensuite les constructions autour du phénomène des lois de police (Titre II).

---

<sup>100</sup> Nous croyons à la possibilité du succès d'une analyse comparative bien qu' « une conception scientifique du droit comparé exige du juriste, qui étudie le droit étranger, qu'il analyse lui même la jurisprudence et qu'il se familiarise avec les constructions juridiques à l'œuvre dans le pays considéré » comme le manifestait R. Saleilles « Le droit commercial comparé – Contribution à l'étude des méthodes juridiques », à propos de l'ouvrage de A. Saffra. *Annales de droit commercial*, 5<sup>e</sup> année 1891, p. 219 cité par B. Jaluzot, *Méthodologie du droit comparé bilan et perspective*, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1-2005.

## Titre I

### La présentation du mécanisme d'exception d'ordre public

**3. La définition du mécanisme d'exception.** La définition habituellement proposée par la doctrine affirme que l'exception d'ordre public constitue, en droit international privé, un mécanisme permettant au juge d'écarter une loi étrangère dont l'application produirait un résultat « choquant » ou contraire aux principes du for<sup>101</sup>. Cette exception n'est pas réservée au conflit de lois et se présente aussi dans le conflit de juridictions<sup>102</sup> dans l'instance indirecte. Identifiée comme un complément à la règle de conflit, son fonctionnement y est toujours associé. M. Lagarde affirmait d'ailleurs, dans sa thèse, qu'en droit international privé il est obligatoire d'analyser l'ordre public « en une exception à la règle de conflit »<sup>103</sup>, car il ne s'agit pas d'un choix entre deux dispositions matérielles comme c'est le cas en droit interne. La définition du mécanisme d'éviction dégagée il y a une cinquantaine d'années, est reprise non seulement à

<sup>101</sup> Cette faculté d'écarter la loi étrangère pour la solution qu'elle apporterait à un cas donné est réservée malgré la désignation de la règle de conflit de lois du for « en raison de l'incompatibilité de la solution retenue par la loi en cause avec l'ordre public du for, qui s'impose. », P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *Recueil des cours*, Vol. 371, 2014, page 166, spéc. p. 2. V. aussi J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, p. 295-310.

<sup>102</sup> La relation ordre public-conflit de juridictions a été analysée par Mme. Sinay-Cytermann, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse dactyl., Strasbourg 1980, sans se limiter aux manifestations de l'ordre public en droit international privé. V. également par 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, l'auteur en parlant de l'exception d'ordre public affirme qu'« Elle permet d'accueillir largement les décisions étrangères dans notre ordre juridique, à la condition qu'elles ne le heurtent pas de front », p. 438. M. Gautier considère comme un fait bienheureux la subsistance de l'exception « à l'heure où le libéralisme en matière d'*exequatur* est devenu la règle [...] Outre l'abandon du contrôle de la loi appliquée, on sait que les privilèges exclusifs de juridiction sont également abandonnés... » note en bas de page 3. Désormais, l'évolution du droit positif a vu l'*exequatur* disparaître au niveau européen ; le Parlement européen et le Conseil ont adopté le 12 décembre 2012 le règlement (CE) n°1215/2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions de justice en matière civile et commerciale, dit refonte du règlement Bruxelles I.

<sup>103</sup> P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris, 1952, p. 3. Également, Foyer nous rappelait que « dans son mécanisme même, l'exception d'ordre public international n'a pas varié. Le traité de droit international d'Henri Batiffol et de Paul Lagarde reprend à juste titre, dans sa 8<sup>e</sup> édition de 1993, les trois étapes qui avaient été systématisées dans la thèse de 1959, à savoir la considération de la loi étrangère, puis celle des circonstances concrètes de l'espèce et enfin la confrontation à l'ordre public de référence. Mais ce mécanisme suppose que l'on soit en présence d'une règle de conflit de type classique... » J. Foyer, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *Mélanges P. Lagarde*, p. 287. L'idée d'une complémentarité à la règle de conflit est admise par la doctrine selon un autre auteur qui affirme que c'est la règle de conflit de lois qui effectue un tri entre les lois susceptibles d'être appliquées et « ce n'est qu'une fois ce tri opéré, et face à la loi retenue comme présentant un lien pertinent avec le cas en cause au point qu'elle y est *a priori* applicable, que mérite d'être examinée la question de savoir s'il y a lieu de tenir malgré tout cette loi en échec, pour des problèmes soulevés par le contenu de la solution dont elle est porteuse. », P. de Vareilles-Sommières, « Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère », *Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 182, spéc. p. 24.

l'unanimité en France<sup>104</sup> mais aussi, avec un degré de vraisemblance considérable par la doctrine mexicaine<sup>105</sup> et ailleurs<sup>106</sup>. La doctrine mexicaine ne propose aucune définition propre de l'exception d'ordre public, pour s'en prémunir, elle emprunte des éléments de doctrines et de jurisprudences étrangères<sup>107</sup>. Il est donc possible de retrouver des idées avancées par la doctrine française ainsi que par la doctrine espagnole<sup>108</sup>. La notion est abordée principalement comme cause de nullité ou d'inexécution de sentences arbitrales<sup>109</sup>. Ceci étant, l'approche doctrinale et la tendance jurisprudentielle se trouvent *a priori* « en accord avec le courant international le plus accepté »<sup>110</sup>.

En droit positif, la définition est également peu controversée<sup>111</sup> ; le mécanisme est consacré par la législation nationale, la jurisprudence, mais aussi au sein de nombre de conventions

<sup>104</sup> En droit français voir Ancel et Lequette, sous Civ. 25 mai 1948, *arrêt Lautour*, n° 19, 10 ; B. Audit, *Droit international privé*, Economica, 4<sup>e</sup> éd., 2006 n° 300 et s., p. 267 ; H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, LGDJ, tome 1, 8<sup>e</sup> éd., 1993 n° 254, p. 425 ; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 8<sup>e</sup> éd., 2004 ; P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestein, 8<sup>e</sup> éd., 2004, p. 110 et 204-220. Voir aussi, 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, pp. 65-81.

<sup>105</sup> Sous la bannière du « Droit applicable », *Derecho aplicable*, l'ensemble des manuels en droit international privé mexicain traitent de la notion d'ordre public ; voir F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional privado - Parte General*, OUP, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, quinta edición, 2013, spéc. p. 187-189 ; N. González Martín et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho internacional privado - Parte general*, UNAM, Nostra Ed., 2010, spéc. p. 163-166 et L. Perezniето Castro Leonel, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, séptima edición, Colección textos jurídicos universitarios, OUP, México, 1999, pp. 157-161.

<sup>106</sup> G. Parra-Aranguren, « General Course of Private International Law », *RCADI*, 1988, t. 210, p. 88 et s. Dans les systèmes de *common law* l'ordre public est connu comme *public policy* et est défini aussi comme « *as an exception to the operation of choice of law rules. It manifests itself by ousting the normally applicable law and by replacing it by a rule which is usually, but not always, borrowed from the lex fori.* » V. P. Lagarde, « Public policy », *International Encyclopedia of Comparative Law* K. Lipstein (dir. publ.), vol. III, *Private International Law*, Mohr/Nijhoff, 1994 (re-edición 2011), chapitre 11, « Public Policy », spéc. p. 11-2.

<sup>107</sup> M. E. Mansilla y Mejía, *El orden público*, XXVI Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Iberoamericana Tijuana, Verano 2002.

<sup>108</sup> Le traité de Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado*, 1972, professeur espagnol est souvent cité par Perezniето comme référence doctrinale. A. Miaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado*, Tome I, Madrid, 1954, spéc. pp. 295-303.

<sup>109</sup> Voir à ce sujet ; F. González de Cossío, « *Orden público en México : del impresionismo al puntillismo jurídico* », *RDP*, Cuarta Época, Año I, Numero 2, Julio-Diciembre, 2012 ; « L'ordre public au Mexique : quand la réalité dépasse l'apparence », *RDA*, n° 3, 2014, pp. 177-186 ; *Arbitraje*, 3a ed., México, Porrúa, 2011, pp. 804 et ss. ; « Orden público y la arbitrabilidad : el dúo dinámico del arbitraje », *Revista de Investigaciones Jurídicas*, núm. 32, 2008, p. 361.

<sup>110</sup> F. González de Cossío, « Orden público en México : del impresionismo al puntillismo jurídico », *op. Cit.*, p. 1. M. González de Cossío constate le manque d'une définition propre au droit mexicain mais à partir de son analyse des décisions des tribunaux mexicains, il constate également que l'ordre public comporte un standard élevé qui ne correspond pas toujours aux dispositions de droit public. Également l'auteur porte un regard favorable à la distinction faite par le juge entre l'ordre public et les normes impératives. Par l'emploi d'une métaphore avec le monde de l'art, l'auteur propose, pour la construction d'une définition propre, le passage de l' 'impressionnisme' au 'pointillisme' et entend, de passer d'une définition abstraite à une notion spécifique. Dans le cas particulier de l'ordre public face à l'arbitrage l'auteur prône une tendance réductionniste de l'ordre public et expansive de l'arbitrabilité.

<sup>111</sup> Pour une analyse des différences du langage juridique de présentation de l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police dans les instruments communautaires voir S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », in M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé?*, Dalloz, 2008, pp. 99-106. L'auteur

internationales<sup>112</sup>. Plus récemment, cette définition est reprise par les instruments de droit souple<sup>113</sup>. L'ensemble des dispositions législatives ainsi que la production jurisprudentielle attestent de la prééminence de l'exception d'ordre public dans le raisonnement conflictuel. Néanmoins, l'apparente similitude ne permettant pas de conclure à l'identité comparative des mécanismes d'exception, une vérification s'impose. En effet, il s'agit de déterminer si le mécanisme d'exception tel qu'à l'œuvre en droit français est identique au mécanisme présent dans le système juridique mexicain. À notre sens, la démarche logique nécessaire pour donner une réponse ne peut s'obtenir qu'après l'analyse de deux facteurs : la doctrine et le droit positif. Ainsi, afin d'effectuer cette vérification, nous aborderons dans un premier temps les constructions doctrinales édifiées autour de la notion de l'exception d'ordre public (Chapitre 1) puis les manifestations en droit positif (Chapitre 2).

---

constate qu'il existe au niveau européen, une terminologie relativement peu unifiée mais « il faut distinguer entre le mécanisme d'ordre public qui tend bien à une unification terminologique et celui des lois de police qui ne prend pas cette direction ». Les règlements européens Rome I (article 21) et Rome II (article 26) présentent dans de termes très similaires le mécanisme d'exception d'ordre public.

<sup>112</sup> Sans prétendre à l'exhaustivité et en guise d'exemple il est possible de retrouver : l'article 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles, *Rev. crit. DIP* 1991, 415, *JDI* 1991, 839 ; l'article 18 de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux signée à Mexico le 17 mars 1994, *Rev. crit.* 1995, 173 ; l'article 22 de la Convention de la Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, *Rev. crit. DIP* 1996, 813.

<sup>113</sup> Notamment par les Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, approuvés par la Conférence de la Haye en 2015 et les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, issus pour la première fois en 1994 ont fait l'objet de deux actualisations, la première en 2004 et la seconde en 2010.

## **Chapitre 1 - Les constructions doctrinales autour de l'exception d'ordre public**

4. La problématique est de savoir si le mécanisme d'exception est traité à l'identique dans les systèmes juridiques français et mexicain. La nécessité de reprendre les constructions doctrinales est primordiale car une même désignation peut révéler deux mécanismes différents. S'agissant de la vérification d'« un mécanisme », il est possible d'employer une étude de « cause-à-effet ». Une analyse ainsi structurée permettra de saisir le *fondement* du mécanisme en étudiant la *cause* et en associant l'*effet* à la *mise en œuvre* du mécanisme. Nous aborderons successivement les constructions doctrinales concernant les fondements (Section 1) et la mise en œuvre des mécanismes (Section 2).

### ***Section 1. Le fondement du mécanisme d'exception d'ordre public***

5. Lorsque la doctrine s'intéresse aux fondements de certaines règles ou mécanismes, elle fait référence à leur justification. La justification de l'exception d'ordre public dans sa forme la plus antique traduit une idée de répulsion. La formulation de Bartole en rend compte par l'introduction de la notion des *statuts odieux*<sup>114</sup>. L'idée d'origine a évolué et se présente désormais comme un contrôle effectué par voie d'exception lorsqu'une violation de l'ordre public est constatée. L'altération de l'ordre public déclenche l'inopposabilité au for, de la loi étrangère malgré sa désignation par la règle de conflit. En d'autres termes, l'exception d'ordre public permet de déclencher l'inapplicabilité de la loi étrangère parce que cette dernière heurterait l'une des valeurs essentielles du for. Un aperçu général permet de constater une vraisemblance entre les définitions données par les systèmes juridiques objets de cette étude. Toutefois, un test de vérification s'impose. Dans le but de conclure à une similitude ou à une divergence des mécanismes, il est indispensable d'identifier les causes à l'origine du

<sup>114</sup> « Bartole oppose les statuts qui « disposent relativement aux personnes » et ceux qui « disposent relativement aux choses ». Les premiers ne s'adressent qu'aux sujets, et ce où qu'ils soient ; ils sont « extraterritoriaux ». Les seconds sont territoriaux, ils ne s'appliquent qu'aux choses situées sur le territoire. Par ailleurs, un tribunal n'appliquera jamais un statut étranger s'il est « odieux », ce qui pour Bartole signifie « prohibitif », mais sera interprété par certains de ses successeurs comme signifiant « inique ». A côté des statuts personnels et réels, Bartole retient les statuts relatifs aux solennités des actes, qui s'appliquent à tous les actes faits sur le territoire où ils sont en vigueur, et les statuts relatifs aux contrats, qui, sous certaines réserves, ont le même domaine. », Mayer et Heuzé, p. 67. En ce sens, « l'ordre public a des origines anciennes en droit international privé. Ainsi Bartole au XIV<sup>ème</sup> siècle distinguait les « *statuts favorables* » des « *statuts odieux* », ces derniers ne pouvant produire d'effet que dans la cité les ayant édictés. », N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003.

déclenchement ainsi que les effets. Afin d'appréhender les fondements, il nous semble essentiel de comprendre l'objet de l'exception (§ 1) et dégager ensuite les composantes de l'objet (§ 2).

### § 1. L'identification de l'objet de l'exception d'ordre public

6. Il est actuellement admis qu'un État protège de façon simultanée deux ordres publics qui se distinguent par leur objet et par leur contenu. L'un est interne, l'autre est international. L'ordre public interne est compris, en matière de contrats, comme le mécanisme qui empêche les destinataires de la norme de déroger à certaines règles d'un commun accord<sup>115</sup>. Tandis que l'ordre public international garde une relation étroite avec l'efficacité des lois étrangères dans le territoire du for<sup>116</sup>. Aujourd'hui, cette précision demeure essentielle dans la compréhension du fonctionnement de l'exception d'ordre public. Or, l'identification de l'objet de l'exception d'ordre public en droit international privé n'a pas été une démarche aisée. Elle est le résultat d'une succession de constructions doctrinales à partir desquelles nous élaborons notre analyse. Leur reprise doit être effectuée avec circonspection afin d'éviter une paraphrase stérile. Nous essayerons donc de garder l'essentiel des apports sans omettre d'étapes dans l'évolution de la pensée. Il s'agit d'identifier quel ordre public est protégé par l'exception en droit international privé. Pour répondre à cette interrogation, la doctrine a traversé deux étapes qui méritent d'être rappelées (A)

<sup>115</sup> V. Ch. Larroumet et S. Bros, *Les obligations, Le contrat*, Economica, 9<sup>e</sup> éd., 2018, n° 100 et s., p. 76-79.

<sup>116</sup> Une première distinction se trouve déjà chez Louis-Lucas lorsqu'il affirmait : « On peut entendre, d'abord, par ordre public interne la conception de l'ordre public qui est particulière à un État et par ordre public international la conception de l'ordre public qui est commune à tous les États ou, tout au moins, à un certain nombre d'entre eux. A cet égard, on dira que l'indissolubilité absolue du mariage est d'ordre public interne dans les quelques pays qui la consacrent puisque, dans la plupart des États, au contraire, le divorce est admis. Et on dira, en revanche, que la prohibition de l'esclavage ou de la piraterie est d'ordre public international puisque c'est là un principe communément admis par les pays civilisés... Plus l'ordre public s'internationalise, plus il s'affirme en droit international public, moins il a d'intérêt en droit international privé puisque sa généralisation écarte la possibilité des conflits. Le jour où l'on pourrait parler d'un ordre public universel, la mission caractéristique de l'ordre public en droit international privé se trouverait réduite à néant parce qu'elle serait devenue inutile et inconcevable. », Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1933. 393, p. 408. En effet, la distinction entre ordre public interne et ordre public international diffère de celle communément admise actuellement. Pour expliquer la différence entre les deux, l'auteur propose l'idée de deux cercles concentriques dont le plus ample comprendrait l'ordre public interne et le plus restreint l'ordre public international, il déduit que « tout ce qui est d'ordre public international est *a fortiori* d'ordre public interne, mais que la réciproque n'est pas vraie. Les deux formes de l'ordre public n'expriment pas une opposition, mais plutôt un chevauchement », *op. cit.*, p. 409.

## A. Les étapes d'identification de l'objet de l'exception dans la doctrine française

7. Lors de l'identification de l'objet de l'exception d'ordre public, la doctrine a traversé deux étapes consécutives : une étape de confusion (1) suivie d'une période de dissociation (2).

### 1. L'étape de confusion

8. L'un des grands défis de la compréhension de l'ordre public en droit international privé fut le discernement de son objet. Certains auteurs voyaient dans l'exception d'ordre public une forme de prolongement de la protection de l'ordre public interne<sup>117</sup>. Les premières études dédiées à la notion d'ordre public en droit international privé comme celle de Pillet<sup>118</sup>, se retrouvent à l'origine de cette confusion d'objets. Pour sa part, Louis-Lucas admettait que l'ordre public jouait de rôles différenciés lorsqu'il était employé en droit interne ou en droit international.<sup>119</sup> La critique générale faite à la confusion d'ordres publics, repose sur le fait qu'elle donne à penser que le juge du for, saisi d'un litige issu d'une controverse contractuelle dans laquelle les parties ont choisi une loi étrangère, peut appliquer ses dispositions d'ordre public<sup>120</sup> de la même manière qu'il le ferait pour un contrat soumis au droit national. Avec le

<sup>117</sup> Pour un regard critique sur cette tendance v. 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. 65. M. Libchaber débute son article en affirmant que « l'exception dite d'ordre public international fait l'objet en France d'une singulière imprécision » ; selon l'auteur, l'exception d'ordre public se voit influencée par le droit naturel mais aussi par l'ordre public interne, « vraisemblablement en raison de la communauté des noms... » et affirme que la communication entre l'ordre public interne et l'exception a détourné ce dernier de son objet en droit international.

<sup>118</sup> A. Pillet, *Principes de droit international privé*, Pedone – Allier frères, 1903, p. 367-428, spéc. n° 182. La démarche de Pillet consiste à l'analyse de l'ordre public comme une catégorie de lois « Quand on prononce le nom des lois d'ordre public en droit international privé, on fait allusion au principe le plus évident de toute notre science et en même temps à celui dont la définition et l'analyse sont les plus difficiles. Ce qu'il y a d'évident en cette matière, le voici. Personne ne doute que l'obligation dans laquelle se trouve un État d'admettre sur son territoire l'application des lois étrangères n'ait une limite, et que cette limite ne se trouve au point où la loi étrangère aurait pour conséquence de compromettre l'action de quelque principe jugé par l'État indispensable à la sauvegarde de la société particulière qu'il représente ».

<sup>119</sup> « L'objectif général que poursuit l'ordre public est toujours le même : assurer le respect d'une exigence sociale fondamentale. Mais, le procédé utilisé pour y parvenir est double. Tantôt – principalement en droit interne – l'ordre public se borne à rendre inéludable une règle qui, de toute manière, est celle qui devait s'appliquer. Son rôle est alors essentiellement normal. Tantôt – principalement en droit international privé – il écarte la règle juridiquement applicable et il va jusqu'à lui substituer une règle inverse. Son rôle apparaît alors comme délibérément anormal », Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1933, p. 405. L'auteur proposait de distinguer et d'opposer la *règle d'ordre public* à l'*exception d'ordre public* : « Lorsque les exigences sociales commandent qu'une loi déjà compétente ne puisse être écartée, on doit dire de cette loi qu'elle constitue une règle d'ordre public. Lorsque les exigences sociales commandent qu'une loi normalement compétente n'entre pas en jeu, probablement même qu'elle fasse place à une loi d'esprit inverse, on doit dire que la première loi rencontre une exception d'ordre public ».

<sup>120</sup> Expliqué de manière plus éloquente : « saisi d'un contentieux contractuel pour lequel les parties auraient choisi la loi d'un État A, le juge d'un État B devrait commencer par se demander si la réglementation d'ordre public de l'État B couvrant ce type de contrats est violée par la loi de l'État A ainsi choisie dans le cas en cause, pour ne se décider à appliquer ladite loi choisie que dans l'hypothèse où aucune violation de ce type n'aurait été, en l'espèce, constatée. Or, en choisissant la loi d'un État pour leur contrat, les parties décident précisément de mettre hors-jeu



temps, la doctrine décèlera les inconvénients de la confusion et soulèvera deux fortes objections : l'une concernait la faute de cohérence de la démarche et l'autre concernant l'imprécision à laquelle elle menait.

a. Le besoin de cohérence

9. En France, le souci de cohérence, a conduit notamment à « qualifier d'*international* l'ordre public du for, en cause dans le cadre de l'exception d'ordre public, pour le distinguer de l'ordre public *interne* du for »<sup>121</sup>. La justification de la qualification vise à ne pas imposer les mêmes charges d'un contrat interne à son homologue international. Le raisonnement à l'origine d'une telle affirmation est le suivant : le critère subjectif<sup>122</sup> de la règle de conflit de lois pour le contrat international permet aux parties de choisir la loi applicable, autre que la loi du for. Cependant, par son critère objectif, la règle de conflit bilatérale mène à la sélection d'une loi. Ce choix s'effectue parmi les lois qui entretiennent des liens avec la situation que soulève la question de droit privé, et désigne ainsi, la loi de l'État qui entretient avec la situation, les liens les plus pertinents<sup>123</sup>. L'existence des deux critères concomitants, subjectif et objectif, revient à n'admettre qu'une seule conclusion. En effet, le contrat litigieux n'est donc pas contraint de respecter toutes les dispositions d'ordre public du for<sup>124</sup> car il est préalablement autorisé à les écarter en vertu de la règle de conflit.

---

les lois des autres États », 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. 444.

<sup>121</sup> « L'ordre public dont la protection est assurée dans le cadre de l'exception d'ordre public, n'est pas l'ordre public interne du for, mais un autre ordre public, propre au droit international privé, et que l'on a baptisé, pour cette raison, d'ordre public « international » du for », 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. 444, spéc., note en bas de page 102.

<sup>122</sup> Pour une étude sur la coexistence de critères dans la règle de conflit en droit des contrats V. P. Patocchi, Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel, Georg, Genève, vol. 42, 1985, p. 54 et s. ; M.-L. Niboyet, Contrats internationaux. Détermination du droit applicable. Principes concurrents du principe d'autonomie, *Juris Classeur Droit International*, 552.40, 1998.

<sup>123</sup> « Pour distribuer la compétence normative entre les ordres juridiques intéressés, la méthode de raisonnement, demeurée accrochée au nom prestigieux de Savigny, consiste à faire jouer des critères spécifiques à chaque type de rapport de droit, aptes à localiser le litige. A quoi s'ajoutent différentes méthodes de correction du résultat, parfaitement connues, qui stabilisent le procédé en le rendant pleinement opératoire... En ce début de XXI<sup>e</sup> siècle, la question de la pertinence du système de solutions revient au premier plan de l'actualité. Non parce que la méthode se serait révélée défailante, au fil du temps. Tout au contraire, elle n'a guère démerité par ses résultats, et les systèmes qui la pratiquent s'en montrent satisfaits. La contestation est plus profonde : les bases conceptuelles de la matière se trouvent désormais interrogées de façon critique, et donc mises en cause. » R. Libchaber, « L'avenir d'une paradoxe », *Mélanges Pierre Mayer*, Lextenso, 2015, p. 519.

<sup>124</sup> « En partant du constat qu'il serait bien peu cohérent de ne permettre à la loi étrangère désignée par la règle de conflit de ne s'appliquer au for qu'à la condition qu'elle respecte les dispositions d'ordre public interne du for – puisque cela reviendrait à exiger le respect de toutes les dispositions d'ordre public interne en vigueur au for dans un cas pour lequel on a préalablement décidé que ces dispositions n'avaient pas de titre à s'appliquer au fait de leur non désignation par la règle de conflit », 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. 443.



### b. Le besoin de sécurité

**10.** En effet, les ordres publics, interne et international, peuvent trouver une source commune dans la même règle de droit national. Cependant, la confusion de leur contenu risque d'avoir un impact négatif<sup>125</sup>. Ceci se constate par la tendance, parfois ressentie comme excessive, des juges nationaux à ériger en ordre public international certaines normes d'ordre public interne par l'importance qu'ils leur accordent. Cette pratique, critiquée par la doctrine<sup>126</sup> serait à l'origine d'une méfiance envers la notion d'ordre public. Admettre qu'une règle du for comporte une disposition d'ordre public interne ne suffit pas à lui conférer un statut égal à l'international. Ainsi, compte tenu des besoins de cohérence et de sécurité, la doctrine a favorisé une approche dissociant les ordres publics.

### 2. *L'étape de dissociation*

**11.** La doctrine dans son dernier état admet que l'objet de l'ordre public *lato sensu* est la réussite d'un état d'harmonie sociale qui se décompose en deux éléments : l'ordre public interne et l'ordre public international. La doctrine française, à l'occasion de l'exception d'ordre public, a ainsi employé l'expression d'ordre public international<sup>127</sup> et a distingué leurs objets respectifs. Une explication à la qualification d'ordre public international est alors avancée: « C'est parce que l'ordre public tel qu'il est en cause dans l'exception d'ordre public en droit des conflits de lois permet de prendre position sur la régularité d'une loi *étrangère* au for qu'il peut être dit

<sup>125</sup> « S'il n'est pas exclu que certaines règles d'ordre public interne soient directement exploitées par un pays pour la composition de son ordre public international sans qu'il faille nécessairement y voir une déviance, il n'est ni vraisemblable ni opportun qu'un État hisse dans son ordre public international l'ensemble des règles qui composent son ordre public interne. Si cela se produisait, la simple qualité de règle d'ordre public interne suffirait à la faire prévaloir sur la loi étrangère d'un contenu incompatible, quand bien même cette dernière serait désignée comme applicable, dans un cas donné, par la règle de conflit de lois. », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 223 spéc. p. 66.

<sup>126</sup> MM. Ancel et Lequette observent que « certes, ordre public interne et ordre public international ne sont pas sans parenté ; ils visent tous deux à maintenir « la cohésion et l'efficacité de la société étatique »... *Mais leur mission est différente*. L'ordre public interne tend à corriger les effets des volontés privées, l'ordre public international ceux des règles et décisions des autorités étrangères. Grâce à lui, l'adaptation du système interne aux conditions de la vie internationale ne se fera pas au détriment de la cohésion de la société française » Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, n° 19, page 174, c'est nous qui soulignons. Dans le même sens et offrant d'autres éléments d'analyse, M. de Vareilles-Sommières rappelle que « dans le cadre des travaux menés par l'Association H. Capitant sur le thème de l'ordre public [*L'ordre public*, Travaux de l'Association H. Capitant, Journées libanaises, tome XLIX (1998), LGDJ 2001], plusieurs rapporteurs nationaux ont constaté et regretté une certaine tendance des juges de leur pays à se contenter de justifier l'éviction de la loi étrangère normalement compétente retenant une solution différente de celle admise au for par le simple caractère d'ordre public de la loi de leur pays (voir M. Harles et D. Spielmann, « Rapport luxembourgeois », p. 225 ss, spéc. 244, note 87 ; G. Lammers, « Rapport néerlandais », p. 249 ss, spéc. 261 ; R.-M. Mura-Ramos, « Rapport portugais », p. 265 ss, spéc. p. 268-269...) », *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 224, note en bas de page, 108.

<sup>127</sup> Pour de développements récents, critiques et justifications sur cette dénomination V. P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, Recueil des cours*, 2014, t. 371, n° 39 à 46.

« international ». Il s'agit seulement d'apprécier la loi d'un État par rapport aux standards d'ordre public posés par un *autre État que celui dont elle provient* : l'État au sein duquel l'efficacité de cette loi est en cause »<sup>128</sup>. La doctrine mexicaine pour sa part, effectue également la distinction d'objet entre les ordres publics : interne et international. Pourtant, elle reste muette sur la justification d'une telle dissociation et s'appuie sur des études de droit comparé pour traiter la question. Dès lors, il est admis que l'objet de l'ordre public interne est le rapport de droit (a) tandis que l'objet de l'ordre public international se trouve dans la loi étrangère (b).

a. L'objet de l'ordre public interne, le rapport de droit

12. L'ordre public interne<sup>129</sup> est une notion présente dans toutes les branches du droit, laquelle comme nous l'avons vu, cette dernière doit être distinguée de l'ordre public international. De nombreuses lois dites d'« ordre public interne » n'ont pas un tel caractère en droit international privé. Les doctrines, française et mexicaine, identifient le rapport de droit privé comme l'objet de l'ordre public interne<sup>130</sup> et plus récemment, associent l'ordre public interne à la notion d'ordre public substantiel. Au sein de la doctrine française, il est admis à l'unanimité que le sens interne et international d'une disposition d'ordre public ne doit pas être confondu<sup>131</sup> même si le fondement textuel de l'article 6 du Code civil a été sollicité dans les deux cas. Dans la doctrine mexicaine, M. Perezniето affirme que l'ordre public en droit interne constitue une limite à l'autonomie de la volonté et peut avoir comme conséquence la nullité de l'acte

<sup>128</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 204, spéc. p. n° 46.

<sup>129</sup> L'article 6 du Code civil dispose : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ». Ainsi, les lois d'ordre public entraînent la nullité des conventions qui leur sont contraires.

<sup>130</sup> « Rapport de droit privé lui-même dans lequel est incluse, le cas échéant, la norme contractuelle élaborée par les parties pour organiser ce rapport et qui en devient à ce titre un élément », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 218 et s. : l'auteur avance un parallélisme avec le mode d'intervention de l'ordre public international en droit des effets de jugements afin d'illustrer la différence d'objet.

<sup>131</sup> V. par exemple Audit et d'Avout, spéc. n° 367 : « Si l'éventualité d'une éviction de la loi étrangère normalement applicable est inhérente à une théorie des conflits de lois, le fait qu'elle se soit exprimée à l'époque moderne par le vocable d'ordre public, également usité en droit interne, devait engendrer une confusion qui n'est pas complètement dissipée ». Également D. Bureau et H. Muir Watt, spéc. n° 464 : « Il paraît tout d'abord assez évident que l'on n'évincera pas une loi étrangère au seul motif qu'elle différerait de la *lex fori* ; encore faudra-t-il en effet qu'elle apparaisse radicalement incompatible avec des conceptions fondamentales du for. A défaut, c'est le principe même de l'application de la loi étrangère – et sans doute, au-delà, de la méthode conflictuelle – qui serait ainsi remis en cause. Ensuite, ce n'est pas parce qu'une disposition en vigueur dans l'ordre juridique du for est d'ordre public au sens du droit interne que dans son domaine, toute loi étrangère devra être évincée. C'est ainsi par exemple que les dispositions relatives à l'état et à la capacité des personnes sont presque toujours d'ordre public interne, au sens où les individus ne peuvent y déroger par convention, alors qu'en droit international privé, le rattachement du statut personnel à la loi nationale aura souvent pour conséquence l'application d'une loi étrangère ».

juridique<sup>132</sup>. D'ailleurs, il est admis de manière générale qu'en droit interne l'idée de protection des intérêts de la collectivité est sous-jacente à l'intervention de l'ordre public. Cette affirmation trouve appui dans l'interprétation de l'article 6 du Code civil fédéral mexicain faite par la doctrine<sup>133</sup>, qui viendrait établir l'objet de l'ordre public en droit interne. M. Contreras affirme par exemple, que l'ordre public interne « est octroyé aux normes juridiques quand le législateur considère que son contenu n'affecte pas les intérêts particuliers, mais aussi les intérêts de toute la collectivité »<sup>134</sup>.

**13.** La difficile distinction des objets s'explique par une tautologie des termes utilisés. Ainsi, la notion d'ordre public a été employée sans discrimination par certains auteurs<sup>135</sup> pour faire référence à l'ordre public interne et international. Néanmoins, il est admis que le domaine de l'ordre public international serait plus étroit que celui de son homologue interne. Ce dernier, afin de se rendre immune aux caprices de la volonté des parties et d'éviter que l'intérêt public ne soit troublé permet à la loi d'agir de manière négative. Ceci est rendu possible par l'interdiction de certaines solutions mises en place par voie contractuelle. Au même titre et de manière positive, la prescription de solutions directes peut être envisagée. Comme le rappelle M. de Vareilles-Sommières les lois apportant de solutions directes « peuvent naturellement être (et sont parfois effectivement) qualifiées de lois d'ordre public »<sup>136</sup>. Si l'objet de l'ordre public interne est le rapport de droit, il en est autrement pour l'ordre public international.

<sup>132</sup> L. Perezniето Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, 7ème éd., Colección textos jurídicos universitarios, OUP, México, 1999, p. 158 “*De este modo, el concepto de orden público en el derecho interno mexicano significa un límite a la autonomía de la voluntad, el cual puede ocasionar la nulidad del acto jurídico llevado a cabo en ejercicio de ella, mientras que en el DIPr dicho concepto tiene una connotación diferente. Se trata de un medio de que se vale el órgano aplicador del derecho, normalmente el juez, para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica extranjera competente.*”

<sup>133</sup> En ce sens F. Contreras Vaca et L. Perezniето Castro. Ordre public qui prend en compte les mesures législatives c'est-à-dire les « lois qui intéressent l'ordre public » existant dans le Code civil français, selon le vocabulaire employé par son article 6 : On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 217, spéc. p. n° 63.

<sup>134</sup> « *Es el carácter otorgado a las normas jurídicas cuando el legislador considera que su contenido no solo afecta intereses particulares, sino los de toda la colectividad* », F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional privado, Parte General*, OUP, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 5e éd., 2013, spéc. p. 187.

<sup>135</sup> Voir par ex. V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », Paris, GLN-Joly, 1990, page 180 spéc n° 373-409 : « Et après tout, l'idée que certaines règles indispensables » du droit interne, c'est-à-dire « d'ordre public », devraient toujours recevoir application dans les relations internationales n'est pas vraiment nouvelle. Mancini, en Italie, Pillet, en France s'en sont faits les principaux défenseurs ».

<sup>136</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 190. Comp. « L'exception d'ordre public international est par ailleurs en communication ouverte avec l'ordre public interne, vraisemblablement en raison de la communauté des noms. Et le considérable pouvoir d'expansion de l'ordre public en droit interne aboutit à le détourner quelque peu de son objet en droit international. Ce n'est pas à dire qu'il y ait un risque quelconque de confusion entre les deux, mais plutôt qu'en dépit de différences marquées, une certaine conception de l'ordre public interne s'est toujours insinuée au cœur de l'exception, au point de la détourner de sa mission première », R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in « L'ordre public à la fin du XXe siècle », Dalloz, 1996, p. 65.

b. L'objet de l'ordre public international, la loi étrangère

14. L'objet de l'ordre public international est la loi étrangère compétente « dont il s'agit de vérifier si elle lui est conforme ou non, par la réponse qu'elle apporte à la question de droit soulevée par le rapport de fond »<sup>137</sup>. En matière contractuelle, la différence d'objet présente une importance toute particulière « car le contrat peut s'analyser comme une norme dont l'efficacité est habituellement, en droit interne, subordonnée à sa conformité à l'ordre public, de telle sorte que la tentation est grande, en face d'un *contrat international*, de soumettre sa pleine efficacité au for à sa conformité à *l'ordre public international* en vigueur dans ce for »<sup>138</sup>.

15. Le contrat, malgré sa qualification d'« international », voit sa validité soumise à la loi désignée par la règle de conflit, c'est-à-dire à un ordre public interne et non, directement, à l'ordre public international du for. On distingue alors ce dernier d'un côté, et d'un autre côté les règles d'ordre public de la *lex contractus*. Ainsi donc, si la *lex contractus* est une loi étrangère, le juge du for est susceptible de faire intervenir son ordre public international pour examiner la conformité de la loi étrangère et non le contrat lui-même. En revanche, et suivant ce même raisonnement, il a été avancé que lorsque la loi choisie est la loi du for, les dispositions d'ordre public interne peuvent être mises à l'œuvre, dans le cadre d'autres outils tels que les contrôles de conventionnalité ou de constitutionnalité<sup>139</sup>.

<sup>137</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 220, spéc. p. 64.

<sup>138</sup> C'est l'analyse suivie par B. Mercadal, « Ordre public et contrats internationaux », *DPPI*, 1977, p. 457 s. À cet égard, M. de Vareilles-Sommières soulève une critique aux juges nationaux pour ne pas suivre rigoureusement la démarche logique et en admettant de consacrer la solution retenue par les parties dans le contrat, au vue de sa non contrariété à l'ordre public international du for, quand il s'agit de consacrer la non contrariété de la loi étrangère compétente à l'ordre public international du for, voir *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 221, spéc. note en bas de page 100 et les exemples cités par l'auteur : « Voir en France, par exemple : Cass. civ. 1, 16 mars 1999, 96-21.794, *Sté de Loisy et Gelet*, *Bull. civ.*, I, n° 94, *Rép. Def.* 1999, 92, 1324, obs. P. Delebecque, où la Cour, au sujet d'une clause visant à garantir la stabilité du cours du cacao dans un contrat régi par la loi anglaise, décide que *l'exécution du contrat* en France ne heurtait pas l'ordre public international ; l'orthodoxie aurait pourtant conduit à dire que la *loi anglaise compétente* validant cette clause ne produisait pas un résultat contraire à l'ordre public international français ; Cass. soc., 21 janvier 2004, *Maureen X. c. United Airlines*, *Bull. civ.*, V, n° 24, *Rev. crit. DIP*, 2004, 644, note F. Jault-Seseke, où il est décidé que n'est pas contraire à la conception française de l'ordre public international *la clause*, insérée dans un contrat de travail régi par la loi américaine et s'exécutant aux Etats-Unis, qui attribuait juridiction à des instances de médiation et à des juridictions américaines. Ici encore il est intéressant de noter que c'est la *clause contractuelle* en cause qui semble faire l'objet du contrôle de l'ordre public, non la *loi américaine applicable* au contrat et validant la clause, comme cela aurait dû être dans le cadre d'une démarche orthodoxe ; Cass. civ. 1, 28 février 2006, *Sté Pegase et Sté Debeaux c. Sté Lombard*, *Bull. civ.*, I, n° 110, concernant une clause limitant la garantie due par l'assureur canadien dans un contrat d'assurance, clause jugée finalement non contraire à l'ordre public international français... ».

<sup>139</sup> «... [S]i la loi choisie est la loi du for, dont le titre à s'appliquer dans ses dispositions d'ordre public interne ne fait pas alors difficulté, sa mise en échec peut encore se produire, non sur le fondement d'une impossible contrariété à l'ordre public international du for dans le cadre du mécanisme de l'exception d'ordre public, puisque cet outil ne joue que contre l'application d'une norme étrangère..., mais sur celui des exceptions d'inconventionnalité ou d'inconstitutionnalité éventuellement disponibles par ailleurs...», P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et

La doctrine mexicaine qui admet la distinction d'objet entre les ordres publics interne et international, aborde la question de la validité de la *lex contractus* à partir d'une perspective de conflit de lois<sup>140</sup>. En effet, la justification de la différence d'objets n'est pas développée mais il est possible d'en déduire une réponse semblable, si l'on prend en compte que la doctrine mexicaine accorde à la notion d'ordre public une fonction d'éviction de la loi étrangère normalement applicable au for. Le mécanisme d'exception d'ordre public est appréhendé comme un outil employé par le juge pour « empêcher l'application dans le for d'une norme juridique étrangère compétente »<sup>141</sup>, ou encore comme un « mécanisme employé par l'organe juridictionnel afin d'évincer l'application dans le for du droit étranger désigné par la règle de conflit, quand il est considéré que ce dernier ne garde pas un minimum d'équivalence avec les institutions du for »<sup>142</sup>. Il est aussi reconnu comme un « mécanisme correcteur »<sup>143</sup> à la règle de conflit traditionnelle afin d'écarter l'application d'une loi étrangère contraire aux principes et institutions fondamentales du for. Il apparait donc, que pour la doctrine mexicaine, à l'instar de la doctrine française, l'objet de l'ordre public international est bien la loi étrangère puisqu'elle admet que la notion d'ordre public comporte la faculté du juge du for pour écarter l'application d'une loi étrangère compétente<sup>144</sup>.

---

ordre public dans les Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *JDI*, n° 2, 2016, p. 444, spéc. note en bas de page 102.

<sup>140</sup> Ceci se constate dans les ouvrages contemporains mexicains lorsque la notion d'ordre public est étudiée sous la bannière de « Droit applicable », *Derecho aplicable*, l'ensemble des manuels en droit international privé mexicain s'intéressent à l'analyse de la notion d'ordre public voir N. González Martin et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho internacional privado -Parte general*, UNAM, Nostra Ed., 2010, spéc. p. 163-166 ; F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional privado -Parte General*, OUP, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, quinta edición, 2013, spéc. p. 187-189 et L. Pereznieta Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, 7e éd., Colección textos jurídicos universitarios, OUP, México, 1999, p. 157-161.

<sup>141</sup> « *Se trata de un medio de que se vale el órgano aplicador del derecho, normalmente el juez, para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica extranjera competente* », L. Pereznieta Castro Leonel, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, *op. cit.*, p. 158.

<sup>142</sup> F. Contreras Vaca, *Derecho internacional privado, Parte General, op. cit.*, p. 188. C'est en effet sur cette idée que le Professeur Libhaber gardait une méfiance quand il s'interrogeait sur les critères permettant de décréter l'inapplicabilité de la loi étrangère et affirmait : « certainement pas en raison d'une différence de réglementation avec la loi française : ce serait la négation même du droit international privé, fondé sur l'idée que des lois différentes sont aptes à gouverner une même situation », R. Libhaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in « L'ordre public à la fin du XXe siècle », Dalloz, 1996, p. 65

<sup>143</sup>N. González Martin et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho internacional privado, Parte general*, UNAM, Nostra Ed., 2010, p. 163. Mmes Gonzalez et Rodriguez reprennent l'argument de « saut dans l'inconnu » du manuel de Droit international privé espagnol de MM. Calvo Caravaca, Carrascosa Gonzalez et Rojas Amandi.

<sup>144</sup> L. Pereznieta Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte General, op. Cit.*, p. 158. : « *De este modo, el concepto de orden público en el derecho interno mexicano significa un límite a la autonomía de la voluntad, el cual puede ocasionar la nulidad del acto jurídico llevado a cabo en ejercicio de ella, mientras que en el DIPr dicho concepto tiene una connotación diferente. Se trata de un medio de que se vale el órgano aplicador del derecho, normalmente el juez, para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica extranjera competente.* »

16. Dans son étude portant sur l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux<sup>145</sup>, Mme Fresnedo de Aguirre semble livrer une autre définition de l'objet de la notion d'ordre public international. Selon son analyse, l'ordre public consisterait en une limite à l'autonomie de la volonté. Si notre lecture ne trahit pas la pensée de l'auteur, par la référence à l'autonomie de la volonté, c'est bien le critère de rattachement subjectif qui est visé, et donc la possibilité de choisir la loi applicable notamment lorsque le choix aboutit à l'application d'une loi étrangère. Cette lecture semble pouvoir se vérifier puisque l'auteur affirme que l'ordre public peut se présenter avant ou après la règle de conflit de lois. Ainsi, Mme Fresnedo distingue un ordre public *a posteriori* et un ordre public *a priori* et associe corrélativement le premier à l'exception d'ordre public et le second aux lois d'application immédiate. En suivant le raisonnement, une fonction négative est associée à l'exception d'ordre public et une fonction positive aux lois d'application immédiate<sup>146</sup>. Dès lors, l'ordre public *a posteriori*, ayant une fonction négative se rapporte sans doute au mécanisme permettant d'évincer la loi étrangère lorsqu'elle est contraire à l'ordre public du for. On observe donc, qu'avec une formulation alternative, la conclusion peut être rapprochée en ce sens que l'objet de l'ordre public international est bien la loi étrangère. Ayant saisi l'objet de l'ordre public international, il semble nécessaire de s'intéresser à ses composantes.

## § 2. Les composantes de l'ordre public international

17. L'objet du mécanisme d'exception étant désormais mis en évidence, une deuxième question retient notre intérêt, celle de l'identification de ses composantes. L'approche de cette interrogation doit se faire avec circonspection car, le discernement des éléments constitutifs de l'ordre public renvoie au principal problème de la notion, celui de son contenu<sup>147</sup>. En effet, M

<sup>145</sup> C. Fresnedo de Aguirre, "La autonomía de la voluntad en la contratación internacional", Fundación de Cultura Universitaria, 1era ed., 1991.

<sup>146</sup> L'auteur rappelle les définitions proposées par Lando et Francescakis. La présentation faite de cet ordre public *a priori*, prend appui sur l'importance accordée par le for – législateur ou juge – à une norme ayant par conséquence son application immédiate, c'est-à-dire sans prendre en compte la règle de conflit bilatérale. Mme. Fresnedo signale que cet ordre public intervient uniquement quand les normes concernent un litige dans lequel l'État a un grand intérêt à appliquer son droit, quand il s'agit d'un principe fort d'ordre public qui empêche l'application d'une loi autre que celui du for. « *Existen algunas leyes que la lex fori o sus jueces consideran de tal importancia, que son aplicables inmediatamente o directamente, sin siquiera entrar a considerar las reglas de conflicto. Esto sólo ocurre cuando las normas se refieren a un asunto en el que ese estado tiene un gran interés en aplicar su propio derecho, cuando hay un fuerte principio de orden público que impide la aplicación de ningún otro derecho más que el del foro.* », C. Fresnedo de Aguirre, "La autonomía de la voluntad en la contratación internacional", Fundación de Cultura Universitaria, 1era ed., 1991, p. 89.

<sup>147</sup> « Le fait que les clauses d'ordre public s'abstiennent en général de définir leur contenu véritable est le signe que cette notion est difficile à cerner », A. Bucher : « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 239 (1993-II), spéc. n° 4.



Lagarde affirmait : « le contenu de la notion d'ordre public ne fait pas partie de la définition juridique de celle-ci »<sup>148</sup>. Une telle observation se vérifie car la double variabilité, rend la définition de l'ordre public par son contenu difficile voire impossible. Dès lors, la doctrine a abandonné l'intention d'établir une liste exhaustive des règles par lesquelles se manifesterait l'ordre public. Cette possibilité écartée, les constructions doctrinales se sont concentrées sur l'identification des éléments constituant l'ordre public international. Deux éléments susceptibles de composer l'ordre public international ont été décelés : les valeurs et les objectifs<sup>149</sup>. La question sur les composantes de l'ordre public international a provoqué une scission doctrinale qui n'est pas définitivement résolue. Il est possible d'observer que les doctrines française et mexicaine n'ont pas adopté une théorie à l'unanimité concernant les composantes de l'exception d'ordre public<sup>150</sup>.

**18.** Néanmoins, deux courants peuvent être identifiés : pour l'un, l'exception d'ordre public a pour fonction de protéger uniquement les valeurs du for (B) ; pour l'autre, le mécanisme se doit de protéger simultanément les valeurs<sup>151</sup> et les objectifs (A). Nous étudierons successivement ces deux thèses.

### A. La thèse de l'unification des rôles

**19.** La thèse de l'unification des rôles admet que le contenu protégé par l'exception d'ordre public, et d'ailleurs celui protégé par le mécanisme des lois de police, se compose d'un ensemble de valeurs et d'objectifs. Elle donne lieu à une confusion importante lorsqu'elle constate que les mécanismes liés à l'ordre public conduisent à un résultat similaire, la

<sup>148</sup> P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1952, p. 8.

<sup>149</sup> Pour une analyse des divers fondements proposés par les auteurs français cf. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008, pp. 108-115. L'auteur affirme que : « C'est à P. Lerebours-Pigeonnière que l'on doit, à notre connaissance, le premier ensemble de ce type. L'exception d'ordre public servirait ainsi, d'après cet auteur, à la défense d'un diptyque constitué, d'une part, du « droit naturel (*lato sensu*) » et, d'autre part, des « fondements politiques et sociaux de la civilisation française » aussi appelés « intérêts vitaux de l'État français ». A ces deux premiers éléments, aurait été adjoint un troisième, la « sauvegarde de certaines politiques législatives », sous l'autorité de H. Batiffol ce qui aurait donné naissance à l'ensemble Lerebours-Pigéonnière-Batiffol. » Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n° 202, page 113.

<sup>150</sup> D'autant plus que les constructions doctrinales divergent entre chaque auteur avec de subtilités particulières. Sur les différents points de vue concernant les fondements en doctrine française voir Remy pp. 204-206 Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 206, page 115 : « En sus du désaccord sur le nombre des fondements, il faut constater des fluctuations sensibles sur la dénomination des différents fondements de l'exception d'ordre public proposés par la doctrine ».

<sup>151</sup> Comme l'exprimait Francescakis, « complément indissociable de la règle de conflit, la notion d'ordre public commande l'ensemble de l'opération. Elle intervient, en effet, le cas échéant, pour écarter l'application effective d'une loi étrangère rendue en principe applicable par la règle de conflit. Elle intervient chaque fois que cette loi étrangère est contraire à certains principes fondamentaux (et donc non nécessairement écrits) de l'ordre juridique du for saisi. » Francescakis Ph. « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 2.

dérogação à la loi normalement applicable<sup>152</sup>. Ainsi, en partant de la prémisse d'un résultat identique, cette thèse conclut à l'identité des composantes. En d'autres termes et selon la théorie dualiste, les mécanismes liés à l'ordre public protègent, sans spécificité, un contenu composé par des valeurs et des objectifs. Une telle thèse est lourde en conséquence, il convient donc d'analyser : son postulat (1) et ses conséquences (2).

### *1. Le postulat de la thèse*

**20.** A l'origine, la doctrine française, notamment par les travaux de Lerebours-Pigeonnière<sup>153</sup> et du doyen Batiffol<sup>154</sup>, admettait l'aptitude de l'exception d'ordre public à défendre les valeurs fondamentales mais également la sauvegarde de certaines politiques législatives<sup>155</sup>. Ainsi, il demeurerait envisageable pour le juge français d'écarter la loi étrangère désignée comme compétente par sa règle de conflit lorsque celle-ci serait inconciliable avec une politique législative poursuivie par son for.

**21.** En France, certains auteurs s'interrogent sur la pertinence de la distinction entre l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police, par la critique du mode opératoire<sup>156</sup> ou par le déni de l'existence de cette catégorie<sup>157</sup>. Dans sa thèse, M. Heuzé soutient par exemple, que

<sup>152</sup> Pour les effets des mécanismes liés à l'ordre public voir *infra* § 68 et s. (exception d'ordre public), et § 237 et s. (lois de police).

<sup>153</sup> P. Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> éd., 1959, n<sup>os</sup> 378 et 380.

<sup>154</sup> H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, 1949, n<sup>os</sup> 359 et 360. Une présentation de leur théorie est avancée dans la thèse de M. Nord : « Une présentation, devenue classique, a été faite par deux auteurs, Lerebours-Pigeonnière et Batiffol et sert de référence à l'heure actuelle dans ce domaine. Selon ces auteurs, l'ordre public international peut être divisé en deux branches distinctes. Tout d'abord, l'exception peut intervenir pour empêcher l'application de lois étrangères contraires aux « principes de droit naturel ». Ainsi, d'après Lerebours-Pigeonnière, l'exception va réagir « contre l'application de lois étrangères qui méconnaîtraient les principes de droit public ou privé communs aux nations civilisées ». Il s'agit par conséquent de défendre des principes fondamentaux, sur lesquels repose la société française et qui sont partagés par toutes les nations dites civilisées... l'ordre public international ne peut jamais être que français et non réellement international », N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003, page 25, n<sup>os</sup> 46 et 47.

<sup>155</sup> « La doctrine qui reste peut-être dominante en France est, cependant, d'un autre avis ; depuis Lerebours-Pigeonnière, dont l'opinion a été reprise et développée par H. Batiffol, il est enseigné que l'ordre public remplit en réalité au moins deux fonctions bien distinctes : la défense des valeurs fondamentales ou des principes fondamentaux de l'ordre juridique français certes, mais aussi la « sauvegarde de certaines politiques législatives », qui ne se rattachent pas aux valeurs sur lesquelles un consensus existe au sein de la société française. », P. Kinsch, « La 'sauvegarde de certaines politiques législatives', cas d'intervention de l'ordre public international ? », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 447. M Kinsch observe que l'évolution de la pensée de M. Lagarde dans la 8<sup>e</sup> éd., 1993, n<sup>o</sup> 363, pour qui la distinction proposée « n'a pas de valeur explicative ou prospective » ; une description proche de celle de Batiffol est celle donnée par Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 2007, n<sup>o</sup> 200 et par B. Audit, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd., Economica, 2006, n<sup>os</sup> 312 et 313.

<sup>156</sup> V. A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse Paris, 1979.

<sup>157</sup> Pour M. Heuzé « la catégorie des lois de police n'existe pas, [...] le phénomène que, sous cette dénomination, l'on prétend décrire, ne constitue en aucune façon l'illustration de l'ingérence d'une « méthode » autonome du droit international privé dans un cadre conflictualiste : il se borne à traduire le jeu de l'exception classique de l'ordre public international », V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux (Étude critique des méthodes)*, GLN Joly, préf. P. Lagarde, 1990, n<sup>o</sup> 409, p. 191. L'auteur se montre favorable à une absorption



la distinction entre les mécanismes liés à l'ordre public ne revêt d'aucun intérêt, et considère l'explication du phénomène des lois de police par la théorie de l'ordre public international. Cependant, la protection des valeurs et des politiques législatives, comme composantes du contenu, n'est pas réfutée<sup>158</sup>.

**22.** En droit mexicain, il est fait référence à la fonction consistant à entraver l'application d'une « norme étrangère pour être considérée nocive à la collectivité »<sup>159</sup>. M. Pereznieto Castro<sup>160</sup> adopte la thèse dualiste telle qu'évoquée par Lerebours-Pigeonnière, selon laquelle l'ordre public permet de sauvegarder, avec les valeurs essentielles du for, certaines politiques législatives, sans dissocier une protection spécifique par l'un ou l'autre des mécanismes liés à l'ordre public.

**23.** La théorie dualiste est volontiers acceptée par la doctrine en dehors de la France ou du Mexique. Dans la perspective comparatiste il est possible d'observer qu'en *common law* la notion de *public policy* est indissociable de l'idée de souveraineté qui permet au juge d'appliquer « tous les règlements que lui, souverain territorial, considère comme essentiels pour la sécurité, la morale et le bon gouvernement de son territoire »<sup>161</sup>. Cette idée de souveraineté permettrait d'appliquer la grille de lecture caractéristique de la théorie dualiste si l'on admet que l'État est souverain à la fois de la protection de ses valeurs mais aussi de ses politiques législatives. En effet, la notion de souveraineté possède une forte incidence tant dans l'exception d'ordre public que dans le mécanisme de lois de police<sup>162</sup>. Ayant rappelé le postulat de la théorie dualiste, il convient d'évoquer ses conséquences.

---

pure et simple, c'est à dire une fusion, des lois de police et de l'exception d'ordre public. Rapp. Mercadal « Droit des affaires – Contrats et droits de l'entreprise », *Mémento Pratique Francis Lefebvre*, 9<sup>e</sup> éd., 2001, lorsqu'il affirme que « selon la terminologie du droit international, les règles qui s'imposent aux particuliers sont, selon le cas, d'ordre public, impératives, publiques, de police ou d'application immédiate. Pour nous, elles présentent toutes la même caractéristique : les parties ne peuvent pas y déroger. C'est pourquoi nous les confondrons toutes dans nos développements sous l'expression « ordre public » n° 3318.

<sup>158</sup> Analysant la thèse de M. Heuzé, B. Remy affirme : « Or, pour cet auteur, l'un des fondements de l'ordre public international, le seul d'ailleurs qui correspondrait aux hypothèses parfois dites des lois de police, est la sauvegarde de certaines politiques législatives du for. » Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n° 221, page 121.

<sup>159</sup> « *Sin embargo, es claro que su función consiste en impedir la aplicación de una norma extraña que se considera perjudicial para la colectividad y utilizar, en sustitución, los ordenamientos jurídicos nacionales.* » F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional privado, Parte General*, OUP, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 5<sup>ème</sup> éd., 2013, p. 188.

<sup>160</sup> L. Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, septima edición, Colección textos jurídicos universitarios, OUP, México, 1999, p. 158.

<sup>161</sup> Th. H. Healy : « Théorie générale de l'ordre public », *Recueil des cours*, tome 9 (1925), p. 412.

<sup>162</sup> Pour une analyse des rapports entre souveraineté et lois de police voir, J. Foyer, « Lois de police et principe de souveraineté », *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 339-358. L'auteur observe que la notion de souveraineté n'est plus omniprésente en droit international privé sans être pour autant absente, elle s'exprime précisément dans les lois de police mais risque de se voir limitée en France, par le droit communautaire.

## 2. Les conséquences de la théorie de l'unification des rôles

24. La principale conséquence de la théorie dualiste est la confusion qui conduit à réfuter la pertinence de la dissociation des mécanismes liés à l'ordre public. En effet, il fut un temps où il était accepté que l'exception d'ordre public permette de protéger de manière concomitante les valeurs essentielles du for et certaines politiques législatives, ainsi un seul mécanisme absorbait la dualité des composantes actuellement reconnues à l'ordre public comme contenu<sup>163</sup>. En France, la thèse dualiste trouvait sa justification dans l'air d'un temps révolu. Au Mexique en revanche, ses réminiscences brouillent encore les constructions doctrinales et empêchent d'apercevoir les avantages d'une dissociation des composantes (valeurs et objectifs) protégées corrélativement par deux mécanismes liés à l'ordre public : l'exception d'ordre public et les lois de police.

25. La confusion au sein de la théorie dualiste concerne autant les mécanismes que leurs composantes, l'identification entre les deux mécanismes traduisant l'ordre public ou au contraire un mécanisme unique pour protéger deux composantes<sup>164</sup> n'en est que plus confuse. Les critiques de cette thèse s'organisent autour de deux arguments principaux. Premièrement, la conséquence peu souhaitable de voir l'ordre public appréhendé comme un critère de rattachement ordinaire du for et deuxièmement, la possibilité de l'octroi de la qualification d'ordre public au terme d'une analyse purement nationale<sup>165</sup>. Ces critiques se retrouvent à l'origine de la théorie la plus largement acceptée en l'actualité, la théorie moniste.

### B. La thèse de la répartition des rôles

26. Par l'emploi de la méthode inductive, la doctrine française a distingué les fondements de l'exception d'ordre public international et du mécanisme des lois de police. Ainsi, il fut admis que l'exception d'ordre public protège un ensemble de valeurs essentielles du for, tandis que

<sup>163</sup> Ainsi donc, l'exception d'ordre public en France fut utilisée pour justifier la protection d'objectifs législatifs en même temps que de valeurs fondamentales. Cette période semble avoir été nécessaire : le mécanisme *unilatéral* des lois de police ne fut redécouvert que dans les années soixante. En ce sens voir 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. 65-66 : « Les contours de l'exception étaient alors bien différents de ce qu'ils sont devenus : selon les auteurs, les lois internes considérées comme essentielles devaient être qualifiées de lois d'ordre public, et leur application s'en trouvait en conséquence d'extension territoriale : de là venait qu'elles s'imposaient à l'encontre des lois étrangères normalement applicables au statut personnel ou au statut réel ».

<sup>164</sup> « C'est ainsi qu'une dualité de mécanismes traduisant l'ordre public succéda une dualité de fondements servis par l'exception d'ordre public international... Subtilement, on était ainsi passé d'un fondement unique servi par deux instruments distincts à un instrument unique, aux modalités diverses, assigné à deux fondements distincts. » Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008, n° 255, page 138.

<sup>165</sup> « Autant dire que l'ordre public international n'était alors que la projection dans les relations internationales de conceptions impératives nationales », 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. 66.

les lois de police se rendent aptes à sauvegarder des objectifs, plus spécifiquement des politiques législatives. En France la thèse de M. Remy a consolidé cette théorie par l'emploi simultané de la méthode inductive et déductive. Il convient donc d'essayer de restituer la thèse de M. Remy (1) car elle a permis d'expliquer le problème de l'enchevêtrement des mécanismes liés à l'ordre public (2) sans s'affranchir totalement de la difficulté de l'identification des valeurs susceptibles d'être protégées par le mécanisme d'exception (3).

### *1. La thèse de Benjamin Remy*

**27.** Le travail de M. Remy nous a permis de mieux appréhender l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police en droit international privé. Accueillie et louée par certains, critiquée par d'autres, sa thèse est riche à multiples égards. En essayant de rester fidèle à l'argument développé par l'auteur nous rappellerons les étapes de son raisonnement concernant les fondements des mécanismes liés à l'ordre public.

**28.** Tout d'abord, l'auteur rappelle que le droit international privé est susceptible d'être perçu comme un droit « régulateur d'intérêts »<sup>166</sup> et adopte l'hypothèse selon laquelle le fondement de la règle de conflit bilatérale réside dans deux intérêts distincts : l'intérêt des parties et l'intérêt étatique. Plus spécifiquement, concernant l'intérêt des parties, il s'agit de leur intérêt à voir leur comportement apprécié à l'aune d'une norme qu'elles croient applicable et non leur intérêt substantiel<sup>167</sup> qui doit être pris en compte. Quant à l'intérêt étatique, celui-ci rend compte de la volonté de l'auteur de la norme à voir sa production normative appliquée<sup>168</sup>.

L'identification de ces intérêts lui a ensuite permis de discerner les fondements des mécanismes liés à l'ordre public. Ces fondements devant s'exprimer sur le même registre, en termes d'intérêts. Ainsi M. Remy conclut, grâce à la méthode déductive, que l'exception d'ordre public et le mécanisme de lois de police ont pour fondements possibles un intérêt étatique ou l'intérêt des parties à ne pas voir leur système axiologique heurté<sup>169</sup>. Puis, par l'emploi de la méthode inductive, l'auteur procède à la sélection parmi l'ensemble des possibilités relatives aux

<sup>166</sup> B. Remy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, *op. cit.*, p. 419, n° 823.

<sup>167</sup> B. Remy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008, n° 147, page 80.

<sup>168</sup> « Ces deux types d'intérêts nous semblent traduire deux considérations qui permettent de rendre compte du phénomène juridique : la croyance des destinataires de la norme à l'application de celle-ci, d'une part, et la volonté de l'auteur de la norme à l'application de celle-ci, d'autre part. », B Remy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, *op. cit.*, n° 171, page 97.

<sup>169</sup> Il est précisé aussi que les fondements de l'exception d'ordre public et du mécanisme des lois de police doivent être exprimés en termes d'intérêts, son fondement ne peut pas être l'intérêt substantiel de l'une des parties ni l'intérêt des parties à voir leur comportement apprécié à l'aune des normes qu'elles croyaient applicables. B. Remy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, *op. cit.*, 2008, n° 182, page 101 ; affirmation reprise dans sa conclusion générale n° 823, p. 420.

fondements de l'exception d'ordre public et du mécanisme des lois de police<sup>170</sup>. Ainsi, souvent antagonistes au principe de l'autonomie de la volonté, l'exception d'ordre public et les lois de police partagent leur genèse dans la volonté de l'auteur de la norme de voir sa production normative appliquée.

Quant à leurs fondements, l'exception d'ordre public est généralement rattachée aux valeurs<sup>171</sup>, alors que le mécanisme des lois de police rend compte de l'existence d'objectifs<sup>172</sup>, « cette dernière catégorie serait donc seule apte à prendre à charge ces « politiques législatives » dont la sauvegarde a été parfois... confiée à l'exception d'ordre public, notamment par Lerebours-Pigeonnière et Batiffol »<sup>173</sup>. Ainsi M. Remy pose les bases d'une spécialisation des mécanismes liés à l'ordre public, d'une réassignation des rôles, conséquence d'une « irrépressible dualité », et réussit à convaincre par la répartition de « tâches », de la différence des mécanismes en leur reconnaissant des fondements et des méthodes propres<sup>174</sup>.

**29. La division des postures quant à la thèse de B. Remy.** Cette réassignation des rôles des mécanismes d'éviction a su emporter l'adhésion d'une partie importante de la doctrine qui était prête à accepter un *bilatéralisme de principe*<sup>175</sup> susceptible d'être corrigé. En revanche, une posture différente à l'égard des fondements des mécanismes liés à l'ordre public est présentée par M. Kinsch<sup>176</sup>. On remarquera qu'il s'agit d'une observation différente sans que celle-ci ne

<sup>170</sup> B. Remy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, *op. cit.*, n° 183-184, p. 102.

<sup>171</sup> Voir Remy, *op. cit.*, n° 208-313. Rapp. R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in « L'ordre public à la fin du XXe siècle », Dalloz, 1996, p. 65 : « Bien plutôt, ce qui provoque la répulsion du for, c'est la mise en présence d'institutions avec lesquelles il ne se reconnaît aucune communauté de fond et qui en tant que telles le heurtent moins par les choix fondamentaux qu'elles opèrent que par l'impossibilité à y reconnaître un minimum de valeurs partagés ».

<sup>172</sup> B. Remy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, *op. cit.*, p. 422.

<sup>173</sup> H. Muir Watt, *Rev. crit. DIP*, 2008. 717 : « En soi, et tant que l'on reste, comme le fait résolument l'auteur, dans les confins d'un bilatéralisme de principe, pareille réassignation des rôles des deux mécanismes d'éviction des règles de rattachement ou de reconnaissance des normes étrangères ne peut guère que susciter l'adhésion, tant il semble naturel en effet d'associer la poursuite d'une politique ou finalité législative impérative au phénomène des lois d'application nécessaire plutôt qu'à l'exception d'ordre public, au contenu indéterminé, mouvant et valoriste ».

<sup>174</sup> « L'hypothèse que nous avançons consiste à soutenir que nous sommes en pleine période de spécialisation de ces instruments. L'irrépressible dualité ainsi constatée au cours de l'histoire – dualité que la doctrine a tenté de contenir tout d'abord par le biais d'un fondement commun puis sous le couvert d'un mécanisme commun – nous incite à admettre la fissibilité totale des instruments étudiés, tant sur le plan des fondements que sur celui des méthodes », Remy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, *op. cit.*, p. 139, n° 256.

<sup>175</sup> H. Muir Watt, *Rev. crit. DIP*, 2008. 717. Également, M. Forteau, « L'ordre public « transnational » ou « réellement international. - L'ordre public face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public », *JDI*, 2011, p. 3 s, spéc. n° 17 s., notamment lorsqu'il affirme : « certaines institutions du droit international privé restent assujetties semble-t-il à la compétence exclusive de l'État du for et de son droit interne. Il en va ainsi de l'exception d'ordre public international qui, parce qu'elle a vocation à protéger les valeurs du for par rapport aux atteintes que pourrait lui porter l'application du droit étranger... ».

<sup>176</sup> « La théorie de la sauvegarde des politiques législatives telle qu'elle a été développée par Lerebours-Pigeonnière et Batiffol a trait à l'ordre public d'éviction au sens le plus traditionnel, et les exemples donnés sont tous tirés du statut personnel : mariage, divorce, filiation », P. Kinsch, « La 'sauvegarde de certaines politiques législatives', cas d'intervention de l'ordre public international ? », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres*

soit pour autant diamétralement opposée. D'une part, l'auteur refuse la possibilité pour l'exception d'ordre public de protéger des politiques législatives du for, ce qui semble aller dans le sens de la réassignation des rôles proposée par la thèse de M. Remy. D'autre part, après avoir effectué le rappel des termes classiques énoncés par le doyen Batiffol, l'auteur relève que la théorie de la sauvegarde des politiques législatives repose uniquement sur des exemples tirés du statut personnel. Selon M Kinsch, l'adoption d'une théorie unitaire de la fonction de l'ordre public présente des avantages réels pour le droit international privé comparé et constate que dans certains pays, la jurisprudence garde une approche unitaire de la fonction de l'ordre public<sup>177</sup>. L'approche adoptée par l'auteur vise à démontrer que dans les exemples de jurisprudence des juridictions suprêmes analysés, nulle trace existe « d'un deuxième cas d'intervention de l'ordre public, qui serait constitué par la sauvegarde de certaines politiques législatives contestées dans la société de l'État du for »<sup>178</sup> et seule la protection des valeurs fondamentales serait assurée par l'exception d'ordre public.

À propos de la réassignation des rôles des mécanismes liés à l'ordre public, M Bucher qui conçoit l'ordre public comme une source de règles de conflit, s'oppose à la théorie dualiste et refuse de « créer une division des concepts par des distinctions fondées sur des a priori idéologiques sans repère de la réalité »<sup>179</sup>. Selon l'auteur, l'erreur consiste à « soutenir que l'appréciation de l'ordre public dépend de seules valeurs individuelles du juge et des parties »<sup>180</sup>.

---

*juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 447. Nous y reviendrons sur cette hypothèse pour traiter du phénomène de la cristallisation avancé par M. d'Avout, voir *infra* § 311 et s.

<sup>177</sup> « En dehors de la France, dans les pays où la jurisprudence a l'habitude de fournir « les motifs de ses motifs », elle définit de manière unitaire la fonction de l'ordre public, par référence aux valeurs fondamentales de l'ordre juridique », P. Kinsch, « La 'sauvegarde de certaines politiques législatives', cas d'intervention de l'ordre public international ? », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, pp. 450 et 451. L'auteur prend exemple dans les cas de l'Allemagne, la Suisse et l'Italie. L'auteur cite aussi le cas anglo-américain « traditionnellement plus réticent que les droits de l'Europe continentale à manier l'exception d'ordre public : un membre de la Chambre des lords a pu énoncer, dans un arrêt rendu en 2002, que « *blind adherence to foreign law can never be required of an English court. Exceptionally and rarely, a provision of foreign law will be disregarded when it would lead to a result wholly alien to fundamental requirements of justice as administered by an English court* ». *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company*, [2002] UKHL 19, [2002].

<sup>178</sup> P. Kinsch, « La 'sauvegarde de certaines politiques législatives', cas d'intervention de l'ordre public international ? », *op. cit.*, p. 452.

<sup>179</sup> A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé : cours général », *Recueil des cours*, volume 330, tome 341, 2009, p. 177, n° 104 (p. 235 Livres de poche).

<sup>180</sup> « Or, comme l'auteur l'admet lui-même, un objectif est un produit dérivé des valeurs (pp. 296, 422). On ne peut donc admettre que les « lois de police » seraient dépourvues de valeurs et de ce fait rigoureusement distinctes de l'ordre public. L'erreur consiste ensuite à soutenir qu'une valeur puisse se suffire à elle-même pour produire un effet de droit, au point que l'appréciation de l'ordre public dépend des seules valeurs individuelles du juge et des parties (pp. 235-238, 258-262, 423). Pour sauvegarder ce que l'auteur qualifie la « croyance » dans la méthode savignienne (pp. 72-80, 223), il faudrait encore croire que l'État n'a aucun objectif à poursuivre lorsqu'il entend préserver son ordre public, ne fût-ce que celui fondé sur les droits fondamentaux et de l'homme. Où va t-o-n ? », A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé : cours général », *Recueil des cours*, volume 330, tome 341, 2009, p. 177 note en bas de page 362. Dans la thèse du cumul de fonctions on trouve aussi, A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 215-248.

Ainsi, l'ordre public par son mécanisme d'exception protégerait de manière indistincte les valeurs et les objectifs. Dans la construction de son argument, l'auteur reprend l'affirmation de M Remy selon laquelle les objectifs constituent un produit dérivé des valeurs, ainsi, les lois de police ne seraient pas dépourvues des valeurs. L'auteur soutient également que l'État poursuit certains objectifs lorsqu'il protège son ordre public et conclut à la nécessaire appréciation de la protection de l'ordre public (et les droits fondamentaux afférents) comme une protection des objectifs. Les arguments avancés par MM Kinsch et Bucher cherchent, de notre point de vue, à simplifier l'appréhension de l'ordre public par une unification de concepts. Cette opération n'est pas nécessaire, dès lors que la thèse de la répartition des rôles permet d'expliquer l'enchevêtrement des mécanismes liés à l'ordre public.

## *2. L'explication apportée par la théorie de la répartition des rôles à l'enchevêtrement de mécanismes*

**30.** La doctrine reconnaît à Bartin le mérite d'avoir mis à jour « la dualité des mécanismes qui habitait la notion d'ordre public international »<sup>181</sup>, puis à Maury<sup>182</sup> et à M. Lagarde<sup>183</sup> l'approfondissement de ces travaux. Il est actuellement accepté en doctrine française que l'ordre public se manifeste de deux manières différentes en droit international privé. Or, cette dissociation de manifestations ne fut pas toujours admise. Au contraire, la confusion régnait

<sup>181</sup> « C'est à Bartin que revient le mérite d'avoir clarifié la notion. Dans ses *Études*, il démontra que l'ordre public international n'intervient pas dans l'élaboration de la règle de conflit mais simplement pour remédier à l'application des lois étrangères lorsqu'elles sont manifestement injustes ou odieuses. En d'autres termes, il ne constitue pas une catégorie de rattachement mais une exception à l'application de la loi étrangère normalement compétente (*Études de droit international privé*, 1899, p. 209 et 235) », Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, n° 19, spéc. 10. Voir aussi R. Libchaber, *L'exception d'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, p. 66 : « C'est à Bartin que l'on doit d'avoir remis en cause cette vision de l'ordre public international, en montrant que son fonctionnement effectif dans la jurisprudence des tribunaux l'apparentait en réalité à une exception à l'application régulière des lois étrangères désignées par la règle de conflit. » V. E. Bartin, « Les dispositions d'ordre public, la théorie de la fraude à la loi, l'idée de communauté internationale », *Rev. dr. int. lég. comp.* 1897. 385 et 613 et *Principes de droit international privé*, Paris 1930, § 90 et s., p. 239. V. aussi Bartin, *Principes*, t. 1, § 93 ; Niboyet, *Traité de droit internat. privé*, t. 3, n° 1020, p. 488 ; Lerebours-Pigeonnière, *Précis de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., n° 264.

<sup>182</sup> Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.

<sup>183</sup> P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, LGDJ, Bibl. de droit privé, t. 15, préf. H. Batiffol, 1959. « En France, au moins depuis la thèse de Paul Lagarde, les deux exceptions sont tenues pour non fongibles et spécialisées : aux standards juridiques correspond l'ordre public d'éviction de la loi étrangère ou des décisions ; aux règles impératives peut s'appliquer le mécanisme de rattachement immédiat, en « sur mesure », propre aux lois de police. Ces certitudes théoriques ne sont néanmoins pas toujours vérifiées en pratique et les auteurs des règles de droit international privé, bien souvent, sont tentés par l'assimilation (voy., actuellement, les projets de règlements européens sur les régimes matrimoniaux et les aspects patrimoniaux des partenariats organisés, version amendée par le Parlement européen ; voy. aussi le rapprochement à l'œuvre dans le projet de principes de La Haye sur la loi applicable aux contrats internationaux, version 2012, art. 11). La doctrine continue donc à explorer les facteurs de rapprochement et de démarcation. », L. d'Avout, « Les lois de police », in T. Azzi et O. Boscovic (dir.), *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.



car, comme nous l'avons évoqué préalablement<sup>184</sup>, on admettait la constitution de l'ordre public par deux composantes sans distinguer des mécanismes spécifiques à chacun d'entre elles. Ainsi donc, cette confusion des composantes<sup>185</sup> s'est traduite par une confusion des mécanismes, jusqu'à ce que la thèse de M. Remy apporte une explication.

**31.** Son argument se construit sur une approche diachronique des conclusions doctrinales<sup>186</sup> constatant l'emploi, dans un premier temps, d'un seul vocable afin d'évoquer le phénomène des règles dont on dégage le champ d'application spatial au regard de leur contenu et qui évoque le mécanisme des lois de police ainsi que le mécanisme de rejet d'une norme étrangère eu égard à sa teneur, cette dernière figure correspondant à ce que l'on entend par exception d'ordre public.

**32.** L'évolution de la pensée vers le départage des fondements s'explique en grande partie par la spécialisation des mécanismes liés à l'ordre public. En effet, une analyse rétrospective permet à M 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 »<sup>187</sup>. L'auteur considère que si l'exception d'ordre public en droit international privé a pu regagner la fonction qui lui avait été réservée par Martin, c'est-à-dire celle de la protection des valeurs, grâce à deux phénomènes. En premier lieu, l'évolution des méthodes du droit international privé a permis de desserrer le lien entre l'exception d'ordre public et l'impérativité<sup>188</sup>, et notamment parce que l'emploi des lois de police et des règles de conflit à

<sup>184</sup> Voir *supra* n° 19-23.

<sup>185</sup> Non seulement en France mais aussi en autres doctrines. Voir par ex. A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 229 : « *Since internationally mandatory rules are designed to correct the results of bilateral choice-of-law rules when a fundamental interest of the forum is at stake, their function is very close to the traditional ordre public exception* ».

<sup>186</sup> Voir B. Remy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, *op. cit.*, n°s 254-257, pp. 136-140. Voir spécifiquement n° 225, lorsque l'auteur affirme : « C'est ainsi au service d'un fondement unique – l'ordre public – que coexistaient deux instruments sensiblement distincts. C'est à E. Martin que l'on doit d'avoir mis à jour la dualité de mécanismes qui habitait la notion d'ordre public international ».

<sup>187</sup> R. Libchaber, *L'exception d'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, p. 67.

<sup>188</sup> Le parcours évolutif des mécanismes a permis au mécanisme de lois de police de gagner sa place au sein du droit international privé. Les lois de police sont apparues comme des moyens pour faire prévaloir des objectifs législatifs au for dans les relations internationales. Nonobstant, l'exception d'ordre public a subi aussi une modification de fonctionnement qui lui a permis de se figer sur les valeurs. Dans son analyse de M. Libchaber constate que le détachement de l'« impérativité » de l'exception d'ordre public viendrait s'accommoder ensuite au mécanisme des lois de police. En mots de l'auteur : « Procédé de nature particulière, les lois de police ont pu assumer ouvertement, depuis leur redécouverte, une fonction qui tendait parfois, à tort, à être dévolue à l'exception d'ordre public : traduire dans l'ordre international une certaine impérativité tirée de l'ordre interne. » R. Libchaber, *L'exception d'ordre public en droit international privé*, *op. cit.* p. 70.

Selon l'auteur un rapprochement peut être fait avec les règles à coloration matérielle, c'est-à-dire le cas des règles de conflit avec une multiplication d'options dont l'idée est de proposer au moins une loi favorable à un objectif spécifique, de manière à que celui-ci soit réalisé. Ainsi il a affirmé que « la diffusion des objectifs du for par le canal de la règle de conflit à coloration matérielle a pu dégager l'ordre public de toute intervention destinée à réaliser ces objectifs nationaux », *op. cit.*, p. 71.

coloration matérielle a rendu possible d'éviter l'intervention de l'exception d'ordre public<sup>189</sup> afin de protéger des objectifs nationaux. En second lieu, l'évolution du domaine d'intervention de l'exception<sup>190</sup> qui serait à la fois rétréci car limité à la protection des valeurs mais élargi par recours aux valeurs partagées par d'autres pays culturellement homogènes.

**33.** Il est intéressant de noter qu'en doctrine mexicaine le besoin de développer une construction théorique autour de l'exception d'ordre public ne s'est fait ressentir que trop tard car la tradition territorialiste empêchait toute application de la loi étrangère<sup>191</sup>. Néanmoins, la théorie de la répartition des rôles des mécanismes liés à l'ordre public est admise dès lors que, pour expliquer le fondement du mécanisme d'exception, il est affirmé que son emploi est justifié quand la loi étrangère est contraire aux *principes fondamentaux* du for<sup>192</sup>. Il est aussi affirmé que la contrariété avec les principes et les institutions de droit mexicain doit être « manifeste » et une simple différence entre dispositions matérielles, étrangère et mexicaine, ne saurait justifier l'application de l'exception<sup>193</sup>. La grille de lecture proposée par la thèse de M. Remy sur la réassignation des rôles des mécanismes liés à l'ordre public semble donc transposable à la doctrine mexicaine. Ainsi, une base commune est établie pour l'analyse du mécanisme d'exception dans les systèmes juridiques français et mexicain : ce mécanisme se préoccupait de la protection des valeurs du for, reste à déterminer celle qui méritent une telle protection.

---

<sup>189</sup> « La diversification des méthodes de détermination de la loi applicable à une situation internationale a ainsi entraîné une moindre sollicitation de l'exception d'ordre public. Ces méthodes nouvelles s'étant chargées de manifester dans les relations internationales des objectifs essentiels du for, l'exception d'ordre public a pu être bien moins investie dans ce rôle qu'elle l'avait été autrefois », R. Libchaber, *op. cit.*, p. 71.

<sup>190</sup> « Le visage de l'exception d'ordre public international a donc profondément changé dans les dernières années. Bien moins préoccupée de réaliser les objectifs législatifs du for, bien moins soupçonnée d'être le vecteur d'un quelconque impérialisme du droit français, cette exception a connu une double évolution apparemment contradictoire. D'une part, un certain rétrécissement de son domaine d'intervention, l'ordre public se chargeant moins d'assurer les objectifs législatifs du for, pour se limiter au respect d'un certain nombre de valeurs intangibles qui seules justifient l'éviction des lois étrangères. Mais d'autre part, un élargissement du cadre de référence où ces valeurs sont inscrites, par recours aux valeurs partagées par d'autres pays culturellement homogènes. », R. Libchaber, *L'exception d'ordre public en droit international privé*, *op. cit.* p. 81.

<sup>191</sup> Cette caractéristique n'est pas exclusive du système juridique mexicain, elle se retrouve de manière générale en Amérique latine. En effet, lors de son analyse sur la Convention de Mexico le Professeur Juenger constate que le principe de l'autonomie des parties est arrivé en retard dans le continent américain où pendant longtemps il était interdit. Cette interdiction demeura possible grâce aux juges mais aussi grâce à l'hostilité de la doctrine. Voy. F.K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons », *The American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, pp. 386 et 387.

<sup>192</sup> N. González Martín et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho internacional privado Parte general*, UNAM, Nostra Ed., 2010, p. 163 et s.

<sup>193</sup> N. González Martín et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 164 : « *debemos mencionar que la contradicción con los principios e instituciones del derecho mexicano debe ser manifiesta. De tal forma que una mera diferencia entre la disposición material estatal extranjera y una mexicana no justifica la alegación de esta figura excepcional* ».



### 3. Le problème de l'identification des valeurs

**34.** L'identification des valeurs susceptibles de protection par l'exception d'ordre public est un travail doté d'intérêt. Ainsi la doctrine a traité la question de savoir quelles valeurs justifient la protection par l'exception d'ordre public. Toutefois, les constructions doctrinales dans leur dernier état ne permettent pas de conclure à une liste, ne serait-ce qu'approximative, de ces valeurs. Au mieux, certains critères ont pu être dégagés à l'aide desquels le juge pourrait les identifier. Concernant les valeurs susceptibles d'être protégées, un phénomène relativement récent apporte un indice de réponse à leur identification, il s'agit des droits fondamentaux ou droits de l'homme<sup>194</sup>.

En effet, certains cas paraissent relever de l'évidence : tel est le cas de la liberté individuelle qui s'oppose à toute forme d'esclavage moderne<sup>195</sup>. D'autres, le sont de manière plus relative selon la société dont il s'agit : par exemple les cas de répudiation et de la polygamie sont incompatibles avec l'ordre public français et mexicain, mais ne le sont pas avec l'ordre public d'autres systèmes juridiques. On ajoutera qu'en matière contractuelle, les valeurs essentielles du for sont plus difficiles à identifier<sup>196</sup>.

**35.** Au vu de ces constatations, ce travail renonce d'emblée à l'établissement d'une liste à chiffre clos des valeurs justifiant le déclenchement de l'ordre public et ce pour une forte raison : l'ordre public est une notion irrémédiablement atteinte de relativité, tant spatiale<sup>197</sup> que temporelle<sup>198</sup>. En effet, on observe un point commun entre les doctrines française et mexicaine dans la difficulté à discerner la notion car elle présente une double variabilité<sup>199</sup>, rendant la

<sup>194</sup> « Un phénomène similaire, mais pas nécessairement identique, est celui de l'intégration des droits fondamentaux ou droits de l'homme dans l'ordre public international. Non pas que la définition du contenu et des limites de ces droits soit facile ; elle se fait, elle aussi, par référence à des valeurs qui peuvent être controversés ou contradictoires... » P. Kinsch, « La 'sauvegarde de certaines politiques législatives', cas d'intervention de l'ordre public international ? », *op. cit.*, p. 453. Nous traiterons de ce phénomène lors de l'étude de l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public, voir *infra* § 352 et s.

<sup>195</sup> Pour un exemple de cette protection dans le conflit de juridictions : V. en France Soc. 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10121, note Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2006. 856, note Pataut et Hammje.

<sup>196</sup> En dehors du cas des contrats de maternité substituée, voir par ex. les arrêts Ass. plén. 31 mai 1991, *D.* 1991. 417, comm. J. Bernard.

<sup>197</sup> Plusieurs efforts ont été menés afin de définir l'ordre public ; cependant, compte tenu de sa variabilité, d'un système juridique à l'autre, les résultats sont inachevés. En ce sens J. L. Siqueiros, « El Orden Público como motivo para denegar el reconocimiento y la ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales », *Pauta Boletín Informativo Del Capítulo Mexicano de La Cámara Internacional de Comercio A.C.*, Mayo 2009, page 33 <http://www.iccmex.mx/pautareducida/pauta59reducida.pdf>.

<sup>198</sup> « On reconnaît, d'autre part, que le contenu de l'ordre public est incessamment sujet à révision. Il n'a ni uniformité, ni permanence. Il varie de pays à pays et, dans un même pays, d'époque à époque. Il n'y a qu'une autorité locale et momentanée. » Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1933. 394.

<sup>199</sup> En ce sens P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 225, « Chaque État fixe pour lui-même, dans le respect de ses engagements internationaux, le contenu de son ordre public international, et l'on conçoit que ce contenu varie, en principe, d'un État à l'autre, et même, pour un État donné, d'un moment à l'autre ». L'auteur nous renvoie à la motivation de la Cour permanente de justice, dans les affaires *Emprunts serbes* et *Emprunts brésiliens*, cf. *CPJI*, 12 juillet 1929, arrêt n°

tâche de figer l'état de l'ordre public impossible<sup>200</sup>. Cependant, la difficulté d'identification des valeurs susceptibles d'être protégées par l'exception d'ordre public ne rend pas la théorisation du mécanisme insurmontable, si l'on admet que le mécanisme d'exception d'ordre public a pour fondement la protection de l'une des composantes de l'ordre public *lato sensu*, les valeurs essentielles au for, quelles qu'elles soient à la place et au moment où cette protection est requise.

**36.** Les constructions doctrinales autour du mécanisme d'exception d'ordre public ont permis d'identifier l'objet de l'exception d'ordre public dans la loi étrangère afin de protéger l'une des composantes de l'ordre public *lato sensu*, c'est-à-dire, les valeurs essentielles au for. La diversité des constructions doctrinales<sup>201</sup> concernant le fondement<sup>202</sup> de l'exception d'ordre public n'est pas ignorée de cette analyse. Néanmoins, la thèse de M. Remy emporte l'adhésion de ce travail car elle permet d'expliquer l'enchevêtrement des mécanismes liés à l'ordre public grâce à ses arguments concernant la réassignation des rôles. De l'analyse des constructions doctrinales au Mexique, il nous est apparu que la grille de lecture proposée par la thèse de M. Remy sur la réassignation des rôles des mécanismes liés à l'ordre public, lui est transposable. Dès lors, une base commune est établie pour l'analyse du mécanisme d'exception dans les systèmes juridiques français et mexicain : ce mécanisme se préoccupe de la protection des valeurs du for. Il est désormais nécessaire de s'intéresser à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public.

## *Section 2. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public*

**37.** Afin d'établir l'identité, base de la comparaison, des mécanismes d'exception d'ordre public tels qu'à l'œuvre dans les systèmes juridiques français et mexicain, il est nécessaire d'observer leur procédé d'intervention. L'homogénéité de fondements, à elle seule, ne saurait suffire à

---

14, Affaire concernant le *Paiement de divers emprunts serbes émis en France*, Série A N° 20/21, spéc. p. 46, et arrêt n° 15, Affaire relative au *Paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France*, spéc. p. 124-125.

<sup>200</sup> T. Healy, « Théorie générale de l'ordre public », *op. cit.*, p. 445, « il ne sera jamais possible de faire de l'ordre public une chose fixe et définie ».

<sup>201</sup> À l'égard de cette diversité, M. Remy affirme « ce serait, cependant, négliger que chacune de ces formulations de l'ensemble des fondements de l'exception d'ordre public se présente, par leur auteur, comme une tentative de parfaire l'œuvre de ses prédécesseurs. La diversité n'est donc pas ici cacophonie. Elle est, en fait, un faisceau d'indices qui approche toujours plus du système que tous cherchent à saisir. » Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n° 230, page 124.

<sup>202</sup> Pour une autre approche du fondement du mécanisme voir J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, spéc. p. 303, n° 17.

affirmer que les mécanismes d'exception d'ordre public sont traités de manière similaire. Ainsi, la question sur la façon dont l'exception d'ordre public est mise en œuvre retiendra notre attention dans cette section. Il nous sera possible d'envisager une réponse par l'analyse de quatre éléments : les conditions à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, le moment d'intervention de l'exception, les éléments confrontés lors de l'intervention du mécanisme d'exception ainsi que ses effets. Nous procéderons par l'analyse des questions préalables à la mise en œuvre, regroupement des deux premiers éléments (§1), puis par celles propres au processus de mise en œuvre (§2).

### **§ 1. Les questions préalables à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public**

**38.** L'exception d'ordre public comprise comme un mécanisme s'explique par une analyse de *cause à effet*. Lorsqu'une valeur essentielle du for est heurtée par l'application d'une loi étrangère, à savoir lorsque la cause est vérifiée, l'éviction de la loi étrangère par le mécanisme d'exception s'ouvre comme possibilité au juge du for, on retrouve donc l'effet. Cependant, tout mécanisme juridique, dépourvu d'un caractère absolu, se voit attribuer un ensemble de conditions à respecter afin d'être susceptible d'intervenir et de manifester ses effets. L'exacte identification de telles conditions et de leur respect est nécessaire à la sécurité juridique. Le mécanisme d'exception n'est pas exempté de ce respect. En effet, diverses anomalies peuvent se présenter, et se rencontrer dans la pratique judiciaire. Néanmoins, la doctrine a su identifier les conditions à la mise en œuvre de l'exception<sup>203</sup>.

#### **A. Les conditions à la mise en œuvre**

**39.** L'identification des conditions de déclenchement de l'exception d'ordre public s'avère indispensable<sup>204</sup> afin d'éviter une application arbitraire ou excessive, conduisant à une éviction

<sup>203</sup> Pour une conceptualisation différente Voir J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », « Le droit entre tradition et modernité », *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, p. 295-310 ; l'auteur affirme que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public obéit à trois étapes : « La première consiste à se demander si la norme étrangère intéresse l'ordre public international français. En cas de réponse négative, le juge peut appliquer la loi étrangère ou accorder l'*exequatur* au jugement étranger. Dans le cas contraire, il doit dans une seconde phase, celle de la confrontation, apprécier la conformité de la norme aux valeurs fondamentales du for. Dans un dernier temps, si le juge décide que la norme est contraire à l'ordre public international, il déclenche l'exception d'ordre public qui produit alors son effet d'éviction », dans ce sens voir aussi P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 9<sup>e</sup> éd., 2010, n° 199 s. ; Comp. H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, n° 354. ; D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. I, 2<sup>e</sup> éd., PUF, 2010, n° 456 s.

<sup>204</sup> Comme le signalait M. Lagarde : « si le juge n'écarte pas une loi étrangère qui est cependant contraire à son ordre public, c'est qu'il n'en a pas le pouvoir, *les conditions du phénomène n'étant pas réunies* ». L'auteur

quasi systématique de la loi étrangère. Les constructions doctrinales concernant cette interrogation ont permis d'identifier trois conditions<sup>205</sup> qui doivent être rappelées : l'extranéité de la loi compétente (1), l'appréciation *in concreto* (2) et une condition spatiale (3).

### *1. La condition d'extranéité de la loi compétente*

**40.** Afin de justifier l'intervention du mécanisme d'exception d'ordre public, la règle de conflit de lois du for doit, impérativement, désigner comme compétente une loi étrangère. Les doctrines française et mexicaine se rejoignent sur ce point<sup>206</sup>. Ainsi, dans l'hypothèse où la règle de conflit du for désignerait sa propre loi comme applicable au litige en cause, l'exception d'ordre public international n'aurait pas lieu d'intervenir. Cette affirmation évidente au premier abord, trouve sa juste valeur lorsque l'on observe que l'opérateur judiciaire n'est pas toujours respectueux de l'orthodoxie doctrinale. Un exemple se retrouve dans la jurisprudence française, notamment dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation dans lequel le recours à l'ordre public a justifié l'éviction de la règle de conflit de juridictions françaises<sup>207</sup>. En l'espèce, le juge français déclenche un mécanisme, qui ressemble à l'exception d'ordre public, afin de justifier la non-application de la règle compétente alors même que cette loi était une règle du for. Cependant, une telle affirmation doit être nuancée tout de suite compte tenu du contexte, très particulier, de l'arrêt portant sur une affaire d'esclavage moderne. Les multiples commentaires que cette décision a suscités seront détaillés dans la partie concernant le droit positif mais il est d'ores et déjà possible d'affirmer qu'il s'agit d'un raisonnement d'opportunité.

---

explique qu'afin de donner une réponse à cette problématique la doctrine française a frappé la théorie de l'effet atténué de l'ordre public ou du respect des droits acquis à l'étranger, en se plaçant sur le terrain des effets de l'ordre public, notamment pour de questions de filiation. La théorie de l'effet atténué de l'ordre public se concentre sur les effets d'une loi étrangère (elle se distingue de la théorie des droits acquis) ; la loi étrangère peut être considérée comme contraire à l'ordre public mais si la reconnaissance d'une situation créée à l'étranger n'a pas d'effets jugés choquants à l'extrême avec l'ordre public français, la situation peut être reconnue et exécutée en France. Voy. P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1952, p. 12.

<sup>205</sup> Comp. D. Boden, *L'ordre public, limite et condition de la tolérance*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2002, p. 696-804, spéc. n° 622 « Les critères de déclenchement de l'exception d'ordre public sont au nombre de neuf : 1° et 2° - Le raisonnement par lequel on en arrive à demander qu'effet soit donné à la norme extérieure, et la substance de l'effet qu'il est demandé de lui donner ; 3° et 4° - L'importance des valeurs que consacrent les principes généraux du droit du for avec lesquels contraste l'effet sollicité, et l'amplitude de ce contraste ; 5° - Le lieu où l'effet est demandé ; 6° - Le moment auquel l'effet est demandé ; 7° - Les relations existant entre l'ordre juridique d'origine et l'ordre juridique d'accueil ; 8° - La fermeté respective des valeurs que consacrent ces principes généraux et de celles que consacre la norme externe ; 9° - Le degré d'extranéité du litige ».

<sup>206</sup> Pour la doctrine française voir : Audit et d'Avout n° 369 ; Bureau et Muir-Watt n° 456 (examen de la loi étrangère), Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières n°s 372-374 ; Mayer et Heuzé spéc. n° 204. Du côté mexicain Contreras Vaca p. 188 ; Pereznieta Castro n° 65 et González Martin y Rodríguez Jiménez p. 163.

<sup>207</sup> V. en France Soc. 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10121, note Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2006. 856, note Pataut et Hammje. Cette décision relève d'une grande importance et sera analysée en profondeur, pour l'instant il est question de remarquer que l'application de l'ordre public dans cette affaire ne respectait pas l'orthodoxie doctrinale.

41. La condition d'extranéité de la loi étrangère s'impose pour le mécanisme d'exception d'ordre public en droit international privé car, sa fonction première est d'éviter le *saut vers l'inconnu*<sup>208</sup>. Il s'agit donc d'un contrôle de régularité de la loi étrangère afin de permettre son application dans le for. Bien que la contrariété d'une loi du for à son propre ordre public puisse se présenter, son contrôle n'appartient pas au mécanisme d'exception d'ordre public mais à des contrôles de régularité prévus en droit interne. En effet, les systèmes juridiques français et mexicain disposent des mécanismes de contrôle de manière à vérifier l'accord entre leurs propres lois et l'ordre public interne. Cette condition d'extranéité de la loi étrangère se complète par la condition d'appréciation *in concreto*.

## 2. La condition d'appréciation *in concreto*

42. Entre autres, la possibilité de bloquer à la frontière certaines solutions apportées par la loi étrangère compétente et légitimée à franchir ladite frontière par la règle de conflit, se justifie donc par un rejet de son contenu<sup>209</sup>. La raison du blocage est que la loi étrangère est considérée par le for comme « choquante », « inacceptable » ou « odieuse ». Néanmoins, ce n'est pas la loi étrangère en tant qu'abstraction logique qui est appréciée, mais son résultat concret. Les doctrines française<sup>210</sup> et mexicaine adoptent cette condition de façon sensiblement similaire. Ainsi, il est enseigné en France que l'exception peut être déclenchée si le résultat de l'application de la loi étrangère est contraire à l'ordre public du for<sup>211</sup>. Pour le système mexicain la condition est établie par le Code civil dans son article 15, § 2 « Le droit étranger ne sera pas

<sup>208</sup> Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières n° 381 : « Pour comprendre la nécessité d'un tel correctif, il faut partir de l'observation selon laquelle le droit international privé français fondé sur la solidarité internationale établit ses règlements en fonction tout à la fois de la nature juridique des institutions françaises et des nécessités du commerce international. C'est sur ces bases qu'il organise la coopération des lois étrangères par lui désignées, coopération qui implique la présomption de l'existence entre les lois respectives des différents États d'une communauté de droit, au moins approximative ».

<sup>209</sup> Herzog, « *Constitutional limitations on choice of law* », *Recueil des cours*, p. 250-251 « *Whatever may have been the differences as to the method of locating the appropriate legal system, by reference to the nationality or to the domicile of the parties, or to the place where the tort occurred or where the contract was made or to be performed, or, more generally to the « seat » of the legal relationship, traditional analysis in much of the 19th and 20th century emphasized, as the task of any choice of law system, the determination of the “geographically” appropriate law, without regard to its substantive content. The latter was taken into consideration only in extreme cases, when, because of fundamental differences with local notions of appropriate policy, the otherwise applicable law was said to be in violation of “public policy” (ordre public)* ».

<sup>210</sup> Audit et d'Avout n° 367 ; La condition d'appréciation *in concreto* a une incidence particulière. Elle se trouve à l'origine de la notion de l'ordre public « atténué ». Voir Bureau et Muir Watt n° 268 et 457. Cette construction doctrinale découle de l'interprétation de l'arrêt *Rivière*, Cass. civ., 17 avril 1953, *Rev. crit. DIP* 1953. 412, note H. Batiffol, *JDI* 1953. 860, note R. Plaisant, Ancel et Lequette, *op. cit.*, n° 27, p. 216.

<sup>211</sup> Mayer et Heuzé, spéc. n° 211 : « Il est souvent enseigné que ce qui déclenche l'exception d'ordre public n'est pas en soi, le contenu de la règle étrangère, mais le résultat inadmissible auquel conduirait en l'espèce son application. Autrement dit, l'appréciation devrait s'effectuer *in concreto*, et non *in abstracto* ».

appliqué lorsque ses dispositions où le résultat de son application sont contraires aux principes ou institutions fondamentales de l'ordre public mexicain »<sup>212</sup>.

**43.** La condition d'appréciation *in concreto* s'entend comme l'obligation de constater une contrariété avec l'ordre public du for et non une simple divergence. La Cour de cassation applique ce raisonnement dans le domaine de responsabilité délictuelle, lorsqu'elle refuse de juger comme contraire à l'ordre public l'application de lois étrangères moins favorables à la victime que la loi française<sup>213</sup>. Dans ce cas, il est possible d'affirmer qu'il existe entre les systèmes juridiques une communauté de droit qui accorde à la victime l'allocation des dommages et intérêts. Or cette communauté n'impose pas une identité des solutions. Ainsi, la Cour de cassation soumet le déclenchement de l'exception d'ordre public à une réelle contrariété et non à une simple divergence.

**44.** Une observation s'impose en doctrine mexicaine. En effet, il est admis que l'absence d'une communauté de droit, c'est-à-dire d'un minimum d'équivalence avec les institutions du système juridique mexicain permet au juge d'écarter l'application de la règle substantielle étrangère désignée par sa règle de conflit<sup>214</sup>. Cependant, certains auteurs semblent prêts à accepter le déclenchement de l'exception d'ordre public dès lors que le résultat de l'application de la norme étrangère « n'est pas convenable »<sup>215</sup>, sans avancer sur les termes de cette convenance<sup>216</sup>. De telles affirmations supposent un seuil de déclenchement assez faible, allant à l'encontre d'une appréciation *in concreto* de l'exception d'ordre public. Écarter l'application

<sup>212</sup> Traduction libre, c'est nous qui soulignons.

<sup>213</sup> Voy. par exemple, Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 1991, *JDI* 1991. 981, note G. Légier ; 12 juillet 2001, *Bul. civ.* I, n° 219.

<sup>214</sup> « *Con base en lo anterior, se concluye que el 'orden público internacional' es un mecanismo usado por el órgano jurisdiccional para impedir la aplicación en el foro del derecho extraño elegido por la norma conflictual, cuando se considera que el mismo no conserva un mínimo de equivalencia con sus instituciones* », F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional privado, Parte General*, OUP, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, 5e éd., 2013, p. 188.

<sup>215</sup> Avec cette affirmation nous adhérons volontiers à la précision faite par M. Libchaber lorsqu'il se posait la question sur les critères à l'aide desquels serait possible décréter l'inapplicabilité de la loi étrangère et signalait : « Certainement pas en raison d'une différence de réglementation avec la loi française : ce serait la négation même du droit international privé, fondé sur l'idée que des lois différentes sont aptes à gouverner une même situation. Bien plutôt, ce qui provoque la répulsion du for, c'est la mise en présence d'institutions avec lesquelles il ne se reconnaît aucune communauté de fond et qui en tant que telles le heurtent moins par les choix fondamentaux qu'elles opèrent que par l'impossibilité à y reconnaître un minimum de valeurs partagés. », R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », *op. cit.*, p. 65.

<sup>216</sup> L. Pereznieta Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, séptima edición, Colección textos jurídicos universitarios, OUP, México, 1999, p. 159: « *El órgano aplicador del derecho, al utilizar el método conflictual tradicional, puede llegar a identificar y determinar (...) la ley normalmente competente. Pero si en ese momento se da cuenta de que si se aplica dicha ley se pueden provocar problemas en su sistema jurídico, o simplemente considera que no resulta conveniente (con base en el concepto de orden público), el juez tendrá amplia discrecionalidad para desecharla. Ello resulta razonable en cuanto que el juez, en este sentido, debe salvaguardar la unidad sistemática de su propio orden jurídico, en razón de que su sentencia significa la expedición de una norma particular que se adicionará al sistema y que debe ser coherente con éste ; en tales condiciones, resultaría indebido proceder de manera diversa* ».



de toute loi qui « contraste » avec la règle du for, risque de favoriser l'arbitraire et d'affecter de manière négative le mouvement international des personnes et des biens, car comme l'affirme la doctrine française « bien évidemment, sous peine de priver le raisonnement conflictuel de toute portée, une simple divergence entre le droit étranger et le droit français ne peut, en toutes circonstances, suffire à caractériser l'atteinte à l'ordre public international. Il faut qu'un défaut de communauté juridique apparaisse »<sup>217</sup>. C'est pourquoi nous retiendrons parmi les propositions des auteurs mexicains, celles qui admettent que la contrariété avec l'ordre public mexicain doit être inadmissible.

45. Cette exigence est intimement liée au caractère variable de l'ordre public et justifie le pouvoir d'interprétation ainsi que la marge d'appréciation reconnue au juge lorsqu'il a recours à l'exception<sup>218</sup>. En renfort de cette idée, M. de Vareilles-Sommières discerne deux raisons pour lesquelles un État estime devoir réagir contre la solution prescrite par la loi étrangère. La justification pour le recours à l'exception peut se trouver dans le refus de complicité avec le juge étranger<sup>219</sup> ou bien dans le refus d'importation<sup>220</sup> de la solution étrangère. Ces motifs n'interviennent pas de manière exclusive<sup>221</sup> et peuvent se combiner lors de certaines situations concrètes.

<sup>217</sup> N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003, page 23, n° 42.

<sup>218</sup> En ce sens pour le droit mexicain voir Pereznieta Castro p. 159, l'auteur affirme que le juge profite d'un vaste pouvoir discrétionnaire pour appliquer l'exception, ainsi il ne serait pas possible de considérer une norme étrangère quelconque de manière abstraite comme contraire à l'ordre public. Concernant le pouvoir discrétionnaire du juge pour résoudre au cas par cas voir González Martín et Rodríguez Jiménez p. 164 : « *Por lo anterior estimamos que es preferible la existencia de una lista abierta, de cláusulas generales, que puedan orientar en la concepción y diseño de esta figura clave del DIPr. Lo anterior nos lleva irremediabilmente a que el juzgador de forma casuística determine cuando la aplicación del derecho extranjero es o no contrario a los principios e instituciones fundamentales del contexto mexicano. Lo anterior implica que los tribunales como los verdaderos protagonistas de la aplicación, para la interpretación de esta figura deben inspirarse y tener siempre como referente el marco constitucional... En este sentido se apuntan como violaciones al orden público las violaciones a los derechos humanos garantizados constitucional y convencionalmente...* ». De l'affirmation des Mmes González et Rodríguez il nous paraît remarquable, lorsque les auteurs admettent qu'il est impossible d'établir une liste « ferme » des cas d'intervention de l'ordre public, l'affirmation selon laquelle le juge doit pour l'interprétation de cette notion, s'inspirer et garder comme référence le « cadre constitutionnel ».

<sup>219</sup> « D'abord, il se peut que l'État soit animé, en fulminant l'irrégularité, par le souci de ne pas se rendre complice, aux yeux de la communauté internationale, à travers ses tribunaux, d'une solution qu'il estime intrinsèquement nuisible pour les protagonistes du rapport de droit dans lequel elle est dictée », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 226 s.

<sup>220</sup> « Ensuite il est aussi possible que ce qui le gêne soit moins la crainte d'une complicité avec un législateur étranger ayant opté pour une solution peu recommandable, que la volonté de *ne pas importer*, dans la communauté au destin de laquelle il préside, une solution exogène de nature à saper les fondements sur lesquels cette communauté repose », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op.cit.*, p. 226.

<sup>221</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 226 note en bas de page n° 116 : « Comp. G. Sperduti, « Théorie du droit international privé », *Recueil des cours*, tome 122 (1967), p. 179 s spéc. p. 313, où l'auteur distingue les cas où il s'agit de satisfaire aux « exigences de la coexistence humaine civilisée » de ceux où il s'agit plutôt de satisfaire à des « exigences nationales » ; comp. A. Briggs, *The Conflict of Laws*, OUP, 2013, p. 210, distingue bien les « *indisutably wicked and evil laws* » et les lois qui « *may need to be evaluated in their context...* » ».

### a. Le refus de complicité

46. En France, la doctrine s'accorde à admettre que l'exception d'ordre public peut être déclenchée même si le lien avec le for est ténu ou temporaire. On admet le possible déclenchement de l'exception même lorsque la conséquence de l'application ne comporte pas d'importation dans le tissu social de l'État en cause, mais que la solution est perçue par le « for comme inacceptable eu égard aux principes essentiels qui irriguent son droit »<sup>222</sup> alors même que la loi désignée ne déploierait pas ses effets au for. Dans ce type de cas, la loi étrangère compétente, qui se traduit par une solution législative concrète, est reconnue comme contraire aux valeurs du for, ce qui « signifie le refus du for de se rendre complice, à travers ses juges, de l'État étranger auteur, par sa loi, de ladite solution »<sup>223</sup>. Le refus de complicité peut se présenter lorsque le juge de for applique une loi étrangère ou lorsqu'il se prononce en tant que juge de l'*exequatur* d'une décision rendue à l'étranger. Associée à ce refus de complicité, se trouve l'approche de certains États, visant à garantir leur conception des droits de l'homme afin de bloquer l'effet au for d'une loi étrangère compétente<sup>224</sup>.

47. Il est nécessaire de rappeler que le refus de complicité ne se manifeste pas par une condamnation directe de la loi ou du jugement étranger. En effet, le juge du for analyse sa propre décision. La question soulevée par le juge du for est de savoir si, lors de l'application de la loi étrangère ou de la reconnaissance d'une décision étrangère, sa décision se trouve à l'origine d'une contrariété avec son ordre public et *ergo* d'une violation à sa conception des droits de l'homme. Un exemple de ce refus de complicité se trouve dans l'arrêt de la Cour de

<sup>222</sup> Certains auteurs estiment qu'un lien spatial avec le for est requis pour le déclenchement de l'exception d'ordre public (par exemple P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, LGDJ, 11<sup>e</sup> éd. 2014, n° 212). Cependant, la possibilité d'évincer la loi étrangère n'est pas totalement écartée lorsque celle-ci est contraire au droit naturel et ressentie comme absolument injuste, et il est admis que le simple fait qu'un juge français soit saisi du litige suffit à établir ce lien : « Pourtant, en ce cas, le lien n'est pas une condition du déclenchement de l'exception d'ordre public, mais une condition de la compétence judiciaire sur le contentieux au principal, qui seule permet que le contrôle de régularité de la loi étrangère (qui a lieu par voie d'exception) se fasse », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 228, note en bas de page n° 120.

<sup>223</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 228-229 : « Correspond typiquement à cette hypothèse le cas dans lequel la France refuse de déclarer efficace sur son sol un jugement californien (États-Unis d'Amérique) ayant condamné un contractant français à payer des dommages et intérêts punitifs à son cocontractant américain, et motive cette inefficacité en déclarant que « la décision étrangère a accordé à l'acquéreur, en plus du remboursement du prix du bateau et du montant des réparations, une indemnité qui dépasse très largement cette somme » alors que « si le principe d'une condamnation à des dommages et 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 », et les références citées par l'auteur, spéc. dans sa note en bas de page n° 123 : « Cass. civ. 1, 1<sup>er</sup> déc. 2010, 09-13.303, *Sté Fontaine Pajot*, *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 93, H. Gaudemet-Tallon, *JDI*, 2011-3, p. 614, note O. Boskovic, *D.*, 2011, p. 423, note F.-X. Licari, *Gaz. Pal.*, 2011, jur. 849, note F. de Bérard ».

<sup>224</sup> Pour une analyse de l'incidence des droits de l'homme en droit international privé voir Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours*, tome 318 (2005) p. 205-206.



cassation du 10 juillet 1990<sup>225</sup>. Dans cet arrêt on observe un brassage entre les droits de l'homme et l'exception d'ordre public qui fera l'objet d'une analyse approfondie dans notre deuxième partie, or on constate dès à présent que les droits de l'homme impliquent un affinement du mécanisme d'exception dans la doctrine française. Par ailleurs, on notera que la doctrine mexicaine reste muette concernant la possibilité de refus de complicité qui déclencherait le mécanisme d'exception. Ce silence peut s'expliquer en partie par le refus de complicité, qui comme justification du recours à l'exception d'ordre public, est une construction doctrinale plus récente. De manière traditionnelle, la doctrine justifiait le déclenchement de l'exception par le refus d'importation d'une loi étrangère qui aurait pour conséquence de créer un trouble de l'état d'harmonie sociale à l'intérieur du for. Il n'est donc pas écarté d'emblée que la doctrine mexicaine admette dans son évolution le refus de complicité comme justification du déclenchement du mécanisme d'exception d'ordre public. Cependant, il est certain que les doctrines française et mexicaine adoptent le refus d'importation dans la condition d'appréciation *in concreto*.

#### b. Le refus d'importation

**48.** Le refus d'importation de la solution étrangère se distingue du refus de complicité par l'existence de liens solides entre l'application de la loi étrangère compétente et le for selon que ses effets seront appelés à être développés dans le for. Traditionnellement, le caractère solide est reconnu à deux types de liens : la nationalité et le domicile. Le refus d'importation se traduit comme la solution au risque d'application de la loi étrangère compétente qui peut conduire « par le côtoiement, dans la communauté dont le for a la charge, de situations substantiellement similaires mais recevant des solutions substantiellement différentes »<sup>226</sup>. En effet, dès lors que les différences de traitement de deux situations similaires peuvent conduire à fragiliser l'organisation de la vie en commun de l'État du for, le refus d'importation constitue la principale justification pour les doctrines française et mexicaine. Notre lecture des constructions doctrinales mexicaines nous amène à considérer que seule cette dernière est

<sup>225</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. 1990, *Rev. crit. DIP*, 1991.757. Voir le commentaire de P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP*, 1991. 651, spéc. p. 653 : « on peut penser que pour la Cour de cassation la réponse est négative : ce qui justifierait..., le refus d'appliquer la Convention, serait l'idée que l'atteinte au droit de l'homme a son origine dans le comportement d'un État étranger, et que le juge français n'en se rend pas complice lorsqu'il se borne à donner effet à la norme en laquelle il s'est exprimé ».

<sup>226</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 231. Comme l'explique l'auteur « La réticence du for à recevoir la solution législative étrangère n'est plus alors liée à un jugement de valeur porté sur le pur contenu de cette dernière, mais à un jugement de valeur porté sur l'effet imputé à la réception de cette solution dans la communauté humaine gérée par le for. »

admise comme justification du déclenchement du mécanisme d'exception, dès lors qu'il est mis en avant l'obligation du juge de sauvegarder l'unité systématique de son ordre juridique<sup>227</sup>.

49. L'analyse du refus de complicité et du refus d'importation laisse songeur dans l'hypothèse où la situation dont le juge est saisi ne présente que des liens faibles avec le for et dans laquelle le mécanisme d'exception d'ordre public est déclenché. Il semble possible d'affirmer que ce n'est pas tant la loi étrangère qui sera intégrée à l'ordre juridique du for, mais plutôt le juge qui devient le « bras armé » de la loi étrangère. Dans cette veine, il est nécessaire de rappeler que le refus d'importation a été traduit en une condition spatiale devant être respectée pour le déclenchement de l'exception.

### 3. La condition spatiale

50. Tandis que la doctrine mexicaine admet de manière générale que l'application d'une règle étrangère est moins tolérable dès lors que la situation est plus fortement rattachée au for<sup>228</sup>, la doctrine française ajoute une condition, à proprement parler, au recours de l'exception d'ordre public<sup>229</sup>. Ainsi, la contrariété à l'ordre public ne suffirait pas à justifier l'éviction d'une loi étrangère, il faut également constater « que cette application aurait un impact sur l'ordre public du for »<sup>230</sup>. Ceci révèle la nécessaire vérification d'un lien spatial avec le for, un lien tangible. Une telle condition implique une analyse du juge relative aux cas dans lesquels la société française serait réellement concernée. La condition spatiale de l'exception est très discutée<sup>231</sup> en raison des conséquences qu'elle a eu dans la doctrine, et notamment de son évolution<sup>232</sup> en

<sup>227</sup> Voir par exemple : Perezniето Castro p. 159, l'auteur met en avant l'obligation du juge de sauvegarder l'unité systématique de son ordre juridique « *en razón de que su sentencia significa la expedición de una norma particular que se adicionará al sistema y que debe ser coherente con éste* » ; González Martín et Rodríguez Jiménez p. 163 signalent que l'exception opère afin d'éviter certains résultats négatifs dérivés de l'application de l'application de la loi étrangère.

<sup>228</sup> E. de Rosas, « Orden público internacional –Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento del Mercosur », « *El hecho es que la aplicación de un derecho extranjero diferente, es tanto menos tolerable cuanto más próxima al foro es la situación* ».

<sup>229</sup> Audit et d'Avout n° 374 ; Bureau et Muir-Watt n° 462 ; Mayer et Heuzé nos 212-216 ; Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières n° 384.

<sup>230</sup> Mayer et Heuzé n° 212 : « Le plus souvent, l'ordre public n'est menacé que pour autant que la société française est en jeu ».

<sup>231</sup> Bureau et Muir Watt n° 462.

<sup>232</sup> « La doctrine s'interroge encore sur le point de savoir si le mécanisme de l'ordre public de proximité ne fait pas évoluer la méthodologie de l'ordre public international dans le sens d'un ordre public de rattachement, où il s'agirait plus de rattacher la situation à la loi française à partir de considérations d'ordre public, que de détacher la situation de la loi étrangère compétente (par exemple P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 153... », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 231, note en bas de page 131.

lien avec la notion de l'ordre public, une nouvelle notion est alors apparue sous le nom d'« ordre public de proximité »<sup>233</sup>.

Un concept intéressant et amplement étudié par la doctrine française que mérite notre attention. Or, deux considérations sont à prendre en compte préalablement à l'étude de l'ordre public de proximité. Premièrement, il est à noter que cette notion est inexistante en droit international privé mexicain. Deuxièmement, et au sein du droit international privé français, cette notion est caractéristique des litiges concernant le statut personnel, ce qui concerne en particulier les sujets où les spécificités des législations nationales sont les plus obstinées<sup>234</sup>.

**51. L'évolution de l'ordre public de proximité.** Ainsi, le concept d'*ordre public de proximité*<sup>235</sup> a été employé afin d'expliquer le phénomène de limitation de l'ordre public international d'un État à des situations entretenant des liens suffisamment étroits avec le for<sup>236</sup>.

<sup>233</sup> L'ordre public de proximité a été admis en droit français par l'arrêt *de Pedro*, Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1981, *JDI* 1981. 812, note D. Alexandre. Voir aussi P. Courbe, « L'ordre public de proximité », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris 2005, p. 230 s. ; pour sa part Foyer identifie également cette figure comme « ordre public de proximité » Note sous Civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 1993, *Rev. crit. DIP* 1993. 620, l'auteur rappelle que la Cour de cassation avait déjà utilisé l'idée dans son arrêt *De Pedro*, mais l'arrêt était resté longtemps isolé.

<sup>234</sup> Néanmoins, les différences culturelles pouvant par exemple, affecter de façon importante le droit de la famille, auront moins d'influence en droit des contrats. Plus récemment l'analyse de ces critères de variation a suscité de propositions nouvelles, par exemple l'ordre public de rattachement. « L'émergence de cet ordre public de rattachement se rencontre avant tout dans le domaine du statut personnel, donc là où les spécificités des législations nationales demeurent les plus fortes », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 162 ; « Cette perspective nouvelle présente cependant la particularité, au regard de l'ordre public classique, de n'avoir été ouverte que dans le champ des relations familiales... L'existence des liens avec le for a été invoqué explicitement pour justifier l'intervention de l'ordre public dans trois domaines essentiels du statut personnel », P. Courbe, « L'ordre public de proximité », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris 2005, p. 228. Les trois domaines essentiels sont : divorce, filiation et adoption.

<sup>235</sup> Pour M. Libchaber : « Le recours à un ordre public de proximité fait apparaître une diversité de réactions du for français à l'égard des lois étrangères. A mesure que l'on se rapproche du for, les objectifs législatifs nationaux imposent un minimum auquel on ne peut déroger ; à mesure que l'on s'en éloigne, ces objectifs laissent la place à des valeurs fondamentales », R. Libchaber, *L'exception d'ordre public en droit international privé, op. cit.*, p. 75. Selon M.L. Niboyet et G. de la Pradelle, *Droit international privé, spéc. n° 314*, pour l'ordre public de proximité, « la méthode est l'inverse de celle de la règle de conflit », car il s'agit d'établir des critères de rattachement avec le for, non avec le droit étranger, pour définir les conditions d'éviction du droit étranger. Au sujet de l'ordre public de proximité voy. P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, t. 196 (1986-1), spéc. p. 42-46.

<sup>236</sup> Or, l'ordre public de proximité est fondé sur le critère alternatif de la nationalité ou de la résidence (française) : « Par rapport aux idées développées en 1959 par Paul Lagarde, la filiation des idées est certaine, mais la jurisprudence a marqué quelques différences. Tout d'abord, la notion allemande de rattachement avec le for avait été discutée en raison de son caractère imprécis et subjectif. La Cour de cassation s'en tient à deux critères simples : la nationalité et la résidence habituelle, ce qui a le mérite de la prévisibilité et de la simplicité, mais ces critères ne valent que pour l'état des personnes et ne peuvent guère être étendus dans d'autres domaines », J. Foyer, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 297 et 298. Et ces deux critères ne semblent pas suffisants à justifier le rattachement d'un contrat objectivement international ; les domaines où l'ordre public de proximité a peut-être constaté concernent le statut personnel ou le droit de la famille. La question de la cohabitation d'ordre public et ordre public de proximité ne se pose pas en droit des contrats.

Le concept de proximité a été théorisé par M Lagarde en relation à la règle de conflit<sup>237</sup> puis associé à la notion de l'ordre public<sup>238</sup>. Il s'agit d'une modulation de l'intervention de l'exception, invoquée contre l'acquisition de droits en France ou afin de refuser l'effet aux droits créés à l'étranger. Cette notion est souvent perçue comme un « facteur d'assouplissement, assurant une mise en œuvre « raisonnable » de l'exception, il reste l'expression d'une tolérance de l'ordre juridique du for, qui renonce à ses conceptions lorsque la situation ne lui est pas fortement intégrée »<sup>239</sup>. Le contexte dans lequel cette évolution a vu le jour comporte certaines particularités. Elle se présente d'abord, dans la défense des droits fondamentaux<sup>240</sup> et notamment dans le domaine du statut personnel ou du droit de la famille<sup>241</sup>. En revanche, la notion est moins présente, voire inexistante, dans le domaine des contrats. Ceci s'explique, entre autres, parce que la règle de conflit elle-même se trouve à la base dénuée de tout critère de proximité. En admettant que le choix des parties puisse se fixer sur une loi sans lien avec le contrat, le dernier rempart du critère de rattachement territorial a alors été franchi. Dans cette logique, la cohérence demeure car il paraît contradictoire de libérer la règle de conflit de toute contrainte spatiale et taxer à la fois l'exception à la règle d'un critère de rattachement spatial<sup>242</sup>.

<sup>237</sup> P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *Rec. cours La Haye*, t. 196 (1986-1), spéc. p. 42-46.

<sup>238</sup> Notamment par la comparaison avec la doctrine allemande dite *Inlandsbeziehung*, P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, thèse, Paris, 1959, p. 55 et s., spéc., : « L'effet direct de cette base territoriale, de ce lien, (...) est de permettre à l'ordre public du for d'intervenir et de chasser la loi étrangère normalement compétente. Cela signifie que le caractère choquant de la loi étrangère, n'atteint un degré critique (...) que lorsque celle-ci doit se réaliser sur le territoire du for. » page 56, n° 50.

<sup>239</sup> P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, pp. 157. Dans son analyse l'auteur avertit qu'il est possible qu'au lieu de constituer un facteur d'assouplissement, l'ordre public de proximité peut justifier un renforcement de la notion. Nous y reviendrons sur l'analyse de ces propositions, voir *infra* § 496 et s.

<sup>240</sup> « Mais c'est surtout dans le cas de la défense des droits fondamentaux que ce renforcement de l'ordre public sous couvert de proximité est le plus flagrant, d'autant que sont ici en cause le plus souvent des droits déjà acquis à l'étranger », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 157. La jurisprudence relative à la répudiation est souvent citée comme une illustration de la transformation de la fonction de l'*Inlandsbeziehung*. Voir par ex., Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, *Rev. crit.* 2004. 423, note P. Hammje ; *JDI* 2004. 867, note G. Cuniberti, et 1200, note L. Gannagé ; *D.* 2004. 824, concl. Cavarroc, et 815, note Courbe ; *JCP* 2004. II. 10128, note H. Fulchiron ; *Defrénois* 2004. 812, obs. J. Massip ; *Grands arrêts*, n° 64. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, *Bull. civ.* I n° 224, Document n° 6 : Civ.1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10165, 2<sup>e</sup> esp., note T. Azzi. Pour illustrer un cas d'intervention de l'exception d'ordre public international en doctrine mexicaine, M. Perezniето utilise le cas d'une répudiation de la femme par son mari qui ne serait pas reconnue; néanmoins le juge mexicain ne semble pas avoir eu l'opportunité de trancher dans un tel litige.

<sup>241</sup> M. Courbe constate que l'ordre public de proximité n'est adapté qu'au statut personnel selon deux indices : « D'abord, le sens du droit positif : la Cour de cassation n'a pas fait intervenir l'ordre public de proximité hors des limites du statut personnel. Ensuite, les critiques quasiment unanimes du droit du prélèvement successoral dont le mécanisme n'est pas sans rappeler l'ordre public de proximité », P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 231.

<sup>242</sup> Le principe d'autonomie est valable, si son résultat est contraire à l'ordre public du for on écartera la loi étrangère. On pourra ainsi la remplacer par le critère de rattachement objectif lequel, dans le cas du droit français et mexicain, comprend déjà une fonction localisatrice.

Le concept d'ordre public de proximité est méconnu de la doctrine et de la jurisprudence mexicaine. Or, concernant le refus d'importation, il serait possible d'établir un parallèle avec la doctrine française lorsqu'il est affirmé que le déclenchement de l'exception peut aussi se justifier par « un danger ou un préjudice à la communauté »<sup>243</sup>. L'explication possible de ce défaut d'intérêt pour la condition spatiale fera l'objet de développements ultérieurs<sup>244</sup>.

**52.** Une parenthèse s'impose pour évoquer une interrogation : à savoir l'ordre public de proximité constitue-t-il un mécanisme à part entière ou bien s'agit-il d'un versant du mécanisme d'exception d'ordre public dans lequel la condition de proximité est vérifiée<sup>245</sup>. Certaines considérations conduisent à retenir la seconde solution. On observe que l'exception d'ordre public nécessite, de manière constante, l'identification du point de contact et le degré d'intégration avec le territoire ce qui permet à l'ordre public d'intervenir afin d'évincer l'application de la loi étrangère<sup>246</sup>. Précisément, dans la jurisprudence par laquelle l'ordre public de proximité a pu être apprécié, l'éviction de la loi étrangère ne se justifiait que par la proximité de la relation privée avec le for<sup>247</sup>, autrement dit la contrariété de l'application de la loi étrangère s'apprécie par rapport à l'ordre public du for compte tenu de sa proximité. Ainsi, M. Courbe relève trois raisons susceptibles de légitimer le recours à l'ordre public de

<sup>243</sup> “Sólo puede invocarse el orden público, cuando de aplicarse la norma extranjera derive un peligro o un perjuicio a la comunidad, situación que debe evitarse a toda costa”, M.-E. Mansilla y Mejia, *El orden publico*, XXVI Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Iberoamericana Tijuana, verano 2002, p. 11.

<sup>244</sup> Les auteurs avancent de manière récurrente les exemples d'une répudiation de droit musulman et de la validité d'un mariage polygamique, lesquels seraient difficilement admis en droit mexicain si ces institutions étaient appelées à développer ses effets sur le territoire. Une confirmation de la part de l'opérateur juridictionnel n'a pas encore vu le jour.

<sup>245</sup> Rapp., P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 228. L'auteur se demande ce qu'apporte l'ordre public de proximité au traitement des relations privées internationales qui ne puisse être obtenu par les techniques traditionnelles de la méthode conflictuelle.

<sup>246</sup> En parlant de la condition de proximité, M. Courbe affirme : « Elle se présente, d'un côté, comme un facteur supplémentaire de relativité de l'ordre public, qui s'ajoute à la nécessité de prendre en compte, dans chaque espèce, les résultats concrets d'application de la norme étrangère. D'un autre côté elle complète le diptyque établi par l'arrêt *Rivière*, qui nuance l'intensité de l'ordre public selon que le rapport de droit est créé en France – l'ordre public joue pleinement – ou à l'étranger – les exigences de l'ordre public sont alors atténuées », P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 228.

<sup>247</sup> Contrairement à ce que l'on peut interpréter de l'affirmation de M. Courbe lorsqu'il indique qu' : « Un certain nombre de décisions, dont quelques-unes rendues par la Cour de cassation, ont procédé à l'éviction d'une norme étrangère en raison de la proximité de la relation privée internationale avec le for. C'est ce lien, ou contact, (...) qui intervient dans le déclenchement de l'exception d'ordre public », P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 228.

proximité : une raison fonctionnelle<sup>248</sup>, une raison technique<sup>249</sup> et une raison sociologique<sup>250</sup>. Cependant, ces raisons s'adaptent aussi bien à l'appréhension du mécanisme d'exception d'ordre public, sans le transformer nécessairement. L'observation nous conduit à affirmer que le mécanisme demeure essentiellement le même<sup>251</sup>, à cette nuance près : certaines situations méritent de soulever avec une force particulière, lors de l'argumentation, la proximité avec le for et ce afin de justifier le déclenchement du mécanisme d'exception, mais ceci implique que la condition soit absente pour le reste des hypothèses d'éviction. D'autant plus que la fonction du mécanisme demeure inchangée, comme l'observe M. Courbe qui reconnaît l'ordre public de proximité comme « un instrument favorable à la recherche d'une solution juste à chaque cas » qui doit « assurer la défense des valeurs jugées primordiales dans la vie sociale, dès lors que les liens de la situation avec le for mettent en évidence l'atteinte que la norme étrangère pourrait leur porter »<sup>252</sup>.

**53.** On remarquera finalement qu'il fut un temps où la doctrine acceptait comme condition du déclenchement du mécanisme d'exception, la création des droits dans le for. Après l'arrêt *Rivière*<sup>253</sup>, deux notions ont vu le jour : l'effet atténué et l'effet plein de l'ordre public selon que le rapport de droit était créé en France ou à l'étranger. Ces figures ont foisonné en matière de reconnaissance de répudiations prononcées à l'étranger<sup>254</sup>. Or, cette condition semble avoir

<sup>248</sup> Afin de « pallier les insuffisances des règles de droit international privé. Il est clair, notamment, que l'ordre public de proximité a été mis en œuvre dans des situations révélatrices de l'inadaptation des rattachements... il suffit de changer la règle de conflit pour que l'ordre public de proximité devienne inutile », P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, pp. 235-236.

<sup>249</sup> « Le bouleversement des techniques de transport et de communication a, de fait, profondément changé les conditions de vie dans nos sociétés... La corrélation entre l'espace (ce qui est étranger est loin) et le temps (ce qui est étranger n'est accessible qu'en y mettant le temps) justifiait l'ordre public atténué. Aujourd'hui, la facilité actuelle des déplacements confère aux individus « une quasi ubiquité ». De telle sorte que la naissance à l'étranger d'une situation juridique ne permet plus de présumer qu'elle n'avait à l'époque de sa création que peu de liens avec l'ordre juridique français », P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 236. Ainsi, selon l'auteur, la distinction posée par l'arrêt *Rivière* ne conviendrait plus à la société moderne.

<sup>250</sup> L'auteur constate que le changement des mentalités a une forte incidence dans les transformations du droit de la famille où règne aujourd'hui l'individualisme : « Le mouvement ne va-t-il pas s'accroître avec le développement continu des droits de l'homme, dans la mesure où il s'agit bien de la protection des droits de l'individu contre l'État, ou contre la société ? En ce sens, l'ordre public de proximité pourrait avoir une destinée favorable », P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 237.

<sup>251</sup> Rappr. de M. Courbe lorsqu'il affirme : « En somme, loin d'être une solution intermédiaire entre les deux modes classiques d'intervention de l'ordre public, cette figure nouvelle introduit un facteur de relativité supplémentaire susceptible de jouer aussi bien quand la situation est créée à l'étranger (mariage polygamique ou répudiation) que lorsqu'elle doit l'être en France (prononcé du divorce ou recherche de paternité naturelle) », P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 238.

<sup>252</sup> P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 237 et 238.

<sup>253</sup> Ch. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 17 avril 1953, *Rev. crit. DIP*, 1953.412, note Batiffol ; *Clunet* 1953.860, note Plaisant ; *JCP* 1953. II. 7863, note Buchet ; *Grands arrêts*, n° 26, p. 232.

<sup>254</sup> Pour une synthèse de l'évolution de la jurisprudence en France voir P. Lagarde, « Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial », in *Mélanges H. J. Sonnenberger*, éd. Verlag, CM Beck, Munich, 2004, p. 481 et s. Également, la lecture de Courbe lorsqu'il observe : « Mais les transformations sociales et politiques que va connaître la société française pendant la décennie quatre-vingt, l'évolution sensible des mentalités comme la force certaines critiques doctrinales ont déterminé la Cour de cassation à s'opposer finalement



perdu les faveurs de la doctrine compte tenu de l'évolution de la société, notamment lorsqu'on constate que les développements technologiques, les moyens de transport entre autres, facilitent le mouvement des personnes privées leur permettant de « créer » un droit à l'étranger. Nous aurons l'occasion de revenir à ce sujet, pour l'instant il suffit de rappeler sa pertinence comme une condition délaissée au déclenchement de l'exception d'ordre public.

Les constructions doctrinales nous ont permis de connaître les conditions du déclenchement de l'exception d'ordre public, il est nécessaire désormais de s'intéresser au moment du déclenchement.

### B. Le moment d'intervention de l'exception

54. Jadis, l'intervention de l'exception était perçue comme un obstacle à la règle étrangère compétente, mais aussi comme une interférence à la règle de conflits de lois. Désormais, elle est appréciée comme l'une des étapes de l'opération de recherche de la règle substantielle par le juge. L'opération de sélection de la loi applicable au contrat international comprendrait donc une étape initiale d'ouverture sur l'étranger (le bilatéralisme de principe est conservé par la règle de conflit) à laquelle s'ajoute une étape postérieure<sup>255</sup>, permettant un contrôle de régularité substantiel de la loi étrangère<sup>256</sup>. Ainsi, l'exception d'ordre public est considérée comme une opération de contrôle du contenu de la loi étrangère, par le juge du for, en cas de violation de son ordre public. Les doctrines française et mexicaine distinguent clairement les procédés d'application de la règle et de l'exception en leur attribuant des moments d'intervention distincts<sup>257</sup>. Elles sont sur ce point concordantes<sup>258</sup>.

---

aux répudiations prononcées à l'étranger. Elle le fera en utilisant divers moyens – saisine frauduleuse des juridictions étrangères, violation des droits de la défense – dont la pertinence a pu être logiquement discutée ». À cet égard, M. Courbe considère que « le pas décisif sera franchi avec les cinq arrêts rendus par la Cour de cassation le 17 février 2004. La première chambre civile refuse d'accueillir en France des répudiations étrangères au nom de l'ordre public de proximité... Ce n'est donc pas une condamnation de la répudiation en tant que telle qui est prononcée par la Cour de cassation. Elle rejette les répudiations étrangères parce que « la femme, sinon même les deux époux, étaient domiciliés sur le territoire français ». », P. Courbe, « L'ordre public de proximité », *op. cit.*, p. 233-234.

<sup>255</sup> Audit et d'Avout n° 369 « L'ordre public tel qu'il doit s'entendre en matière de conflits de lois intervient dans une étape ultime et nécessaire de l'application de la règle de conflit, lorsque celle-ci désigne une loi étrangère. Le contenu de cette loi, dont on ne se préoccupait pas jusqu'à ce stade en vertu de la « neutralité » de la règle de conflit, est alors considéré afin de s'assurer que son application ne va pas perturber l'ordre juridique du for. L'ordre public ainsi envisagé est une notion fonctionnelle, permettant de sauvegarder l'harmonie de l'ordre interne menacée par l'application de la loi étrangère par trop éloignée des conceptions locales ».

<sup>256</sup> Voir *infra* § 65 et s.

<sup>257</sup> Il s'agit d'un contrôle par voie d'exception et non d'une règle.

<sup>258</sup> Une différence d'appréciation peut-être néanmoins constatée dans une partie de la doctrine mexicaine qui affirme que la mise en œuvre du mécanisme, suppose ignorer le renvoi fait par le point de connexion au droit d'un autre État : N. González Martín et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho internacional privado Parte general*, UNAM, Nostra Ed., 2010, p. 163; « *Esta figura viene a representar una importante excepción al funcionamiento de la norma conflictual desde que su alegación supone ignorar la remisión que hace el punto de conexión a la aplicación del derecho de otro Estado* ». Or, il est possible de répondre en ce sens que l'exception d'ordre public

55. Bien qu'il soit enseigné des deux côtés de l'Atlantique que l'ordre public intervient comme une exception, c'est la doctrine française qui a investi maints efforts dans la décomposition des différents stades qu'impliquent les mécanismes perturbateurs de la règle de conflit<sup>259</sup>. Pour cette dernière le moment d'intervention de l'exception d'ordre public, se trouve après la désignation de la loi compétente par la règle de conflit de lois<sup>260</sup>. En effet, il n'est pas ignoré que des propositions doctrinales alternatives existent, notamment lorsque l'ordre public de rattachement est envisagé. Cette hypothèse envisage une démarche d'application directe de l'ordre public, c'est-à-dire, sans écarter seulement l'application de la loi étrangère mais la règle de conflit normalement applicable<sup>261</sup>. Un tel raisonnement fera l'objet d'analyse dans notre partie dédiée à l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public<sup>262</sup>.

56. La complémentarité de l'exception avec la règle de conflit de lois désormais reconnue<sup>263</sup> permettant d'affirmer que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public s'applique à une loi uniquement lorsqu'elle présente un double caractère. Cette loi doit être compétente et étrangère, c'est-à-dire dans le respect des question préalables à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. En outre, le déclenchement de l'exception d'ordre public se doit d'effectuer une analyse *in concreto* des effets de l'application de la loi étrangère, dès lors que la situation pour elle garde un lien de proximité avec le for. Ainsi, la mise en œuvre de l'exception d'ordre public n'intervient qu'après une première étape de l'opération de sélection de la loi applicable au contrat international : la mise en œuvre d'une règle de conflit qui désignera une loi

---

n'ignore pas le rattachement prévu par la règle de conflit mais vient le rectifier dès lors qu'une situation particulière le justifie.

<sup>259</sup> B. Remy, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, *op. cit.*, p. 309 et s.

<sup>260</sup> À la différence de l'intervention de l'ordre public interne. Il a été dit que l'ordre public interne « ne peut jouer que lorsque l'ordre juridique auquel il appartient est désigné par la règle de conflit et ne s'impose pas en toute hypothèse au niveau international », N. Nord, Ordre public et lois de police en droit international privé, *op. cit.*, spéc. p. 6-7.

<sup>261</sup> P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, pp. 158. L'auteure constate dans certains arrêts de la Cour de cassation que, « tout en se situant apparemment dans le cadre du jeu classique de l'exception d'ordre public, assortie d'un critère de proximité, ces décisions recèlent dans le même temps l'impression qu'il s'agit surtout d'imposer l'application des dispositions de la *lex fori* exprimant les valeurs fondamentales ». Il s'agirait d'un durcissement de l'ordre public ayant comme conséquence une transformation de la fonction de l'ordre public en un ordre public de rattachement. Quant au moment de déclenchement une modification aurait lieu car « la règle de conflit normalement applicable est donc mise à l'écart au profit d'une application directe de la loi française (loi nationale ou loi du domicile), au nom du respect des droits fondamentaux ».

<sup>262</sup> Voir *infra* § 496 et s.

<sup>263</sup> « L'opération de sélection réalisée par la règle de conflit de lois, et aboutissant à la désignation d'une loi au détriment des autres, est perçue comme insuffisante à elle seule et laisse encore une place pour un critère de sélection supplémentaire : celui de la conformité à l'ordre public, qui vient ainsi s'ajouter à la désignation de la loi par la règle de conflit parmi les conditions d'applicabilité de ladite loi au cas en cause... un phénomène de pluralité ou de variété des critères de sélection de la loi applicable se laisse ainsi constater », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 205, spéc. p. n° 47.



« compétente »<sup>264</sup>, suivie d'une étape de correction par la mise en œuvre de l'exception<sup>265</sup>. Ayant dégagé les conditions du déclenchement du mécanisme d'exception d'ordre public ainsi que son moment d'intervention, il est désormais nécessaire d'analyser les considérations propres au processus d'application du mécanisme.

## **§ 2. Les considérations propres au processus d'application du mécanisme d'exception**

57. Le récapitulatif des conditions et l'identification du moment d'intervention ne suffisent pas à expliquer le mécanisme d'exception d'ordre public. S'agissant d'un mécanisme il est nécessaire d'identifier les éléments confrontés lors de l'opération de contrôle, son articulation (A) ainsi que ses effets (B).

### **A. Présentation de l'opération de contrôle**

58. La structure d'un instrument de contrôle présuppose l'existence, au moins, de deux éléments : un élément de référence et un élément contrôlé. L'identification de ces éléments par la doctrine française et mexicaine n'est pas récente. Cependant, son articulation a été dernièrement analysée de façon plus approfondie, à l'occasion d'une proposition inédite, « la régularité substantielle internationale »<sup>266</sup> laquelle apporte de nouvelles pistes de développement. Ces constructions doctrinales méritent d'être reprises successivement.

#### *1. Les éléments confrontés*

59. La protection offerte par l'exception d'ordre public s'effectue par le biais d'une comparaison. Plus précisément, il s'agit d'un processus impliquant une opération de

<sup>264</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, note en bas de page n° 31, p. 181 : « La dénomination de « loi compétente » pour la loi désignée par la règle de conflit a été contestée au motif que la fixation de la compétence législative ne serait pas l'objet de la règle de conflit de lois (P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 1 ss, p. 349 ss, p. 537 s., spéc. n° 6, p. 9). Nous avons expliqué ailleurs (*La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, LGDJ, 1997, p. 90 ss) pourquoi, même dans une conception particulariste du droit international privé, il est légitime de voir dans la règle de conflit de lois une règle tranchant une question de compétence législative, dès lors qu'on admet qu'une règle peut être dite de compétence si son objet direct est de prendre position sur la régularité d'une norme en raison de son origine, tel étant le cas de la règle de conflit bilatérale classique savignienne. Nous nous tiendrons donc ici à l'usage de ce vocabulaire classique, d'autant qu'il présente l'avantage de mettre l'accent sur *les causes* de la désignation de la loi concernée par la règle de conflit : la qualité de son origine pour la situation en cause du fait de la pertinence des liens existant entre elle et son auteur – ce dont ne rend pas compte le vocable moderne de « loi désignée » ou, encore moins, de « loi applicable ».

<sup>265</sup> Comme Lagarde le signalait il s'agit d'un mécanisme *complémentaire* à la règle de conflit v. P. Lagarde, *Recherches...*, *op. cit.*, p. 190 s.

<sup>266</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*

confrontation entre deux éléments dont l'un occupe une position hiérarchiquement supérieure (l'élément de référence) et l'autre reste subordonné à son respect (l'élément contrôlé).

a. L'élément contrôlé : la loi étrangère compétente

**60.** L'élément contrôlé est une loi étrangère qui a la particularité d'être également la loi compétente pour résoudre la question litigieuse. La doctrine dominante en France comme au Mexique considère que la comparaison est effectuée entre le contenu de la loi étrangère et la loi interne, estimée meilleure<sup>267</sup>. La loi étrangère compétente occupe donc un niveau hiérarchiquement inférieur à l'élément de contrôle et devra s'accorder à ce dernier afin de pouvoir être appliquée par le juge du for.

**61.** Une parenthèse s'impose concernant l'affirmation de M. Lagarde qui constate que l'ordre public condamne aussi la règle de conflit du for, laquelle désigne valablement la loi étrangère. L'un des grands apports de cette thèse, est le discernement de deux composantes dans l'opération de l'ordre public, le mécanisme purement technique (qui écarte la règle de conflit du for) et les considérations tirées du fond (qui écartent l'application de la loi étrangère). M. Lagarde considère, entre autres, que ces deux éléments ne se placent pas sur le même plan logique. Ainsi selon l'auteur, un « fait indéniable » est que, chaque fois que l'ordre public intervient en droit international privé, notamment dans le conflit de lois « il fait échec à la règle de conflit du for : on refuse en effet de tenir compte de la loi étrangère, et par là même de la règle de conflit qui l'avait désignée »<sup>268</sup>. Les constructions doctrinales succédant aux travaux de M. Lagarde se sont appuyées sur cette proposition et l'ont reconsidéré afin d'établir une distribution entre l'ordre public conflictuel et l'ordre public substantiel.

**62.** Nous rallions volontiers l'affirmation de M. Lagarde lorsqu'il énonce que l'ordre public peut condamner le contenu de la loi étrangère *et* la règle de conflit du for. Or, cette réfutation ne s'effectue pas, à notre sens, de manière simultanée. En effet, dans un premier temps l'ordre public s'oppose au contenu de la loi étrangère lorsqu'il est appliqué via le mécanisme d'exception, lui empêchant ainsi de déployer ses effets dans le for. Cette opposition se traduit, dans un second temps par un rééquilibre de sa propre règle de conflit. Le droit international

<sup>267</sup> « C'est encore au terme d'une comparaison entre une loi étrangère jugée choquante et une loi interne estimée meilleure que la seconde aura le pas sur la première. Et cette préférence lui sera accordée par les mêmes motifs de sécurité et de convenance », P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Paris, 1952, p. 2.

<sup>268</sup> P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, p. 5. Également, J. Foyer, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *op. cit.*, p. 286.

privé se définit comme le droit de la tolérance<sup>269</sup> envers l'altérité dès lors que la situation se rattache à plus d'un système juridique. Or, cette tolérance de principe trouve ses limites dans le respect de l'ordre public du for, lequel parmi son mécanisme d'exception permet de regagner l'équilibre entre une tolérance de principe, tempérée dans des cas d'exception<sup>270</sup>. L'opération de contrôle mise en œuvre par le mécanisme d'exception fixe l'objet de son contrôle sur la loi étrangère, qui reste soumise pour sa validation à un élément de référence.

#### b. L'élément de référence : l'ordre public

**63.** Le deuxième élément confronté lors de la mise en œuvre de l'exception est l'ordre public du for. La doctrine admet, non seulement en France mais également au Mexique, que c'est la violation de l'ordre public du for qui donne pour résultat l'éviction de la loi étrangère compétente. L'ordre public se place donc comme l'élément hiérarchiquement supérieur, c'est-à-dire, comme l'élément de référence par rapport auquel le juge pourra se prononcer sur l'application d'une loi étrangère.

Sans adopter une position quelconque sur le contenu de la notion, nous nous limiterons à effectuer deux observations ayant une incidence directe sur le fonctionnement du mécanisme d'exception. Premièrement, il est nécessaire de rappeler que malgré l'impossibilité persistante à identifier clairement le contenu de cet ordre public, M. de Vareilles-Sommières soulève que celui-ci, tel que mis à l'œuvre par l'exception d'ordre public « n'est pas une *norme* à proprement parler, mais plutôt un *état de fait* »<sup>271</sup>, un « fond social intangible »<sup>272</sup>. Néanmoins, l'auteur signale qu'il demeure envisageable de prétendre que la loi étrangère est effectivement confrontée à une norme.

Deuxièmement, et concernant la composition de l'ordre public, il a été soutenu de manière convaincante en doctrine française que l'ordre public tel qu'à l'œuvre dans l'exception d'ordre public se caractérise par les *valeurs* auxquelles le for adhère<sup>273</sup>. La doctrine mexicaine, pour sa

<sup>269</sup> W. Goldschmidt, *Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia, basado en la teoría trialística del mundo jurídico*, 3<sup>e</sup> éd., Buenos Aires, Depalma, 1977. Également, H. Muir Watt, Discours sur les méthodes en droit international privé, *Recueil des cours*, 2018, vol. 38, p. 9-410, spéc. p. 237-267.

<sup>270</sup> N'est-il pas souhaitable, dès lors que la règle de conflit conduit à un résultat néfaste pour le for, de s'adresser au juge pour rétablir un équilibre qu'on estime compromis par l'application de la loi étrangère ? Bien d'autres exemples d'un tel recours pour combattre certains excès pourraient être cités.

<sup>271</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 191.

<sup>272</sup> « On admet qu'un principe est d'ordre public lorsque l'État qui l'a posé ou qui, au moins, l'accueille, le tient pour tellement essentiel qu'il n'en tolère pas la moindre méconnaissance. Et l'on sait que ce sont les idées morales ou juridiques les plus élémentaires et par conséquent, les plus fondamentales d'un pays qui constituent ce fond social intangible », Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1933. 393.

<sup>273</sup> B. Remy, *Exception d'ordre public...*, *op. cit.*, n° 319 ss, et n° 368 et s. A cet égard M. de Vareilles-Sommières affirme que : « Cette vue ne contredit pas l'affirmation que l'ordre public se compose de règles ou plus généralement de normes, dès lors qu'il est admis que « la règle peut être conçue... comme un lieu de

part, s'exprime en termes de respect des « institutions » lorsqu'elle fait référence au contenu de l'ordre public. Ainsi, par exemple, un auteur mexicain affirme que l'ordre public doit être compris « comme le contenant des institutions juridiques qui reflètent les sentiments les plus chers à une société spécifique »<sup>274</sup>. Une autre proposition avancée en doctrine admet qu'il existe un noyau irréductible- *núcleo irreductible* constitué par des principes de validité universelle<sup>275</sup> lesquels seraient liées au phénomène de l'apogée des Droits de l'Homme caractérisant notre société du XXIème siècle. De manière concomitante, lorsque la doctrine cherche à identifier le fondement de l'exception d'ordre public, la notion de « principes »<sup>276</sup> est récurrente. Prenons l'exemple du système juridique mexicain dans lequel il est possible d'observer l'emploi de ces notions à l'article 15, paragraphe II du Code Civil Fédéral. Ce dernier prévoit que le droit étranger soit non applicable lorsque ses dispositions ou le résultat de son application sont contraires aux principes ou institutions fondamentales de l'ordre public mexicain<sup>277</sup>. Le terme « principe » renvoie à un instrument qui se différencie de la norme au sens strict, celui-ci ne s'attache pas une définition formelle et son identification reste difficile. Malgré les nombreuses propositions en doctrine, les définitions du contenu demeurent abstraites. Le phénomène n'est pas rendu plus compréhensible par la pratique. La construction de l'exception de l'ordre public

---

reconnaitances et de conciliation de valeurs », *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, op. cit.*, p. 191, note en bas de page n° 52.

<sup>274</sup> « *Deseo, sin embargo, aprovechar el contexto para proponer una definición alternativa. El orden público como causal de nulidad o no ejecución de laudos debe entenderse como continente de las instituciones jurídicas que reflejan los sentimientos más caros de una sociedad determinada* » F. González de Cossío, « Orden público en México : del impresionismo al puntillismo jurídico », RDP, Cuarta Época, Año I, Numero 2, Julio-Diciembre, 2012.

<sup>275</sup> E. de Rosas, « *Orden público internacional –Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento del Mercosur* ». Le Professeur de Rosas effectue une analyse de tendances contemporaines de l'ordre public dans le cadre du Mercosur, et bien que le Mexique ne fasse pas partie de ladite organisation, l'idée fut avancée lors des journées célébrées en l'honneur du Professeur Friederich K. Juenger, XXVI Séminaire national de droit international privé et comparé, de l'Académie Mexicaine pour le Droit International Privé et Comparé. Pour l'auteur cette tendance va à l'encontre de l'idée selon laquelle l'ordre public international se constitue par de principes de droit privé de nature nationale. Au surplus, il considère nécessaire d'enrichir la notion avec les droits fondamentaux qui donneraient un trait de supranational à une notion conçue à l'origine par un État spécifique. L'auteur emploie ses prémisses pour conclure à la possible existence d'un ordre public transnational « *constituido por valores materiales a los que deben atenderse los operadores del comercio internacional* ». L'auteur pour le développement de son hypothèse s'appuie fortement sur des décisions qui touchent le droit de la famille (filiation, adoption) et admet que l'ordre public international semblerait être constitué pour, au moins, trois principes : le caractère non patrimonial du corps humain, la protection de l'intégrité de l'espèce humaine et la protection des droits de l'enfant. Il donne l'exemples des contrats de GPA et les décisions issues de cette controverse car contraires à l'ordre public français.

<sup>276</sup> Pour un aperçu de la notion de « principe » en droit mexicain V. C. Huerta, « *The notion of « principle » in legal reasoning as understood in mexican law* », *Mexican Law Review*, Vol. II, N° 1, pp. 89-108. L'auteure soulève que la notion de « principe » distincte de celle de « norme » possède un trait particulièrement intéressant : « *One of its most attractive characteristics is that this distinction has offered an alternative to “subsumption”, the traditional form of applying norms usually considered a “logical” method, to open the possibility of taking a more explicitly justified decision based on “weighing” and “balancing”* ».

<sup>277</sup> Art. 15 fracc. II, prévoit les cas de non application du droit étranger : « *Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicacion sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden publico mexicano* ».

comporte une approche casuistique par le juge, rendant cette exception susceptible d'une variabilité, conformément à l'époque et le lieu où l'ordre public est qualifié<sup>278</sup>. A cet égard, il semble important de signaler que les variations ne sont pas intrinsèques au mécanisme mais inhérentes au contenu de la notion d'ordre public. L'opération de contrôle du mécanisme d'exception établit un rapport entre l'élément de référence, l'ordre public du for, et l'élément contrôlé, la loi étrangère. Ce rapport est bien celui d'une confrontation entre ces deux éléments.

## 2. La confrontation des éléments

64. Informés sur les composantes de l'opération de contrôle, il est désormais nécessaire de s'intéresser à leur confrontation. Cette manœuvre exécutée à des fins de contrôle des normes dans le cadre de l'exception d'ordre public se comprend par le besoin de conformité de la loi étrangère avec l'ordre public du for<sup>279</sup>. La possibilité pour le juge d'un État d'établir une hiérarchie et d'effectuer une telle vérification repose sur deux principes. Le premier est celui de la courtoisie internationale<sup>280</sup> ou *comitas gentium*, tel un principe international d'organisation de rapports entre ordres juridiques étatiques. Ce principe légitime le juge du for à poser des conditions d'efficacité du droit étranger dans son territoire et à frapper d'inefficacité la norme étrangère qui manquerait son respect<sup>281</sup>. La courtoisie internationale coexiste avec le second principe, celui de l'égalité souveraine des États. De leur articulation, la théorie conclut que chaque État est autorisé à dicter certaines conditions au droit étranger devant ses organes. S'agissant donc d'un souci d'efficacité, la hiérarchie établie par le juge ne peut être totale, car la régularité de la production normative étrangère n'est pas conditionnée dans l'absolu mais

<sup>278</sup>La doctrine mexicaine reconnaît au juge un rôle central, c'est lui qui, de manière casuistique assurera la protection de l'ordre juridique mexicain ; ceci impliquerait l'obligation pour les tribunaux de s'inspirer et de se référer au cadre constitutionnel. N. González Martín et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho internacional privado Parte general*, UNAM, Nostra Ed., 2010, p. 164 : « *Lo anterior implica que los tribunales como verdaderos protagonistas de la aplicación, para la interpretación de esta figura deben inspirarse y tener siempre como referente el marco constitucional* ».

<sup>279</sup> « Il s'agit d'une confrontation entre un ordre public du for qui formule des exigences vis-à-vis des lois étrangères dont l'efficacité au for est en cause, d'une part, et la loi étrangère compétente dont on vérifie si elle les respecte parce que son efficacité au for est subordonnée à ce respect, d'autre part », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 192, spéc. p. 33.

<sup>280</sup>P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 193, spéc. p. 35 voir aussi Meijers, « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age, spécialement dans l'Europe occidentale », *Recueil des cours*, tome 49 (1934), p. 544 ss, spéc. p. 664 s.

<sup>281</sup>P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 196, spéc. p. 36. En ce sens, voir les arrêts de la Cour permanente de Justice internationale, CPJI, *Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, 12 juillet 1929, arrêt n° 14, et arrêt n° 15, Affaire relative au paiement, en or, des emprunts fédéraux brésiliens émis en France, série A, n° 20-21*. Également, les remarques de Niboyet « Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflit de lois », *Recueil des cours*, tome 40 (1932), p. 153 s., spéc. p. 218-219.

uniquement pour le fonctionnement de l'ordre juridique du for<sup>282</sup>. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public relève d'une relation hiérarchique partielle entre l'ordre public du for et la loi étrangère compétente<sup>283</sup>. La doctrine mexicaine, sans en approfondir l'analyse, admet que l'élément déclencheur du mécanisme d'exception réside dans la contrariété de la loi étrangère compétente, appliquée en l'espèce aux conceptions sociales et juridiques du for à un point inacceptable<sup>284</sup>. En doctrine française, l'analyse de l'opération de contrôle mise en œuvre par l'exception d'ordre public a été approfondi à l'aune du paradigme de la régularité substantielle internationale qui mérite d'être rappelé.

### *3. L'exception d'ordre public à l'aune de la régularité substantielle internationale*

**65. Présentation du paradigme de la régularité substantielle internationale.** Les constructions doctrinales précédentes ont été récemment approfondies lors de l'analyse de l'exception d'ordre public à l'aune d'un paradigme nouveau, celui de la « régularité substantielle internationale »<sup>285</sup>. Appliqué au conflit de lois, ce paradigme présuppose un ensemble de conditions selon lesquelles la norme serait reconnue conforme à l'ordre public du for<sup>286</sup>. La conformité implique une relation entre les normes dans laquelle l'une d'entre elles

<sup>282</sup> « En effet, il faut observer que la hiérarchie entre droit du for et droit étranger impliquée par la théorie de la *comitas gentium* n'est pas une hiérarchie *totale*, mais une hiérarchie inspirée par un souci de protection de la souveraineté des différents fors dans leurs ordres juridiques respectifs. L'État n'est pas autorisé par le principe de courtoisie à poser des conditions de régularité de la production normative étrangère *dans l'absolu*, mais seulement pour le fonctionnement de son propre ordre juridique... L'irrégularité de la norme étrangère aux yeux du for ne se traduit pas par la *nullité* de la loi étrangère ou du jugement étranger, mais par sa *simple inefficacité* aux fins de fonctionnement de l'ordre juridique du for », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 197-198.

<sup>283</sup> « Le problème n'est donc pas de rechercher la clé de répartition des différentes souverainetés, mais bien plutôt de rechercher la majeure du syllogisme que le juge d'un État donné mettra en œuvre afin de trancher un litige entre particuliers », B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, 2008, p. 38.

<sup>284</sup> E. de Rosas, « Orden público internacional –Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento del Mercosur », « *Puede suceder que la ley extranjera designada por la norma indirecta contenga disposiciones que, aplicadas a la especie, lesionen las concepciones sociales y jurídicas del foro a un punto inaceptable* ».

<sup>285</sup> « L'étude de l'exception d'ordre public telle qu'elle fonctionne en droit des conflits de lois met en lumière l'existence d'un concept de régularité substantielle internationale qui se révèle être au cœur du fonctionnement de ce mécanisme. L'ordre public tel qu'il est à l'œuvre dans l'exception d'ordre public s'avère poser les conditions de cette régularité substantielle internationale, conditions que la loi étrangère doit respecter si elle veut être efficace au for dans l'hypothèse où elle y serait, au préalable, reconnue compétente pour un cas donné par la règle de conflit de lois », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 214, spéc. p. n° 59.

<sup>286</sup> L'idée de régularité présuppose un ensemble de conditions, en droit des jugements appelées 'conditions de régularité internationale', selon lesquelles un jugement sera reconnu/exécuté dans le for, dont la conformité à l'ordre public fait partie. Ainsi l'auteur affirme : « Au départ, et si l'on se place uniquement sur le terrain du droit, la notion de régularité traduit l'idée d'une conformité à la règle, et plus particulièrement, à la règle qui s'impose à l'auteur du comportement ; dans le même ordre d'idée, le comportement non conforme à ladite règle sera dit irrégulier. Appliquée plus particulièrement à l'activité normative, la régularité peut viser à la fois le comportement



occupe un rang hiérarchique supérieur. Des rapports de conformité normative impliquant un tel rapport existent tant dans l'ordre interne que dans l'ordre international. Dans l'ordre interne, le contrat s'analyse comme une norme entre les parties contractantes, conditionnée au respect de la l'ordre public. Cette situation place ainsi le contrat et la loi d'ordre public dans un rapport hiérarchique où l'ordre public occupe le rang supérieur. Par conséquent la non-conformité du contrat à la loi d'ordre public sera suivie d'une irrégularité du premier.

Une prise de position sur la conformité succède alors à la confrontation des normes. Dans le cas de l'exception d'ordre public, le juge opère une comparaison entre la loi étrangère désignée par la règle de conflit et son ordre public, afin de s'assurer que le résultat de l'application de la norme étrangère ne soit pas contraire à son ordre public (admissibilité du résultat). Le résultat de l'application demeure le critère pertinent, ainsi l'exception d'ordre public peut être entendue comme « un outil qui vient compléter l'opération de sélection de la loi applicable à laquelle procède initialement la règle de conflit de lois »<sup>287</sup>. Son effet immédiat est la neutralisation de l'application de la loi désignée. Dans la confrontation exécutée lors de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, une place est attribuée à la loi désignée par la règle de conflit<sup>288</sup>. La rédaction des dispositions concernant la mise en œuvre de l'exception d'ordre public « n'envisage généralement pas directement d'écarter la loi désignée elle-même, mais son 'application' ou encore ses 'effets' »<sup>289</sup>.

---

normatif et la norme issue de ce comportement... », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 175 spéc. p. 14.

<sup>287</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 178 spéc. p. 18.

<sup>288</sup> Il a été signalé qu'il ne s'agit pas d'apprécier la loi porteuse de la réponse à la question posée au fond mais la réponse elle-même, en ce sens J. Maury, *L'éviction de la loi normalement compétente*, l'ordre public et le fraude à la loi, Valladolid, 1952, p. 78 s. ; P. Lagarde, *Recherches...*, *op. cit.*, p. 164-165. Pour une interprétation différente voir P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 178-180 spéc. p. 19-20, notamment lorsque l'auteur considère qu'« il ne faut pas, selon nous, exagérer la portée de cette distinction entre réponse apportée par la loi et loi porteuse de la réponse. La loi n'est, à bien y regarder, qu'un réservoir de réponses, et ne présente d'intérêt d'un point de vue juridique qu'en tant que tel. C'est parce que l'on cherche une réponse à une question de droit donnée que l'on consulte la loi, de laquelle on attend précisément qu'elle fournisse les éléments qui conduiront à cette réponse. Dire que c'est la réponse au cas d'espèce qui est appréciée et non sa source légale ne traduit alors pas une différence d'objet de l'appréciation, mais plutôt la façon dont l'objet est apprécié : la loi envisagée, non comme un réservoir de réponses *en général*, mais comme réservoir duquel provient la réponse *pour le cas en cause*. C'est en cette qualité qu'elle est, le cas échéant, neutralisée dans le cadre de l'exception d'ordre public. En dernière analyse, on soulignera que l'appréciation portée sur la réponse issue de la loi, dans le cadre de l'exception d'ordre public, aboutit à la *neutralisation* de la loi pour le cas en cause [...] De cela, on retiendra qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre l'attitude consistant à analyser, sous le rapport de l'ordre public, la réponse apportée par la norme étrangère à la question de droit posée et la démarche tendant à confronter la norme portant cette réponse (le jugement lorsqu'il a été rendu, ou la loi, dans l'hypothèse inverse) audit ordre public ».

<sup>289</sup> Par exemple, les Conventions relatives aux conflits des lois, célébrées sous les auspices de la Conférence de la Haye depuis 1955 n'admettent le jeu de l'exception d'ordre public que si « l'application de la loi » désignée par la règle de conflit est contraire à l'ordre public. Des formules similaires sont fréquemment retenues dans d'autres enceintes supranationales : pour l'Union européenne le règlement (CE) Rome I n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, article 21, qui prévoit en cas de contrariété à l'ordre public, d'écarter l' « application



**66. Les principaux apports du paradigme au mécanisme d'exception.** Parmi les vastes apports de l'étude de ce paradigme nouveau, le plus important à notre analyse est l'appréhension holistique du processus de sélection de la loi applicable à un rapport de droit privé dans un contexte international. M. de Vareilles-Sommières, auteur de cette étude, affirme que dans ce processus de sélection, la règle de conflit de lois et l'exception d'ordre public correspondent à deux mécanismes de filtrage<sup>290</sup>. Celui-ci est opéré par la règle de conflit qui constitue un épurement fondé sur *l'origine* de la loi, c'est-à-dire que seule la loi « trouvant son origine dans l'État présentant les liens pertinents avec la situation sera admise à produire ses effets vis-à-vis de la situation examinée, à l'exclusion de toutes les autres »<sup>291</sup>. L'élément déclencheur de l'applicabilité de la loi désignée, en dépit des autres lois, est le *lien* existant entre la situation de fait et l'État auteur de la loi en question. Toutefois, le filtrage traité en termes des liens uniquement, peut s'avérer insuffisant « à garantir que la solution dont la loi qu'elle élit est porteuse ne soit pas substantiellement inacceptable au cas d'espèce pour le for à qui on demanderait de la consacrer »<sup>292</sup>. Ainsi, l'exception d'ordre public interviendrait dans un second temps afin d'opérer un filtrage en fonction de la *substance*<sup>293</sup>. Dès lors, l'auteur suggère que l'ordre public tel qu'à l'œuvre dans l'exception d'ordre public peut être décrit comme un « ordre public substantiel »<sup>294</sup> composé d'exigences liées à la substance de la loi étrangère compétente. L'exception ne pouvant intervenir seulement si ces exigences ne sont pas respectées par la loi étrangère compétente.

---

d'une disposition de la loi désignée ». En revanche, la Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux signée à Mexico, D.F., le 17 mars 1994, résultat des travaux dirigés par l'Organisation des États Américains, ne retient pas une formulation similaire et se limite à affirmer, dans son article 18 : « Le droit désigné par la présente Convention ne peut être exclu que s'il est manifestement contraire à l'ordre public du for ».

<sup>290</sup> « À bien y regarder, ces deux outils correspondent chacun à un mécanisme de filtrage, le critère de filtrage variant selon l'outil en cause », P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 206, spéc. p. n° 48.

<sup>291</sup> P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 208, spéc. n° 50.

<sup>292</sup> P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 209, spéc. n° 51.

<sup>293</sup> Par l'examen de la loi étrangère et à la lumière de l'ordre public du for « le juge du for s'assure que, par son contenu, la disposition n'aboutisse pas à une solution du cas concret en cause qui soit substantiellement inacceptable aux yeux de l'État au nom duquel il statue », P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 206, spéc. p. n° 49.

<sup>294</sup> *Comp.* M. Gonzalez de Cossío distingue l'ordre public contractuel et l'associe à de dispositions impératives : « Il s'agit de restrictions à la liberté contractuelle, de limites à ce que les parties peuvent valablement stipuler... Le sens de ces dispositions est d'établir des limites à la liberté et l'autonomie des parties. Ni plus, ni moins », « L'ordre public au Mexique : quand la réalité dépasse l'apparence », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 3, 2014, p. 179. Cette définition s'accorde à celle donnée pour l'ordre public substantiel. Des dispositions d'un ordre public substantiel se trouveraient en droit mexicain dans les articles 1830 et 1831 du Code civil fédéral que disposent : Article 1830, un acte est illégal lorsqu'il est contraire aux dispositions d'ordre public ou aux bonnes mœurs. Article 1831, le motif déterminant de ceux qui contractent ne peut être contraire aux dispositions d'ordre public ou aux bonnes mœurs.

M. de Vareilles-Sommières affirme que l'exception d'ordre public constitue un outil de contrôle de conformité de la loi étrangère aux standards de la régularité<sup>295</sup> substantielle internationale en vigueur dans le for<sup>296</sup>. En appui de cette idée, l'auteur vient tracer un parallèle avec le mode d'intervention de l'ordre public international en droit des effets des jugements étrangers<sup>297</sup> et confirme le processus de double filtrage. Il constate que devant le juge de l'*exequatur*, l'examen de conformité à l'ordre public s'effectue à l'occasion d'un jugement qui règle un rapport de droit privé préexistant. Il s'agit aussi de deux étapes successives : dans un premier temps le rapport de droit privé est régi par la *lex causae* et soumis au contrôle de l'ordre public interne, puis lors de l'*exequatur*, le contrôle s'effectue par rapport à l'ordre public international.

**67.** L'appréhension de l'exception d'ordre public comme un mécanisme de filtrage par rapport à la substance et faisant partie d'un processus de sélection de la loi applicable nous rapproche de la compréhension du mécanisme. Dans son mode d'intervention on distingue deux éléments : le déclencheur, autrement dit la contrariété à l'ordre public et l'effet que cette contrariété entraîne. Nous nous intéresserons désormais aux effets de ce filtrage.

<sup>295</sup> L'ordre public du for prend position « sur une question concernant une sorte de régularité de la loi choisie, dont le contrôle se situe en amont de l'éviction, cette dernière n'apparaissant finalement que comme le résultat du processus du contrôle ayant donné lieu à consultation de l'ordre public du for », 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, pp. 445-446.

<sup>296</sup> Malgré certaines propositions avancées pour se départager de l'expression « exception d'ordre public », nous nous permettons de poursuivre l'analyse proposée sous cette dénomination compte tenu son acceptation générale. Par exemple, P. de Vareilles-Sommières, propose « une dénomination du type *exceptio de summo jure* ou *exceptio sententia maxima* pourrait fournir une option sérieuse en vue de remplacer le terme « exception d'ordre public » », *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 264 ss, spéc. p. 108. Selon l'auteur l'adoption d'une nouvelle dénomination se justifie, entre autres, car « à cette bannière de l'ordre public, qui ne fédérant pas ce qu'il faut, confond ce qui doit être distingué, on préférera bien d'autres solutions : soit celle, plus juste quoique un peu technique, de « régularité substantielle internationale » - et qui conduirait à suggérer de rebaptiser l'exception d'ordre public : « exception substantielle », forme abrégée de la dénomination développée techniquement exacte : « exception d'irrégularité substantielle internationale » - ; soit, peut-être mieux encore, celle qui ne soulève pas de problème de traduction, tout en suggérant l'idée d'un rang hiérarchique supérieur pour les principes qu'il s'agit de protéger : *exceptio de summo jure* ou *exceptio sententia maxima* ? » De Vareilles Sommières, Pascal, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 266, spéc. p. 109.

<sup>297</sup> En analysant l'affaire *Renault c. Maxicar* (CJCE, 11 mai 2000, *Régie Nationale des Usines Renault SA c. Maxicar SpA*, Aff. C-38/98, *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 497, note H. Gaudemet-Tallon, *JDI*, 2001, p. 696, obs. A. H., *JCP G*, 2001, II, 10607, obs. C. Nourissat), l'auteur observe qu'en droit international privé de l'Union européenne, la Cour européenne de Luxembourg indique que « le principe de libre circulation des marchandises ne fait pas partie de l'ordre public au sens de l'article 27 de la Convention de Bruxelles de 1968, relatif à la reconnaissance et à l'exécution dans un État membre de l'Union, des jugements rendus en matière civile et commerciale et provenant des autres États membres de l'Union, la juridiction européenne fait clairement la distinction entre les règles européennes d'ordre public (principe de libre circulation des marchandises) applicables, devant le juge français du fond, au rapport de droit privé existant entre la société française Renault et la société italienne Maxicar, et les règles européennes (auxquelles ne se rattache justement pas le principe européen de libre circulation en question) applicables au titre du contrôle de l'ordre public dans l'instance italienne concernant directement, non le rapport de droit privé entre ces sociétés (déjà réglé par le jugement français) mais le régime juridique du jugement français et de son efficacité en Italie », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 219-220, spéc. note en bas de page 97.

## B. Les effets de l'opération de contrôle

68. Nous aurons recours au terme « effet » plutôt qu'« étape » ou « fonction » afin d'aborder la mise en œuvre du mécanisme d'exception. Ainsi, on constate que le mode d'intervention de l'exception d'ordre public est affecté d'une certaine ambiguïté par les effets que la doctrine lui a imputés. Dans certains systèmes juridiques, les constructions doctrinales autour du mode d'intervention de l'exception d'ordre public ne semblent pas faire la distinction entre l'effet de rattachement et le détachement. La doctrine s'interroge alors de manière légitime sur la mise en œuvre de l'exception qui déclencherait systématiquement l'applicabilité de la loi du for ou se bornerait à déclencher l'inapplicabilité de la loi initialement désignée du fait de la contrariété de cette loi avec l'ordre public du for.

Il est généralement admis que la mise en place de l'exception d'ordre public aboutit à la substitution de la loi étrangère par la loi du for. La dérogation au nom de l'exception d'ordre public comporterait un double effet, le rejet de la norme substantielle étrangère contenue dans une règle ou dans une décision, suivie du rattachement à la loi du for<sup>298</sup>. L'ordre public serait à la fois un outil de détachement et un outil de rattachement. Toutefois, l'effet de rattachement a rendu l'exception d'ordre public suspecte<sup>299</sup> et est en partie responsable de l'assimilation des mécanismes liés à l'ordre public. En reconnaissant un effet de rattachement au mécanisme d'exception, la doctrine a constaté que le résultat de l'intervention de l'exception d'ordre public et des lois de police est commun<sup>300</sup> puisqu'ils impliquent l'application de la *lex fori*. Cependant, il a été récemment démontré que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public n'entraîne pas forcément l'application de la *lex fori* censée remplacer la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Nous poursuivrons avec la reprise des constructions doctrinales concernant les effets

<sup>298</sup> M. de Vareilles-Sommières rappelle que l'exception a généralement été comprise comme un mécanisme à deux phases successives pour sa mise en œuvre, « la première aboutissant à la neutralisation de la loi étrangère qui a été préalablement désignée, tandis que la seconde conduit, en principe, à la désignation de la loi du for », l'auteur signale que le rôle exact que joue l'ordre public lors du déroulement de ces phases n'est pas bien élucidé. Sur l'ambiguïté des fonctions de rattachement et détachement voir : P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 167, spéc. p. 4.

<sup>299</sup> « L'exception d'ordre public a incontestablement des traits qui la rendent *a priori* suspecte à la plupart des spécialistes du droit international privé : limitation de l'application des lois étrangères au profit de l'application de la loi du for ; disharmonie internationale des solutions et création de situations boiteuses », P. Kinsch, « La 'sauvegarde de certaines politiques législatives', cas d'intervention de l'ordre public international ? », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 447.

<sup>300</sup> Pour l'instant il suffit de signaler ce qui a été dit sur le mécanisme des lois de police : les lois de police se substituent à la règle de conflit et s'appliquent sans consulter la règle traditionnelle, elles ont fait apparition sous la dénomination de « lois d'application immédiate » et aboutissent à une dérogation à la règle de conflit.

attribués au mécanisme d'exception. L'effet de détachement est sans conteste ; contrairement à l'effet de rattachement qui suscite la méfiance<sup>301</sup>.

### 1. L'effet négatif : le détachement

**69.** Les doctrines, française et mexicaine, reconnaissent à l'exception d'ordre public un effet de détachement comme conséquence de son application. Ainsi, l'ordre public a été envisagé comme outil permettant la neutralisation de la loi étrangère. Comme l'affirme M. de Vareilles-Sommières : « Le mécanisme de l'exception d'ordre public prend 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 contraire à l'ordre public. L'exception introduite n'est plus tant ici une exception à la règle de conflit (la compétence de la loi étrangère est en effet reconnue par elle) qu'une exception à l'application de la règle substantielle désignée par cette dernière (malgré sa compétence, la loi désignée demeure stérile, pour des raisons de fond) »<sup>302</sup>. Cet effet premier, se retrouve dans la totalité des cas de recours à l'exception d'ordre public. Toutefois, la confusion apparaît lorsque la doctrine et la pratique admettent un second effet de manière presque automatique, un effet de rattachement. C'est l'effet positif qui ouvre la voie à de nouveaux développements qui méritent d'être mentionnés.

### 2. L'effet positif : le rattachement

**70.** Dès lors que le rapport de droit privé est détaché de la loi étrangère pourtant compétente, le besoin se fait ressentir de retrouver la loi applicable à ce rapport. Comme réponse à cette recherche, il est possible d'observer l'admission quasi systématique de l'effet positif de l'exception, c'est-à-dire, « l'application de la *lex fori* afin de combler la lacune laissée par la règle étrangère évincée »<sup>303</sup>. Ainsi, par exemple, la doctrine mexicaine reconnaît à l'ordre

<sup>301</sup> Dans ce sens Voir A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 230. Pour M. Bonomi la véritable différence entre les deux mécanismes se trouve dans le fait que les lois de police comportent de *règles* lesquelles déterminent de façon autonome leurs effets et conditions tandis que l'ordre public comporte un ensemble de principes de la *lex fori* : « *The real difference between the two mechanisms is more subtle and lies in the fact that rules of necessary application are rules of law that determine in an autonomous way their effect and the conditions to be applied, whereas ordre public consists of general principles of the lex fori, which can oppose incompatible foreign rules, but are not susceptible of being directly applied* ». Pour l'auteur cette distinction se reflète par le fait que à l'emploi du mécanisme d'exception l'effet de rattachement à a *lex fori* ne va pas de soi et de solutions alternatives peuvent y trouver sa place, tel que la règle de conflit subsidiaire.

<sup>302</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 167, n° 4.

<sup>303</sup> Un rapprochement est fait avec le résultat de l'application des lois de police, en ce sens voir : N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, page 22, n° 41 : « Par conséquent, le résultat est le même que pour les lois de police, le recours à la loi du for, alors pourtant que la règle de conflit ne la désignait pas ». Également, Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 547, lorsqu'il affirme que : « l'exception d'ordre public international permet d'écarter la loi étrangère, choisie ou désignée, qui commanderait au juge français de résoudre

public un effet négatif visant à écarter la norme étrangère qui lui est contraire mais également un effet positif de rattachement à la *lex fori* apportant une réponse au fond<sup>304</sup>.

Cependant, une solution alternative a été récemment explorée en France. Selon son postulat, l'application de la loi interne n'est pas une conséquence nécessaire dans cette opération logique. Il serait donc possible, par l'emploi de l'exception d'ordre public, d'écarter l'application d'une loi étrangère jugée choquante, au profit d'une autre loi que celle du for. À cet égard une précision s'impose, car l'effet positif du rattachement de l'exception ne saurait être confondu avec la proposition doctrinale selon laquelle l'ordre public fonctionne comme un véritable critère de rattachement<sup>305</sup>, plus précisément, comme un critère positif de désignation d'ampleur générale<sup>306</sup>. Avant d'analyser cette dernière proposition, l'explication du rattachement systématique à la loi du for mérite d'être exposée.

**71. L'explication du rattachement systématique à la loi du for.** M. de Vareilles-Sommières signale que l'effet de rattachement généralement reconnu à l'exception d'ordre public est le résultat d'une confusion avec le principe de vocation subsidiaire de la loi du for<sup>307</sup>. Une

---

un litige dans un sens contraire à ses valeurs fondamentales. Dans une telle situation, *la loi française remplace automatiquement la loi étrangère évincée* », c'est nous qui soulignons.

<sup>304</sup> Dans ce sens N. González Martín et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho internacional privado Parte general, op. cit.*, p. 164. Néanmoins, Mmes González et Rodríguez attestent que si l'effet négatif découle des dispositions internes et conventionnelles, la justification de l'effet positif en revanche, n'est pas élucidée.

<sup>305</sup> Plus récemment analysé par P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP, 2006-2008*, pp. 153-178. Comme l'explique l'auteure, il s'agit d'une idée évoquée par Mancini qui voyait dans l'ordre public un critère autonome de rattachement à l'instar de la nationalité ou la volonté des parties ; cette idée serait l'inspiration pour la fonction positive de l'ordre public, manifeste dans les lois de police. Ainsi, Mme Hammje se demande sur la possibilité de concevoir l'ordre public comme une catégorie autonome de rattachement, une voie médiane entre l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police : « À la différence de l'exception d'ordre public, il ne s'agit pas d'un ordre public d'éviction, mais d'un ordre public positif de désignation ; à la différence d'une loi de police, ce n'est pas une 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 », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 154. Un raisonnement de l'ordre public comme un critère générale et positif de rattachement nous semble se trouver à rebours de l'évolution des constructions doctrinales, notamment en ce qui concerne la règle de conflit pour les contrats internationaux. Exprimée en termes aussi vastes elle ne favorise pas la sécurité juridique tant cherchée par les parties.

<sup>306</sup> C'est une approche aussi considérée en droit mexicain. V. par exemple, Contreras Vaca qui accorde à l'ordre public (tout court) une fonction de rattachement à la loi du for pour le cas où la loi étrangère est contraire à l'ordre public du for : « *Una vez identificada la norma jurídica sustantiva susceptible de aplicarse, resultado de utilizar la norma de conflicto o conflictual, y en caso de que ésta sea extraña al foro (de otra entidad federativa o de un país extranjero), surge la necesidad de analizar si está acorde con el 'orden público' del juez que conoce el asunto, ya que si es contraria, el tribunal deberá resolver el fondo del litigio con su derecho sustantivo* » F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional privado, Parte General, op. cit.*, p. 187.

<sup>307</sup> Dans son analyse concernant la substitution au profit d'une loi autre que la loi du for, M. de Vareilles-Sommières observe que « le droit allemand est connu pour la solution qu'il a admise et dans laquelle la compétence de l'État étranger n'est pas remise en cause par l'irrégularité de la loi étrangère édictée, de telle sorte que la disposition étrangère évincée comme contraire à l'ordre public doit être remplacée par la règle qui, dans le droit de l'État étranger, s'appliquerait une fois la disposition normalement applicable neutralisée. Le droit portugais a retenu une solution de même inspiration en précisant, dans l'article 22 de son Code civil de 1966, que si la loi désignée par la règle de conflit est évincée comme contraire à l'ordre public, sont applicables « les normes les plus adéquates de la législation étrangère compétente » ou, seulement subsidiairement, les « règles du droit interne portugais ». Dans un registre un peu différent, il faut mentionner le droit italien qui aujourd'hui n'admet la

première observation conduisant à établir la différence et à proposer une autre solution se trouve dans l'instance indirecte du conflit de juridictions. On observe que lorsqu'un jugement est considéré comme contraire à l'ordre public, l'exception face au jugement étranger garde une simple fonction de détachement<sup>308</sup>. En revanche, en droit des conflits de lois<sup>309</sup>, l'effet du mécanisme d'exception, se double d'un effet de détachement et rattachement à la loi du for. Il découle donc une interrogation concernant la nécessité de ce dédoublement reconnu au mécanisme d'exception en droit des conflits de lois.

**72.** Pour le droit français, l'automatisme se comprend en matière contractuelle, dans une certaine mesure, par la lecture de l'article 21 du Règlement Rome I selon lequel : « 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 ». Un tel énoncé peut laisser entendre qu'une incompatibilité existe entre la disposition de la loi désignée par le règlement et l'ordre public du for, la *lex fori* prise comme mètre étalon doit se substituer à la loi écartée. Toutefois, une seconde lecture semble possible à savoir que l'article permet au juge du for d'écarter la loi étrangère, choisie ou désignée par la règle de conflit, tout en laissant la possibilité ouverte d'un rattachement à une loi autre que la *lex fori*.

**73. Une alternative de rattachement en droit des contrats.** Au-delà des exemples cités par M. de Vareilles-Sommières (prenant exemple sur les droits allemand, portugais et italien)<sup>310</sup>, il

---

compétence de la loi du for qu'à condition que la règle de conflit ne prévoie pas de facteur de rattachement subsidiaire aboutissant à la compétence d'une autre loi qui serait, elle, conforme à l'ordre public italien. La solution italienne montre que la logique de l'exception d'ordre public n'implique pas nécessairement l'applicabilité de la loi du for à la place de la loi étrangère évincée », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, op. cit.*, p. 262, n° 106. Aux exemples évoqués, il est possible d'ajouter le cas du Code civil fédéral mexicain qui dispose de règles spécifiques à l'application du droit étranger. Dans son article 14, al. I, ce code prévoit que le juge mexicain, dans l'application du droit étranger doit appliquer le droit comme le ferait le juge étranger. À suivre un tel énoncé, il est possible de rapprocher l'obligation pour le juge mexicain de remplacer la règle étrangère écartée par la règle qui, dans le droit étranger, s'appliquerait.

<sup>308</sup> « L'inefficacité causée par la contrariété à l'ordre public se suffit à elle-même, sans que le recours à une norme de substitution soit nécessaire », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, op. cit.*, p. 173, spéc. p. 10.

<sup>309</sup> Sur la fonction de rattachement, M. Kinsch observe que les définitions en droit positif n'éclairent point : « Il revient ainsi aux États, sous contrôle du droit communautaire il est vrai, d'en tirer les éléments de leur mise en œuvre. L'ordre communautaire aurait pourtant pu par une définition commune indiquer l'existence non seulement d'un effet négatif, comme il le fait, mais également de l'effet positif de substitution. Il est vrai que la Cour de justice, qui s'est toujours montrée volontaire dans la construction de la cohérence, remédiera sans doute à la carence des textes. », P. Kinsch, « La 'sauvegarde de certaines politiques législatives', cas d'intervention de l'ordre public international ? », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 447. *Contra* « Mais alors que l'exception d'ordre public remplit avant tout une fonction négative d'éviction de la loi étrangère, la substitution de la loi du for n'en étant que la conséquence nécessaire et restant limitée dans son étendue, les lois de police traduisent davantage une fonction positive qui serait assigné à l'ordre public. La première vient corriger sur le fond la désignation opérée par la règle de conflit ; tandis que les secondes n'évincent pas seulement la loi désignée, mais s'opposent plus globalement à la règle de conflit elle-même », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 154.

<sup>310</sup> Voir *supra* § 71.



nous semble que le droit des contrats internationaux est un terrain propice à l'observation d'une possibilité de rattachement autre.

En effet, lors de l'opération de sélection de la loi applicable à un contrat international, les règles fixant le rattachement à une loi déterminée admettent une diversité de critères<sup>311</sup> ; il s'agit, selon le système juridique en question, d'un critère objectif et d'un critère subjectif<sup>312</sup> ou bien de l'articulation des deux. Les systèmes français et mexicain partagent un trait concernant leur règle de conflit en matière de contrats internationaux : l'admission du principe de l'autonomie de la volonté des parties comme critère de rattachement ainsi que l'emploi d'un rattachement objectif. Dans l'hypothèse où le juge, lors de la détermination de la loi applicable à un contrat international, constate que la réponse apportée par l'application de la loi étrangère compétente est contraire à l'ordre public du for il dispose d'un critère alternatif de rattachement. Certes, une telle affirmation n'est valable que lorsque l'application de la loi étrangère résulte du choix des parties, cas dans lequel le juge peut avoir recours au critère de rattachement objectif pour déterminer la loi applicable. L'alternative de rattachement offerte par la règle de conflit en droit des contrats peut concilier l'objectif de protection du for, grâce au déclenchement du mécanisme d'exception, et l'objectif de la règle de conflit de lois, par le respect du critère de rattachement objectif.

**74.** L'étude des constructions doctrinales a permis d'établir un socle commun d'analyse pour les systèmes juridiques français et mexicain. Premièrement, la mise en œuvre du mécanisme d'exception respecte trois conditions à son déclenchement : l'extranéité de la loi compétente, l'appréciation *in concreto* et la condition spatiale. Deuxièmement, il a été posé que le mécanisme d'exception d'ordre public, pour les deux systèmes étudiés, intervient comme une étape postérieure à la règle de conflit de lois. Ainsi, il est admis que la mise en œuvre du mécanisme d'exception d'ordre public s'analyse comme une opération de contrôle de la norme étrangère confrontée à un élément de référence : l'ordre public du for. À cet égard, il a été observé que l'opération de contrôle a été récemment traitée à la lumière du paradigme de « la

<sup>311</sup> P.-M. Pattocchi affirme que dans le domaine des contrats les deux règles de rattachement principales sont l'autonomie de la volonté et un rattachement objectif que « commande au contraire, à défaut de choix de la loi applicable par les parties, de rechercher la loi de l'État avec lequel le contrat a le lien le plus étroit », *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, Georg, 1985, p. 7, n. 7.

<sup>312</sup> « Les critères de sélection de la loi applicable se distinguent principalement en critères objectifs et en critères subjectifs. Dans le premier cas le critère est formulé par le législateur, et sa précision peut varier selon les règles (p. ex. : la meilleure loi, la loi la plus favorable à l'enfant, la loi tenant l'acte pour valable quant à la forme, etc.). Dans le second cas le législateur s'en remet aux intéressés ou à l'un d'entre eux, en leur accordant la faculté de choisir la loi applicable. Dans le premier cas la poursuite d'une politique de droit matériel pour les situations internationales est à l'évidence plus poussée ; l'autonomie de la volonté est parfois une solution de pur embarras quant à la localisation, surtout si le choix compète aux deux parties », Pattocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, *op. cit.*, page 319, n° 646.



régularité substantielle internationale » qui permet d’appréhender l’exception d’ordre public comme un mécanisme de filtrage par rapport à la substance et faisant partie d’un processus de sélection de la loi applicable. Finalement, il a été constaté que l’opération de contrôle du mécanisme d’exception d’ordre public a pour résultat non seulement un effet négatif de détachement, permettant de soustraire un rapport de droit à une loi étrangère pourtant compétente, mais aussi un effet positif de rattachement à la *lex fori*. Sur ce dernier point, nous avons évoqué nos réserves quant au caractère automatique de rattachement à la loi du for suite au déclenchement du mécanisme, et ce notamment dans le domaine contractuel où la règle de conflit semble offrir une alternative.

\*

\*       \*

**75. Conclusion au chapitre.** Les constructions doctrinales autour du mécanisme d’exception d’ordre public ont permis d’identifier l’objet de l’exception d’ordre public dans la loi étrangère afin de protéger l’une des composantes de l’ordre public lato sensu, c’est-à-dire, les valeurs essentielles au for. La diversité des constructions doctrinales<sup>313</sup> concernant le fondement<sup>314</sup> de l’exception d’ordre public n’est pas ignorée de cette analyse. Néanmoins, la thèse de M. Remy emporte l’adhésion car elle permet d’expliquer l’enchevêtrement des mécanismes liés à l’ordre public grâce à ses arguments concernant la réassignation des rôles. De l’analyse des constructions doctrinales au Mexique, il nous est apparu que la grille de lecture proposée par la thèse de M. Remy sur la réassignation des rôles des mécanismes liés à l’ordre public, lui est transposable. Dès lors, une base commune est établie pour l’analyse du mécanisme d’exception dans les systèmes juridiques français et mexicain : ce mécanisme se préoccupe de la protection des valeurs du for, permettant ainsi d’étudier la mise en œuvre de l’exception d’ordre public. On peut sans doute reprocher à ces constatations leur caractère d’évidence, car bon nombre d’entre elles sont désormais bien établies en doctrine. Néanmoins, l’étude comparée impose

---

<sup>313</sup> À l’égard de cette diversité, M. Remy affirme, « ce serait, cependant, négliger que chacune de ces formulations de l’ensemble des fondements de l’exception d’ordre public se présente, par leur auteur, comme une tentative de parfaire l’œuvre de ses prédécesseurs. La diversité n’est donc pas ici cacophonie. Elle est, en fait, un faisceau d’indices qui approche toujours plus du système que tous cherchent à saisir. » Remy, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n° 230, page 124.

<sup>314</sup> Pour une autre approche du fondement du mécanisme voir J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, spéc. p. 303, n° 17.

cette vérification au niveau des constructions doctrinales afin d'examiner un seul et même référent à la lumière de ses manifestations en droit positif.

## **Chapitre 2 - Les manifestations de l'exception d'ordre public en droit positif**

76. L'analyse des manifestations des mécanismes liés à l'ordre public en droit positif permettra de constater la conformité des constructions proposées par la doctrine avec la réalité pratique, car comme Courbe le rappelait, « toute solution avancée dans un discours juridique doit être appuyée par une référence au droit positif, ou à défaut, par une argumentation constructive »<sup>315</sup>. Ainsi, nous étudierons les occurrences du mécanisme d'exception d'ordre public dans les systèmes juridiques français et mexicain avant d'en tirer quelques leçons. Dans leur ensemble, les dispositions législatives ainsi que la production jurisprudentielle attestent de la forte incidence de l'exception d'ordre public dans le raisonnement conflictuel pour les deux systèmes juridiques. Néanmoins, pour parvenir à la construction d'un régime pour l'exception d'ordre public, les systèmes juridiques français et mexicain ont emprunté deux voies différentes (Section 1). Malgré les différences dans la composition du régime, il est possible d'apprécier une convergence manifeste dans divers instruments qui méritent d'être étudiés (Section 2).

### ***Section 1. Le constat des constructions divergentes***

77. Pour la construction du régime du mécanisme d'exception d'ordre public, le système français a commencé par une construction jurisprudentielle consolidée par la suite dans la législation (§1). A l'inverse, le système mexicain a opté pour une adoption directe du mécanisme dans le Code civil, qui commence seulement à être décelée par la jurisprudence (§2).

#### **§ 1. L'approche française**

78. L'étude des constructions doctrinales a permis de constater que le mécanisme d'exception d'ordre public est bien connu des juristes français. Ce mécanisme d'éviction a fait l'objet d'étude dès ses premières manifestations. C'est la jurisprudence qui a décelé son utilité en ayant recours à une disposition très générale du Code civil. Il est possible de considérer que, pour le

---

<sup>315</sup> Dans son article en l'honneur du professeur Barthélemy Mercadal qui lui a prodigué un tel conseil. P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p.

droit français les bases du régime de l'exception d'ordre public se trouvent dans la jurisprudence (A) et que la législation est intervenue par la suite pour consolider les tendances jurisprudentielles (B).

### A. Les bases jurisprudentielles

79. En France, le Code civil ne comportait, en matière de conflits de lois, que des dispositions générales qui demeurent inchangées malgré l'évolution des relations internationales, « c'est donc la jurisprudence qui a pour l'essentiel façonné le droit positif... la Cour de cassation se contentant de viser formellement l'article 3 du Code civil »<sup>316</sup>. La fonction de l'ordre public a été identifiée par la Cour de cassation dans son arrêt *Lautour*<sup>317</sup>, lequel a posé les bases concernant les composantes et les conditions du déclenchement de l'exception. Au regard des composantes, la Cour affirme que l'ordre public recouvre les « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »<sup>318</sup> et se départage de l'hypothèse, avancée en doctrine par Lerebours-Pigeonnière, selon laquelle l'exception d'ordre public recouvrirait aussi la protection de certaines politiques législatives<sup>319</sup>. Les commentateurs de cet arrêt soulevaient qu'en l'espèce, le demandeur essayait de profiter d'un critère de rattachement au nom de l'ordre public<sup>320</sup> afin de fonder la compétence de la loi

<sup>316</sup> Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 22, p. 28.

<sup>317</sup> Civ. 25 mai 1948, *D.* 1948. 357, note Lerebours-Pigeonnière ; *Rev. crit. DIP* 1949. 89, note Batiffol ; *Grands arrêts*, n° 19. Par cette décision la Cour de cassation affirme que la loi compétente pour régir la responsabilité civile extra contractuelle est la loi du lieu où le délit est commis. On rappellera que c'est au visa de l'article 3 du Code civil que la Cour de cassation affirme que « les dispositions étrangères de responsabilité civile délictuelle ne sont pas contraires à l'ordre public international français par cela seul qu'elles diffèrent des dispositions impératives du droit français mais uniquement en ce qu'elles heurtent des principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ».

<sup>318</sup> Le Professeur Kinsch observe à cette occasion que la Cour de cassation ne fait aucune allusion à la double fonction de l'ordre public « mais s'intègre parfaitement au consensus qui existe en droit comparé », P. Kinsch, « La 'sauvegarde de certaines politiques législatives', cas d'intervention de l'ordre public international ? », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 452.

<sup>319</sup> Batiffol manifeste son étonnement vis-à-vis de la définition proposée par la Cour de cassation : « En la forme, nous ajouterons que l'arrêt rapporté donne de l'ordre public une définition qui surprend par son étroitesse. M. Lerebours-Pigeonnière nous a habitué à une conception plus extensive, relevant précisément que l'ordre public ne défend pas seulement les « principes de justice universelle » mais aussi les politiques législatives que les juges estiment, à tort ou à raison, devoir être soutenues, alors que l'opinion française est elle-même divisée à leur sujet », *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note H. Batiffol, spéc. p. 93.

<sup>320</sup> Batiffol rapportait que l'arrêt « met fin à ces incertitudes en décidant expressément que la loi applicable est celle du lieu du délit, dans un cas où il est survenu à l'étranger... En effet, sa référence au lieu du délit comme élément de rattachement était un motif plus précis, donc mieux adapté, que l'appel à l'ordre public. Mais l'équivoque qui en est résulté illustre le danger des arguments surabondants et notamment de la notion trop facile de l'ordre public. » Civ., 25 mai 1948, *Lautour*, *Rev. crit. DIP* 1949, p. 91, note H. Batiffol. Ainsi, la question n'était pas d'appliquer une exception mais de retrouver le critère de rattachement pertinent. Pour une explication à cette confusion MM. Ancel et Lequette affirment que « ces confusions prennent sans doute leur source dans l'histoire : le droit de la responsabilité a longtemps été considéré comme l'exemple type de ces lois d'ordre public qui, dans la conception de Mancini et surtout de Pillet, s'opposaient aux lois de protection individuelle qui étaient d'application territoriale. Il n'est évidemment pas question d'en refaire ici la critique. Rappelons simplement

française et non, dans son sens actuel, comme une exception à la règle de conflit. Le raisonnement du demandeur au pourvoi, admis par les juges du fond, est censuré par la Haute juridiction car c'est à tort que la Cour d'appel condamnait le défendeur par application de l'article 1384 du Code civil<sup>321</sup>. Il ne passera pas inaperçu que dans cette affaire, le juge du fond écarte la règle de conflit française<sup>322</sup> et non le contenu de la loi espagnole compétente.

Concernant les conditions de déclenchement de l'exception, la Cour de cassation apporte une double précision. Premièrement, elle affirme que la contrariété à l'ordre public doit être manifestement incompatible, dès lors la seule différence avec la loi française ne saurait suffire pour écarter l'application de la loi étrangère compétente : « les dispositions étrangères de responsabilité civile délictuelle ne sont pas contraires à l'ordre public international français par cela seul qu'elles diffèrent des dispositions impératives du droit français mais uniquement en ce qu'elles heurtent des principes de justice universelle considérées dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »<sup>323 324</sup>. Depuis lors, la formule a connu une évolution, la Cour de cassation se réfère aujourd'hui aux « principes essentiels du droit français »<sup>325</sup>. Deuxièmement, il est rappelé que ce qui est impératif dans l'ordre interne ne l'est

---

l'ambiguïté de la notion de loi territoriale... C'est à Bardin que revient le mérite d'avoir clarifié la notion. Dans ses *Études*, il démontra que l'ordre public international n'intervient pas dans l'élaboration de la règle de conflit mais simplement pour remédier à l'application des lois étrangères lorsqu'elles sont manifestement injustes ou odieuses. En d'autres termes, il ne constitue pas une catégorie de rattachement mais une exception à l'application de la loi étrangère normalement compétente », *Grands arrêts*, n° 19, p. 174.

<sup>321</sup> « Vainement la victime alléguerait-elle le caractère impératif, en droit interne, de la présomption édictée par l'art. 1384, §1<sup>er</sup>, c. civ. : ce n'est pas là un principe de justice universelle qui mette obstacle à l'application de la disposition d'une loi étrangère différente régulièrement compétente », Civ. 25 mai 1948, *D.* 1948. 357, note Lerebours-Pigeonnière.

<sup>322</sup> L'analyse de cet arrêt s'explique car, à l'époque, la règle de conflit de lois en matière de responsabilité extracontractuelle n'était pas admise à l'unanimité. Les commentateurs de l'arrêt rappellent, par exemple, la proposition de Weiss de rattacher la matière délictuelle à la loi personnelle lorsque les parties partagent la même nationalité, mais aussi l'application de la *lex fori*, doctrine qui avait les faveurs de MM Henri et Léon Mazeaud, ayant sa source chez Savigny et persistante en droit américain. En ce sens voy. Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, Lautour, n° 19, p. 166.

<sup>323</sup> Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, n° 19. Les commentateurs soulignent deux décisions dans lesquelles le juge français a fait application de la loi française sans que soit même envisagée la teneur du droit étranger. Il s'agit des décisions des juridictions du fond dans l'affaire *Kieger c/ Amigues* TGI Seine, 2 nov. 1962, *Rev. crit.* 1964. 111, note P. Bourel ; Paris, 2 oct. 1963, *Rev. crit.* 1964. 332, note P.L., *Clunet* 1964. 103, note Goldman. Il est intéressant d'observer que la méthode de raisonnement alors appliquée se rapproche fortement du mécanisme des lois de police.

<sup>324</sup> Ainsi, en matière de responsabilité délictuelle, par exemple, une loi moins favorable à la victime ne saurait être écartée par le mécanisme d'exception d'ordre public, voir Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 30 sept. 2003, *Fanucci*, *Clunet*, 2005, 3<sup>e</sup> esp., p. 124, note G. Légier, dans lequel la Cour de cassation juge « que c'est donc, à juste titre que la cour d'appel, qui a énoncé que le caractère impératif de la loi du 5 juillet 1985 ne doit pas être confondu avec l'ordre public international au sens de l'article 10 de la convention, a fait application de la loi italienne compétente, dès lors que cette loi, même si elle est moins favorable à la victime que la loi française, n'est pas manifestement incompatible avec l'ordre public international, justifiant ainsi légalement sa décision ».

<sup>325</sup> Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 6 avr. 2011, n° 10-19053. La nouvelle formulation présente l'avantage, d'après certains auteurs, de constater l'emploi plus large de la notion qui ne se limite pas à l'idée d'un ordre public véritablement international, en ce sens Audit et d'Avout, 8<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 335, n° 390.

pas pour autant dans une situation internationale<sup>326</sup>. Nous réservons l'analyse de la précision faite par la Cour selon laquelle une disposition étrangère doit être évincée dès lors qu'elle heurte les « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue » pour notre deuxième partie<sup>327</sup>.

**80.** Toutefois, c'est à partir de l'arrêt *Rivière*<sup>328</sup> que la notion d'ordre public s'impose comme une exception à la solution normale de la règle de conflit de lois. Plus particulièrement, par cet arrêt la Cour de cassation consacre une formule de portée générale concernant l'effet atténué de l'ordre public, principe selon lequel « lorsqu'une situation éventuellement choquante s'est réalisée à l'étranger, elle peut sortir ses effets en France, à condition que les droits aient été acquis sans fraude »<sup>329</sup>. Nous éviterons de rentrer dans le détail concernant l'effet atténué de l'ordre public pour deux raisons : premièrement, parce que cette notion n'a pas été analysée dans le domaine contractuel et-quoique l'on puisse dire, manquerait sensiblement de fondement. Deuxièmement, puisque MM. Ancel et Lequette semblent avoir décrit la tendance actuelle, à savoir de n'admettre que la condition spatiale de rattachement pour déclencher l'exception<sup>330</sup>.

<sup>326</sup> « Le droit de la responsabilité est sans doute le domaine dans lequel la notion d'*ordre public international* a été l'objet des confusions les plus nombreuses. Comme dans la thèse du défendeur au pourvoi, il y a souvent été soutenu que la matière étant impérative en droit interne, devait être d'ordre public en droit international », Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, n° 19, page 174, spéc. 10.

<sup>327</sup> Voir *infra* § 358 et s.

<sup>328</sup> Cass. civ., 17 avril 1953, *Rev. crit. DIP* 1953. 412, note H. Batiffol, *Clunet* 1953. 860, note R. Plaisant, Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, n° 26, p. 232. Il découle de cet arrêt que « la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France, ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger, et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français », Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, *op. cit.*

<sup>329</sup> 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. 72. À l'égard de cette variabilité dans l'espace de l'ordre public, M. Libchaber affirme que celle-ci « est critiquable pour son manque de nuances : nulle gradation là-dedans, mais un passage du tout au rien, une véritable hésitation entre l'éviction complète et la pleine validité. Et surtout, cette variabilité ne répond plus guère aux objectifs de protection du for qu'elle assume normalement l'ordre public, dès lors que la rapidité des déplacements est telle que n'importe quelle situation peut se réaliser on ne peut plus facilement à l'étranger ». À l'appui de son raisonnement, l'auteur rappelle des exemples tirés de la polygamie et de la répudiation et observe l'abandon du diptyque « ordre public plein / ordre public atténué » par l'adoption d'un ordre public circonstancié, c'est-à-dire d'un mécanisme d'ordre public de proximité influencé par les théories allemande et suisse ; « cette variabilité nouvelle de l'ordre public est fondée sur la plus ou moins grande proximité que la situation entretient avec le for : plus la situation se rapproche du for, et plus le contrôle exercé au nom de l'ordre public se fait exigeant ; inversement, plus les liens avec le for se relâchent, et moins se font sentir les rigueurs de l'ordre public ».

<sup>330</sup> La question sur la pertinence de l'abandon de l'effet atténué de l'ordre public fut posée en doctrine, « aussi bien est-il permis de se demander s'il ne serait pas préférable aujourd'hui de raisonner, comme en droit allemand, en termes d'*Inlandsbeziehung* et d'admettre « le même jeu de l'ordre public que la situation soit constituée dans ou hors du territoire du for, dès lors que cette situation présente des liens étroits avec la France ». (H. Gaudemet-Tallon, « La désunion du couple en droit international privé », *Rec. cours La Haye*, 1991, t. I, n° 122, p. 271 ; v. déjà du même auteur, *Clunet* 1990. 982 ; J.-M. Jacquet, note *Clunet* 1992. 953 ; R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en dr. int. pr. », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, 1996, p. 72 et s., n°s 9 et s. ; P. Courbe, *Mélanges Paul Lagarde*, 2005, p. 227). La corrélation espace-temps sur laquelle repose la théorie de l'effet atténué de l'ordre a, en effet, perdu une bonne part de sa pertinence en raison de la facilité actuelle des déplacements et de la quasi-ubiquité qu'elle confère aux individus. » Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, n° 26, page 243, spéc. 13.

**81.** Dans l'ensemble des décisions qui ont bâti le régime de l'exception d'ordre public, nous trouvons aussi les arrêts *Munzer*<sup>331</sup> et *Cornelissen*<sup>332</sup>. Le premier d'entre eux consacre la formule de l'arrêt *Rivière* concernant l'effet atténué de l'ordre public<sup>333</sup> et fixe les conditions à l'efficacité en France des décisions étrangères, rappelant l'impérieuse nécessité de son accord avec l'ordre public du for. Le second réduit à trois le nombre des conditions pour accorder l'exequatur d'un jugement étranger. Ainsi, en dehors de toute convention internationale, le juge français « n'a pas à vérifier que la loi appliquée par le juge étranger est celle désignée par la règle de conflit de lois française » ; il lui suffit de « s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité à l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi ». En effet, ces arrêts ont été prononcés en matière de conflit des juridictions mais son étude nous permettra d'en tirer de constats importants.

De l'analyse des arrêts précédents, les commentateurs en tirent trois observations : premièrement, l'ordre public intervient comme une exception et non comme une règle de rattachement<sup>334</sup>. Deuxièmement, concernant les conditions à son déclenchement, il est réaffirmé que le seul fait que la règle étrangère diffère de la loi française ne suffit pas à considérer la loi étrangère comme contraire à l'ordre public. Finalement, que la loi étrangère doit être évincée dès lors qu'elle heurte les « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ».

<sup>331</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janv. 1964, *Rev. crit.*, 1964, p. 344-351, note H. Batiffol ; *JDI*, 1964, p. 302-309, note B. Goldman ; *JCP*, 1964.II.13590, note M. Ancel ; Ancel et Lequette, *Grands Arrêts*, n° 41, p. 357.

<sup>332</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 20 févr. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, *Bull. civ. I*, no 68, *D.* 2007. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2007. 420, note Ancel et Muir Watt ; *JDI* 2007. 1195, note Train – M.-L. Niboyet. Pour une analyse d'ensemble 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. 437 et s.

<sup>333</sup> En ce sens Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, n° 41, p. 361 : « au nombre des *conditions d'ordre substantiel*, l'arrêt *Munzer* compte la *conformité à l'ordre public international*. Cette condition figure aussi habituellement dans les conventions relatives aux effets des jugements. On comprendrait mal au demeurant qu'il n'en soit pas ainsi, car c'est là le moyen de préserver une certaine organisation de la vie sociale au sein de laquelle la décision étrangère, qui ne s'en était pas spécialement inquiétée, est appelée à déployer ses effets ; mais il interviendra avec compréhension, parce qu'il se mesurera à une décision, un état de droit, constitués à l'étranger. C'est de la notion d'effet atténué de l'ordre public qu'il est ici question ».

<sup>334</sup> En accord à la proposition de Martin rappelée par MM. Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, n° 19, page 174 ; Voir aussi Lerebours-Pigeonnière : « Depuis la publication des remarquables études de M. Martin sur l'ordre public, la doctrine en général, et la jurisprudence, conçoivent qu'une loi étrangère *compétente* peut être mise en échec devant nos tribunaux par une *exception* d'ordre public, lorsque ses dispositions heurtent la morale universelle ou quelque principe fondamental de nos institutions sans lesquels nous ne concevons l'ordre juridique... La notion d'ordre public n'intervient pas pour l'*élaboration* de la règle de conflit... ce n'est qu'un remède à l'encontre de l'application de la loi étrangère *compétente* lorsque ses dispositions sont « manifestement injustes ou odieuses » (selon la terminologie de nos anciens statutaires) », note sous Civ. 25 mai 1948, *D.* 1948. 357.



En outre, il a été admis par la jurisprudence, au moins de manière implicite<sup>335</sup>, que le mécanisme d'exception d'ordre public ne joue que postérieurement à la désignation de la loi étrangère comme normalement compétente<sup>336</sup>. Ainsi, comme évoqué lors de l'analyse du paradigme de la régularité substantielle internationale<sup>337</sup>, on constate que la règle de conflit bilatérale effectue un contrôle du lien existant entre la situation de fait et l'État auteur de la loi applicable, tandis que le contrôle du contenu est effectué par l'exception d'ordre public.

L'ensemble des décisions précitées ont permis d'établir les bases du recours à l'exception d'ordre public et de dégager une cohérence entre les constructions doctrinales et la pratique de la Cour de cassation. Toutefois, il est nécessaire d'observer certaines décisions ayant recours à la notion d'ordre public international qui se situent au-delà du paramétrage établi.

**82.** Pour illustrer nos propos, nous prendrons l'exemple de la décision rendue par la Chambre sociale dans une affaire d'esclavage domestique, l'arrêt *Moukarim*<sup>338</sup>. Aux dépens du respect des canons établis, cet arrêt a ravivé les questions sur l'exception d'ordre public et permettent de douter sérieusement d'un recours à ce mécanisme<sup>339</sup>.

Les faits de l'espèce ont été clairement repris par les commentateurs. Nous nous bornerons à rappeler que dans ce litige découlant de cette relation contractuelle, il était difficile de trouver un critère de rattachement pertinent afin de déterminer la compétence la loi française<sup>340</sup> mais

<sup>335</sup> Et ce, depuis l'arrêt Cass. civ., 15 mai 1963, *Patiño*, *Rev. crit. DIP*, 1964, p. 532 ; Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2006, p. 330 s.

<sup>336</sup> « Évidemment, de façon générale, il serait abstraitement concevable pour le juge chargé du choix de la loi applicable de se lancer dans un choix fondé sur le contenu des législations en présence plutôt que sur les liens entre les États où elles sont en vigueur et la situation. Mais même en acceptant de mettre toutes les lois sur un pied d'égalité sans considération des liens qu'elles présentent avec le cas, concrètement, à partir du moment où le besoin se fait sentir d'un contrôle du lien et du contrôle du contenu, le bon sens invite à ne procéder au contrôle du contenu qu'après avoir procédé au contrôle du lien, car le contrôle du lien est plus simple que le contrôle du contenu en ce qu'il ne force pas à examiner chaque disposition et les solutions qu'elle apporterait si on l'appliquait au cas d'espèce, mais qu'il se satisfait d'un examen des données de fait en général simples et réduites correspondant au liens existant entre la situation et les différents États », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 182, note n° 33.

<sup>337</sup> Voir *supra* § 65.

<sup>338</sup> Cass. Soc., 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10121, note S. Bollée ; *RDC* 2006. 1260, obs. P. Deumier ; *D.* 2006. 1400, obs. P. Guiomar ; *Rev. crit.* 2006. 856, note P. Hammje et E. Pataut ; *JDI* 2007. 531, note J.-M. Jacquet ; *D.* 2007. 1752, obs. Courbe. Il s'agit selon M. Bollée d'une « véritable curiosité du point de vue de la théorie du droit international privé ».

<sup>339</sup> Pour Mme Deumier, par exemple, l'ordre public du droit international privé ne peut expliquer la solution de l'arrêt du 10 mai 2006, car la Chambre sociale a interdit à une partie de se prévaloir des règles de conflit, Cass. Soc., 10 mai 2006, *RDC* 2006. 1260, obs. P. Deumier.

<sup>340</sup> La situation de fait mettait en relation un employeur britannique et une employée nigérienne (22 ans) placée par sa famille, en contrepartie d'une rémunération dérisoire (25 euros par mois). Le contrat, rédigé en anglais, fut signé au Nigéria entre l'employeur et la famille de l'employée, et comportait une clause de choix de la loi nigérienne. Ce contrat –s'il est permis de faire usage de ce terme– fixait le lieu d'exécution habituel du travail au Nigeria, et obligeait l'employée à suivre l'employeur à l'étranger. C'est précisément lors d'un séjour en France, que l'employée décide d'entamer une action en justice. L'employeur invoque l'incompétence de juridictions françaises et conteste l'application de la loi française, compte tenu du lieu de signature du contrat, de la nationalité de son employée et du lieu d'exécution habituel du contrat.

aussi pour déterminer la compétence juridictionnelle. En effet, la solution fût reçue avec bienveillance par la doctrine, notamment par sa réponse au problème de fond, mais souleva plusieurs questions quant à la méthode. L'on constate que l'argument de protection de l'ordre public fut employé afin de justifier la compétence, tant des juridictions comme de la loi française, pour sanctionner un état d'esclavage moderne<sup>341</sup>. Or, malgré la clarté dans l'identification de la contrariété à l'ordre public comme fondement de la compétence française, législative et juridictionnelle, le raisonnement adopté par la Cour de cassation ne pouvait être ramené à aucune des manifestations traditionnelles de l'ordre public en droit international privé<sup>342</sup>.

L'arrêt *Moukarim* revêt d'une importance considérable<sup>343</sup>, entre autres, car l'intervention de la Chambre sociale est reconnue comme chargée de symbole<sup>344</sup>. En effet, le respect de la règle de conflit de juridictions<sup>345</sup> imposait de reconnaître la compétence des tribunaux du Nigeria, endroit où se trouvait le centre de gravité de la relation de travail. Également, l'observance de la règle de conflit de lois commandait la soumission du contrat de travail à la loi du lieu d'exécution habituelle<sup>346</sup>. Néanmoins, les juges du fond ont reconnu la compétence de l'ordre

<sup>341</sup> C'est l'intitulé de la note de M. Bollée V. *JCP* 2006. II. 10121.

<sup>342</sup> Ainsi il est affirmé qu'« il ne peut s'agir d'un appel à l'exception d'ordre public, puisque ce sont des règles françaises – non celles de droit étranger – qui sont ici écartées, à savoir les règles de compétence juridictionnelle et de conflits de lois. Il ne s'agit pas non plus de l'intervention d'une règle impérative française de droit du travail au titre de lois de police », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 165. À partir de cette observation, Mme Hammje explore une troisième voie, celle d'un ordre public de rattachement et affirme dans son analyse que : « 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. Si l'on reformule positivement l'attendu du principe, cela revient à dire que la prohibition de l'esclavage impose la compétence tant juridictionnelle que législative française (que l'employeur ne peut évincer par appel aux règles habituelles), dès lors que le différend présente un rattachement avec la France et ce dans l'objectif final de mettre un terme à cette situation inadmissible », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 166. Ces observations ne manquent pas d'évoquer la légèreté du rattachement avec l'ordre juridique français.

<sup>343</sup> Comme en témoignent les moyens de diffusion de l'arrêt (Cass. soc., 10 mai 2006, n° 03-46.593, FS P+R+B+I, Epx Moukarim c/Isopehi : Juris-Data n° 2006-033408), mais aussi parce que la Cour se substitue aux motifs de la cour d'appel.

<sup>344</sup> « Pour retenir leur compétence, déclarer la loi française applicable et accorder, sur son fondement, salaires et indemnités, les juges du fond s'étaient appuyés sur une lecture très compréhensive, pour ne pas dire abrogative, du caractère « habituel » de l'exécution du travail : l'exécution, même passagère, sur le territoire français suffisait à caractériser le critère de rattachement. Évidemment, le moyen critiquait les libertés ainsi prises par les juges du fond. Évidemment, la Chambre sociale aurait pu fermer les yeux sur ces mêmes libertés. Elle préféra une intervention plus chargée de symbole, en procédant par substitution de motifs pour poser solennellement une vision nouvelle de l'ordre public international. », Cass. Soc., 10 mai 2006, *RDC* 2006. 1260, obs. P. Deumier.

<sup>345</sup> Sur le fondement de l'article R. 517-1 du Code du travail. Pour établir la compétence directe du juge français les commentateurs rappellent que la jurisprudence transpose en matière internationale les critères de compétence territoriale interne énoncés à l'article précité, Voy. par ex., *JCP* 2006. II. 10121, note S. Bollée.

<sup>346</sup> Ou à défaut, à celle du pays où se trouve l'établissement d'embauche comme le prévoit l'article 6 de la Convention de Rome. Concernant la solution en matière de conflit de lois, l'affirmation de M. Bollée nous paraît particulièrement intéressante lorsqu'il admet que le traitement fait par la Haute juridiction des dispositions de l'article L. 324-11-1 du Code du travail « conduit à traiter l'article L. 324-11-1 (et par renvoi l'article L. 325-10) comme une loi de police, en lui assignant un champ d'application spatial plus vaste que celui qui résulterait de la

juridique français, dans son double volet législatif et juridictionnel pour empêcher le jeu normal des règles de conflit de lois du for. Cette démarche fut critiquée par la doctrine<sup>347</sup> et analysée sous plusieurs angles. Les efforts pour déceler la portée de l'arrêt ont abouti à plusieurs interprétations qui méritent d'être évoquées.

83. M. Bollée considère, par exemple, que la Cour de cassation a tout simplement consacré deux règles exceptionnelles au bénéfice du salarié engagé « sans manifestation personnelle de sa volonté et employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle »<sup>348</sup>. Mme Deumier considère que l'ordre public international en l'espèce se retrouve entre les droits fondamentaux, le droit naturel et l'équité<sup>349</sup>. Un autre commentateur de l'arrêt, M. Guiomard, affirme que la Chambre sociale se réfère à « un ordre public véritablement international, qui pourrait être tout autant dit transnational ou universel »<sup>350</sup>. Pour sa part, Jean Michel Jacquet considère que « l'ordre public assume ici une fonction ouvertement positive, une fonction directe de régulation des rapports juridiques internationaux »<sup>351</sup>. Toutes ces propositions, solidement bâties, empêchent d'adhérer de manière exclusive à l'une ou l'autre d'entre elles. La meilleure réponse se retrouve, à notre sens, dans une combinaison des explications avancées par les commentateurs. Ainsi, ajouter une explication propre serait dénoué d'intérêt, tant d'efforts ayant déjà été investis afin d'expliquer la portée de l'arrêt *Moukarim*. Malgré tout, la

---

simple application de la règle de conflit bilatérale énoncée par l'article 6 de la Convention de Rome- cette dernière, en effet, ne donne pas compétence à la loi française toutes les fois qu'il arrive au salarié de travailler en France », *JCP* 2006. II. 10121, note S. Bollée.

<sup>347</sup> Les critiques à l'arrêt sont nombreuses, en guise d'exemple nous rappellerons celle de M. Sylvain Bollée : « Bien sûr, il est toujours commode d'asseoir une innovation en la plaçant sous la bannière de ce terme passe-partout à la résonance solennelle, mais la fascination exercée par les mots n'est pas tout : elle est même une source d'égarement si ceux-ci ne sont l'écho d'aucune réalité. Admettre que le juge puisse neutraliser l'application de la loi française dans des cas où elle lui paraîtrait nocive ne reviendrait pas seulement à introduire une insécurité considérable, mais aussi à méconnaître ouvertement la séparation des pouvoirs... Il est vrai que cette dernière affirmation mériterait d'être nuancée, pour tenir compte du pouvoir reconnu au juge de sanctionner la primauté des normes de source internationale sur celles de source interne. Mais cette donnée ne permet nullement de justifier le bouleversement méthodologique introduit par l'arrêt », v. *JCP* 2006. II. 10121, note S. Bollée.

<sup>348</sup> Dans sa note (*JCP* 2006. II. 10121), l'auteur considère que la règle de compétence juridictionnelle permettrait au salarié de saisir les juridictions françaises « si le litige présente un rattachement avec la France » avec pour fondement le risque de déni de justice. Pour sa part, la règle de conflit de lois accorderait la compétence de la loi française « si le litige présente un rattachement avec la France ». Sur ce dernier point l'analyse est particulièrement intéressante lorsque l'auteur affirme « qu'il existe de fortes raisons de penser que le litige échappait, en réalité, à la Convention de Rome. Cette dernière ne s'applique en effet qu'aux situations *contractuelles*... » et évoque le possible approche par une qualification délictuelle. Le fondement tiré du déni de justice est également envisagé par Mme Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 167.

<sup>349</sup> Cass. Soc., 10 mai 2006, *RDC* 2006. 1260, obs. P. Deumier.

<sup>350</sup> *D.* 2006. 1400, obs. P. Guiomard

<sup>351</sup> « L'ordre public positif auquel se réfère l'arrêt manifeste ainsi sa parenté autant que sa différence avec l'ordre public international dans sa fonction d'éviction traditionnelle. Les deux ordres publics se rapprochent en effet dans la mesure où l'un comme l'autre se bornent à fournir les principes fondamentaux à l'aune desquels se mesurent les règles qui expriment les conceptions particulières des ordres juridiques étatiques. Mais ils s'éloignent l'un de l'autre dans la mesure où l'ordre public international dans sa fonction négative est avant tout centré sur les valeurs du for lui-même, même si celles-ci peuvent n'être pas dépourvues de rapports avec les valeurs universelles », *JDI* 2007. 531, note J.-M. Jacquet.

revue de cet arrêt et les commentaires à son égard permettent d'observer que nonobstant le terrain gagné à l'incertitude, certaines décisions échappent à l'orthodoxie proposée par la doctrine concernant le mécanisme d'exception d'ordre public. Parmi l'ensemble des commentaires, l'un d'entre eux retiendra particulièrement notre attention, c'est l'analyse de Mme Hammje qui envisage la possibilité de concevoir les valeurs fondamentales<sup>352</sup> comme une catégorie propre<sup>353</sup> lorsqu'il s'agit de justifier la double compétence<sup>354</sup>. L'étude de cette proposition fera l'objet de nos observations lorsqu'on s'intéressera aux affinements endogènes du mécanisme d'exception d'ordre public<sup>355</sup>.

**84.** Une parenthèse se justifie à l'égard de l'arrêt *Moukarim* car, fort malheureusement, la réalité de l'esclavage moderne présente de chiffres ahurissants<sup>356</sup>. Des situations comme celle qui a donné lieu à l'arrêt précédemment étudié s'observent de manière courante dans le monde entier, même au sein des pays développés<sup>357</sup>. Au Mexique, l'esclavage moderne frappe majoritairement les femmes issues des milieux défavorisés, en particulier dans les communautés indigènes. Ces constatations, sans doute superficielles, laissent songeur sur le résultat d'un litige semblable mais ayant des liens de rattachement avec le système juridique mexicain. En effet, toute forme d'esclavage moderne est clairement interdite par la Constitution mexicaine<sup>358</sup> et les abus dans les relations de travail sont sanctionnés par les dispositions du

<sup>352</sup> « Cela ne surprend pas, puisqu'est en cause l'une des valeurs essentielles de toute société démocratique, touchant à l'intégrité et à la dignité même de la personne humaine, à savoir la prohibition de l'esclavage, consacrée par de nombreuses normes fondamentales internationales. » P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 165. Pour les normes internationales condamnant l'esclavage voir, par ex. l'art. 8 §1 du Pacte international des droits civils et politiques ; l'art. 4 de la Convention européenne relative aux droits de l'homme ; l'art. 6 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, la Convention de Genève du 25 sept. 1926 relative à l'esclavage ; la Convention de l'OIT sur le travail forcé du 28 juin 1930.

<sup>353</sup> « S'agissant de la catégorie concernée, donc des principes fondamentaux qui justifient la compétence française, on remarquera que, contrairement aux décisions précédentes faisant appel aux droits issus de normes fondamentales, la Cour de cassation n'indique ici expressément ni l'origine, ni le contenu du principe sollicité... Il reste que ce silence de la Cour peut surprendre, spécialement face à un droit fondamental intangible », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 166.

<sup>354</sup> Mme Hammje considère que l'interprétation la plus exacte de l'arrêt doit être faite en termes d'ordre public de rattachement (à défaut d'être la plus plaisante) c'est-à-dire, concevoir l'ordre public comme une règle autonome de compétence juridictionnelle et législative. Selon les mots de l'auteur : « l'interprétation fait alors apparaître la réelle innovation de l'arrêt : la compétence du juge français est fondée sur le fait que sont en cause des dispositions impératives du for dont il convient d'assurer l'application. En d'autres termes, la nécessité d'appliquer des droits fondamentaux justifie, à elle seule, que le juge du for se saisisse de la question, par préférence au juge étranger dont la compétence pourrait être établie par un critère objectif », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 167. La proposition est nuancée par son auteur qui observe certains obstacles, notamment par l'excessive imprécision d'une règle de compétence fondée sur l'ordre public, P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 168.

<sup>355</sup> Voir *infra* § 496.

<sup>356</sup> Selon le rapport « Estimations mondiales de l'esclavage moderne : travail forcé et mariage forcé », publié par le Bureau international du Travail (BIT), Genève, 2017, ISBN : 978-92-2-230933-7.

<sup>357</sup> Comme le démontre le rapport du Bureau international du Travail, *op. cit.*, p. 10.

<sup>358</sup> Article 1, al. 2, « L'esclavage est interdit dans les États-Unis du Mexique. Tout individu ayant la condition d'esclave dans un pays étranger, sera immédiatement libéré, dès son entrée sur le territoire national, et jouira des

droit du travail. Cependant, le décalage entre le droit positif et les situations de fait<sup>359</sup> peut être si important qu'il n'est pas exclu qu'une situation d'esclavage domestique se présente devant le juge français mais cette fois avec de forts liens de rattachement avec le système juridique mexicain (la nationalité des parties, le lieu d'exécution du travail, le choix de la loi mexicaine comme applicable au contrat, entre autres). On songe donc à la réaction du juge français dans une telle hypothèse : serait-il possible d'affirmer que la loi mexicaine est contraire à l'ordre public français sachant que l'ordre juridique mexicain condamne aussi l'esclavage domestique ? Dans le respect du régime de l'exception d'ordre public, il est possible d'affirmer que le déclenchement du mécanisme serait difficilement justifié.

**85.** Une dernière observation concernant les bases jurisprudentielles du régime du mécanisme d'exception d'ordre public permettra de rappeler ce que certains auteurs en France affirment, que le recours à l'exception d'ordre public dans le domaine contractuel se fait de plus en plus rare<sup>360</sup> mais demeure, par exemple, pour empêcher l'effet des clauses exonératoires ou limitatives de la responsabilité du transporteur<sup>361</sup>, pour assurer le respect de certains principes généraux de procédures collectives<sup>362</sup>, ou bien pour limiter l'allocation des dommages punitifs<sup>363</sup>. Dans le cadre très particulier des contrats internationaux, il est nécessaire de rappeler

---

garanties offertes par la Constitution, sans restriction ni suspension, sauf dans les cas et conditions prévues par celle-ci ». Traduction proposée par la Direction générale de la coordination du recueil et systématisation des décisions de la Cour suprême de justice de la Nation, disponible sur <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/mx/mx047fr.pdf>, consulté le 24 avril 2019. Suite à la dernière réforme du 29 janvier 2016, la prohibition de l'esclavage a été déplacée à l'alinéa 4 du même article, qui dispose désormais : « L'esclavage est interdit dans les États-Unis du Mexique. Tout individu ayant la condition d'esclave dans un pays étranger, sera immédiatement libéré, dès son entrée sur le territoire national, et jouira de la protection des lois », traduction libre.

<sup>359</sup> Le problème est bien celui de l'efficacité de la norme, question qui déborde largement du cadre de cette recherche.

<sup>360</sup> « La lecture des répertoires et des recueils de jurisprudence ne laisse planer aucun doute : l'exception d'ordre public international est invoquée, en droit des contrats internationaux, plus rarement encore aujourd'hui qu'hier », P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 101. Dans le même sens, M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2017, § 70 : « Le droit des contrats internationaux recourt donc également à la règle de conflit, telle qu'elle est connue en droit international privé, dans sa structure, ses caractères et sa mise en œuvre. Relevons que le résultat du jeu de la règle de conflit sera rarement paralysé par l'ordre public international, ses manifestations en matière contractuelle étant peu fréquentes, les valeurs du for se manifestant plus souvent par les lois de police ».

<sup>361</sup> Cass. com, 16 avr. 1991, n° 89-19.258, *Bull. civ.* IV. n° 147. Par cette décision, la Cour de cassation a vérifié que les dispositions du droit belge permettant l'exclusion de responsabilité du transporteur en cas de dol ou de faute lourde étaient applicables en France, elle a sanctionné la cour d'appel pour n'avoir pas recherché « si les clauses de droit belge, applicables au contrat litigieux, étaient conformes à la conception française de l'ordre public international ». Pour une étude d'ensemble voir P. Lagarde, « Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit international privé », in J. Ghestin (dir.), *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, LGDJ, p. 19 s.

<sup>362</sup> Comme le principe d'égalité entre créanciers, Cass. com, 4 févr. 1992, *Rev. arb.* 1992, 63, obs. H. Moitry ; où la règle de suspension des poursuites individuelles TGI Paris, 2 févr. 1996, *Rev. arb.* 1998, 577.

<sup>363</sup> Arrêt *Fontaine-Pajot*, Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, n° 09-13.303, *D.* 2011. 423, note F.-X. Licari ; *Rev. crit. DIP*, 2011.93, note H. Gaudemet-Tallon ; *JDI*, 2011-3, p. 614, note O. Boskovic ; *Gaz. Pal.*, 2011, jur. 849, note F. de Bérard. De la lecture de cet arrêt découle la possibilité pour le juge français de reconnaître l'allocation des

que l'argument tiré de l'applicabilité des règles d'ordre public pour décider de l'arbitrabilité d'un litige n'est plus admis<sup>364</sup>. Les bases jurisprudentielles concernant le mécanisme d'exception d'ordre public ont été reprises postérieurement par la législation.

### B. La prise en charge par la législation

**86.** En droit français l'exception d'ordre public a été déduite par l'application de l'article 3 du Code civil<sup>365</sup> malgré l'absence de référence expresse au mécanisme. Cette situation s'est prolongée jusqu'à la transformation apportée par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>366</sup>. Par l'adoption de cet instrument, le régime de l'exception d'ordre public a été admis par la législation non seulement dans un contexte national mais au sein de la Communauté économique européenne. La Convention de Rome pose des limites à la liberté de choix de la loi applicable par les parties dans la réserve d'ordre public prévue aux articles 7 (2) et 16 mais aussi dans le cadre des contrats de consommation (article 5) et des contrats de travail (article 6.1). En ce qui concerne l'exception, le mécanisme a été intégré par l'article 16 intitulé « ordre public » lequel prévoit : « L'application d'une disposition de la loi désignée par la présente convention ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for ». On reconnaît les traits du mécanisme d'exception qui a pour objet de poser des conditions à l'application de la loi désignée afin de lui octroyer des effets dans le for.

**87.** Postérieurement, la Convention a été transformée en règlement européen 593/2008 du 17 juin 2008, dit « Rome I »<sup>367</sup>. Pour sa part, ce règlement se veut conciliateur des intérêts des

---

dommages-intérêts punitifs à condition qu'ils ne soient pas disproportionnés « au regard du préjudice subi et du manquement aux obligations contractuelles ». Autrement dit, « si le principe d'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public, il en va autrement lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur », *JDI* 2011.614, note O. Boskovic.

<sup>364</sup> Pour une explication de l'évolution jurisprudentielle en la matière voir M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *op. cit.*, § 388.

<sup>365</sup> B. Ancel, « Destinées de l'article 3 du Code civil », dans *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 1-18.

<sup>366</sup> Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1991 et applicable aux contrats conclus après cette date (article 17). MM Audit et d'Avout affirment : « aucune disposition législative d'ensemble n'a été consacrée en France aux conflits de lois en matière des contrats. Le droit commun a donc été façonné par la jurisprudence... Le droit commun jurisprudentiel fut pratiquement remplacé par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, destinée à unifier les règles de conflit au sein des États membres de la CEE », Audit et d'Avout, 8<sup>ème</sup> édition, n° 1025. Pour l'analyse du dispositif de la Convention v., par ex., Mayer et Heuzé, §730 et s.

<sup>367</sup> Déclaré applicable aux contrats conclus après le 17 décembre 2009. Le règlement reprend pour l'essentiel les dispositions de la Convention, avec quelques modifications. Pour une analyse du Règlement voir, par ex., Audit et d'Avout, 8<sup>ème</sup> édition, n° 1026 et s. La bibliographie sur la Convention de Rome du 19 juin 1980 et le Règlement Rome I est vaste, pour n'évoquer qu'une partie : S. Bollée, S. Lemaire, L. d'Avout, T. Azzi et O. Boskovic, « Le règlement n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *D.* 2008. 2155 ; S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire Rome I et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Travaux



parties et des États. Ayant pour pierre angulaire la sécurité juridique<sup>368</sup>, cet instrument commande la limitation de la marge de manœuvre laissée au juge saisi. Le Règlement met en place un nombre de rattachements spéciaux<sup>369</sup> et encadre le mode d'emploi de certaines réserves laissées à disposition du juge. A propos de l'exception d'ordre public « le règlement n'innove pas par rapport à la convention »<sup>370</sup> et renforce l'appréhension du mécanisme comme une possibilité d'opposition au contenu de la loi étrangère. Le résultat concret<sup>371</sup> de son application doit être « manifestement incompatible »<sup>372</sup> avec l'ordre public, à l'instar des conditions établies par le droit commun français pour le déclenchement du mécanisme. Le considérant n° 37 du Règlement est révélateur de l'état d'esprit des rédacteurs lorsqu'il affirme : « Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police ». Il est possible d'affirmer donc que le Règlement respecte l'orthodoxie doctrinale puisque l'ordre public du for fait office d'obstacle à l'application de la loi désignée par le contrat en cause. Ainsi, le contrat est exempt d'une exposition directe à

---

du Credimi, Paris, LexisNexis, Litec, 2011 ; P. Deumier et J.-B. Racine, « Règlement Rome I : le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle », *Rev. contrat* 2008. 1309 ; F. Ferrari, « Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties », *Rev. crit. DIP*, 2009. 460 ; J. Foyer, « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI* 1991. 601 ; Gaudemet-Tallon, « Le nouveau droit international privé européen des contrats », *RTD* 1981. 215.

<sup>368</sup> « L'esprit général est celui de la sécurité juridique : préserver l'efficacité de l'éventuel choix de loi ; promouvoir la prévisibilité et la cohérence des solutions, lesquelles s'opposent à de trop grandes divisions du droit applicable », L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165, spéc. 2.

<sup>369</sup> Il a été affirmé à leur égard, que ceux-ci « cristallisent par avance d'éventuelles règles impératives nationales : les rattachements formant un régime d'exception protecteur des parties présumées faibles ; ou bien ceux qui dérogent ponctuellement à la loi applicable, par exemple quant à la validité du contrat en la forme », L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165, spéc. 2. Cette observation nous paraît profondément intéressante afin d'appréhender le phénomène de l'ordre public, notamment lorsque son auteur avance l'idée d'une cristallisation. Les rattachements spéciaux permettent de constater que certaines dispositions protégées dans une première étape comme des lois de police peuvent se consolider dans un critère de rattachement spécial, nous y reviendrons à l'occasion de l'analyse du phénomène de cristallisation des lois de police, voir *infra* § 311 et s.

<sup>370</sup> « Il reprend inchangée la formule restrictive selon laquelle le juge saisi ne peut évincer la loi applicable qu'en cas d'incompatibilité « manifeste » avec les conceptions fondamentales de son ordre juridique d'origine (art. 21 R). La porte ainsi entr'ouverte est très étroite ; elle ne devrait pas devenir le point principal de pénétration judiciaire des impérativités issues d'un droit non applicable au contrat », L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*

<sup>371</sup> « Il résulte également de la formulation du texte que ce qui est susceptible d'être déclaré contraire à l'ordre public n'est pas la loi étrangère abstraitement envisagée, mais son application dans le cas d'espèce : l'appréciation doit être portée *in concreto* », Audit et d'Avout, 8<sup>ème</sup> édition, n° 1054.

<sup>372</sup> « Par ce recours à l'adverbe « manifestement » les rédacteurs de ces divers textes fixent ainsi la barre plus haut qu'on ne le faisait traditionnellement et souhaitent ainsi dissuader les juges et les autorités compétentes de recourir trop fréquemment à cet élément perturbateur », J. Foyer, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 291. En ce sens également, Audit et d'Avout, 8<sup>ème</sup> édition, n° 1054 : « le tour négatif employé indique que la réserve ne doit jouer que dans les cas les plus graves, ce que renforce l'usage de l'adverbe « manifestement ». Une conception aussi restrictive se justifie davantage dans les conventions de droit international privé applicables sur le fondement de la réciprocité, ce qui n'était pas le cas de la Convention de Rome ».



l'ordre public du for, c'est-à-dire que c'est la loi régissant le rapport de droit privé l'objet de l'exception et non le rapport contractuel de droit privé lui-même. Ayant analysé l'approche française bâtie sur des règles prétoriennes reprises par la législation, il est désormais nécessaire d'étudier l'approche mexicaine.

## § 2. L'approche mexicaine

88. A l'inverse au droit français, le système juridique mexicain part d'une base législative pour se doter d'un mécanisme d'exception d'ordre public (A). Ce n'est que récemment que la jurisprudence s'emploie à l'interprétation des constructions législatives (B).

### A. La base législative

89. Le procédé suivi par le droit mexicain trouve son point de départ dans le Code civil fédéral, notamment dans son article 15, paragraphe II. La disposition est limpide et son emplacement révélateur de sa prééminence. L'article qui le précède, l'article 14, prévoit une série de règles que le juge mexicain doit respecter lorsqu'il fait application d'une loi étrangère. En revanche, l'article 15 prévoit en négatif les conditions d'application de cette dernière. Ainsi, la loi étrangère ne sera pas appliquée dans deux hypothèses : la première lorsque le juge constate un cas de fraude à la loi et la seconde lorsque les dispositions de la loi étrangère *ou le résultat de son application sont contraires aux principes ou institutions fondamentales de l'ordre public mexicain*<sup>373</sup>. Il s'agit bien de l'exception d'ordre public « international » ayant pour élément contrôlé la loi étrangère. Cette affirmation doit se compléter par l'observation de l'article 6 du Code civil fédéral<sup>374</sup> lequel accueille la notion d'intérêt public et affirme qu'« il est possible de renoncer uniquement aux droits privés qui n'affectent pas l'intérêt public ». Le contraste des formulations nous permet d'affirmer que l'article 6 s'accorde avec la notion d'ordre public substantiel et d'ordre public interne<sup>375</sup>.

<sup>373</sup> « Artículo 15.- No se aplicará el derecho extranjero :

I. Cuando artificialmente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden publico mexicano ».

<sup>374</sup> « Art. 6 : La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros ».

<sup>375</sup> En ce sens F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional Privado*, p. 187.

90. Il est nécessaire de rappeler que le système juridique mexicain fut marqué, pendant une période importante de son histoire par un territorialisme absolu<sup>376</sup>, étape révolue mais qui a laissé une forte empreinte pour le droit international privé dans ce pays. Le dépassement de cet isolement juridique s'est rendu possible grâce aux travaux de la doctrine mexicaine et à une volonté politique d'ouverture aux échanges internationaux, favorisant le flux des personnes et des biens<sup>377</sup>. Cette ouverture s'est traduite dans le langage juridique, entre autres, par la possibilité d'application de la loi étrangère qui s'accompagne d'un mécanisme de défense des principes fondamentaux du for.

Ainsi, le recours au mécanisme d'exception d'ordre public possède, dans le système juridique mexicain, une assise législative certaine. La lecture de cette disposition permet de voir un mécanisme d'exception, lequel interviendrait à une étape complémentaire à la règle de conflit de lois, afin d'évincer l'application de la loi étrangère lorsque son application serait contraire à l'ordre public du for. Or, cette base législative est interprétée par le juge mexicain depuis peu, c'est l'analyse de cette jurisprudence qui sera dressée par la suite.

## B. Les précisions jurisprudentielles

91. Une précision s'impose concernant la notion de jurisprudence dans le système juridique mexicain<sup>378</sup> qui diffère du même concept en droit français. La jurisprudence entendue comme une règle interprétative et obligatoire, à l'instar du droit français, est constituée en droit mexicain par une décision judiciaire contraignante mais elle résulte d'un processus différent. Pour qu'une décision judiciaire soit considérée comme *jurisprudencia* en droit mexicain, une condition de réitération doit être respectée. Les règles de la jurisprudence fédérale sont établies par la loi d'*Amparo*<sup>379</sup>. Conformément à cette loi, constituent jurisprudence par réitération, les critères retenus par la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* dans cinq décisions prononcées

<sup>376</sup> L. Perezniato, « El derecho internacional privado y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano », *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XV, 2015, p. 773-816. L'auteur nous rappelle que pendant soixante ans (1928-1988) le Mexique est resté à l'écart de la communauté juridique internationale. L'explication à cette posture se trouve dans les invasions subies pendant les XIXème et XXème siècles, ainsi que le renforcement d'un sentiment nationaliste nourri par les idées de la Guerre de Révolution mexicaine (1910-1917). Pour une analyse sur le territorialisme comme trait caractéristique de plusieurs pays du continent voir, L. Perezniato, « La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amérique Latine », *Recueil des Cours*, t. 190, 1985-I, p. 336 et s.

<sup>377</sup> Sur l'évolution du droit international privé mexicain voir L. Perezniato, « *El derecho internacional privado y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano* », *op. cit.*

<sup>378</sup> Pour une étude approfondie du sujet (en langue anglaise) voir J.-M. Serna de la Garza, *The concept of jurisprudencia in mexican law*, *Mexican Law Review*, 2009, Vol. 1, n° 2, UNAM. Depuis la publication de cette analyse, des modifications importantes ont été apportées par la nouvelle loi publiée dans le *DOF* le 2 avril 2013, cependant les précisions générales sur la composition de la jurisprudence mexicaine sont toujours d'actualité.

<sup>379</sup> « *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, dernière réforme publiée au *DOF* le 2 avril 2013.

dans le même sens de manière consécutive<sup>380</sup>. La jurisprudence mexicaine est contraignante pour les tribunaux hiérarchiquement inférieurs au tribunal qui a prononcé la décision. Les organes judiciaires des États de la Fédération mexicaine peuvent aussi prononcer des décisions jurisprudentielles contraignantes seulement à l'intérieur de l'État de leur ressort. En cas de désaccord avec le critère fédéral, ce dernier doit être retenu. Le juriste français habitué à un système avec un développement jurisprudentiel très vaste pourra s'étonner du faible nombre de critères jurisprudentiels mexicains analysés dans ce travail de recherche. Cependant, la réalité est que la production jurisprudentielle mexicaine est relativement restreinte lorsqu'il s'agit des recours en cassation<sup>381</sup>.

92. Les précisions au sujet du mécanisme d'exception d'ordre public données par la jurisprudence mexicaine se font rares. De manière générale, il est admis que la délimitation de l'ordre public appartient, en principe, au législateur lors de l'édiction d'une loi. Toutefois, il est permis au juge, lorsqu'une situation litigieuse lui est soumise, d'en apprécier son existence dans les cas concrets. Il en résulte que dans des cas précis les juges « peuvent qualifier et estimer l'existence de l'ordre public à l'égard d'une loi »<sup>382</sup>. L'épure des mécanismes liés à l'ordre public à partir de la jurisprudence mexicaine est une tâche non sans difficultés, néanmoins une série d'arrêts relativement récents apportent sans doute ses lumières pour la compréhension du régime du mécanisme d'exception d'ordre public en droit mexicain.

Par un arrêt d'avril 2011<sup>383</sup>, un tribunal fédéral interprète l'article 6 du Code civil - selon lequel la volonté des parties ne peut pas exempter le respect de la loi, ni l'altérer ou la modifier – en ce sens que la notion d'ordre public s'entend comme une limite à l'activité des justiciables et il est reconnu à la loi son caractère primaire de direction de l'ordre social. Il est notable que le tribunal associe le contenu de l'article précité à la notion d'ordre public interne.

<sup>380</sup> *SCJN* en Assemblée plénière par une majorité d'au moins huit votes ou par une des *salas*/chambres de la *SCJN* par une majorité d'au moins quatre votes.

<sup>381</sup> La *SCJN* réunit en une seule institution les fonctions d'une Cour de cassation et d'un Tribunal constitutionnel. C'est dans sa fonction comme interprète et gardien de la Constitution mexicaine que ce tribunal déploie le plus grand nombre de ses raisonnements. Le faible développement jurisprudentiel en droit international privé mexicain est observé par la doctrine, voir, par ex. Contreras Vaca, *Derecho Internacional Privado*, p. 11. La composition et fonctions de la *SCJN* rappellent celles du Tribunal constitutionnel allemand, voir M. Fromont et J. Knetsch, *Le droit privé allemand*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2017, n°34, p. 28.

<sup>382</sup> « *Orden público. Si bien es cierto que la estimación del orden público en principio corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la función de los juzgadores apreciar su existencia en los casos concretos que se les sometan para su resolución. Resulta pues indudable que los jueces, en casos determinados, pueden calificar y estimar la existencia del orden público con relación a una ley* », TA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Quinta Época, t. XXVI, juillet 1929, p. 1534, n° 81002. Arrêt cité dans F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 187 et 188.

<sup>383</sup> *Orden public*, sa notion et contenu en matière civile, « *Orden público. Su noción y contenido en la materia civil* », Tribunales Colegiados de Circuito, TA: I. 3°. C. 926 C, *Semanario Judicial de la Federación, Novena Época*, t. XXXIII, p. 1350, n° 162333, avril 2011.

Puis, dans une étape ultérieure du raisonnement, il est affirmé que l'article 15, alinéa II du même Code s'associe, par sa spécificité, au mécanisme d'ordre public international dès lors que « la loi étrangère ne peut être appliquée lorsque ses dispositions ou le résultat de son application sont contraires aux principes ou institutions fondamentales de l'ordre public mexicain »<sup>384</sup>.

Ainsi, le fondement légal du mécanisme d'exception d'ordre public est confirmé.

En revanche, malgré la clarté des affirmations précédentes, certaines zones d'ombre subsistent dans le raisonnement du juge mexicain car à cette occasion il est affirmé également que « l'idée d'*autonomie individuelle* est déterminée par deux dimensions ; la première d'entre elles se réfère à la notion d'*intérêt public qui se traduit en l'existence de lois impératives* que, par leur nature, ne peuvent pas être dérogées par les justiciables car elles ont la charge de protéger les intérêts de ces derniers ainsi que ceux de l'État et, la seconde, qui se traduit par un mécanisme juridique d'application juridictionnelle qui s'intéresse à la protection de l'intérêt général en limitant toute activité privée qui porterait atteinte à ce dernier. De cette manière, il est possible de différencier la règle impérative de la règle d'ordre public, car la règle d'ordre public est toujours impérative, mais toute règle impérative n'est pas d'ordre public »<sup>385</sup>. Le développement du tribunal fédéral nous semble révélateur de certaines difficultés qui subsistent à l'occasion du recours aux mécanismes liés à l'ordre public et soulève deux remarques :

Premièrement, on observe que le juge prend appui sur l'idée de l'autonomie individuelle qui trouverait une première limite dans la notion d'intérêt public qui se traduit par l'existence de lois impératives, c'est-à-dire celles qui ne sont pas susceptibles d'être dérogées par les particuliers. Sur ce point, une lecture restrictive s'avère rassurante par son rattachement à la notion d'ordre public interne<sup>386</sup> en opposant les règles du droit mexicain aux normes que les

<sup>384</sup> « *Más aún, el mismo ordenamiento destaca como norma de resolución de conflictos, la fracción II del artículo 15 del mismo ordenamiento al indicar que no podrá aplicarse el derecho extranjero cuando las disposiciones de éste o el resultado de su aplicación sean contrarias a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano* », Orden público. Su noción y contenido en la materia civil, *op. cit.*, traduction libre, souligné par nos soins.

<sup>385</sup> « *La idea de autonomía individual viene determinada por dos dimensiones ; la primera de ellas que atiende a la noción de interés público que se traduce en la existencia de leyes imperativas que, por su naturaleza, no pueden ser derogadas por los particulares porque defienden el interés de éstos así como del Estado y, la segunda, que se traduce en un mecanismo jurídico de aplicación jurisdiccional que se interesa por velar por el interés general limitando cualquier actividad privada que atente contra el mismo. De ese modo, puede diferenciarse a la norma imperativa de la norma de orden público, ya que mientras esta última siempre es imperativa, no toda norma imperativa es de orden público* », Orden público. Su noción y contenido en la materia civil, *op. Cit.*, traduction libre.

<sup>386</sup> « L'ordre public suppose que la formation du contrat soit soumise à des conditions de fond et de forme impérativement décidées par la loi notamment et dont l'inobservation doit être sanctionnée par la nullité du contrat, à l'initiative du contractant en faveur duquel il intervient. Il suppose aussi que, le contenu du contrat n'étant pas librement débattu entre les parties, il appartient non seulement au législateur mais aussi au juge de décider impérativement de ce que doit être ce contenu, soit en interdisant telle stipulation, soit en imposant telle autre qui sera implicitement intégrée au contrat dans les cas où elle n'aurait point été expressément reprise par les parties », Ch. Larroumet et S. Bros, *Les obligations – Le contrat*, Economica, 9<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 79, n° 103.

particuliers posent entre eux par des conventions, respectant ainsi « la suprématie des règles protégeant les intérêts généraux de la société sur les règles conventionnelles, inspirées des intérêts particuliers »<sup>387</sup>. Toutefois, la possibilité d'une lecture extensive laisse songeur, notamment sur la possibilité de fonder aussi le mécanisme des lois de police.

Deuxièmement, pour ce qui concerne spécifiquement l'exception d'ordre public le tribunal confirme qu'il s'agit bien d'un mécanisme d'application juridictionnelle qui s'intéresse à la protection de l'intérêt général. Or, une critique se justifie car l'objet du mécanisme semble maladroitement identifié comme la limite à toute activité privée qui porterait atteinte à l'intérêt général. L'occasion a été manquée pour affirmer que l'objet du mécanisme d'ordre public, au sens de l'article 15, al. II du Code civil est bien le contrôle de l'application concrète de de la loi étrangère désignée par la règle de conflit.

**93.** D'autres arrêts des tribunaux fédéraux mexicains s'intéressent au mécanisme d'exception d'ordre public, plus particulièrement, en matière d'arbitrage, notamment une série (162052<sup>388</sup>, 162053<sup>389</sup> et 162054<sup>390</sup>) publiée en 2011. Leur analyse nous permettra de compléter nos observations concernant le régime du mécanisme d'exception. Tout d'abord, on remarque quelques indices des composantes de la notion, dans la décision identifiée par le numéro de registre 16052 selon laquelle existe « un lien indissoluble entre l'ordre public et les objectifs de l'État, et ce même comme motif de sa justification et existence, car elle permet à l'action politique de lui accorder une définition »<sup>391</sup>. À cette occasion, le tribunal affirme également que

<sup>387</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil – Les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> édition, 2019, p. 559, n° 485 et s.

<sup>388</sup> Ordre public, sa contrariété constitue une cause de nullité de la sentence arbitrale, interprétation historique et doctrinale, « *Orden público. Su contrariedad es causa de nulidad del laudo arbitral. Interpretación histórico-doctrinal* », *Tribunales Colegiados de Circuito*, TA I.3°.C.952.C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXXIII, p. 1241, n° 162052, mai 2011.

<sup>389</sup> Ordre public, principe en faveur de l'arbitrage et admission de l'autonomie de la volonté afin de pondérer la nullité de la sentence arbitrale (interprétation de l'article V, n° 2, lettre b), de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères), « *Orden público. Principio proarbitraje y reconocimiento de la autonomía de la voluntad para ponderar la nulidad del laudo arbitral (interpretación del artículo V, punto 2, inciso b), de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras* », *Tribunales Colegiados de Circuito*, TA : I.3°.C.953.C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXXIII, p. 1241, n° 162053, mai 2011.

<sup>390</sup> Ordre public, est une cause autonome de nullité de la sentence arbitrale, « *Orden público. Es una causa autónoma de nulidad del laudo arbitral* », *Tribunales Colegiados de Circuito*, TA : I.3°.C.954.C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXXIII, p. 1240, n° 162054, mai 2011. Dans un litige découlant de l'interprétation de l'article 1457, du Code de commerce qui prévoit les causes de nullité de la décision arbitrale, le tribunal affirme que la contrariété à l'ordre public prévue comme cause de nullité par la fraction II dudit article est une cause autonome et qu'il s'agit de la sanction ultime et la plus énergique de l'ordre juridique afin d'ajuster l'autonomie de la volonté des particuliers.

<sup>391</sup> « *Hay un nexo indisoluble entre el orden público y los fines del Estado, incluso como motivo de su justificación y existencia, ya que procura que se la acción política la que defina, realice y garantice cierto orden entre los hombres para que realicen los propósitos que se impongan según su naturaleza y condición en el entendido de que sólo donde existe paz y orden pueden desplegarse sus potencialidades y permitir se cumplan los cometidos del Estado* », Ordre public, sa contrariété constitue une cause de nullité de la sentence arbitrale, interprétation

l'ordre public peut être compris comme un ensemble de règles, écrites ou non, qui constituent la condition primaire et basique pour la vie en société mais aussi comme un ensemble de principes éthiques, idées ou conceptions sociales conformant la culture juridique d'un pays. Nous retrouvons dans les mots du juge mexicain, l'idée de Lerebours-Pigeonnière selon laquelle le contenu de l'ordre public regroupe des valeurs et des objectifs<sup>392</sup>.

Quant à l'arrêt identifié par le numéro 162053, le juge mexicain affirme que la notion d'ordre public dans l'article 1457, al. II<sup>393</sup> du Code de commerce doit respecter comme cadre de référence l'institution de l'arbitrage. Ainsi, pour vérifier la pertinence de son application il est nécessaire de préciser, sa définition, sa portée et son contenu<sup>394</sup>. Nous limiterons notre commentaire au possible rapprochement avec la jurisprudence française selon laquelle « s'agissant de la violation de l'ordre public international, seule la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est examinée par le juge de l'annulation au regard de la compatibilité de sa solution avec cet ordre public, dont le contrôle se limite au caractère flagrant, effectif et concret de la violation alléguée »<sup>395</sup>. D'autre part, dans le prolongement de l'analyse de l'ordre public en matière d'arbitrage et plus précisément concernant les causes de nullité de la sentence arbitrale, l'arrêt sous le numéro de registre 162054 affirme que l'ordre public s'analyse comme une cause de nullité autonome de celles prévues par l'article 1457, al. I du Code de commerce.

**94.** De l'analyse des décisions précédentes il est possible de constater que les précisions offertes par la jurisprudence s'intéressent d'abord au contenu de l'ordre public mais restent obscures sur le mécanisme d'exception d'ordre public. Il est regrettable, car susceptible d'induire en confusion, le rapprochement fait entre le contenu de l'ordre public et son mécanisme d'exception.

**95. Conclusion section.** Nous avons constaté que pour la construction du régime du mécanisme d'exception d'ordre public, le système français a débuté par une construction jurisprudentielle

---

historique et doctrinale, « *Orden público. Su contrariedad es causa de nulidad del laudo arbitral. Interpretación histórico-doctrinal* », n° 162052, *op. cit.*

<sup>392</sup> Voir *supra* § 17.

<sup>393</sup> « Art. 1547. Los laudos arbitrales sólo podrán ser anulados por el juez competente cuando :

[...]II.- El juez compruebe que según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o que el laudo es contrario al orden público ».

<sup>394</sup> « La noción de orden público tiene como marco de referencia, nacional e internacional, la institución de arbitraje a la que no puede frustrar, alterar u obstaculizar en su misión y exige una precisión en cuanto a su definición, alcance y contenido, porque sólo de esa manera puede establecerse en qué casos y bajo que condiciones resulta pertinente su aplicación », n° 162053, *op. cit.*

<sup>395</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, *Cytec*, D. 2008, p. 2560, obs. S. Bollée ; *ibid.*, p. 3111, obs. Th. Clay ; *JCP G* 2008, I, 164, obs. Ch. Seraglini ; *ibid.*, act. 430, J. Ortscheidt ; *RTD com.* 2008, p. 518, obs. E. Loquin. Pour une analyse concernant l'intensité du contrôle opéré par le juge français quant au respect par la sentence arbitrale de l'ordre public voir Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, p. 891, n° 981 et s.



consolidée par la suite dans la législation. A l'inverse, le système mexicain a opté pour une adoption directe du mécanisme dans le Code civil qui commence seulement à être décelée par la jurisprudence. Fort heureusement pour le juriste mexicain, les maigres références dans l'ordre interne se complètent par l'apport des instruments convergents à caractère supranational.

## *Section 2. Les instruments convergents*

96. Malgré les constructions divergentes en droit national, il est possible de constater un rapprochement qui se retrouve dans certains instruments à vocation internationale. Ces instruments, que nous identifions comme convergents relèvent de deux natures différentes ; les instruments conventionnels et les instruments de droit souple. Dans le respect de la chronologie de leur apparition, nous étudierons dans un premier temps les instruments conventionnels (§1) pour analyser ensuite les instruments de droit souple (§2).

### **§ 1. Les instruments conventionnels**

97. Les systèmes juridiques français et mexicain ont adopté, respectivement, la Convention de Rome et la Convention de Mexico avec pour objet commun : la loi applicable aux contrats internationaux. Ces instruments s'avèrent indispensables car ils permettent de comparer non seulement des instruments semblables mais aussi les deux contextes dans lesquels ils ont vu le jour<sup>396</sup>. Les parallèles et discordances ayant été tracées et analysées par la doctrine nous concentrerons notre attention sur le traitement fait par ces conventions du mécanisme d'exception d'ordre public.

#### **A. La Convention de Rome et la Convention de Mexico**

98. Comme nous l'avons mentionné, le droit français des conflits de lois a subi une transformation profonde par l'adoption de la Convention de Rome, instrument qui est venu

---

<sup>396</sup> D'autres éléments du droit conventionnel sont susceptibles de compléter le régime de l'exception d'ordre public, qu'ils se trouvent dans de traités bilatéraux ou multilatéraux, tels les Conventions de la Haye. La délimitation des instruments étudiés s'accorde avec l'objet de cette recherche, l'incidence des mécanismes liés à l'ordre public dans les contrats internationaux. Il ne passera pas inaperçu l'existence entre la France et le Mexique de certains instruments complétant le régime de l'exception, notamment en matière de compétence judiciaire, telle la Convention de la Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, entrée en vigueur le premier octobre 2015 entre le Mexique et tous les États membres de l'Union européenne, à l'exception du Danemark.



poser des limites à la liberté des parties dans la réserve d'ordre public prévue aux articles 16 et 7 (2). Nous avons réservé son analyse pour cette partie car un parallélisme est souvent tracé lorsqu'on évoque son équivalent latino-américain, la Convention de Mexico.

99. Avant d'aborder leur point commun, il est nécessaire de rappeler que par le passé le Mexique se caractérisait par un territorialisme conflictuel qui se traduisait par une absence de participation dans les compromis internationaux<sup>397</sup>. Cette tendance a été abandonnée à partir des années soixante-dix. Entre 1971 et 1988, le Mexique a signé et ratifié 16 conventions internationales spécifiques au droit international privé. La plupart de ces documents ont été conclus au sein des conférences interaméricaines soutenues par l'Organisation des États Américains que consolident l'approche régional du droit international privé<sup>398</sup>. Parmi ces instruments, la Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux signée à Mexico, D.F., le 17 mars 1994<sup>399</sup> a retenu particulièrement l'attention. Cette convention est considérée par certains spécialistes Latino-Américains comme une convention internationale des plus modernes, toutefois se révélant être un échec catégorique en tant que traité international.<sup>400</sup> La Convention de Mexico fut signée par cinq pays dont la Bolivie, le

<sup>397</sup> Voir L. Trigueros, *Las convenciones internacionales y sus problemas de aplicación interna*, *Alegatos*, 10, 1988, sept.-déc. Le Mexique a dû opérer un changement afin de sortir de son isolationnisme et de son nationalisme. L'esprit d'ouverture se manifeste de multiples manières, entre elles l'admission de la règle de conflit de lois bilatérale et son corollaire de la possible application d'une loi étrangère mais également par l'admission de la circulation des jugements. En ce sens 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. 438, l'auteur affirme que « la circulation des jugements à travers les frontières, émanant des justices respectives des États, suppose l'abdication de la méfiance, de l'isolationnisme et du nationalisme ».

<sup>398</sup> Pour une étude rétrospective sur les efforts de codification du droit international privé dans les États américains V. J.-L. Siqueiros, « *La codificación del Derecho internacional privado en el continente americano* », *Jurídica*, 1975, (14). Les États américains ont abandonné la tendance d'une codification omni-compréhensive et ont adopté une démarche par codification ciblée par des sujets concrets et des développements graduels. On constate des efforts d'harmonisation de dispositions conflictuelles mais aussi de normes matérielles. Pour une étude critique de l'harmonisation au sein des pays Latino-Américains voir, A. Garro, « *Unification and Harmonization of Private Law in Latin America* », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, n° 3, 1992, p. 587-616.

<sup>399</sup> *DOF* 1<sup>o</sup> juin 1998. Cette convention est le résultat des travaux dirigés par l'Organisation des États Américains, notamment de la cinquième Conférence de Droit International Privé (CIDIP V). Ces conférences organisées régulièrement tous les quatre ou six ans visent à harmoniser le droit international privé dans les pays qui conformeront le continent Américain. Sur la CIDIP voir, D. Opperti Badan, « *Unification of Laws in the Western Hemisphere. The Contribution of the Organization of the American States* », *Rev. dr. uniforme*, 1981-I. 60; G. Parra-Aranguren, « *Recent Developments of Conflict of Laws Convention in Latin America* », *Rec. Cours, La Haye*, t. 164 (1979-III), p. 55-170 ; A.M. Villela, « L'unification du droit international privé en Amérique Latine », *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 254 et s. E. Hernández-Breton, « *La Convención de México (CIDIP-V 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina* », (2008), N° 9 DeCita, pp. 167-189.

<sup>400</sup> Voir M. M. Albornoz, « *Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems* », *Journal of Private International Law*, vol. 6., n° 1, avril 2010, p. 23-58. En ce sens, Hernández-Breton signale que l'expression postmoderne par excellence dans le droit international privé de contrats est contenue dans la Convention Interaméricaine laquelle constitue une firme progression dans la matière. Hernández-Breton, *op. cit.* p. 170 ; dix-sept pays latino-américains ainsi que les États-Unis et le Canada ont assisté à la Conférence, voir F.-K. Juenger, « *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons* », *The American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, p. 382.

Brésil, le Mexique, le Venezuela et l'Uruguay. Or, plus de vingt ans après sa signature, seulement deux pays l'ont ratifié : le Mexique<sup>401</sup> et le Venezuela<sup>402</sup>. La Convention de Mexico<sup>403</sup> est le produit des efforts d'harmonisation récurrents dès les premières années de vie indépendante des pays du Nouveau continent<sup>404</sup>. Elle fait partie d'un projet ambitieux, celui d'harmoniser la règle de conflit de lois applicable aux contrats internationaux dans tous les États de l'Amérique Latine<sup>405</sup>.

**100.** L'instrument interaméricain a trouvé une forte inspiration dans la Convention de Rome<sup>406</sup>, cependant quelques nuances méritent d'être signalées avant d'analyser le régime de l'exception d'ordre public. La Convention de Mexico fixe son champ d'application aux contrats internationaux<sup>407</sup> y compris les contrats passés par les gouvernements et organismes

<sup>401</sup> Le Mexique ratifia la Convention le 15 décembre 1996 mais elle fut adoptée par décret du 1<sup>er</sup> juin 1998, dans le *DOF*, date à partir de laquelle constitue droit positif dans le territoire mexicain conformément à l'article 133 constitutionnel.

<sup>402</sup> Le Venezuela fut le premier pays à ratifier la Convention le 26 octobre 1995, date de dépôt de l'instrument de ratification.

<sup>403</sup> Il est virtuellement impossible de lister la totalité des ouvrages dédiés à ce projet mais nous espérons que la mention des contributions suivantes puisse suffire à donner un aperçu. Sur la Convention interaméricaine : M. Albornoz et J. Foyer, « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome 1 » », *JDI* 2012. 1, p. 1-40 ; D. Fernandez Arroyo, « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Revue critique DIP*, 1995. 84 (1), p. 178-186. ; E. Hernandez-Breton, « La Convención de México (CIDIP-V 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », *op. cit.* ; F.-K. Juenger, « *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons* », *op. cit.* ; L. Perezniето, « *Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* », *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1994, année XXX, n° 4, p. 765-776.

<sup>404</sup> Les premières manifestations du mouvement Panaméricain pendant le XX<sup>ème</sup> siècle se trouvent dans le Congrès de Panama en 1826, qui constitue un premier essai de codification avec la proposition d'un *Código de Gentes* ; ultérieurement, en 1878 le Congrès de Lima proposait un traité afin d'établir de règles uniformes de droit international privé sans grand succès, il fut ratifié par l'Argentine, la Bolivie, le Paraguay, l'Uruguay et la Colombie. Finalement le Code de Droit International Privé (connu généralement sous le nom de *Code Bustamante*) constitue le seul document interaméricain signé par le Mexique. Ce code ne dispose pas d'une règle générale admettant de manière expresse l'autonomie de la volonté, mais d'après son interprétation il a été considéré comme prônant pour l'autonomie des parties. Toutefois, le Mexique n'a pas ratifié ledit statut et reste pourtant inapplicable. Sur les processus de codification du droit international privé dans le continent américain voir Garro, « *Unification and Harmonization of Private Law in Latin America* », *op. cit.* ; de Maekelt, « *General Rules of Private International Law in the Americas* », *Recueil des Cours*, 1982-IV, vol. 193.

<sup>405</sup> A ce jour il n'existe pas une convention accomplissant une telle tâche ; bien au contraire, dans les pays Latino-Américains la loi applicable aux obligations contractuelles est déterminée par de facteurs objectifs et le principe d'autonomie n'est pas reconnu de manière générale. Pour une étude comparée et prospective en droit colombien voir D. Rojas Tamayo, *Le droit applicable au contrat en droit international privé colombien*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2017 ; et sa version publiée en espagnol, *El derecho aplicable al contrato : estudio comparado y prospectivo en derecho internacional privado colombiano*, Universidad Externado de Colombia, 2018.

<sup>406</sup> Pour une comparaison des deux instruments et la manière dont cette influence a eu lieu voir F.-K. Juenger, « *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons* », *op. cit.*

<sup>407</sup> Son article 1, paragraphe 2 prévoit une qualification restrictive, ne visant que les contrats ayant des rapports avec des États parties à la Convention. « Article 1. [...] Il est entendu qu'un contrat revêt un caractère international lorsque les parties au contrat ont leur résidence habituelle, ou leurs établissements liés à l'opération envisagée dans d'autres États parties, ou lorsque le contrat a des rapports objectifs avec plus d'un État partie [...] », traduction libre.

gouvernementaux sauf disposition expresse des parties. Elle permet aux États parties de déclarer au moment de la signature, de la ratification ou de l'adhésion à la convention, la non-applicabilité à tous, ou à une certaine catégorie des contrats, dans lesquels les gouvernements ou ses organismes sont parties ou bien de manière générale de déclarer à quel type de contrats cette convention ne saurait s'appliquer (les particuliers ne pourraient non plus exercer son autonomie)<sup>408</sup>. Il est important de signaler que la Convention ne sera pas applicable aux contrats ayant un régime spécifique dans le droit conventionnel international en vigueur dans les États parties<sup>409</sup>.

**101.** Concernant spécifiquement le régime de l'exception, la Convention de Mexico prévoit en son article 18 que : « le droit désigné par cette Convention pourra être exclu seulement lorsqu'il est manifestement contraire à l'ordre public du for ».<sup>410</sup> Dans des termes similaires, l'article 5 de la Convention Interaméricaine de 1979<sup>411</sup> sur les règles générales de droit international privé, prévoit que « la loi déclarée comme applicable pour une Convention de droit international privé peut ne pas être appliquée dans le territoire de l'État partie qui la considérerait manifestement contraire aux principes de son ordre public »<sup>412</sup>. La doctrine s'accorde à voir dans les dispositions respectives, la description du mécanisme d'exception.

**102.** D'autres conventions communes au systèmes français et mexicain seraient susceptibles de compléter les appréciations sur le régime de l'exception d'ordre public. Parmi les conventions

<sup>408</sup> Le contexte spécifique des pays latino-américains fournisseurs de matières premières semblerait être à l'origine de cette disposition afin de permettre la protection des secteurs stratégiques. Très important pour le Mexique, le pétrole. A ce jour, aucun des États parties n'a effectué de déclarations limitant le champ d'application de la Convention. Afin d'établir la nature internationale d'un contrat, l'article 1 de la Convention exige que les contractants aient sa résidence habituelle ou son établissement dans d'États parties différentes. En l'éventualité d'une coexistence d'établissements, la diversité sera prise en compte en relation à l'établissement ayant un lien avec le contrat. En plus, il s'agira d'un contrat international lorsque celui compte des contacts objectifs avec plusieurs États parties. Cette disposition fait échec à la seule déclaration subjective où le choix de droit applicable par les contractants comme élément suffisant pour attribuer un caractère international à son contrat.

<sup>409</sup> La Convention interaméricaine n'est pas applicable lorsque les convention listées ci-dessous (de manière illustrative mais non limitative) s'appliquent entre les États parties : Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises ; Convention de Genève du 17 février 1983 sur la représentation en matière de vente internationale de marchandises ; Convention d'Ottawa du 28 mai 1988 sur l'affacturage commercial ; Convention de la Haye du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation et du 1<sup>er</sup> juillet 1985 respective à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ; Convention interaméricaine du 15 juillet 1989 respective au contrat de transport international de marchandises par voie routière (CIDIP IV, Montevideo); Convention de New York 1974 et son protocole de 1980 sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises. On remarquera à titre complémentaire que le nombre de pays Latino-Américains adhérents aux instruments internationaux listés est faible.

<sup>410</sup> F.-K. Juenger, « *The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons* », *op. cit.* : « Party autonomy is limited only by the public policy reservation of article 18 and the « mandatory rules » referred to in article 11 ».

<sup>411</sup> Décret d'adoption *DOF*, 21 sept. 1984.

<sup>412</sup> « *Artículo 5. La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considerare manifestamente contraria a los principios de su orden público* », traduction libre.

communes, nous retrouvons la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. Néanmoins, s'agissant d'un instrument de droit matériel qui ne comporte pas des dispositions conflictuelles désignant un droit étranger, l'exception d'ordre public n'est donc pas prévue par cet instrument.

**103.** En effet, les instruments conventionnels font partie intégrante du droit positif des systèmes étudiés et dictent les règles pour l'emploi du mécanisme d'exception. Leur vocation à la vie internationale les rend légitimes à se prononcer sur le mécanisme permettant au juge du for d'écarter l'application de la loi étrangère. Ces types d'instruments sont connus des juges et praticiens mais ne constituent pas la totalité des normes de droit international privé pertinentes. Une tendance récente a permis à des institutions savantes de développer d'autres types d'instruments qui méritent d'être analysés pour compléter notre étude. Ces instruments malgré leur manque d'impérativité, se révèlent porteurs d'une légitimité intellectuelle et d'une utilité pratique remarquable.

## § 2. Les instruments de droit souple

**104.** L'essor du commerce international a favorisé la gestation d'un phénomène nouveau, dénommé généralement comme *droit souple*<sup>413</sup>. Parmi les manifestations du droit souple, une tendance récente au sein des institutions savantes promeut la mise à disposition de « Principes » servant de guide aux opérateurs du commerce international. Ces instruments font face au défi de trouver un équilibre entre le principe d'autonomie et l'ordre public<sup>414</sup>. Les Principes, de nature non-contraignante, comportent un terrain d'exploration de nouvelles techniques, lesquelles s'avèrent parfois dotées d'une efficacité particulière. Il n'est pas l'intention dans cette

<sup>413</sup> « Hier encore critiqué comme symptôme ou facteur de l'affaiblissement de l'État et de la norme, aujourd'hui salué comme phénomène omniprésent en droit, le droit souple s'est imposé. L'essor du droit souple est particulièrement remarquable dans les relations internationales. La globalisation conduit à une certaine érosion de la souveraineté étatique, ne serait-ce que parce que les États limitent leur souveraineté en rejoignant des organisations internationales ou subissent l'extraterritorialité du droit, imposée par d'autres États », B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *Mélanges Pierre Mayer*, Lextenso 2015. L'auteur prend appui sur l'étude annuelle présentée par le Conseil d'État, en sa version 2013, intitulé *Le droit souple*, V. La Documentation française 2013, dans cet article l'expression 'règles impératives' fait allusion au droit dur, par opposition au droit souple.

<sup>414</sup> « En se fixant pour mission de promouvoir et consolider l'autonomie dont disposent les parties à un contrat international, dans le respect des limites que pose à cette autonomie l'ordre public, les Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux font de l'autonomie des parties et de l'ordre public les deux grands pôles du droit des contrats internationaux », 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. Traçant un parallèle avec les Principes Unidroit, l'auteur analyse les deux instruments comme « cadres qui auraient la même forme, mais ne représenteraient pas la même scène » car les Principes de la Haye se concentrent sur le conflit de lois et les Principes Unidroit sur les aspects du droit substantiel.

partie de reprendre les débats sur la pertinence de la notion de droit souple (droit mou, *soft law*)<sup>415</sup> mais d'analyser quelques exemples. Nous baserons notre analyse sur trois instruments récents : les Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux (A) et le Guide sur la loi applicable aux contrats internationaux dans les pays américains (B) lesquels s'intéressent aux questions conflictuelles et les Principes Unidroit, lesquels s'intéressent aux questions substantielles (C).

### **A. Les Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux**

**105.** Les Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux<sup>416</sup>, approuvés par la Conférence de la Haye en 2015, constituent un instrument de nature non contraignante<sup>417</sup>. Ces principes se présentent comme une source d'inspiration possible pour tout auteur de règles formelles de droit international privé<sup>418</sup>. Suivant une politique de promotion de l'autonomie de la volonté dans les contrats commerciaux internationaux, les Principes n'ont pas cessé de traiter les exceptions à ce principe. Ainsi la place de l'ordre public au sein des Principes de la Haye constitue un pilier important, s'ajoutant à celui de l'autonomie des parties afin d'être en mesure de porter le nouveau bâtiment de la loi

<sup>415</sup> Voir à cet égard les précisions apportées par 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 », *ibid.*

<sup>416</sup> Disponibles sur le site de la Conférence de la Haye ([www.hcch.net](http://www.hcch.net)). En outre, il est possible d'accéder aux commentaires et travaux préparatoires ainsi qu'à une bibliographie sur cet instrument. À titre d'exemple : J.-A. Moreno Rodríguez, « *Beyond the Mexico Convention and the Hague Principles : what's next for the Americas ?* », *Uniform Law Review*, vol. 22 (2), 2017 ; J.L. Neels, « *The nature, objective and purposes of the Hague Principles on choice of law in international contracts* », *Yearbook of Private International Law*, vol. XV, 2013/2014 ; S. Symeonides, « L'autonomie de la volonté dans les principes de la Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Rev. crit. DIP*, 2013. 807 ; de Vareilles-Sommières, Pascal, « 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.

<sup>417</sup> Comme l'indique le point I.8 de son introduction : « les Principes ne constituent pas un instrument formellement contraignant, du type d'une convention que les États seraient obligés d'appliquer directement ou de transposer en droit interne ». L'affirmation est reprise dans les paragraphes 2, 3 et 4 du Préambule : « 2. Ils peuvent servir de modèle pour des instruments nationaux, régionaux, supranationaux ou internationaux. 3. Ils peuvent être utilisés pour interpréter, compléter et élaborer des règles de droit international privé. 4. Ils peuvent être appliqués par des tribunaux étatiques ou arbitraux ». On rappellera l'intéressante remarque concernant l'« entrée en vigueur » des Principes et l'oxymore de sa « force non contraignante », soulevée par 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 », *op. cit.*, p. 414 : « la seule vigueur des Principes est une certaine « autorité » que leur donne leur mode d'élaboration... une force persuasive plus qu'une force obligatoire ».

<sup>418</sup> « Hybride tenant de la loi modèle (par la fonction qui leur est assignée), de la convention (par l'organisation internationale qui a encadré son élaboration et par une sorte d'approbation implicite à laquelle ils ont donné lieu de la part des États membres de cette organisation) et du *restatement* (par le caractère plutôt doctrinal du travail et de la composition du groupe d'experts l'ayant mené à bien), le *corpus* des Principes se présente finalement, sinon comme une source formelle du droit international privé, au moins comme une source d'inspiration possible pour tout auteur de règles formelles de droit international privé », 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 », *op. cit.*, p. 413 .

applicable aux contrats commerciaux internationaux<sup>419</sup>. Cet instrument traite le mécanisme d'exception traditionnel (1) mais vient ajouter également un mécanisme autre qui mérite d'être étudié (2).

### 1. Le mécanisme d'exception « traditionnel »

**106.** Le mécanisme d'exception d'ordre public tel que nous l'avons étudié, a été placé sous l'égide de l'article 11 §3, qui prévoit la possibilité pour un tribunal d'écarter l'application de la loi choisie par les parties à condition « et dans la mesure où elle conduit à un résultat manifestement incompatible avec les principes fondamentaux de l'ordre public du for ». Une disposition en ces termes permet au juge de se soustraire de son devoir d'appliquer la loi étrangère choisie par les parties en respectant l'orthodoxie prévue par la doctrine<sup>420</sup>. Rien de nouveau à propos de cette disposition ne mérite notre attention. Nous rappellerons uniquement qu'à cette occasion, la doctrine n'a pas manqué de noter la renonciation d'une précision terminologique au sein de l'article 11, paragraphe 3. Aux termes de cet article, il est sous la dénomination générale d'« ordre public » que la contrariété de la loi compétente peut se présenter. Une telle énonciation générale a été perçue comme susceptible d'entretenir une confusion entre les ordres publics interne et international du for. Le choix du terme employé est susceptible de soulever la surprise, selon M. de Vareilles-Sommières, par l'internationaliste 'formé à l'école française' en raison de l'absence de référence à l'*ordre public international*<sup>421</sup>. En effet, il est spécifié par les Principes que seuls les « principes fondamentaux de l'ordre public du for » doivent être respectés, et non toutes les règles d'ordre public du for, la réussite dans la détermination de ces principes fondamentaux est un véritable défi. Au demeurant, l'emploi du

<sup>419</sup> La lecture de M. de Vareilles-Sommières constate que « La référence faite à l'article 11 à côté de celle faite à l'article 2, paragraphe 1, est significative puisque le premier est intitulé « *Lois de police et ordre public* », tandis que le second porte de nom de « *Liberté de choix* ». Le tout donne donc à penser que l'admission de l'ordre public, comme contrepoids de l'autonomie, fait l'objet d'un « large consensus », justifiant une interférence de deux dans les fondements des Principes », P. de Vareilles-Sommières, *ibid.*

<sup>420</sup> En effet, le domaine des questions conflictuelles traité par les Principes de la Haye est circonscrit au choix de la loi par les parties et se désintéressent de l'hypothèse en l'absence de choix, c'est-à-dire les cas où le juge devra choisir la loi applicable.

<sup>421</sup> 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 », *op. cit.*, p. 443, n° 55. Plus loin dans son raisonnement l'auteur affirme qu'« il aurait pourtant été bon de lever clairement cette ambiguïté qui marque depuis trop longtemps l'exception d'ordre public et obscurcit le débat, en précisant la conception que les Principes se font de sa fonction et de son objet. C'est pourquoi, il nous aurait semblé préférable d'insister, dans le corpus même des Principes, soit sur la dimension essentielle de cette *fonction de filtrage*, relativement à la loi choisie, de l'ordre public dans le cadre de l'article 11, paragraphe 3, plus que sur l'idée d'une applicabilité du droit d'ordre public du for, même limitée aux principes fondamentaux, au complexe de faits caractérisant le cas en cause, soit sur le point important que l'*objet* de la disposition d'ordre public du for dans le cadre de l'article 11, paragraphe 3, n'est pas le contrat ou la situation de fait dans laquelle les parties sont impliquées, mais bien la *lex contractus* elle-même applicable au contrat », *op. cit.*, p. 446, n° 58.



terme *principes* entraîne aussi des problèmes par rapport à la différence entre principes et valeurs.

**107.** Quant aux effets, les Principes s'intéressent à l'effet négatif de l'exception d'ordre public et l'article 11, paragraphe 3 constitue l'illustration classique de ce procédé. Il est important de signaler, concernant l'effet positif (ou de rattachement), que les Principes de la Haye se désintéressent du critère objectif de rattachement. Ainsi, pour déterminer la loi applicable à défaut de choix, il sera nécessaire d'épuiser une autre source<sup>422</sup>. Concernant sa mise en œuvre, la formulation se veut rassurante car le mécanisme d'exception prévu par les Principes semble s'accorder aux constructions doctrinales en ce que l'objet contrôlé est bien la loi étrangère compétente et non le rapport privé ou la relation contractuelle<sup>423</sup>. Il s'agit bien d'un contrôle de conformité qui met en relation l'ordre public du for et la loi applicable ou plutôt le résultat de l'application de cette dernière. Or, les Principes de la Haye viennent ajouter un mécanisme qui se départage du mécanisme d'exception traditionnel.

## 2. *Le mécanisme d'ordre public de la lex contractus*

**108.** Dans son article 11 § 4, les Principes de la Haye prévoient que « la loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération l'ordre public d'un État dont la loi serait applicable à défaut de choix »<sup>424</sup>. La doctrine a affirmé que les deux mécanismes ne gardent pas d'affinité au-delà de son intitulé et les différences doivent être rappelées. En effet, l'ordre public prévu par l'article 11 § 4 se distingue des paramètres que nous avons retrouvés auparavant sur trois points essentiels : sa fonction, son objet et ses composantes<sup>425</sup>. Il s'agit d'une innovation peu orthodoxe qui attire l'attention par la confusion

<sup>422</sup> « A l'inverse, l'article 11, paragraphe 3, laisse libre le juge (ou plus exactement l'État au nom duquel le juge statue) quant à l'effet positif faisant suite à l'éviction de la loi choisie. Ici encore, le silence des Principes sur ce point est légitime, car une fois la loi choisie évincée, l'autonomie des parties n'est plus en cause, on retombe dans le rattachement objectif, dont les Principes se désintéressent », P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye... », *op. cit.*, p. 445, n° 57.

<sup>423</sup> « C'est la loi applicable (et le résultat de son application produit au cas d'espèce) qui est passé au crible de l'ordre public du for, et ce crible s'impose non pour des raisons de localisation, en solution d'un conflit horizontal, mais pour des raisons hiérarchiques, en solution d'un conflit vertical. La victoire de l'ordre public du for dans son conflit avec la loi choisie ne se fait pas sur la base d'une répartition spatiale de ce qui revient à l'ordre public du for et de ce qui revient à la loi choisie, mais sur la base d'une hiérarchie entre la loi choisie à laquelle on entend faire produire des effets au for et l'ordre public du for auquel il revient de poser les conditions de l'efficacité, au for, de cette loi choisie », P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye... », *op. cit.*, p. 448, n° 61.

<sup>424</sup> Cette solution a été analysée en doctrine comme « une alternative au principe d'autonomie conflictuelle, en ce qu'elle semble bien aboutir à son remplacement par une autonomie se limitant à une autonomie matérielle encadrée, au moins pour les États qui opéreraient en ce sens », P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye... », *op. cit.*, p. 428, n° 34, texte souligné par nous.

<sup>425</sup> L'auteur distingue trois points essentiels sur lesquels le mécanisme d'exception d'ordre public traditionnel et l'ordre public de la *lex contractus* divergent : Premièrement, quant à leur fonction car le mécanisme traditionnel permet d'écarter l'application de la *lex contractus* tandis que l'article 11, paragraphe 4, tend à affirmer l'autorité



qu'elle opère. Cet ordre public ne se manifesterait pas par le biais du mécanisme d'exception mais « apparaît plutôt comme un mécanisme tendant à garantir l'efficacité des dispositions d'ordre public de la loi objectivement applicable, prise comme véritable *lex contractus*, face aux dispositions de la loi choisie par les parties »<sup>426</sup>.

**109.** Pour M. de Vareilles-Sommières il existe tout d'abord une contradiction frontale entre l'article 11 §4 et l'article 2 §1, c'est-à-dire entre la liberté de choix et cette disposition qui la réduirait à une expression minimale. Selon cet auteur, la possible application de dispositions d'ordre public de la loi objectivement applicable peut être lue comme l'adoption d'une autonomie restreinte. Le phénomène s'explique comme une « concession faite aux courants plus ou moins consciemment défavorables à l'autonomie conflictuelle dans les contrats internationaux et désireux... de maintenir la compétence de la loi objectivement applicable, même en présence d'une clause de choix de la loi »<sup>427</sup>. Ainsi, ce qui a pu être gagné par le droit positif et la doctrine risque de retomber dans la confusion.

**110.** L'intervention de l'ordre public de la *lex contractus* dans l'opération du choix de loi à un contrat international est légitimée par le choix des parties et son respect rendu nécessaire<sup>428</sup>. Il semble possible d'affirmer que l'ordre public de la *lex contractus* devra être respecté au titre d'ordre public substantiel/interne; en revanche, c'est l'ordre public du for qui aura vocation à

---

de l'ordre public de la *lex contractus* contre les dispositions de la loi choisie par les parties (il s'agit de la possibilité d'« appliquer ou prendre en considération l'ordre public » de la loi objectivement applicable, éventuellement étrangère, nonobstant l'existence d'un choix de loi par les parties). Deuxièmement, la différence d'objet se retrouve dans les ordres publics protégés (« ordre public du for », dans le cadre de l'exception d'ordre public de l'article 11, paragraphe 3 ; « ordre public d'un État dont la loi serait applicable au défaut de choix », dans le cadre du mécanisme d'efficacité de l'ordre public de l'article 11, paragraphe 4). Finalement, un contraste se présente sur la composition des ordres publics respectivement protégés : alors que l'article 11, paragraphe 3, se réfère, au jeu possible des « principes fondamentaux » du for comme obstacle à l'application de la loi choisie par les parties, c'est par référence à « l'ordre public [sans référence restrictive aux seuls « principes fondamentaux »] d'un État dont la loi serait applicable à défaut de choix » que l'article 11, paragraphe 4, organise la primauté de cette loi sur celle choisie par les parties. P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye... », *op. cit.*, p. 429, n° 34.

<sup>426</sup> Cette disposition laisse la possibilité « à un État, qui envisage de s'inspirer des Principes de la Haye pour fixer son droit international privé des contrats, d'opter pour un système d'autonomie restreinte, dans lequel une éventuelle clause de choix de la loi souscrite par les parties vaut, au mieux, *comme clause d'incorporation matérielle de la loi dans le contrat*, et reste incapable de mettre en échec les dispositions d'ordre public de la loi objectivement applicable. La solution s'oppose ici frontalement à la politique de développement du principe d'autonomie conflictuelle telle qu'affichée par ailleurs par les Principes de la Haye... » P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye... », *op. cit.*, p. 430, n° 35, c'est nous qui soulignons.

<sup>427</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye... », *op. cit.*, p. 439, n° 50. L'auteur avance comme une explication possible à cette contradiction, le souci d'illustrer une solution admise par certaines codifications américaines ce qui leur permettrait de ne pas 'retoucher' leurs dispositions au cas d'alignement avec les Principes.

<sup>428</sup> « Évidemment, une fois déterminée la *lex contractus*, l'ordre public de cette dernière a *a priori* vocation à être respecté par les parties au contrat. Le respect de la compétence de la *lex contractus* l'exige, et il faudrait justifier d'arguments particulièrement puissants (parmi lesquels figure bien sûr celui du respect supérieur de l'ordre public du for face à une *lex contractus* étrangère) pour s'y soustraire », P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye... », *op. cit.*, p. 449, spéc. n° 63.

s'appliquer en tant qu'ordre public conflictuel/international. En ce sens, M. de Vareilles-Sommières observe que l'ordre public du for permet de se soustraire à l'ordre public de la *lex contractus*<sup>429</sup>. En effet, c'est le choix des parties d'une loi déterminée pour régir son contrat qui déclenche le respect de l'ordre public et qui s'associe à cette loi<sup>430</sup>.

Une telle affirmation s'aligne avec la conception générale de l'ordre public, sans contredire la distinction entre l'ordre public substantiel et l'ordre public conflictuel. C'est cette distinction qui se révèle utile pour comprendre l'intention derrière le mécanisme de l'article 11, §4. Lorsque ce dernier évoque que l'ordre public de la *lex contractus* 'objectivement applicable' est appelé aussi à intervenir malgré le choix de loi la confusion s'installe. Il devient indispensable de souligner que la distinction se trouve dans le terme 'objectivement' applicable. À notre sens, deux interprétations sont possibles : soit l'ordre public de la *lex contractus* doit être compris comme étant un ordre public découlant du critère du rattachement objectif et ne se trouve pas en concurrence avec l'ordre public du for car ils interviennent à deux moments différentes (le premier comme un filtre de lien et l'autre comme filtre de contenu). Soit, les Principes permettent la prise en considération de l'ordre public de la *lex contractus* aussi comme un ordre public conflictuel, entrant en concurrence avec l'ordre public du for. Cette concurrence est sans doute porteuse d'une confusion.

La contradiction est majeure car les Principes de la Haye admettent par son article 2, §1 que la loi choisie régisse le contrat. Elle devient donc la *lex contractus* qui comporte un ordre public, mais un ordre public interne permettant, par exemple, d'invalidier certaines clauses dans le contrat. Ainsi, l'ordre public de la *lex contractus* joue différemment de l'ordre public international tel qu'à l'œuvre dans l'exception d'ordre public.

**111.** Afin de donner une explication à l'enchevêtrement occasionné par l'article 11, paragraphe 4, la doctrine affirme que cette disposition a pour objet de gagner les faveurs des États optant pour une 'autonomie substantielle encadrée' par la *lex contractus*, selon laquelle un choix de loi n'est possible (absence d'autonomie conflictuelle) que comme une clause d'incorporation matérielle de la loi dans le contrat et ce à fin de conserver le contrat dans l'obéissance à la *lex*

---

<sup>429</sup> Rappr. de la lecture faite des Principes Unidroit : « L'articulation entre les règles d'origine nationale, internationale ou supranationale et les Principes y est ensuite examinée à l'aune de la distinction entre incorporation des Principes dans le contrat (« l'approche traditionnelle », la plus fréquemment adoptée par les tribunaux) et la référence aux Principes en tant que droit régissant le contrat. Dans ce deuxième cas, qui correspond à un véritable choix de la loi applicable, les Principes l'emportent sur les règles impératives ordinaires du droit interne mais non sur les lois de police. » B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *Mélanges Pierre Mayer*, Lextenso 2015, p. 201.

<sup>430</sup> Si l'on est prêt à accepter que toute loi garde une relation étroite avec l'ordre public de l'État dans lequel elle opère. Les lois françaises se retrouvent dans le respect de l'ordre public français, les lois mexicaines dans le respect de l'ordre public mexicain.

*contractus* objectivement applicable<sup>431</sup>. L'ordre public changera de destinataire en fonction de sa nature, l'ordre public interne est dirigé aux parties, alors que l'ordre public international vise la loi étrangère. A partir des développements précédents, il est possible d'en déduire que le paragraphe 4 de l'article 11 n'est pas à sa place, et serait mieux localisé à l'article 2 afin d'éviter toute confusion.

**112.** M. De Vareilles-Sommières distingue donc quatre types d'ordre public : l'ordre public de la *lex contractus*, l'ordre public de rattachement, l'ordre public international du for et l'ordre public conflictuel. Ce constat nous amène donc à nous demander si un regroupement est possible. La distinction entre ordre public conflictuel et substantiel vient en réponse à certaines confusions<sup>432</sup>.

L'ordre public conflictuel est imposé par l'auteur de la règle de conflit, lequel encadre les conditions de choix de la loi. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'auteur de la règle de conflit interdit le choix d'une loi non-étatique, lorsque le dépeçage n'est pas admis ou lorsqu'un lien entre la situation contractuelle et la loi choisie est exigé. Il s'agit des conditions imposées aux parties lorsqu'elles effectuent un choix de loi applicable à son contrat<sup>433</sup>. Cet ensemble de conditions apparaît comme des règles d'un ordre public conflictuel.

<sup>431</sup> « Ce sont donc les règles d'ordre public de la *lex contractus* objectivement applicable qui doivent être respectées par les clauses contractuelles, que ces clauses règlent directement elles-mêmes le point qui constitue leur objet, ou qu'elles le règlent indirectement, par référence aux dispositions de la loi incorporée matériellement et ayant ce point pour objet. Il faut alors admettre que l'ordre public que les parties doivent respecter est d'abord l'ordre public de la *lex contractus* objectivement applicable. Ce ne sera que dans un second temps, en cas de contentieux devant le juge d'un for étranger par rapport à la loi choisie (ou devant un arbitre) que la question du respect, par la *lex contractus* objectivement applicable, de l'ordre public du for compétemment saisi se pose et se résoudra comme il a été dit plus haut. », P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye... », *op. cit.*, p. 450, n° 65.

<sup>432</sup> Avant l'entrée en vigueur du Règlement Rome I on a pu se demander quelle était la différence entre la règle prévue à son article 3-5° et son article 8. À cet égard il a été observé que « dans sa version du 15 décembre 2005, la proposition du Règlement Rome I prévoit à l'article 3-5° une règle très extensive, selon laquelle « le choix par les parties de la loi d'un État non-membre ne peut pas porter atteinte à l'application des dispositions impératives du droit communautaire lorsqu'elles seraient applicables au cas d'espèce ». Le texte semble ainsi ériger les dispositions d'ordre public communautaire en dispositions internationalement impératives. La méthode est celle des lois de police et s'inscrit dans la lignée de la célèbre jurisprudence *Ingmar*. Mais le problème vient surtout du fait que cette règle intervient à chaque fois que les parties choisissent la loi d'un État tiers, sans que soit exigé un lien particulier du rapport contractuel avec la communauté », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 169 et 170. Si notre compréhension ne trahit pas la pensée de M. de Vareilles-Sommières, il semble possible de transposer la grille de lecture par lui dégagée à la question soulevée en ce sens que les dispositions visées par l'article 3-5 du Règlement Rome I correspondent à un ordre public substantiel tandis que l'article 9 du même instrument vise un ordre public conflictuel.

<sup>433</sup> « En un tel cas, la prohibition du choix d'une loi sans lien est imposée aux parties par l'auteur de la règle de conflit, et c'est à cet auteur qu'il faut demander si, et dans quelle mesure, les parties peuvent déroger d'un commun accord à cette prohibition. Chaque fois que l'autorisation est refusée, la règle posant la prohibition apparaît comme une règle d'ordre public, et plus précisément d'un ordre public qu'on a appelé conflictuel pour le distinguer de l'ordre public de la *lex contractus*, de l'ordre public de rattachement et de l'ordre public international du for. », P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye... », *op. cit.*, p. 451, n° 66.

**113.** À notre sens, il est possible de déduire des développements précédents que l'ordre public conflictuel peut se manifester en amont et en aval du choix de la loi. L'ordre public conflictuel se manifeste en amont lorsque le législateur pose certaines limites au choix de la loi. Il est possible d'identifier cette manifestation lorsqu'on se demande par exemple, si les parties dans l'exercice de leur autonomie conflictuelle ont la faculté de choisir une loi sans lien avec la situation.

Dans cet ordre d'idées, il semble souhaitable d'apparier l'autonomie avec sa limite, dès lors l'ordre public substantiel est intimement lié à l'autonomie substantielle et l'ordre public conflictuel à l'autonomie conflictuelle. C'est d'ailleurs la critique faite aux Principes de la Haye, c'est-à-dire, leur défaut d'identification des catégories au sein des notions d'autonomie et d'ordre public<sup>434</sup>. Ainsi pour illustrer cette affirmation, nous prendrons exemple dans les Principes de la Haye. Bien que l'autonomie conflictuelle soit largement admise par les Principes de la Haye, certaines limites demeurent et composent l'ordre public en aval. Par exemple, la solution d'un contrat sans loi est exclue « en n'admettant l'exclusion des droits étatiques qu'au profit de « règles de droit généralement acceptées au niveau régional, supranational ou international comme un ensemble de règles neutre et équilibré »... »<sup>435</sup> ; les limites à la faculté de dépeçage demeurent (article 2, paragraphe 1) ; la possibilité ou non de choisir une loi sans lien avec le contrat (article 2, paragraphe 4) ; exclusion ou admission du principe de renvoi (article 8). Néanmoins, afin de continuer avec nos développements, il est nécessaire de prendre appui sur l'analyse d'un autre ensemble de Principes, les Principes Unidroit relatifs aux contrats de commerce international. Toutefois, avant d'aller plus loin, une parenthèse s'impose afin d'étudier un instrument récemment publié au sein du Comité juridique de l'Organisation des États Américains.

---

<sup>434</sup> « En ne réglant pas les problèmes soulevés par l'identification des notions se situant au cœur de leur ordre du jour, les auteurs des Principes de la Haye ont fait une œuvre somme toute peu enthousiasmante dans son aspect final trouble. L'autonomie est traitée par eux comme une notion unique alors que nous n'en avons pas identifié moins de trois distinctes qui mériteraient chacune un régime différencié. L'ordre public est lui aussi appréhendé comme un phénomène unique alors qu'il aurait gagné à être traité selon quatre catégories différentes justifiant chacune des spécificités de nature à déclencher l'application d'un régime propre. En définitive, il est probable que le principal apport des Principes sera de pousser, du fait de leurs imperfections, la doctrine à procéder aux éclaircissements requis », P. de Vareilles-Sommières, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye... », *op. cit.*, p. 453, n° 69.

<sup>435</sup> De Vareilles-Sommières, Pascal, « Autonomie et ordre public dans les Principes de la Haye... », *op. cit.*, p. 451, n° 67.

## B. Le Guide sur la loi applicable aux contrats internationaux dans les pays américains

**114.** Le Guide sur la loi applicable aux contrats internationaux dans les pays américains<sup>436</sup> (Guide OAS), s'inscrit dans le prolongement des travaux de l'Organisation des États Américains, notamment à la suite des efforts ayant abouti à la Convention de Mexico de 1994. Lors de la préparation de cet instrument, une attention particulière fût prêtée aux Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux que nous aurons l'occasion d'étudier par la suite, mais également au Règlement Rome I ayant servi comme source d'inspiration<sup>437</sup>. Le guide prétend certes, remplir les fonctions d'un outil permettant la compréhension et l'application de la Convention de Mexico<sup>438</sup> mais se positionne comme un guide sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dans les Amériques.

Les experts du Comité, lors des considérants, soulèvent le problème de la disparité sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dans le continent Américain et reconnaissent l'importance de bénéficier d'un guide en la matière afin d'avancer sur la voie de l'harmonisation dans la région. Tel que son nom l'indique, il s'agit d'un ensemble de principes directeurs à destination : des législateurs, à l'occasion des révisions du régime juridique interne concernant la loi applicable aux contrats internationaux ; des juges, lors de la résolution de litiges concernant ce type de contrats et, bien évidemment, des parties à un contrat international

---

<sup>436</sup> OAS/ Ser. Q, CJI/RES. 249 (XCIV-O/19), résolution du 21 février 2019. Ce guide est le résultat des travaux de la 94<sup>ème</sup> session de travail du Comité juridique international, célébrée au mois de février 2019 dans la ville de Rio de Janeiro au Brésil, dans le but de promouvoir le développement progressif et la codification du droit international privé.

<sup>437</sup> Selon les mots du rapport du Comité : « *The draft Guide also relies consistently on the main instruments in force on the subject, including Rome I (the EU regulation) and, in particular, the Mexico Convention adopted within the framework of the OAS in 1994 and the Hague Principles adopted in 2015 by the Hague Conference on Private International Law. Provisions from those instruments, and even some comments on the Hague Principles are copied literally in the draft Guide, so as to maintain fidelity with them.* », Rapport par le Comité Juridique Interaméricain concernant le Guide sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, OEA/Ser. Q, CJI/doc. 577/19 rev. 1, 21 février 2019, p. 4.

<sup>438</sup> Comme découle de la présentation des objectifs, dans le Rapport du Comité Juridique Interaméricain concernant le Guide sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, *ibid.* : « Ceci n'est pas un guide à la Convention de Mexico, mais plutôt, un *guide sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dans les Amériques*. Cependant, compte tenu du fait que la Convention de Mexico en tant qu'instrument d'une grande qualité préparé par l'OEA sert comme un point de départ important, et compte tenu de l'étroite relation et de l'importance des Principes de la Haye, les deux instruments seront fortement pris comme référence », traduction libre. Le commentaire original en anglais : « *11. This is not a guide to the Mexico Convention, but rather, a guide to the law applicable to international commercial contracts in the Americas. However, given that the Mexico Convention as a high-quality instrument advanced by the OAS serves as an important point of departure, and given the close relationship to and relevance of the Hague Principles, both of these instruments will be heavily referenced throughout* ».

pour la rédaction et interprétation de leurs obligations respectives<sup>439</sup>. De ce fait, un premier réflexe pourrait conduire à tracer un parallèle entre le Guide OAS et les Principes du droit européen du contrat<sup>440</sup>, toutefois, l'objet de ces instruments n'est pas le même : l'objectif d'harmonisation conflictuelle est privilégié par le premier tandis que la poursuite de l'harmonisation matérielle est préférée par le second.

Force est de signaler que le choix d'un instrument non contraignant, du type guide législatif, se justifie par les inconvénients que présente la ratification des instruments conventionnels, notamment les difficultés politiques lors de la négociation et les coûts d'un tel procédé<sup>441</sup>. Ainsi, le Comité juridique interaméricain a considéré plus efficace pour les États des Amériques, à ce stade, d'adopter ou de réviser leurs lois nationales dans un souci de cohérence avec les directives approuvées par l'OEA, sur la base des règles internationales et des meilleures pratiques reconnues par la Conférence de la Haye et d'autres organismes internationaux, plutôt que de promouvoir de nouvelles ratifications de la Convention de Mexico ou de s'efforcer de modifier l'instrument.

**115.** L'adoption des mécanismes liés à l'ordre public est conseillée et délimitée par le Guide OAS notamment dans la liste des recommandations principales (n° 17), dans les termes suivants :

« Le régime juridique interne sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux devrait prévoir que ni le choix de la loi ni la détermination du droit applicable en l'absence d'un choix effectif :

- empêchera l'application de dispositions impératives du for ou de celles d'autres fors, mais que de telles dispositions impératives ne sauraient prévaloir que dans la mesure de l'incompatibilité ;
- conduira à l'application d'une loi qui serait manifestement incompatible avec l'ordre public du for, conformément à l'article 18 de la Convention de Mexico et à l'article 11 des Principes de La Haye »<sup>442</sup>.

<sup>439</sup> Rapport du Comité Juridique Interaméricain concernant le Guide sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, OEA/Ser. Q, CJI/doc. 577/19 rev. 1, 21 février 2019, notamment la partie intitulée « Résumé des recommandations ».

<sup>440</sup> *Principes de droit européen du contrat*, vol. 3, Société de législation comparée, 2003, rééd. 2006; O. Lando et H. Beale (dir.) *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, Kluwer, 2000, *Principles of European Contract Law, Part III*, 2001. Pour une étude d'ensemble voir, G. Rouhette, *Principes du droit européen du contrat*, Société de législation comparée, 2003. Pour une analyse critique de cette démarche, Y. Lequette, « Vers un Code civil européen ? », *Pouvoirs*, 2003/4, n° 107, p. 97-126.

<sup>441</sup> La question a été posée sur la pertinence d'une révision de la Convention de Mexico, point n° 6 à l'Introduction du Guide sur la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux dans les pays américains.

<sup>442</sup> « 17.1 *The domestic legal regime on the law applicable to international commercial contracts should provide that neither a choice of law nor a determination of applicable law in the absence of an effective choice,*



Ainsi, il est possible de constater que le mécanisme d'exception d'ordre public est intégré dans le Guide OAS dans sa partie 17 intitulée « Ordre public »<sup>443</sup>, quelques remarques s'imposent à cet égard. Premièrement, on notera l'alignement entre l'article 17 du Guide OAS et de l'article 18 de la Convention de Mexico en ce sens que les deux instruments envisagent la possible intervention d'un mécanisme<sup>444</sup> permettant d'évincer l'application de la loi étrangère, choisie par les parties ou désignée par la règle de conflit des lois, lorsqu'elle est *manifestement* contraire à l'ordre public du for. À l'instar des Principes de la Haye, le Guide OAS veille à établir un équilibre entre l'autonomie de la volonté et l'ordre public du for<sup>445</sup>. L'instrument américain insiste sur le caractère manifeste de l'incompatibilité avec l'ordre public du for<sup>446</sup> comme condition au déclenchement du mécanisme d'exception. Les commentaires du Guide, par référence aux Principes de la Haye, évoquent également la condition d'appréciation *in concreto* de la contrariété à l'ordre public<sup>447</sup>. Finalement on observera que certains exemples de dispositions envisageant le mécanisme d'exception d'ordre public pour certains pays latino-américains sont avancés, mais l'exemple mexicain n'accompagne pas cette liste<sup>448</sup>.

Comme nous l'avons observé, les Principes de la Haye et le Guide OAS sont susceptibles de compléter le régime de l'exception d'ordre public de manière effective car ces instruments

---

- shall prevent the application of overriding mandatory provisions of the forum or those of other fora, but that such mandatory provisions will prevail only to the extent of the inconsistency;

- shall lead to the application of law that would be manifestly incompatible with the public policy of the forum, consistent with article 18 of the Mexico Convention and Article 11 of the Hague Principles », traduction libre.

<sup>443</sup> "Part seventeen, Public policy, 17.1. The domestic legal regime on the law applicable to international commercial contracts should provide that neither a choice of law nor a determination of applicable law in the absence of an effective choice,

- shall prevent the application of overriding mandatory provisions of the forum of those of other for a, but that such mandatory provisions will prevail only to the extent of the inconsistency;

- shall lead to the application of law that would be manifestly incompatible with the public policy of the forum, consistent with Article 18 of the Mexico Convention and Article 11 of the Hague Principles.

17.2 Adjudicators and counsel should take into account any overriding mandatory provisions and public policy as required or entitled to do so, consistent with Article 11 of the Hague Principles." Comments at n°. 477-535.

<sup>444</sup> L'ordre public est présenté par le Guide dans les termes suivants : « 479. In private international law, public policy has two facets. One comprises the overriding mandatory rules of the forum that must be applied irrespective of the law indicated by the conflict of laws rule. The other precludes application of the law indicated by the conflict of laws rule if the result would be manifestly incompatible with the public policy of the forum... In its second facet, public policy serves as a barrier or shield that bars the application of law that would otherwise be applicable under the conflict of laws rule ».

<sup>445</sup> « Both facets of public policy are applicable, whether or not there has been an effective choice of law made by the parties. Although the conflict of laws rule may authorize party autonomy, the choice of law made by the parties cannot run counter to the public policy of the forum », *op. cit.*, n° 480.

<sup>446</sup> *Op. cit.*, n° 497-502. Sur le caractère manifeste de l'incompatibilité un renvoi est fait à l'article 18 de la Convention de Mexico et à l'article 11 §3 des Principes de la Haye.

<sup>447</sup> *Op. cit.*, (n° 505-506).

<sup>448</sup> Les exemples cités correspondent aux dispositions de l'Argentine, le Brésil, le Canada, le Chili, le Costa Rica, la Colombie, le Guatemala, le Paraguay, le Panama, la République Dominicaine, le Pérou, l'Uruguay, le Venezuela et les États-Unis.



s'intéressent aux questions conflictuelles. Il en est autrement des Principes Unidroit lesquels s'intéressent aux questions substantielles.

### C. Les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international

**116.** Souvent présentés comme une sorte de codification de la *lex mercatoria*, les Principes Unidroit illustrent, de manière générale, un vecteur d'évolution dans le droit. Conçus par une institution attitrée<sup>449</sup>, ces Principes issus pour la première fois en 1994 ont fait l'objet de deux actualisations : la première en 2004, puis en 2010 et la plus récente en 2016. Il s'agit, à l'instar des Principes de la Haye, de règles transnationales non étatiques, lesquelles cherchent à être accueillies par les opérateurs du commerce international<sup>450</sup>. Ce type de règles n'ayant pas de force obligatoire propre, a certainement gagné grâce à leur regroupement dans un *corpus*, leur donnant de ce fait une consistance cohérente et une meilleure attractivité pour les parties à un contrat international.

**117.** Les Principes Unidroit, à la différence des Principes de la Haye, constituent un ensemble de dispositions substantielles susceptibles d'être choisies comme loi applicable<sup>451</sup>. Cette affirmation doit être nuancée d'emblée car l'existence d'une forte opposition à l'admission des « Principes » comme *lex contractus* ne nous est pas indifférent. Les Principes Unidroit ne se préoccupant pas de la règle de conflit à proprement parler, ils ne prévoient un régime pour l'exception d'ordre public telle qu'appréhendé par cette recherche. Néanmoins, ils envisagent un ordre public, qualifié par la doctrine comme substantiel, qui mérite d'être analysé, ne serait-ce que pour mieux comprendre les développements précédents.

**118. L'ordre public dans les Principes Unidroit.** Il a été constaté par la doctrine que les Principes prévoient que l'impérativité de certaines de leurs dispositions ne pouvant pas être

---

<sup>449</sup> L'Institut International pour l'Unification du Droit privé, couramment appelé Unidroit, a été créé en 1926 comme un organe auxiliaire de la Société des nations jusqu'à la disparition de celle-ci. L'Institut a été reconstitué en 1940, par un accord multilatéral avec pour objectif de créer une organisation intergouvernementale indépendante. Les travaux de l'Institut ont une influence considérable dans le développement du droit privé, voir par exemple I. Rueda, *L'incidence des règles d'Unidroit sur le droit des contrats en Europe*, LGDJ, 2015.

<sup>450</sup> « Les États membres approuvent le processus. Les juges étatiques ou régionaux s'y réfèrent. Tout cela est possible en dépit même du fait que ce soit sans légitimité démocratique, parce que ces organismes internationaux producteurs de nouveaux instruments de droit souple veillent à ce qu'ils soient élaborés dans le respect des valeurs et principes fondamentaux consacrés par les droits étatiques... Détaillés, précis, accessibles, les Principes d'Unidroit font tomber les objections traditionnellement adressées à la *lex mercatoria*... », B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *op. cit.*, p. 196-197.

<sup>451</sup> « La possibilité du choix de règles de droit transnationales, d'origine non étatique, est soutenue par une doctrine autorisée. Elle apparaît d'autant plus acceptable que les instruments de droit souple promeuvent et encadrent leur propre désignation par les parties contractantes, faisant ainsi surgir de nouvelles règles de coordination », B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *op. cit.*, p. 202.

écartées par la volonté des parties. De la même manière, les Principes mettent en place une réserve d'application de certaines règles impératives d'origine étatique<sup>452</sup>. À cet égard, Mme Fauvarque-Cosson signale que « bien que dépourvus de force obligatoire propre, ils prévoient que les parties qui les choisissent ne peuvent déroger à certaines de leurs règles, qu'ils qualifient d'impératives »<sup>453</sup>. À titre d'exemple, cette impérativité interne peut se trouver dans l'obligation générale de bonne foi (article 1.7) ; dans l'interdiction de contradiction (article 1.8) et dans le chapitre 3 en sa partie relative à l'avantage excessif et à l'illicite. Prenant appui dans la distinction dégagée en doctrine, il est possible d'analyser cette impérativité comme relevant d'un ordre public interne propre aux Principes lorsque ces derniers se présentent comme un réservoir de dispositions substantielles.

**119.** Néanmoins, les Principes admettent la possibilité d'appliquer des règles impératives autres que celles prévues dans l'instrument. L'article 1.4 des Principes Unidroit intitulé 'règles impératives' prévoit que « ces Principes ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé »<sup>454</sup>. Il est possible de se demander si cette disposition bien qu'elle ne s'occupe pas de l'exception au sens du droit international privé comporte néanmoins une manifestation de l'ordre public. Dans l'affirmative, il est nécessaire d'analyser à quel ordre public convient-il de faire référence. Est-il possible d'associer cet article à l'ordre public de rattachement tel qu'à l'œuvre dans le mécanisme des lois de police ? S'agit-il d'un ordre public conflictuel ou d'un ordre public substantiel ? Afin de répondre à ces questions, deux constatations s'avèrent pertinentes. Premièrement, à l'instar des règles d'application immédiate (*proto* lois de police) il n'existe pas de liste des règles impératives applicables, laissant le soin au juge ou à l'arbitre de qualifier la règle de droit<sup>455</sup>. L'articulation des Principes s'en remet

<sup>452</sup> B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *op. cit.*, p. 197.

<sup>453</sup> En effet l'auteur affirme que « sous réserve de cette impérativité interne aux Principes, les parties sont libres de réintroduire des dispositions empruntées ici ou là. Par exemple, les dispositions sur la force obligatoire du seul accord ne sont pas impératives et elles « peuvent réintroduire des conditions spéciales de droit interne telles que la *consideration* ou la cause » ou encore « convenir que leur contrat sera nul en cas d'impossibilité initiale, ou que l'erreur de l'une des parties n'est pas une cause d'annulation. », B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *op. cit.*, p. 198. Il nous semble qu'un parallèle peut être fait avec l'ordre public interne lorsque le principe d'autonomie des parties est reconnu. Les parties s'acquittent des ordres publics susceptibles d'être appliqués à la situation juridique au profit d'un seul ordre public celui de la *lex contractus*. Il s'agit de la maîtrise du premier filtre mais il demeure un deuxième filtre à respecter, celui de l'ordre public du for.

<sup>454</sup> « Le commentaire de ce texte a été le seul à être révisé, assez substantiellement, à l'occasion de la préparation de la troisième version des Principes, parue en 2010. Les Principes du droit européen du contrat et les Principes de la Haye assurent aussi la primauté des lois de police et de l'ordre public international (art. 11) », B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *op. cit.*, p. 199.

<sup>455</sup> « Le commentaire précise que les règles impératives « d'origine nationale » sont celles que les États ont promulguées, par exemple les exigences de forme pour certains contrats, l'interdiction des clauses pénales, des licences, des réglementations environnementales », B. Fauvarque-Cosson, Bénédicte, « Règles impératives et instruments de droit souple », *op. cit.*, p. 200. L'arrêt *Sté Fontaine Pajot*, Cass. civ. 1, 1<sup>er</sup> déc. 2010, 09-13.303,

aux règles de droit international privé pertinentes. Le Commentaire à sa version 2010 mentionne, parmi d'autres exemples, l'article 9 du Règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles et l'article 11 de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux. Il s'agit des dispositions concernant les lois de police. Deuxièmement, il paraît difficile, voire contradictoire, de prévoir dans le même instrument la disposition permettant d'écarter ses dispositions. La doctrine française a apporté ses lumières sur cette problématique et signale que l'articulation entre les règles d'origine nationale, internationale ou supranationale et les Principes dépend de la manière dont les Principes sont appliqués. Le résultat sera différent s'ils sont incorporés dans le contrat ou bien s'ils sont respectés comme le droit régissant le contrat « dans ce deuxième cas, qui correspond à un véritable choix de la loi applicable, les Principes l'emportent sur les règles impératives ordinaires du droit interne mais non sur les lois de police »<sup>456</sup>. Cette constatation s'avère être d'un grand intérêt et permet d'en déduire qu'il est possible pour les parties de jauger, dans une certaine mesure, l'ordre public car les Principes Unidroit seront porteurs soit d'un ordre public substantiel, soit d'un ordre public conflictuel selon la manière dont on se réfère à eux.

**120.** En appliquant la grille de lecture proposée par le M. De Vareilles-Sommières, il est possible de constater que les Principes Unidroit conservent une orthodoxie certaine car l'articulation entre les règles d'origine nationale, internationale ou supranationale se distinguent selon qu'il s'agisse d'une incorporation matérielle ou bien d'un choix de loi. Dans le premier cas, nous retrouverons une autonomie substantielle restreinte à laquelle seule une limite de la même nature peut lui être opposé, c'est-à-dire un ordre public substantiel. En revanche, s'il s'agit d'un choix de loi, on sera transporté au terrain d'un ordre public conflictuel<sup>457</sup>, auquel il serait possible d'opposer un ordre public en aval tel qu'à l'œuvre dans l'exception d'ordre public.

**121. L'articulation des instruments de droit souple dans un contrat international.** L'emploi des instruments de droit souple est critiqué par l'autonomie très large qu'elle pourra garantir aux parties et la faible marge de manœuvre pour la protection étatique. Ainsi une combinaison des Principes de la Haye et des Principes Unidroit constitue le sommet de l'autonomie des parties. Or, les développements précédemment avancés suggèrent que les

---

est pris comme exemple par l'auteur (p. 229, note n° 123) rapprocher de nos développements préalables, voir *supra* § 85.

<sup>456</sup> *Ibid.*

<sup>457</sup> « Les lois de police diffèrent selon que le litige est soumis à un juge ou à un arbitre. Si un juge s'estimait en droit de donner effet aux choix par les parties des Principes d'Unidroit en tant que *lex contractus*, il ne le ferait que dans la limite de ses propres lois de police, les lois de police du for », B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *op. cit.*, p. 200.

manifestations d'ordre public ne sont quasiment pas affectées. Les Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux se distinguent du Règlement Rome I en ce qu'ils admettent le choix de règles de droit non étatiques<sup>458</sup>. Un instrument s'intéresse à l'autonomie conflictuelle l'autre à l'autonomie substantielle.

\*

\*        \*

**122. Conclusion au chapitre.** Nous avons constaté que malgré les constructions divergentes en droit interne, il existe un rapprochement des régimes concernant l'exception d'ordre public qui se retrouve dans certains instruments à vocation internationale. Tel est le cas des instruments conventionnels, notamment la Convention de Rome sur la loi applicable aux contrats internationaux, transformée en Règlement Rome I, et son équivalent dans le continent américain, la Convention de Mexico. La convergence de régimes se constate également dans plusieurs instruments de droit souple : notamment les Principes de la Haye sur la loi applicable aux contrats internationaux et le Guide sur la loi applicable aux contrats internationaux dans les pays américains. En revanche, certains instruments de droit souple s'intéressant aux questions de droit substantiel, tels les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, ne sont pas susceptibles de compléter le régime du mécanisme d'exception d'ordre public.

**123. Conclusion au Titre.** Le traitement fait par la doctrine de l'exception d'ordre public garde un degré de similitude, à commencer par sa définition, en droit français et mexicain. Il s'agit bien, dans les deux cas, d'un mécanisme d'exception à la règle de conflit de lois permettant d'établir une base commune pour la suite de cette analyse. Les convergences observées permettent d'affirmer, pour les systèmes juridiques sous scrutin que : le mécanisme d'exception est l'une des étapes de l'opération de sélection de la loi, applicable pour les contrats internationaux. L'exception d'ordre public intervient après la désignation d'une loi étrangère par la règle de conflit du for et aboutit à la substitution de la loi étrangère par une autre loi, généralement la loi du for. Concernant son fondement, le mécanisme d'exception s'intéresse à la protection de l'ordre public international et non de l'ordre public interne. Sur ce plan, les

---

<sup>458</sup> « L'article 3 des Principes de la Haye institue une hiérarchie. Le droit spontané est exclu car non suffisamment structuré ; les modèles contractuels le sont car non représentatifs (par exemple ceux des organismes professionnels) ou non suffisamment reconnus (par exemple ceux de groupes d'experts auto-constitués). En définitive, seule une petite partie du droit souple pourra être choisie par les parties, essentiellement celui produit par des organisations internationales », B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *op. cit.*, p. 203.

doctrines se rallient sur une étape de dissociation d'objets et reconnaissent que le domaine de l'ordre public international est plus restreint, son objet étant l'application concrète loi étrangère. Au regard des composantes de l'objet, il a été observé que la loi étrangère compétente est confrontée à un ensemble de valeurs ou de principes. Ainsi, il est possible d'affirmer que dans ces systèmes juridiques, le contrat international doit respecter un double filtre : dans un premier temps, le contrat doit être conforme à l'ordre public international de la loi désignée par la règle de conflit, ainsi il sera pourvu d'efficacité conflictuelle, ceci lui permettra de passer un deuxième filtre celui de l'ordre public interne.

Nous avons également constaté que l'exception d'ordre public a pour effet de corriger au fond la solution : lors de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public deux effets ont été constatés, un effet négatif et un effet positif. Le premier est associé à l'éviction de la loi normalement compétente, comme nous l'avons constaté, elle doit avoir la qualité d'être aussi étrangère. Le second se caractérise par le rattachement de la situation à une loi. Il est intéressant de constater la formulation de l'opération de sélection de la loi applicable. La règle de conflit effectue premièrement une sélection en fonction du lien. Si cette sélection conduit à l'application d'une loi étrangère le juge fait recours au mécanisme d'exception pour analyser le contenu. Ensuite, si de l'analyse du contenu il constate une contrariété à l'ordre public du for, il sera en mesure de corriger le lien car le mécanisme d'exception permet de détacher la situation juridique de l'application de la loi étrangère. L'effet positif n'est pas une suite logique et peut être assimilé à un rattachement subsidiaire ou s'expliquer par une vocation subsidiaire de la loi du for.

Ayant repris les constructions doctrinales nécessaires à la présentation du mécanisme d'exception d'ordre public nous les avons confrontés aux solutions de droit positif. De l'analyse et l'articulation des développements préalables nous pouvons conclure que lors de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public le juge effectue un contrôle de conformité d'un droit étranger aux valeurs dominantes dans l'ordre juridique ; cette orthodoxie est respectée par le droit positif dans ses développements les plus récents. Il a été observé que la pratique judiciaire s'écarte de temps à autre des constructions doctrinales et que l'interprétation et l'explication des raisons du non-respect des canons, revient alors aux théoriciens. Ce constat nous amène à concevoir les mécanismes liés à l'ordre public comme empreints d'un dynamisme qu'il conviendra d'étudier plus loin dans cette recherche. L'aperçu du système juridique mexicain permet de croire à la confusion, des deux mécanismes liés à l'ordre public ; il est dès lors notre intention de déceler la réalité de cette intuition par l'étude comparée avec le système français. À partir des développements proposés il nous sera possible d'abord de comparer les approches

des deux systèmes juridiques mais aussi de constater si la distinction de mécanismes s'impose ou si elle est superflue.



## Titre II

### La présentation du mécanisme des lois de police

**124.** Craintes et méprisées, les lois de police bataillent encore pour trouver leur place au sein de la théorie générale du Droit international privé. Les réactions disparates<sup>459</sup> que ce mécanisme suscite rendent incertain le pronostic sur son avenir<sup>460</sup>. Certains auteurs annoncent son déclin<sup>461</sup>, d'autres sa recrudescence<sup>462</sup>. De plus, l'analyse prospective se rend difficile puisque les

---

<sup>459</sup> Le domaine contractuel est particulièrement sensible aux lois de police en raison du principe d'autonomie de la volonté permettant éventuellement aux parties de se soustraire à l'application d'une politique législative donnée. Ainsi, dans ce domaine, les lois de police s'érigent comme contrepois au potentiel contour de la politique législative. Comme le signale M. de Vareilles-Sommières, la méthode des lois de police permet « 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 », P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. p. n° 35. Les lois de police sont également associées à de fonctions de régulation et de contrôle très appréciées à cette époque marquée par l'emprise de la globalisation. Au sein de l'Union européenne, par exemple, le mécanisme représente une solution à « la crainte de voir les impérativités nationales sacrifiées sur l'autel de la libre circulation régionale », L. d'Avout, « Les lois de police », in T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *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. 103. Notre étude se limite à l'analyse des lois de police dans le domaine contractuel, cependant il demeure nécessaire de rappeler que depuis ses premières manifestations, les lois de police se sont répandues dans d'autres domaines, ou au moins la possibilité en a été discutée, par ex. : en matière délictuelle, Cass. civ. I, 4 févr. 1992, D. 1993, 13, note G. Légier, en matière bancaire A. Ricard, *Lois de police et activités bancaires internationales : contribution à l'étude des lois de police à propos des activités bancaires et d'investissement*, thèse, Université d'Evry Val d'Essonne, 2008, publiée chez Éditions universitaires européennes, 2010.

<sup>460</sup> Pour une analyse d'actualité et de prospection voir L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 91. Les termes employés par l'auteur ont inspiré le choix sémantique de cette recherche lorsqu'il observait « que les lois de police constituent des *facteurs de perturbation du raisonnement conflictuel*, voilà qui est à peu près certain et qui justifie qu'elles soient traitées comme des exceptions. Qu'elles aient un avenir au sein de la théorie générale des conflits de lois (et des conflits de juridictions, pourrait-on ajouter), voilà qui l'est beaucoup moins » (texte souligné par nos soins). M. d'Avout constate que les nombreuses difficultés associées aux lois de police contrastent avec l'emploi récurrent des juges à ce mécanisme : « en conclusion, on rappellera que les lois de police ont toujours oscillé entre indiscipline et discipline et que le traitement connaîtra, sans doute longtemps encore, une assez forte fluctuation. Fluctuation de leur traitement : tantôt restrictif, tantôt généreux ; parfois direct, unilatéral et avoué, parfois indirect et inavoué (prise en compte, cristallisation bilatérale)... Cette fluctuation – marque d'une irréductible casuistique ou caractère d'un « enfant rebelle » de la théorie générale du droit international privé – est néanmoins regrettable, car elle introduit un sentiment de relativité et de complexité, et, par conséquent, de méfiance » d'Avout L., *op. cit.*, p. 120.

<sup>461</sup> En ce sens v. S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, in Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux, Lexis-Nexis, Paris, 2011, p. 371 : « En effet, le jeu des libertés de circulation et le test de compatibilité communautaire qu'il implique, le développement de normes impératives communautaires (qui sont visées à l'article 3 du règlement) et la spécialisation des règles de conflit se conjuguent pour réduire l'utilité du recours à la méthode des lois de police ».

<sup>462</sup> Voir P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 154 : « D'un autre côté, l'appel aux lois de police se fait de plus en plus fréquent, sous l'influence notamment du droit communautaire, ce qui, là encore, conduit à altérer la notion originaire, lorsqu'on y intègre la sauvegarde d'impératifs catégoriels ou particuliers ou lorsqu'on entend assurer la préservation de l'acquis communautaire à l'encontre des lois d'États tiers » et J.-B. Racine, *RDC*, 2012. 563 : « Il est de plus en plus fréquent qu'une disposition soit invoquée en tant que loi de police et que les juges admettent une telle qualification ».

questions autour de ce qu'il est communément appréhendé comme une « catégorie de lois »<sup>463</sup> demeurent abondantes. Dans ce contexte, il nous semble que l'évolution des constructions doctrinales autour de la notion de lois de police s'ouvre à la possibilité d'appréhender le phénomène comme un mécanisme<sup>464</sup> et se départager de l'idée selon laquelle le phénomène correspond à une catégorie de lois. Bon nombre des interrogations autour des lois de police méritent d'être reprises afin de dresser le bilan nécessaire à notre étude comparée. L'analyse proposée s'effectuera à l'instar de notre titre précédent : dans un premier temps, les constructions doctrinales seront répertoriées (Chapitre 1) puis, dans un second temps elles seront confrontées aux manifestations de droit positif (Chapitre 2).

---

<sup>463</sup> C'est ainsi que les lois de police ont été traitées depuis leur origine, v. Pillet, « De l'ordre public en droit international privé », *Mélanges Pillet*, t. 1, p. 407, et P.S. Mancini, « De l'utilité de rendre obligatoires un certain nombre de règles générales du Droit international privé », *Clunet, JDI*, 1874. 221. Personnalisme et territorialisme furent pendant longtemps les miroirs avec lesquels l'ordre public était observé par exemple, chez Mancini et Pillet, or le paradigme conflictuel a évolué depuis. Même lorsque Francescakis emploie pour la première fois le concept de lois de police, il le fait lors de la découverte d'une « catégorie de règles », voir *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, p. 11 et s. ; v. aussi P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 104, spéc. n° 8, pour qui, lors de son étude observe la possible existence d'une catégorie « de lois internationalement impératives que le juge doit appliquer sans avoir à mettre en œuvre la loi étrangère éventuellement désignée par la règle de conflit, et donc sans vérifier que les valeurs véhiculées par le droit étranger sont compatibles avec celles qui sont dominantes dans l'ordre juridique du for. ». L'auteur liste une série des décisions dans lesquelles la Cour de cassation utilise plusieurs exceptions et identifie le problème dans la délimitation et la caractérisation de ladite catégorie.

<sup>464</sup> Selon la définition proposée par le dictionnaire Larousse dans sa version accessible en ligne, le mécanisme peut être défini, entre autres comme : Dispositif constitué par des pièces assemblées ou reliées les unes aux autres et remplissant une fonction déterminée (entraînement, freinage, verrouillage, etc.) ; Philosophie de la nature qui s'efforce d'expliquer l'ensemble des phénomènes par les seules lois de cause à effet. <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/m%C3%A9canisme/50025#yW5KtZCI3CQICsPT.99>

## Chapitre 1 – Les constructions doctrinales relatives au mécanisme de lois de police

**125.** Dans les approches française et mexicaine, le conflit de lois est réglé à l'aide d'une règle bilatérale, d'inspiration savignienne<sup>465</sup>, composée de catégories et de critères de rattachement<sup>466</sup> permettant au juge de déterminer la règle matérielle applicable à la situation en cause. Parmi les critères de rattachement se trouvent une panoplie d'éléments susceptibles d'être pris en considération, mais les canons de la règle de conflit dictent qu'une loi doit être choisie, en principe, sans s'interroger sur le contenu de la règle substantielle<sup>467</sup>.

**126.** Par le passé, la seule exception à ce procédé était l'éviction d'une loi étrangère au regard de l'ordre public du for par le mécanisme d'exception d'ordre public<sup>468</sup>. Or, la pratique juridique a démontré que la portée de l'ordre public ne s'épuisait pas avec l'emploi du seul mécanisme d'exception d'ordre public international<sup>469</sup>. La théorie selon laquelle le contenu de l'ordre public serait porté par un mécanisme unique fût alors critiquée<sup>470</sup>. Les arguments à son encontre se sont fortement inspirés de la révolution américaine des conflits de lois<sup>471</sup> apportant

---

<sup>465</sup> La règle de conflit traditionnelle doit être *bilatérale, abstraite et neutre*, pour une explication de ces traits voir P. Mayer, « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Rev. Droits* 1985-2, 129 et s. Contrairement aux systèmes juridiques appartenant à la tradition de la *common law* où les juges ont été influencés par la théorie des *vested rights*, développée en Angleterre par Dicey (*The Conflict of Laws*, 1896) et aux États-Unis par Beale. A cet égard M. Bonomi signale que les différentes approches ont une chose en commun, ils étaient à l'origine d'un ensemble de '*jurisdiction-selecting*' rules, A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 215. Il est souhaitable de garder à l'esprit la différence entre les systèmes de la *common law* et les systèmes de tradition civiliste lesquels font une distinction entre compétence législative et compétence juridictionnelle.

<sup>466</sup> Sur la structure de la règle de conflit savignienne voir Mayer et Heuzé, n° 114.

<sup>467</sup> Si le mécanisme des lois de police se traduit comme une analyse du contenu, l'inverse n'est pas valable, c'est-à-dire que « toute analyse portant de manière directe sur le contenu de la règle susceptible d'être appliquée au litige ne conduit pas inéluctablement à la méthodologie des lois de police ; tant s'en faut. » Pour une analyse d'actualité et de prospection voir L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 112.

<sup>468</sup> En ce sens v. par ex.: « *the law designated by the conflict rule had to be applied irrespective of the content of its substantive rules : the only tolerated exception to this 'Sprung ins Dunkel' has traditionally been the exclusion of foreign law on grounds of public policy* (ordre public). », A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *op. cit.*, p. 216.

<sup>469</sup> Phocion Francescakis, relevait une « attitude de la jurisprudence » en France, tendant à l'application « immédiate » de certaines lois françaises contrairement au procédé dicté par la règle de conflit traditionnelle. L'expression, analysée dans un article intitulé « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966.1, est utilisée, selon son auteur, pour la première fois dans *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, p. 11 et s. L'auteur constatait, entre autres, que ces règles profitaient d'un domaine d'application exorbitant.

<sup>470</sup> Voir *supra* § 19 et s.

<sup>471</sup> Elle n'était pas la seule raison ; le droit international privé des contrats présentait déjà quelques symptômes de changement. Ainsi le constate M. Lagarde dans la préface à la thèse de M. Heuzé, « depuis quelques lustres, cependant, des phénomènes nouveaux sont apparus, qui ont suscité une abondante réflexion. L'essor de l'arbitrage commercial international, en révélant certaines tentatives, ou même certaines pratiques, a fait douter de la soumission nécessaire du contrat à un ordre juridique étatique. Le développement des conventions internationales consacrant une règle de conflit dualiste (loi choisie par les parties ou, à défaut de choix, loi déterminée sur la base de critères objectifs) a ébranlé la construction unitaire présentée par Henri Batiffol. Enfin, la multiplication des

une approche fonctionnelle à la question. L'accueil des théories nord-américaines en France souleva à la fois, une forte opposition et un assentiment mais contribua, de manière générale, à la relativisation du rôle de la règle de conflit bilatérale. Ainsi, la théorie unitaire a cédé sa place à l'adoption d'une approche pluraliste<sup>472</sup> ou d'un « pluralisme de méthodes »<sup>473</sup>. Dans cette mouvance de relativisation, certains auteurs interprétaient le phénomène des lois de police comme une évolution de la méthode de la règle de conflit bilatérale traditionnelle, c'est-à-dire, comme un processus d'adaptation d'une règle qui servirait désormais comme vecteur aux intérêts étatiques<sup>474</sup>. Dans le sillage des constructions doctrinales d'outre-Atlantique le mécanisme, déjà connu par la doctrine française comme « lois de police », fut assimilé à une démarche fonctionnaliste.

**127.** Toutefois, comme il a été développé précédemment, le maintien d'un effet commun avec le mécanisme d'exception<sup>475</sup>, - la perturbation de la règle de conflit bilatérale et l'exclusion de la loi normalement applicable -, rendra la distinction difficile à un stade précoce. Désormais, la doctrine française reconnaît à ces deux mécanismes une existence autonome, permettant aux lois de police de s'affirmer progressivement et de s'émanciper de l'exception d'ordre public international<sup>476</sup>. Dès lors que le degré d'émancipation atteint varie d'un système juridique à l'autre, une étude comparée doit s'effectuer à pas mesurés pour dresser un constat fiable sur ce

---

lois de police se voulant applicables quelle que soit la loi désignée par la règle de conflit pour régir le contrat, a pu donner à penser que la présentation traditionnelle du droit positif ne correspondait plus à la réalité et que la règle de conflit, au moins pour certains contrats, était complètement annihilée. », V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », Paris, GLN-Joly, 1990.

<sup>472</sup> « *In the United States, the great merit of the so called 'conflict-of-laws revolution' was to make clear, on the one hand, that hard-and-fast rules can lead to very casual and unsatisfactory results in the particular case and, on the other hand, that the policies of domestic rules should not be disregarded in the choice-of-law process* », A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 217. Pour M. Bonomi si la méthodologie classique prévaut dans les codifications nationales ainsi que dans les codifications de la Haye, elle subit un processus d'adaptation et raffinement.

<sup>473</sup> Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », 137 *Recueil des cours*, 75, 1973.

<sup>474</sup> Pour un développement de l'ordre public comme vecteur des intérêts étatiques en droit international privé voir, par ex. ; P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. com. fr. DIP*, 2006-2008, pp. 153-178 ; A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ? Réflexion à la lumière des codifications récentes », *Travaux comité fr. DIP*, 1993-1995, p. 209-237, et « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des cours*, 1993 II (vol. 239), p. 9-116.

<sup>475</sup> Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, p. 5 : « Il n'est pas interdit de songer ici à déduire la réponse à cette question de la maxime *Specialia generalibus derogant* : le mécanisme de l'application immédiate a, en effet, une portée individuelle, parce que suspendu à la considération d'une solution matérielle tandis que le procédé des règles de conflit a une portée collective lui permettant d'embrasser une pluralité de règles internes. La loi d'application immédiate l'emporte donc sur la règle de conflit... les lois de police occupent le statut d'exception par rapport aux règles de conflit... ».

<sup>476</sup> « Elles ont chacune, depuis peu il est vrai, fait l'objet de réflexions particulières et ont acquis un régime juridique propre, ce qui a abouti, souvent, à une véritable opposition des notions et non plus à une simple différence. Cette situation s'est répercutée au niveau interétatique. Les deux notions sont apparues, dans les conventions internationales, l'exception d'ordre public international, de manière assez ancienne, les lois de police plus récemment », N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003, spéc. n° 31.

mécanisme. Nous entendons avec cette recherche analyser l'état actuel du cadre théorique des lois de police. La méthode proposée s'intéressera à deux questions qu'ont polarisé les constructions doctrinales : le fondement du mécanisme des lois de police (Section 1) et sa mise en œuvre (Section 2).

### ***Section 1. Le fondement du mécanisme des lois de police***

**128.** L'analyse du fondement s'intéresse à la raison que légitime ou justifie le recours au mécanisme de lois de police. À titre liminaire, on rappellera qu'en réaction à l'essor des relations internationales privées et à l'affaiblissement de la machine étatique<sup>477</sup>, les États ont exprimé le besoin d'y transposer certains objectifs législatifs et ont été amenés à appliquer des lois en raison de leur contenu. Ainsi, la doctrine a attribué à l'ordre public, lorsqu'il se présentait dans les relations privées internationales, une fonction particulière, non comme obstacle à l'effet au for d'une norme étrangère désignée par la règle de conflit neutre, mais comme facteur d'applicabilité direct d'une règle, du for ou étrangère<sup>478</sup>. Lorsque l'ordre public présentait cette fonction innovante, les règles appliquées par son recours furent identifiées comme de lois impératives. Dans son dernier état, la doctrine admet que le fondement du mécanisme de lois de police est bien la protection d'un objectif législatif. L'analyse de deux éléments permettra de retracer le raisonnement aboutissant à une telle conclusion. Nous étudierons la définition attribuée au mécanisme (§1) pour analyser ensuite sa composition (§2).

#### **§ 1. La difficile définition du phénomène**

**129.** L'analyse des constructions doctrinales autour de la définition des lois de police est indispensable à notre étude comparée puisque si le phénomène est connu des ordres juridiques analysés, l'étiquette qui lui est attribuée n'est pas unique<sup>479</sup>. La comparaison des définitions est

<sup>477</sup> Voir H. Muir Watt, Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé, *Arch. Phil. Droit* 47, 2003, p. 243-262.

<sup>478</sup> P. de Vareilles-Sommières, « L'ordre public », in T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *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. 170.

<sup>479</sup> En 1977, en Italie, le Professeur Sperduti dénommait le phénomène comme *lois d'application nécessaire*. Cette catégorie de lois gardant une étroite relation avec la notion d'ordre public « en tant que notion permettant de saisir la nature exacte de ces lois », G. Sperduti, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 257 ss ; voir aussi le traitement de l'ordre public par l'auteur dans, « Théorie du droit international privé », *Recueil des cours*, tome 122 (1967), p. 179 ss spéc. p. 313. M. Sperduti avait pour but

bien le premier élément à saisir. Néanmoins, il est nécessaire de rappeler que la recherche constante d'une définition de lois de police et ses résultats peu convaincants ont conduit, dans une certaine mesure, à discréditer la méthode même<sup>480</sup>. Cet environnement hostile n'a pas découragé les efforts de la doctrine et de la pratique pour établir une définition du mécanisme. Sans être aujourd'hui achevé, le travail de définition n'est pas également avancé dans les systèmes juridiques étudiés. Ainsi, l'ambition comparatiste de notre étude impose d'attester d'abord la présence d'une notion comparable (A) puis, des efforts inégaux propres à chaque système pour conceptualiser le phénomène (B) afin de dégager les éléments pérennes de la définition (C).

### **A. La présence d'une notion comparable au sein des systèmes juridiques français et mexicain**

**130.** Le mécanisme des lois de police, tel qu'il est conçu actuellement<sup>481</sup>, a été théorisé en France comme une fonction « redécouverte » de l'ordre public. Cette fonction ne trouve pas une définition commune à l'échelle internationale<sup>482</sup>, et malgré les efforts dédiés « la notion

---

d'illustrer les liens qui existent entre les lois d'application nécessaire et l'ordre public. Les lois d'application nécessaire ont une efficacité particulière car elles sont classées comme 'lois d'ordre public' : « Les deux expressions se complètent l'une et l'autre et, compte tenu de leur connexité, peuvent, en pratique, être employées l'une à la place de l'autre. Une loi d'application nécessaire est telle du fait qu'elle est une loi d'ordre public. Une loi d'ordre public est de ce fait une loi d'application nécessaire ». Demeure intéressante l'affirmation faite par l'auteur quant à la place des lois d'ordre public à côté des 'principes' d'ordre public dans la théorie du droit international privé. Cette observation s'accorde à l'idée de deux mécanismes, l'un ayant pour fondement la protection des principes et des valeurs et, l'autre la protection des objectifs. Lois (objectifs) et principes (valeurs) limitent l'application des lois étrangères désignées par la règle de conflit : « lesdits principes limitent l'application des lois étrangères désignées par les règles de droit international privé, en s'opposant à l'application de celles de ces lois qui seraient en contraste avec eux, tandis que les lois d'ordre public limitent la désignation même du droit étranger dans la mesure où elles se veulent applicables elles-mêmes à des faits et à des rapports qui tomberaient autrement, en raison d'éléments extérieurs à l'égard du for, sous le coup des règles locales de droit international privé. » G. Sperduti, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 262.

<sup>480</sup> V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, *op. cit.*, not. n° 324 et s.

<sup>481</sup> Il est nécessaire de rappeler que les lois de police ne sont pas les premières ébauches d'application des lois internes à de situations internationales ; pour un rappel des *proto-lois de police* en doctrine française et allemande voir N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n°s 12-14.

<sup>482</sup> Pour une analyse des différences du langage juridique de présentation de l'exception d'ordre public et du mécanisme des lois de police dans les instruments communautaires voir S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », in M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2008, pp. 99-106. L'auteur constate qu'au niveau européen il existe une terminologie relativement peu unifiée mais « il faut distinguer entre le mécanisme d'ordre public qui tend bien à une unification terminologique et celui des lois de police qui ne prend pas cette direction ». L'auteur constate que seul le Règlement Rome I « utilise en effet l'expression « loi de police », qui figure le titre de l'article 9, tandis que dans la version française du règlement Rome II le titre de l'article 16 est « dispositions impératives dérogatoires » alors même que le considérant 32 de ce règlement mentionne l'exception de loi de police et d'ordre public : le manque de cohérence entre les textes des deux règlements est aggravé par la manque de cohérence au sein même du règlement Rome II », p. 100.



reste fondamentalement indéterminée, fuyante »<sup>483</sup>. Un survol des ouvrages traitant le sujet met à l'évidence l'absence d'homogénéité dans les constructions doctrinales. En France, Francescakis emploie d'abord le terme « lois d'application immédiate »<sup>484</sup> pour le remplacer quelques années plus tard par celui de « lois de police »<sup>485</sup>. En Italie, Sperduti conserve le terme de « lois d'application nécessaire »<sup>486</sup> tandis que De Nova lui préfère celui de « normes fixant leur propre domaine d'application »<sup>487</sup>. Dans d'autres latitudes les termes se multiplient, pour ne rappeler que quelques exemples, nous retrouvons ceux de *spatially conditioned internal rules*<sup>488</sup>, *peremptory norms*<sup>489</sup>, *mandatory rules*<sup>490</sup>, *international mandatory rules* et *rules of immediate application*<sup>491</sup>.

**131.** Cependant, en droit positif mexicain le phénomène est identifié sous la dénomination *leyes de aplicación inmediata*-lois d'application immédiate<sup>492</sup>, s'alignant ainsi à la proposition initiale faite par Francescakis. La notion de *ley de policía*, traduction littérale, n'est pas employée en doctrine mexicaine pour décrire le mécanisme de droit international privé, une telle locution renvoie à l'idée de police administrative, donc absente des manuels portant sur

<sup>483</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 93, l'auteur affirme qu'« on ne peut se résoudre à ce constat, si l'on accepte de considérer que c'est lui qui inspire la crainte et la méfiance, en matière de reconnaissance des décisions ou d'articulation du jeu des lois de police et des clauses de règlement des différends (voy., révélateur, l'art. consacré par H. Gaudemet-Tallon à l'arrêt *Monster Cable* : « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », *Convergence and Divergence in Private International Law – Liber amicorum Kurt Siehr*, 2010, p. 221, qui considère que, parce que la notion de lois de police est incertaine, nulle dérogation ne doit être apportée aux principes généraux de résolution des conflits de juridictions). » L'auteur estime essentielle une délimitation des contours de la notion « faute de faire courir à la pratique le risque que toute loi interne impérative puisse être érigée en règle internationalement impérative et que la méthodologie d'application privilégiée des lois de police ne vienne détruire les principes généraux (indirects et souvent bilatéraux) de règlement des conflits de lois. » L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 111.

<sup>484</sup> Francescakis Ph. « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 3.

<sup>485</sup> Ph. Francescakis, « Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Trav. Com. fr. DIP 1966-1969*, 149, p. 165.

<sup>486</sup> Une place aux intérêts de la collectivité est reconnue dans ces lois, ce qui garde une relation avec leur efficacité particulière, empêchant les particuliers d'y déroger. G. Sperduti, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Rev. crit. DIP*, 1977, p. 263.

<sup>487</sup> R. de Nova, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, tome I, p. 377

<sup>488</sup> Nussbaum, *Principles of Private International Law*, Oxford University Press, New York, 1943, p. 70 et s.

<sup>489</sup> Eck, « *Peremptory Norms and Private International Law* », *Recueil des cours*, 1973-II, p. 9 et s.

<sup>490</sup> H. Buxbaum, *Mandatory rules in civil litigation : status of the doctrine post-globalization*, The American review of international arbitration, Vol. 18, nos. 1-2.

<sup>491</sup> En langue anglaise il a été difficile de trouver une expression qui emporte l'unanimité car comme l'explique M. Bonomi, ce concept n'était pas commun avant l'entrée en vigueur de la Convention de Rome qu'a été implémenté par le Royaume-Uni par le *Contracts (Applicable Law) Act* en 1990. Parmi les diverses expressions suggérées par les commentateurs : 'internationally mandatory rules' T.C. Hartley, 'Mandatory Rules in International Contracts : the Common Law Approach', *Recueil de Cours* 1997, Vol. 266, p. 337 et s.

<sup>492</sup> Voir, par ex., L. Perezniesto Castro, *Derecho Internacional Privado : Parte General*, OUP, Mexico, 1999, p. 170. Comp. N. González Martínez et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho Internacional Privado*, p. 150 qui retiennent la notion de *normas materiales imperativas*-normes matérielles impératives pour se référer au phénomène. Également A. Marín López, « Las normas de aplicación necesaria en derecho internacional privado », *Revista española de derecho internacional*, 1970, p. 19-41.



notre matière. Le terme « lois de police » sera utilisé par la suite pour se référer indistinctement aux lois de police pour le système français et aux lois d'application immédiate pour le système mexicain. En effet, il y a eu peu de changement depuis le temps où le Professeur Juenger admettait que « souvent dans le conflit de lois, la terminologie est aussi inutile que non-établie »<sup>493</sup>. Dans ce travail, les différents termes seront tenus comme interchangeables puisqu'il ne s'agit pas seulement de synonymes ou de traductions littérales mais de notions qui servent à décrire le même phénomène<sup>494</sup>.

**132.** Malgré l'absence de termes homogènes, il est possible de constater un phénomène commun lorsque la doctrine se retrouve face à de normes substantielles dotées d'une efficacité renforcée. Les théoriciens, notamment en France, ont développé des efforts considérables pour discerner les traits caractéristiques de ces règles et les rassembler dans une catégorie, sans réel succès. À défaut d'une description univoque, il est possible d'affirmer que la définition de lois de police est en devenir. Cette catégorie de lois se trouve encore affectée par nombreuses vicissitudes, parmi elles, le stigma de son manque de neutralité<sup>495</sup>. Cependant, il est acquis que face à une situation rentrant dans le champ d'application d'une loi de police, au lieu de déterminer quelle est la loi applicable à une situation donnée au moyen d'une règle de conflit, le juge est invité à analyser si l'objectif, ou autrement dit la politique législative qu'elle sous-entend, ordonne son application au cas particulier<sup>496</sup>. Avant d'adopter la définition sur laquelle seront basés nos développements, il est nécessaire d'observer les différentes étapes de sa construction permettant ainsi de dégager les éléments pérennes.

<sup>493</sup> Juenger, « General Course on Private International Law », (1983), *Recueil des Cours*, 1985, IV, n. 13, « *As so often in the conflict of laws, the terminology is as unhelpful as it is unsettled* ».

<sup>494</sup> L'intitulé semble présenter une contradiction lorsqu'il évoque « l'absence de définition unitaire », or il nous semble possible de retenir un référent commun qui ne sous-entend pas forcément la même signification.

<sup>495</sup> Notamment par le fait d'intégrer certains objectifs législatifs dans leur champ d'application. « Les lois de police, en effet, se départissent de la traditionnelle neutralité de la règle de conflit classique pour intégrer dans leur champ d'application des objectifs de droit matériel. Aspects matériels et aspects conflictuels sont ainsi intimement mêlés dans la technique des lois de police... », E. Pataut, *Lois de police et ordre juridique communautaire*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Fuchs, Muir-Watt et Pataut (dir.), Dalloz, 2004, p. 118.

<sup>496</sup> « *These rules require a different approach to choice-of-law issues, because the judge does not have to determine 'which law is applicable' to a certain legal relationship, but whether the object and the purpose or, in other words, the policy of the domestic rule commands its application in the particular case* », A. Bonomi, « *Mandatory Rules in Private International Law* », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 218, Bonomi trouve un parallélisme avec l'approche *policy-oriented* adopté aux États-Unis sous l'influence de Brainerd Currie mais reconnaît que contrairement à l'approche américaine, les lois de police se limitent à des cas où un intérêt très important pour le for est en jeu. Dans le même sens, T. Guedj, *The Theory of the Laws of Police, A Functional Trend in Continental Private Law – A Comparative Analysis With Modern American Theories*, 39 *Am. J. Comp. L.* 661 1991, p. 665.

## B. Les efforts inégaux dans la construction d'une définition

133. L'étude comparée de la notion, dans les systèmes juridiques français et mexicain, permet de faire une observation préalable. En effet, la doctrine mexicaine emploie l'expression *ley de aplicacion inmediata*<sup>497</sup>-lois d'application immédiate pour se référer à la méthode par laquelle le for tente de résoudre, de manière directe, un problème dérivé du trafic juridique international avec l'application de certaines normes qui par leur nature excluent toute autre règle<sup>498</sup>. Le terme s'accorde avec celui retenu par la doctrine française avant l'adoption du terme lois de police. Malheureusement, les remarques de droit comparé s'arrêtent à ce point car la doctrine mexicaine<sup>499</sup> n'apporte plus de critères pour les identifier. Nous nous intéresserons de près à cette absence et à sa justification plus loin dans ce travail. Pour l'instant cette remarque nous oriente vers le système français pour étudier les étapes dans la construction d'une définition.

---

<sup>497</sup> En droit anglais la dénomination *overriding mandatory rule*. Cela ne saurait surprendre si on garde à l'esprit que aussi dans le système juridique français, le phénomène a été dénommé différemment comme 'loi d'application immédiate', 'loi d'application nécessaire' et 'loi d'ordre public', voir P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, note en bas de page n° 8.

<sup>498</sup> L. Pereznieta Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte General, op. cit.*, p. 170. « *Normas de aplicacion inmediata. -Mediante este método se intenta resolver, de manera directa, un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación de ciertas normas del sistema que, por su naturaleza, excluyen cualquier otro recurso* ». A l'instar du droit espagnol, voir par ex. A. Marín López, *Las normas de aplicación necesaria en derecho internacional privado, op. cit.*, qui rappelait les insuffisances de la méthode proposée par Savigny laquelle présentait deux inconvénients : l'application du droit national à des éléments d'une situation de nature internationale et que l'application du droit national est réalisée sans connaître à l'avance les résultats qu'en découleraient. Ces inconvénients se réduisent par l'action de l'ordre public. D'autres auteurs mexicains n'abordent pas le sujet, par ex. F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional privado*, OUP, Mexico, 5<sup>ème</sup> éd., 2013.

<sup>499</sup> La doctrine, lorsqu'elle adresse la question, fait référence aux mêmes sources que le droit français, c'est-à-dire, la définition de Francescakis, adoptée par les arrêts *Arblade* et *Commission c/ Luxembourg*, arrivant ainsi à une définition très proche. « Une loi de police est, par conséquent, une règle impérative dont la fonction est de régir une situation juridique internationale entrant dans son champ d'application, quelle que soit la loi applicable à ladite situation, et dont l'objectif est de protéger les intérêts publics de l'État qui l'édicte. », M. M. Albornoz et J. Foyer, *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome 1 »*, p. 34, n° 62.

**134.** Au sein du système juridique français le mécanisme de lois de police a été baptisé à plusieurs reprises : lois d'ordre public<sup>500</sup>, d'application immédiate<sup>501</sup>, règles sur-impératives<sup>502</sup>. Bien que la plupart des auteurs voyaient une telle variation comme profitant à la confusion et à la méfiance, peu d'entre eux discutent la place prééminente qu'a réservé le législateur à la catégorie de lois prévue à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 3 du Code civil de 1804<sup>503</sup> : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire ».

En effet, le législateur donnait la possibilité de mettre à l'écart une loi étrangère<sup>504</sup> sans préciser les termes. Actuellement la définition est, pour les plus optimistes à l'égard de ce phénomène, inachevée. Les efforts pour appréhender le phénomène en une seule définition sont considérables et trouvent leur source dans la doctrine et dans le droit positif. Dans le respect de l'ordre chronologique, nous étudierons premièrement les bases posées par la doctrine française (1) puis les apports du droit positif à la définition (2).

---

<sup>500</sup> « Deux techniques intervenant à des stades différents du raisonnement de droit international privé existent ainsi. Cela justifie *in fine* que l'exception d'ordre public international et les lois de police ne soient pas traitées en commun. Pourtant, une telle opposition n'a pas toujours prévalu. Les deux notions ont pendant longtemps été traitées ensemble, voire confondues. Il semble même que les lois de police soient directement issues de l'ordre public, suite à une longue évolution », N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 2, spéc. n°3. Voir également Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1933. 393 ; et P.S. Mancini, « De l'utilité de rendre obligatoires un certain nombre de règles générales du Droit international privé », *Clunet JDI*, 1874. 221. A l'époque de Mancini la notion d'ordre public regroupait le mécanisme d'exception et le mécanisme de lois de police, en ce sens N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, page 2, spéc. n° 7, qui rappelle : « L'auteur les regroupe sous l'expression générique de lois d'ordre public et de police, ces deux éléments permettant d'établir un lien entre toutes ces dispositions disparates. Les deux mécanismes sont ainsi étroitement imbriqués et ne peuvent être distingués. Les lois d'ordre public et de police sont considérées comme étant d'application territoriale, devant régir exclusivement les situations se déroulant sur le territoire de l'État mais non au-delà. Elles ne peuvent suivre les nationaux à l'étranger. La notion de territorialité occupe donc une place importante dans cette construction doctrinale ». Désormais la perspective a changé pour le mécanisme d'exception mais pour les lois de police les auteurs suivent la logique positive, et par positive on fait référence à l'idée de chercher de lois d'application territoriale (opposées à lois personnelles). La démarche de penser aux lois de police comme une exception à la règle et non comme une règle en elle-même n'est pas totalement assimilée.

<sup>501</sup> Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *op. cit.*

<sup>502</sup> Sur la diversité des vocabulaires, voir B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2006, n° 53, §2.

<sup>503</sup> Jacques Foyer nous rappelle ce qui faisait remarquer le doyen Batiffol concernant les lois de police visées par l'article 3 ; « les lois de « police » visaient probablement, selon le vocabulaire de l'époque, les réglementations administratives et les lois de « sûreté » les lois pénales et principalement criminelles, c'est-à-dire des règles de droit public, en dehors du champ privatiste du droit international privé classique. On n'en voyait guère l'utilité en dehors de ce domaine étroit », J. Foyer, *Lois de police et principe de souveraineté, Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 340.

<sup>504</sup> R. Van der Elst, *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, Sirey, Paris, t. 1, 1956, p. 42 et s.

### 1. Les bases posées par la doctrine française

**135.** Le mécanisme des lois de police, tel qu'il est admis actuellement, a été dégagé par la doctrine. Pour la plupart des auteurs il s'agit de la redécouverte relativement récente d'un phénomène longuement méprisé<sup>505</sup> puisqu'il était porteur de la marque de l'unilatéralisme<sup>506</sup>. Les lois de police ont été signalées depuis leurs premières manifestations comme contraires à la conception prévalant de la discipline, celle de la coopération entre systèmes. La retrouvaille, comme le signale le Professeur Bernard Audit, « est liée à la constatation que l'autorité du for traite dans certains cas une situation internationale comme s'il s'agissait d'une situation interne parce qu'il lui apparaît que *le but poursuivi* par elle requiert impérativement cette application »<sup>507</sup>.

**136. La découverte du mécanisme.** Les analyses rétrospectives s'accordent à reconnaître la première ébauche des lois de police dans la pensée de Savigny<sup>508</sup>. Idée qui serait reprise et approfondie par Pillet<sup>509</sup>. Il est important de rappeler l'observation de M. Mayer sur ce que ces

<sup>505</sup> En mots de Foyer, « Lois de police et principe de souveraineté », *Les relations privées internationales, op. cit.*, p. 340 : « Mais sans doute ont-elles été considérées comme des intrus indésirables dans une pure conception d'une méthode des conflits de lois ouverte aux lois du monde ».

<sup>506</sup> Ne serait-ce que d'un unilatéralisme partiel comme l'observe M. Heuzé ; « mais cet unilatéralisme n'est que « partiel », puisqu'il n'est pas applicable à l'ensemble d'« une matière » du droit international privé : il ne concerne que des règles qu'il faut chaque fois considérer isolément et qui, chacune, doit effectivement revendiquer sa compétence », V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 357.

<sup>507</sup> B. Audit, « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois (sur la crise des conflits de lois) », *Recueil des cours*, t. 186, p. 254, c'est nous qui soulignons.

<sup>508</sup> Idée manifeste dans son *Traité de droit romain*, t. VIII, §349 (traduction Ch. Guénoux, 1860, spéc. §349, p. 35 et s.). A cet égard M. B. Audit rappelle : « historiquement, on sait que Savigny identifiait déjà certaines lois « d'une nature positive rigoureusement obligatoires » que le juge doit appliquer exclusivement parce que dictées par un motif d'intérêt général ou revêtant « un caractère politique, de police ou d'économie politique » », *Du bon usage des lois de police*, Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer, LGDJ, 2015, p. 29. Reconnait également les premières traces doctrinales dans les travaux de Savigny : R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in « L'ordre public à la fin du XXe siècle », Dalloz, 1996, p. 65 et s. spéc. 68 ; et S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, in Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux, Lexis-Nexis, Paris, 2011, p. 357-393. À son tour M. Pierre Mayer signale que la méthode n'était pas ignorée par Savigny, qui ne voyait pas une méthode concurrente de celle du conflit de lois mais reconnaît la proposition des lois de police aux auteurs allemands Wengler et Zweigert, qui proposèrent d'appliquer des lois de police sur la base de la territorialité v. P. Mayer, « Les lois de police », *Trav. Com. fr. DIP, Journée du cinquantième*, éd. CNRS, 1988, p. 105-114, en mots de l'auteur : « Comme le suggérait déjà Savigny, deux raisons peuvent conduire le juge à appliquer sa propre loi plutôt que la loi normalement désignée : soit il ne peut accepter une institution étrangère inconciliable avec ses conceptions, soit sa propre loi « d'une nature positive rigoureusement obligatoire » le commande ».

<sup>509</sup> C'est Pillet qui associe l'idée du but social des lois, en ce sens : « La notion de loi d'ordre public présente cependant des caractéristiques proches de celles des lois de police actuelles. En effet, l'identification du but social de la loi afin d'en déterminer le champ d'application est un élément qui est toujours d'actualité, même si les méthodes n'ont rien d'autre en commun. Les lois de police ou d'ordre public telles que dégagées par Pillet constituent une exception au rattachement prépondérant en matière de conflits de lois. Il n'y a ni éviction de la loi normalement compétente, ni application d'une loi intervenant avant le jeu de la règle de conflit classique. Les lois d'ordre public ou de police sont à nouveau une catégorie de rattachement et doivent être désignées par la norme conflictuelle pour pouvoir être appliquées. », N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé, op. cit.*, p. 4, spéc. n° 8.

lois d'application immédiate ne soulevaient point d'intérêt avant l'acquisition de la position hégémonique de la méthode bilatéraliste, ce n'est qu'après le changement de paradigme que la doctrine commença à s'intéresser au phénomène<sup>510</sup>. A notre sens, un raisonnement similaire pourrait expliquer le fait que le mécanisme des lois de police soit passé inaperçu pour le système juridique mexicain, le Mexique n'ayant adopté la règle de conflit bilatérale dans son Code civil que très tardivement<sup>511</sup>.

**137. La définition apportée par Francescakis.** La définition du phénomène la plus acceptée du phénomène est attribuée à Phocion Francescakis<sup>512</sup>, lorsque dans un article publié en 1966 il mettait en exergue une terminologie nouvelle : « les lois d'application immédiate »<sup>513</sup>. Cette terminologie fut rapidement abandonnée car, dès 1968, l'auteur suggérait « lois de police » utilisée par le Code Napoléon dans l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup>. L'auteur définit les lois de police comme celles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et ou économique du pays »<sup>514</sup>. Une partie de la doctrine a associé la nouvelle désignation à la catégorie, connue de la pratique, des lois d'ordre public<sup>515</sup>. En effet, Francescakis relevait une « attitude de la jurisprudence » en France, tendant à l'application « immédiate » de certaines lois françaises contrairement au procédé dicté par la règle de conflit traditionnelle<sup>516</sup>. L'étiquette envisageait de réunir le terme « lois de police et de sûreté » prévu par la législation<sup>517</sup> et le terme « lois d'ordre public » envisagé par la doctrine.

<sup>510</sup> P. Mayer, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 105-114, n° 29, « s'appliquent ainsi selon une démarche de type unilatéraliste (avant la lettre) n'avait cependant pas lieu à ce moment de retenir particulièrement l'attention, puisque c'était encore celle qui prévalait en matière de conflits de lois. En revanche, une fois la méthode bilatéraliste venue à occuper un siècle plus tard une position à peu près hégémonique, il était naturel de s'intéresser de plus près au phénomène de l'« application immédiate » de certaines lois ; cela d'autant plus qu'à ce moment se manifestait une forte poussée de « publicisation » du droit privé ».

<sup>511</sup> « Le Code civil du Mexique de 1928 – refonte de celui de 1884 (qui avait été substitué au premier code datant de 1870) – est non seulement un des codes les plus jeunes du monde, mais aussi le code dont les tendances sont les plus avancées (abstraction faite des codes soviétiques) », P. Arminjon, Baron B. Nolde, et M. Wolf, *Traité de droit comparé*, LGDJ, 1950, T. I, p. 171, n° 92.

<sup>512</sup> Expression analysée dans son article intitulé « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966.1, est utilisée, selon le propre auteur, pour la première fois dans *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958, p. 11 et s. L'auteur constatait que ces règles adoptaient un domaine d'application exorbitant.

<sup>513</sup> Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *op. cit.*, 1. L'acceptation des lois de police : « fut la grande bataille, victorieuse, de Francescakis » L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 105.

<sup>514</sup> Ph. Francescakis, « Y-a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », *Trav. Com. fr. DIP 1966-1969*, 149, p. 165.

<sup>515</sup> Pour une analyse des lois d'ordre public Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *op. cit.*, p. 393.

<sup>516</sup> Francescakis constate que le dispositif prévu par l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil « ne retient pas, en effet, au départ un type de relations humaines pour dire quelle loi lui est applicable. Elle retient à l'inverse, un type de lois pour dire quel est son domaine d'application. », Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *op. cit.*, p. 3.

<sup>517</sup> Article 3, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil : les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

**138.** L'appréhension du phénomène de lois de police comme un mécanisme porteur d'ordre public se justifie donc si l'on rappelle que l'auteur « faisait immédiatement remarquer que l'ordre public jouait alors un rôle particulier, distinct du rôle usuel qui est le sien dans le cadre de l'exception d'ordre public »<sup>518</sup>. Pour les lois de police, le point de départ de l'analyse se situerait non à partir de la relation juridique en jeu mais à partir d'une règle substantielle. En d'autres termes, le juge effectuerait un court-circuit de la règle de conflit afin d'appliquer immédiatement une loi du for, en opposition avec l'application médiate par la règle de conflit<sup>519</sup>.

**139.** La définition adoptée par Francescakis est désormais consacrée<sup>520</sup> au sein de la science du droit international privé. Néanmoins, pour certains auteurs il est possible de constater, à l'heure actuelle « une forme de stagnation de la pensée relativement aux lois de police »<sup>521</sup>. La doctrine a averti avec justesse la difficulté de donner une définition abstraite du phénomène comme celle proposée par Francescakis (*définition conceptuelle*), raison pour laquelle une définition en rapport à la fonction que le mécanisme remplit lui a été à plusieurs reprises préférée<sup>522</sup> (*définition fonctionnelle*). C'est bien cette approche fonctionnelle de la définition qui a été envisagée par le droit positif.

## 2. Les apports du droit positif à la définition des lois de police

**140.** Il est peu discuté que les premières définitions d'un phénomène qui n'était pas encore défini par le législateur ont été apportées par la doctrine. Ce n'est qu'à une époque récente que la législation s'est saisie de la notion, et ce notamment à l'occasion des instruments européens. Ainsi, il est notable que les apports du droit positif à la définition la mieux achevée ne sont pas seulement de source française mais viennent aussi d'autres États membres. Il sera observé que l'adoption d'une définition au sein de l'Union européenne a vacillé entre les deux approches :

<sup>518</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 207, spéc. p. n° 12.

<sup>519</sup> Voir, Th. Guedj, *The Theory of the Lois de Police, A Functional Trend in Continental Private Law – A Comparative Analysis With Modern American Theories*, 39 *Am. J. Comp. L.* 661 1991, p. 665, « In other words, the judge would bypass the « regular » choice-of-law rule and apply « immediately » some forum rule, as opposed to a mediate application through a choice-of-law rule ».

<sup>520</sup> Pour ne citer que certains d'entre eux voir, par exemple : P. Graulich, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », *Mélanges Jean Dabin*, 1963, p. 629 et s. ; P. Courbe, « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 99 s.

<sup>521</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 92 ; la même constatation est faite par Mme Buxbaum, *Mandatory rules in civil litigation*, *op. cit.*, spéc. p. 25.

<sup>522</sup> Mmes. Francq et Jault-Seseke observent les différentes définitions et distinguent entre la définition conceptuelle fonctionnelle, mais les concepts ne sont pas délimités : « S'il est relativement facile d'explicitier le mécanisme des lois de police en tant qu'exception au jeu de la loi désignée par la règle de conflit de lois et d'en donner une définition fonctionnelle, il est beaucoup plus ardu d'en donner une définition conceptuelle et bien souvent on est réduit à donner une liste d'exemples et à insister sur la place à laisser à l'interprétation du juge. Ce n'est guère satisfaisant et l'on peut comprendre que le législateur européen, tout à sa volonté d'assurer une application uniforme des mécanismes de droit international privé, ait tenté d'y remédier », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, p. 358 et 359.



l'approche conceptuelle a été adoptée par la Cour de justice des communautés européennes dès 1999 par l'arrêt *Arblade*<sup>523</sup> et reprise ensuite par le Règlement Rome I (b) entre deux, la Convention de Rome adopta une approche fondée sur « facteurs de décision » (a).

#### a. L'approche fonctionnelle

**141.** La première définition consacrée par un instrument législatif se trouve dans la Convention de Rome, notamment à son article 7.1 lequel se borne à caractériser les lois de police par leur effet commun, l'effet dérogatoire. Les lois de police, selon la Convention, sont celles appliquées nonobstant la compétence d'une autre loi désignée par la règle de conflit. M. Bernard Audit constate que malgré le flou de la définition « le texte énonçait en revanche une série de facteurs à prendre en considération pour se prononcer sur cette application éventuelle dans un cas donné »<sup>524</sup>, notamment pour les lois de police étrangères. Le Règlement Rome I a conservé l'approche fonctionnelle à l'égard des lois de police étrangères mais s'en est départagé pour le cas de lois de police du for. Ainsi, la Convention de Rome invite « à rechercher si une loi présentée comme se voulant applicable pouvait voir cette revendication satisfaite *in casu* »<sup>525</sup>.

**142.** Une courte parenthèse s'impose concernant une remarque de droit comparé. En effet, le législateur mexicain n'a pas donné de définition explicite. Or, par l'adoption de la Convention de Mexico (article 11)<sup>526</sup>, l'ordre juridique mexicain a ouvert la porte à l'application des dispositions impératives malgré la compétence d'une loi désignée par la règle de conflit. A l'instar de la Convention de Rome, l'instrument latino-américain se borne à caractériser les lois de police par leur effet dérogatoire commun. En revanche, nulle proposition d'indices pour l'identification de ces dispositions impératives n'est avancée. Cette définition correspond à la dernière étape dans la construction d'une définition pour le système juridique mexicain, ce qui n'est pas le cas pour le système juridique français ni pour celui des États membres de l'Union Européenne.

<sup>523</sup> CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, aff. C-396/96, *Rec.* 1999. I, p. 8453, *Rev. crit. DIP* 2000. 710 note M. Fallon ; *JDI* 2000. 493, obs. M. Luby ; *RSC* 2000. 248, obs. L. Idot.

<sup>524</sup> B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 26. L'article 7.1 prévoit : « 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 ».

<sup>525</sup> B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *ibid.*, p. 30.

<sup>526</sup> *Artículo 11. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.*



### b. L'approche conceptuelle

**143.** La première définition adoptée par la Cour de justice se trouve dans l'arrêt *Arblade*<sup>527</sup>, lequel reprend la définition doctrinale sans proposer de définition propre<sup>528</sup>. Ce n'est que postérieurement, dans l'arrêt *Commission c. Luxembourg*<sup>529</sup>, que la Cour propose une définition communautaire : « la qualification de dispositions nationales de lois de police et de sûreté par un État membre vise les dispositions dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci ».

**144. Le changement apporté par le Règlement Rome I.** Pour la France, ainsi que pour le reste des États membres de l'Union Européenne<sup>530</sup>, à l'exception du Danemark, le Règlement Rome I concrétise la définition la plus récente du phénomène<sup>531</sup>. Le Règlement s'exprime en

<sup>527</sup> CJCE, 23 novembre 1999, *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 710, obs. M. Fallon. Dans ce contexte, Mmes Francq et Jault-Seseke rappellent qu'« une lecture attentive permet de voir que la Cour s'y est bornée à reprendre la définition admise généralement en droit belge, définition doctrinale directement reprise de celle formulée par Francescakis et qu'elle n'a pas entendu donner une définition communautaire des lois de police », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé, op. cit.*, p. 359.

<sup>528</sup> Définition qui a été reprise à son tour par la Cour de cassation. Il est intéressant de noter que la Cour de cassation en suivant la formule dégagée par la CJCE, admet implicitement la nature substantiellement impérative et conflictuellement dérogoratoire du mécanisme de lois de police. La Cour définit le mécanisme « comme étant « une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable », ainsi l'observe M. de Vareilles-Sommères, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. p. n° 18, et les sources citées par l'auteur : « Com., 13 juill. 2010, n° 09-13.354, *Rev. crit. DIP* 2010. 720, rapp. A. Potocki ; *RTD com.* 2010. 779, obs. B. Bouloc ; Com., 13 juill. 2010, n° 10-12.154, *D.* 2010. 2339, obs. X. Delpech, note V. Da Silva ; *ibid.* 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1445, obs. H. Kenfack ; *RTD com.* 2010. 779, obs. B. Bouloc, *JDI* 2011. 91, note F. Jault-Seseke ; *JCP G* 2010, n° 972, note D. Bureau et L. D'Avout ».

<sup>529</sup> CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06, *JDI*, 2009, p. 665, obs. S. Francq, dans cet affaire la solution de l'arrêt *Arblade* est réitérée : « cette fois la définition des lois de police qui y est donnée est présentée comme une définition communautaire et non plus comme une définition nationale des lois de police. Cet arrêt *Commission c. Luxembourg* est concomitant à l'adoption du règlement Rome I qui peut paraître alors avoir tracé le chemin à la Cour de justice. », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé, op. cit.*, p. 360.

<sup>530</sup> Cette affirmation doit être nuancée à la suite de l'analyse du champ d'application du Règlement Rome I. « Art. 1.- Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. Il ne s'applique pas, notamment, aux matières fiscales, douanières et administratives ». Le règlement a une vocation universelle, son champ matériel est défini par l'article 1. Pour le champ temporel, en vertu de son article 28 le règlement Rome I, « s'applique aux contrats conclus après le 17 décembre 2009 ». Concernant le champ d'application spatial il est à noter que le Royaume-Uni et le Danemark n'ont pas participé à l'adoption du règlement et n'étaient pas liés par celui-ci ni soumis à son application (Cf. considérant 45 et 46). Néanmoins par sa décision 2009/26/CE du 22 décembre 2008 sur la demande du Royaume-Uni d'accepter le règlement, la Commission a accepté l'inclusion de ce dernier et l'applicabilité du Règlement.

<sup>531</sup> « Il s'agit d'une définition spéciale, non pas d'une définition de droit commun applicable aux autres secteurs des conflits de lois. Mais sa généralité, ses origines jurisprudentielles et le souci d'une construction harmonieuse du droit européen uniforme laissent augurer que cette définition serait susceptible d'être intégrée telle quelle à un éventuel droit commun régional des conflits de lois, à une « partie générale » encore à construire. » L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 92.

ces termes dans son article 9 : « 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 ». On observe que, cette dernière étape a été construite par référence à la sauvegarde des « intérêts publics », apportant dans une certaine mesure un ton nouveau à la définition<sup>532</sup>. L'instrument européen opte pour une définition conceptuelle, ne se limitant pas à identifier les lois de police par leur effet, ce qui « rompt en effet avec la tradition de silence législatif »<sup>533</sup>. Il est nécessaire de rappeler que par rapport à la convention qui l'a précédé, le règlement Rome I effectue deux changements importants. Premièrement, l'ajout d'un paragraphe (art. 9, §1) par lequel une définition conceptuelle est introduite. Deuxièmement, l'inversement de l'ordre de présentation : au régime des lois de police du for (art. 9 §2) succède le régime des lois de police étrangères<sup>534</sup>.

Pour ce qui touche spécifiquement à la définition, et contrairement à la démarche adoptée par la Convention, le Règlement adopte une approche matérielle, vue aussi comme une approche « doctrinale et synthétique »<sup>535</sup> des lois de police. Elle met l'accent sur la qualification préalable de la disposition litigieuse<sup>536</sup>.

#### **145. La définition adoptée par le règlement Rome I appréhendée comme un mécanisme.**

Il nous semble que la définition adoptée par le règlement Rome I permet d'appréhender le phénomène des lois de police comme un mécanisme. Cette hypothèse n'étant pas novatrice, elle nous semble ne pas avoir été appréciée dans sa juste mesure. Deux raisons nous laissent croire à la possibilité d'une telle lecture. Premièrement, les éléments d'impérativité et de non-interférence avec l'organisation de l'État subsistent mais une nouvelle composante est appelée au frontispice de la définition, celle des « intérêts publics ». L'objet primordial est désormais la sauvegarde de ces intérêts dont l'organisation politique, sociale ou juridique sont seulement

<sup>532</sup> Néanmoins, M. d'Avout considère qu'une définition équivalente peut être trouvée chez Francescakis, voy. L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 93 : « Les lois de police, ce sont des règles de structure sociétale, qui se prolongent nécessairement par des prescriptions de comportement : règles de structure et d'organisation de la vie collective, de droit public, de droit privé ou mixtes (la négociation collective, le droit de la concurrence, etc.), qui ne tolèrent pas la dérogation au motif de l'internationalité du rapport litigieux ».

<sup>533</sup> S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, p. 360.

<sup>534</sup> Pour une étude approfondie des changements voir S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, p. 357 à 393.

<sup>535</sup> B. Audit, *Le bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>536</sup> M. Audit évoque l'« imprécision congénitale » affectant la catégorie des lois de police et de sûreté dans le Code civil, imprécision soulignée aussi par le propre Francescakis. D'après ses constatations, M. Audit considère que « le texte se prête au passage de la qualification abstraite à l'application mécanique ou inconditionnelle... » B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 26.

des exemples<sup>537</sup>. Deuxièmement, et dans le prolongement de cette réflexion, la définition permet de constater qu'il existe dès lors une relation de cause à effet<sup>538</sup> entre le respect de l'intérêt public et la dérogation à la règle de conflit<sup>539</sup>. Au sujet de cette réflexion il a été pertinemment soulevé que les lois de police ont la double qualité d'être « matériellement impératives et conflictuellement dérogatoires »<sup>540</sup>.

L'articulation de ces éléments ouvre la perspective sur la manière de réfléchir au phénomène des lois de police et permet de distinguer de l'appréhension en termes de catégorie, pour induire l'idée d'un mécanisme. Certains auteurs l'ont déjà averti, « on y lit, dans la même phrase, la définition des lois de police et l'exposé du mécanisme. Y sont donc mêlées la définition conceptuelle et la définition fonctionnelle »<sup>541</sup>.

**146.** L'effet de la nouvelle définition sur le droit positif ne s'est pas encore manifesté dans toute son ampleur. Pour sa part, la doctrine demeure partagée dans ses appréciations à l'égard de cette évolution. Une partie des théoriciens a réservé un accueil positif à cette définition « restrictive » apportée par l'article 9 § 1<sup>542</sup>, car celle-ci serait susceptible de contrecarrer la tendance des juges

<sup>537</sup> Sur la continuité/rupture entre la définition des lois de police dans la Convention de Rome et le règlement Rome I voir, P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 207, spéc. p. n° 20, *adde.* S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, p. 369, notamment l'explication apportée que « certaines délégations ont alors craint que cette définition liée au besoin de l'organisation de l'État soit trop étroite et finalement la référence aux intérêts publics a été introduite sous la présidence finlandaise : désormais le respect de l'organisation politique sociale ou économique n'est qu'un exemple des intérêts publics que protègent les lois de police. Ce serait donc pour permettre plus largement la qualification de loi de police et non, comme il a pu être soutenu, pour la limiter que la référence aux intérêts publics a été ajoutée... Le débat entre les partisans de la conception restrictive et ceux d'une conception plus souple ne serait donc pas définitivement tranché... On se bornera ainsi à voir dans la définition de l'article 9 § 1 une invitation à ne recourir qu'avec force justification, et donc avec parcimonie, au mécanisme perturbateur des lois de police ».

<sup>538</sup> L'introduction de la relation cause-à-effet, nous l'avons constaté, est révélatrice d'un mécanisme de contrôle.

<sup>539</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011. 100, p. 207, spéc. p. n° 21 : « Il faut d'ailleurs préciser que la solution de continuité apportée par l'article 9, § 1, ne tient pas uniquement à la substitution de l'intérêt public à l'organisation politique, sociale ou économique du pays, mais aussi *au lien de cause à effet* désormais établi entre le respect de l'intérêt public du pays et la dérogation à la règle de conflit. La simple conjoncture de la loi sur la qualification de laquelle on s'interroge soit une loi impérative dont la violation affecterait l'intérêt public, et que le facteur de rattachement retenu par la règle de conflit ne soit pas adapté à la situation visée ne suffit pas à en faire une loi de police : il faut en outre que l'inadaptation du facteur de rattachement *résulte* de ce qu'à s'en tenir à lui, l'intérêt public de l'État se trouverait altéré ».

<sup>540</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, n° 17 et déjà, du même auteur, « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe », *Mélanges en l'honneur de Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 393.

<sup>541</sup> S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, p. 361.

<sup>542</sup> S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, p. 362-363. Trois éléments sont relevés ce qui laisse croire à l'avènement d'une conception plus restrictive : 1) la référence au considérant n° 37 qu'énonce « 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 » ; 2) l'emploi de l'adjectif « crucial » dans l'article 9 § 1 et 3) la référence faite aux intérêts publics. Pour sa part, M. Heuzé refuse la différence entre les lois d'application immédiate et les lois de police, V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 327 et s. M. Heuzé ne croit pas à la distinction entre lois de police et lois d'application immédiate : « Les lois de police sont « d'application immédiate » parce que leur « compétence » ne dépend pas de la règle de conflit qui gouverne la matière en cause » n° 356.

à employer le mécanisme de manière excessive. Selon ces auteurs, la définition adoptée par le Règlement Rome I, pourrait condamner la jurisprudence des États membres relative à la protection de parties faibles et réduire le nombre de dispositions susceptibles d'être qualifiées comme lois de police<sup>543</sup>. En revanche, d'autres auteurs soutiennent qu'une lecture divergente<sup>544</sup> est possible, celle d'une lecture extensive de la définition. Or, un point d'accord entre ceux qui préconisent une diminution et ceux qui augurent une prolifération de lois de police se trouve dans la constatation que la définition ne règle pas la question de l'identification des lois de police. Ce défaut est à l'origine de fortes critiques qui méritent d'être étudiées.

**147. L'appréciation critique.** Certes, la nouvelle définition des lois de police constitue un élément rafraîchissant mais reste loin de constituer la solution définitive pour le droit européen<sup>545</sup>. Elle n'emporte pas l'entière satisfaction de la doctrine et les critiques demeurent<sup>546</sup>. M. d'Avout constate, à l'occasion de l'analyse des définitions, un « caractère circulaire du développement du droit, piétinement des constructions doctrinales »<sup>547</sup>. La définition du règlement Rome I continue à soulever le doute notamment sur une question : celle de savoir si les dispositions protectrices de parties faibles doivent, au visa de la nouvelle définition, rentrer dans la catégorie des lois de police<sup>548</sup>. La question se justifie par la référence faite par l'article 9 § 1 aux intérêts publics, permettant l'hésitation lorsqu'il s'agit de qualifier comme lois de

<sup>543</sup> En ce sens voir S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé, op. cit.*, p. 362-363 et L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165, spéc. n° 11. Toutefois, en pratique la notion de lois de police continue à servir la protection des « intérêts privés », plus précisément l'intérêt des parties faibles.

<sup>544</sup> « Mais différents éléments permettent d'imaginer que la lecture restrictive qui a pu en être faite peinera à s'imposer. L'étude de l'acquis jurisprudentiel communautaire et des travaux qui ont conduit à l'adoption du règlement laisse subsister les brumes qui enveloppent la notion de loi de police. », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé, op. cit.*, p. 366.

<sup>545</sup> La définition laissait subsister un « sentiment de flou » et « une sensation d'hésitation sur l'importance à accorder aux termes « intérêts publics de l'État ». », P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 207, spéc. n° 3.

<sup>546</sup> « Le texte a pu donner à penser légitimement que le champ de la notion était désormais restreint aux dispositions organisatrices de l'État et donc les plus incontestablement de droit public, à l'exclusion de celles intéressant au premier chef les relations privées telles que les dispositions protectrices d'une catégorie de contractants... Toutefois, nonobstant toute définition venue « d'en haut », les difficultés d'application en matière internationale des dispositions du second type continueront de se poser, étant constaté depuis Francescakis que les lois de police se situent en général dans une « zone grise » entre droit public et droit privé. », B. Audit, *Du bon usage des lois de police, op. cit.*, p. 27.

<sup>547</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 92.

<sup>548</sup> « Jusqu'à présent, en admettant la qualification de loi de police pour les dispositions protectrices du travailleur comme dans l'arrêt *Arblade*, ou de l'agent commercial comme indirectement dans l'arrêt *Ingmar*, la Cour de justice a retenu une position qui permet de conférer à la notion d'intérêts publics une grande malléabilité. Le débat n'est pas nouveau ; depuis longtemps, on admet que les règles protectrices de la partie faible ne poursuivent pas les seuls intérêts privés, mais qu'elles cherchent aussi à organiser la société sur le plan économique et qu'en conséquence le critère de l'intérêt public n'est pas discriminant. », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé, op. cit.*, p. 366.

police les règles protectrices des parties faibles associées à des intérêts privés<sup>549</sup>. A cet égard, M. Bernard Audit soulève le danger d'être entraîné à manipuler cette conception « en rattachant les dispositions de protection de maintes « parties faibles » à un intérêt général »<sup>550</sup>. Finalement, il est intéressant de remarquer la critique faite au règlement Rome I quant à son mutisme sur l'importance des rattachements que la situation entretient avec le for et laquelle semble déterminante pour la qualification en loi de police d'une règle matérielle<sup>551</sup>.

Suite à ce rappel des définitions et compte tenu du sentiment d'incertitude qui pourrait subsister, il semble pertinent d'identifier les éléments constants dans les définitions proposées lesquelles permettront de dégager le fondement du mécanisme. D'autant plus que l'appréhension du phénomène des lois de police comme un mécanisme invite à s'interroger sur deux éléments : les constantes et les variables.

<sup>549</sup> « Une première lecture conduit alors à voir dans l'article 9 §1 la consécration de la position allemande et la condamnation de la jurisprudence de nombreux États membres intervenue en matière de travail, de consommation ou, plus particulièrement pour la France, de sous-traitance. », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, op. cit., p. 363. Les auteurs rappellent qu'en Allemagne il existe une distinction entre les normes impératives et les dispositions protectrices des parties, position contrastante avec celles adoptées dans d'autres États membres (ex. Italie, Espagne, Belgique et France) et affirment à cet égard que : « cette opposition entre, si on schématise, le système allemand et le système français, ne doit pas être exacerbée, car elle est partiellement dépassée, tout simplement parce que la protection de certains contractants est assurée par des règles de conflit spéciales énoncées aux articles 6, 7 et 8, qui limitent l'autonomie de la volonté non par le biais des lois de police, mais en prévoyant l'application des dispositions impératives de la loi objectivement applicable si elles sont plus protectrices que celles de la loi choisie ».

<sup>550</sup> B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, op. cit., p. 27. L'auteur démontre le risque de l'argument de l'organisation étatique par le rappel d'un arrêt rendu sous l'empire de la Convention de Rome : Civ. com., 13 juillet 2012, *Transbidassoa*, n° 10-12154, D. 2010. 1863, obs. X. Delpech, *JCP* 2010. 972, note L. d'Avout et D. Bureau. L'arrêt de la Cour d'appel a été censuré au motif que l'article L 132-8 du Code de commerce n'était pas « une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat et de constituer une loi de police ». *Contra*. « En conclusion et en dépit des incertitudes résiduelles, la définition *stricte* des lois de police de l'article 9 du règlement Rome I semble devoir être approuvée en opportunité. Et si les mots de la loi doivent faire sens, il faut en déduire que seules les règles dont l'objectif premier, immédiat, est la sauvegarde des intérêts collectifs pris en charge par l'État relèvent authentiquement de la notion de loi de police ; non pas les règles qui, rétablissant l'équité dans les rapports individuels, peuvent avoir indirectement un effet bénéfique à la collectivité. A partir de cette définition, praticable, et sous réserve de dérogations ou de précisions sectorielles, il est possible d'avancer vers une mise en œuvre cohérente des lois de police. » L. d'Avout, « Les lois de police », op. cit., p. 115.

<sup>551</sup> « On ajoutera, mais le règlement passe la question totalement sous silence. ..., que la reconnaissance de la qualité de loi de police à une disposition du for est tributaire de l'importance des rattachements que la situation entretient avec le for. Le raisonnement pourrait (devrait ?) ainsi se faire en 2 temps : 1. la règle est-elle dotée d'une super-impérativité en raison des objectifs, qu'elle poursuit et 2. Les liens avec le for sont-ils suffisants pour en justifier l'application, autrement dit l'application de la règle est-elle nécessaire pour atteindre lesdits objectifs, car la situation quoiqu'internationale est ancrée dans le for. Il est envisageable que les deux étapes se fondent et que la reconnaissance même de l'impérativité soit en fonction du degré de rattachement avec le for. », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, op. cit., p. 370.

### C. Les éléments constants de la définition

**148.** La législation et la doctrine ont manqué d’octroyer une définition du phénomène emportant l’entière satisfaction. Pourtant, de leur contribution à la construction, il est possible de dégager certains facteurs constants, il s’agit : de l’impérativité internationale (1), de la protection de l’organisation étatique (2) et de l’efficacité d’une politique législative (3).

#### 1. L’impérativité internationale

**149.** En effet, toute norme a une vocation impérative qui la caractérise et la distingue des commandements d’autre nature<sup>552</sup>. Cependant, ce qui permet de distinguer une loi de police du reste c’est qu’elle est dotée d’une impérativité dite *internationale*. Le trait est reconnu par les systèmes français et mexicain, car dans les deux cas la doctrine adopte l’adjectif « international » pour caractériser le phénomène. Ainsi, il est possible de constater corrélativement l’emploi des expressions : règles internationalement impératives et *leyes internacionalmente imperativas*<sup>553</sup>. La précision du droit comparé trouve toute sa pertinence puisque ce trait est moins prononcé par la doctrine dans les systèmes de *common law* pour lesquelles la différence entre *internationally mandatory rules*<sup>554</sup> et *mandatory rules* « n’est mise en exergue que depuis peu et il est même relativement fréquent de traiter l’impérativité internationale sous le seul angle de l’exception d’ordre public »<sup>555</sup>. Ainsi, pour les auteurs qui admettent l’existence du mécanisme des lois de police, il est possible d’identifier ce type de règles par une « différence de degré »<sup>556</sup> entre les lois impératives et les lois internationalement

<sup>552</sup> Tel qu’il est enseigné dès la première année en droit, « Qui dit obligatoire dit impératif. La règle est un impératif, d’une part, au sens où elle n’est pas une simple description de ce qui est, contrairement aux règles des sciences dites dures, mais aussi une prescription de ce qui doit être, le modèle qui doit être suivi... La règle est un impératif, d’autre part, au sens où ce qu’elle prescrit s’impose. Les *règles impératives* sont les règles dont l’application ne peut être écartée. Le fondement de cette autorité toute particulière est que leur contenu poursuit un objectif d’ordre public (ex. la sécurité, la santé, l’ordre), qui l’emporte donc sur les intérêts particuliers. », P. Deumier, Introduction générale au droit, 4<sup>ème</sup> éd., LGDJ, 2017, p. 29, n° 23.

<sup>553</sup> Mais aussi, par l’article 7 de la Convention de Rome.

<sup>554</sup> A. Bonomi, « *Mandatory Rules in Private International Law* », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 223. « *As a matter of fact, it is generally accepted that the rules we are examining are mandatory (impératives, zwingend), i. e., they cannot be derogated from by contract. The reason is self-evident : if a rule of law can be excluded or limited by party autonomy, it can hardly be regarded as the expression of a fundamental policy of the forum ; there are therefore no grounds why it should prevail over the applicable foreign law, designated by bilateral choice-of-law rules* ».

<sup>555</sup> S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, op. cit., p. 362. Voir aussi, T.C. Hartley, *International Commercial Litigation*, Cambridge University Press, 2009, p. 514, § 2.4.3 et p. 612, § 4.1.1 ; A. Briggs, « *Public policy in the conflict of laws : a sword and a shield ?* », *Singapore Journal of International and Comparative Law*, 2002-6, p. 966.

<sup>556</sup> « Pour les auteurs qui admettent l’existence du mécanisme des lois de police, la différence qui permet d’identifier, parmi les normes d’un ordre juridique donné, celles qui seront des lois de police n’est pas tant une « différence de nature » qu’une « différence de degré ». Autrement dit, quand bien même toutes les normes d’un ordre juridique donné ont été produites pour répondre à des finalités propres à l’auteur de celles-ci, toutes ces finalités n’ont pas pour ce dernier la même importance. Aussi, seules les règles qui traduisent les finalités les plus



impératives, car elles traduisent des finalités plus importantes pour l'auteur de la norme. En ce sens peut être apprécié le considérant n° 37 du règlement Rome I qui confirme que les dispositions impératives internes ne sont pas forcément *internationalement* impératives.

Le fait de retrouver un lien entre ordre public et impérativité dès leur définition semble révélateur ; on observe que le terme impératif se définit comme « auquel la volonté individuelle ne peut déroger »<sup>557</sup> et que le vocabulaire juridique Cornu associe l'impérativité à une conséquence de l'ordre public. Toutefois, la distinction entre l'impérativité et l'impérativité internationale suscite l'embarras en doctrine car le volet international de cette impérativité ne découle pas de la source des normes. Dès lors, leur identification présente un problème de construction et d'interprétation qui est décidé seulement au niveau interne. Sur ce point M. d'Avout signale que « la distinction des règles internes impératives et des règles internationalement impératives est un élément essentiel de crédibilité de la théorie des lois de police »<sup>558</sup>, permettant d'éviter un tropisme de la part du juge du for qui souhaiterait voir pour chaque norme interne une impérativité internationale. La distinction a été renforcée par le droit international privé de l'Union européenne « au moyen de la figure des [règles impératives] internes à l'espace régional européen »<sup>559</sup>.

**150.** À cette difficulté les constructions doctrinales sur l'ordre public substantiel et conflictuel apportent ses lumières, facilitant la compréhension de la distinction entre les « vraies » lois de police et les lois d'application immédiate vouées au régime interne<sup>560</sup>. Une lecture du droit positif à la lumière de ces outils permet d'appréhender la différence. Prenons exemple dans la Convention de Rome, notamment son article 3 (3) lequel encadre la liberté du choix des parties. Cet article prévoit que le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au

---

importantes pour l'auteur de la norme devraient être justiciables du mécanisme des lois de police. » Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008, n° 168, p. 89. De celles qui sont de police à celles qui ne le sont pas, il n'y a « pas de différence de nature », mais « une simple différence de degré », Y. Loussouarn, « Cours général de droit international privé », *Recueil de cours*, 1973. II. 328-329.

<sup>557</sup> En faisant référence à l'article 6 du Code civil et poursuit « se dit d'un texte législatif ou réglementaire dont les dispositions d'*ordre public* l'emportent sur toute volonté contraire que les particuliers auraient exprimée dans un acte juridique (ce caractère impératif n'étant qu'une conséquence, parmi d'autres, de l'ordre public, le mot impératif peut toujours être remplacé par l'expression d'ordre public, mais la réciproque n'est pas vraie). » Gérard Cornu (sous dir. de), *Vocabulaire juridique*, PUF, 1987, 3<sup>e</sup> tirage 2007. Texte souligné par nos soins.

<sup>558</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 111.

<sup>559</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 111 (art. 3, §§ 3 et 4, du règlement Rome I, art. 14, §§ 2 et 3, du règlement Rome II).

<sup>560</sup> Naguère, l'établissement de la différence entre une loi d'application immédiate et une loi de police résultait très difficile. Comme nous l'avons rappelé, M. Heuzé refuse la différence entre les lois d'application immédiate et les lois de police, *supra* § 146, en outre, selon l'auteur le phénomène des lois d'application immédiate se ramènent à l'exception d'ordre public international.

moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, c'est-à-dire des « dispositions impératives ». L'article s'analyse comme un outil de lutte contre la fraude à la loi et désactive le caractère international du contrat<sup>561</sup>.

**151.** En revanche, si le contrat n'est pas un contrat de consommation ou un contrat de travail et si ce contrat a des points de rattachement avec plus d'un système juridique, la seule exception à la règle de conflit bilatérale est représentée par les règles internationalement impératives<sup>562</sup>. Ce qui caractérise ces lois, c'est que celles-ci se veulent applicables même si la situation est gouvernée par une loi étrangère. Ce trait avait déjà été reconnu par l'article 7 (2) de la Convention de Rome<sup>563</sup>. Sur ce point il est important de signaler que la distinction qui existe entre l'impérativité de la disposition substantielle et l'impérativité de la règle d'application de cette disposition. Il a été observé que la distinction entre l'impérativité de la loi de police et l'impérativité ordinaire des lois s'est montrée insuffisante pour cerner la notion<sup>564</sup>. Or, avec l'avènement de la définition par le règlement Rome I la doctrine française conclut à ce que les lois de police s'entendent comme « matériellement impératives et conflictuellement dérogatoires »<sup>565</sup>. Ainsi, pour retenir la qualification d'une loi de police il serait nécessaire de constater l'inadaptation du facteur de rattachement<sup>566</sup>.

<sup>561</sup> A. Bonomi, « *Mandatory Rules in Private International Law* », *op. cit.*, p. 224, « *By virtue of this rule, mandatory rules can prevail over the law designated by the parties if the contract is connected with only one country, i.e., if it is a purely 'domestic' contract* ».

<sup>562</sup> A. Bonomi, « *Mandatory Rules in Private International Law* », *ibid.*, « *If the contract is neither a consumer nor an employment contract and if it has connections to more than one country, the only exception to bilateral choice-of-law rules is represented by internationally mandatory rules. These are a 'sub-category' inside the wider category of mandatory rules, because they have a further distinguishing characteristic : they are applicable even if the legal relationship is governed by a foreign law. They derogate thus from the bilateral choice-of-law rules or, more correctly, they 'override' them* ».

<sup>563</sup> « Art. 7 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 ».

<sup>564</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 207, spéc. n° 15 et s.

<sup>565</sup> « Dans une formule brillante et compacte, on a dit récemment des lois de police qu'elles étaient « matériellement impératives et conflictuellement dérogatoires ». La formule a le mérite de résumer le cas de figure général et peut être employée en gardant conscience des cas particuliers qu'elle met de côté. A savoir : -le cas déjà cité des lois de police cristallisées par l'effet d'une règle bilatérale... Combinant classiquement l'approche méthodologique (ou fonctionnelle) et l'approche intrinsèque (ou conceptuelle) des lois de police, la formule compacte précitée ne permet cependant pas de faire le tri entre les règles ordinairement impératives du droit interne, qui peuvent virtuellement toutes avoir un but décisif du champ d'application spatial, et, parmi celles-ci, la catégorie plus étroite des règles internationalement impératives » L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, pp. 113 et 114. M. d'Avout propose afin de sauver l'indétermination résiduelle de la notion et de contenir les lois de police dans un domaine raisonnable de ramener la distinction entre *ordre public de protection individuelle et ordre public de direction collective* ».

<sup>566</sup> « La simple conjoncture que la loi sur la qualification de laquelle on s'interroge soit une loi impérative dont la violation affecterait l'intérêt public, et que le facteur de rattachement retenu par la règle de conflit ne soit pas adapté à la situation visée ne suffit pas à en faire une loi de police : il faut en outre que l'inadaptation du facteur de rattachement *résulte* de ce que à s'en tenir à lui, l'intérêt public de l'État se trouverait altéré », P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 207, spéc. n° 21.

## 2. L'organisation étatique

**152.** La deuxième constante est la référence faite à l'organisation étatique. La définition proposée par M. Francescakis comportait la graine, 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 »<sup>567</sup>. L'élément a été consacré depuis par la définition de la CJUE dans son arrêt *Arblade*. A cette occasion la Cour effectuait un contrôle européen de l'application des lois de police nationales et admettait qu' « il convient d'entendre cette expression [lois de police] comme visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci »<sup>568</sup>.

**153.** Le terme « organisation politique », simple en apparence, a soulevé la difficulté de la confusion entre règles de droit public et règles de droit privé et a fait l'objet de débats intenses en doctrine. Nous rappellerons brièvement qu'au stade initial des réflexions autour du phénomène, la doctrine associait inéluctablement les lois de police à des règles de droit public, ou du moins admettait que les lois internationalement impératives se trouvaient dans une zone où se mélangent le droit public et le droit privé. Cette association n'est plus d'actualité<sup>569</sup>.

Dans sa thèse M. Heuzé constatait la nécessité d'une distinction entre les normes de droit public et celles de droit privé au sein des règles d'application immédiate<sup>570</sup>. Désormais, il est admis

<sup>567</sup> M. Bonomi manifeste son désaccord avec la définition proposée par Francescakis et celle issue de l'affaire *Boll* car selon l'auteur celles-ci ne tiennent pas compte des intérêts de certaines parties, notamment la partie faible : « *In our opinion, none of these definitions is acceptable, insofar as they have the effect of denying internationally mandatory character to those rules that are intended to protect the interest of certain categories of individuals because of their weak position.* », A. Bonomi, « *Mandatory Rules in Private International Law* », *op. cit.*, p. 232.

<sup>568</sup> Arrêt *Arblade* C.J.C.E., 23 novembre 1999, aff. C-369/96, *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 710, note M. Fallon ; *AJDA* 2000. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; *RSC* 2000. 248, obs. L. Idot ; *RTD eur.* 2000. 727, chron. J.-G. Huglo ; *JDI* 2000. 493, obs. M. Luby ; et, depuis lors, *Commission c. Luxembourg*, CJCE, 19 juin 2008, n° C-319/06, *D.* 2008. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; *RTD eur.* 2009. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defosse, *JDI* 2009. 665, obs. S. Francq.

<sup>569</sup> *Comp.* M. Heuzé rétablit l'unité des normes de droit public et celles de droit privé « auxquelles il faudrait réserver la qualification de lois de police », V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n°328-354. L'auteur affirme plus loin dans son raisonnement : « Ainsi rétablie l'unité des « règles d'application immédiate » sans distinction suivant qu'elles sont autonomes ou au contraire accessoires par rapport à des règles de droit public dont elles contribuent, par la prévision de sanctions privées, à assurer le respect... » n° 355. Pour une analyse de l'impact du droit international public sur la définition d'ordre public, A. Briggs, « *Public policy in the conflict of laws : a sword and a shield ?* », *op. cit.*, spéc. 963-966. L'analyse se place en droit anglais et est manifeste de la manière propre au *common law* d'aborder les sujets de droit international privé.

<sup>570</sup> « Dans son dernier état, cette thèse semble avoir imposé une distinction, au sein de la catégorie des règles considérées par M. Francescakis comme d'application immédiate, entre les normes de droit public et celles de droit privé, auxquelles il faudrait réserver la qualification de lois de police », V. Heuzé « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 327 et sa note en bas de page : « A

que les lois de police se départagent des règles de pur droit public<sup>571</sup> et se distinguèrent puisque « le seuil d'impérativité qui est atteint est juste en deçà de celui traditionnellement conféré aux règles du droit public (empreintes de l'idée de puissance souveraine) »<sup>572</sup>. La distinction est pertinente car on s'intéresse désormais uniquement aux lois applicables aux situations privées tranchées devant un juge en matière civile et/ou commerciale.

**154.** Or, dans la séquence des constructions doctrinales, les derniers apports sont révélateurs de la construction d'un nouveau paradigme. Deux éléments nous permettent de croire à une évolution : d'une part, l'abandon de l'hypothèse de l'inapplicabilité « par nature » du droit public étranger dans les relations privées internationales<sup>573</sup> ; et d'autre part, la consécration de la notion d'« intérêt public » au centre du mécanisme des lois de police. De ces éléments, il est possible de déduire que la notion au cœur du phénomène des lois de police aujourd'hui est celle de l'« intérêt public » et non celle des règles de droit public<sup>574</sup>. La consolidation de l'intérêt public au sein des lois de police, a été traduite par un « but » poursuivi qui se manifeste à travers d'une « politique législative » pour laquelle une certaine efficacité est recherchée.

---

la vérité, certains auteurs distinguent encore les lois de police d'autres règles d'application immédiate de droit privé. Nous réfuterons à point nommé cette conception ».

<sup>571</sup> « *Although it is quite clear that internationally mandatory rules are designed to further goals of public interest, it cannot be affirmed that they belong to the field of public law, whatever one means by 'public law'.* » A. Bonomi, « *Mandatory Rules in Private International Law* », *op. cit.*, p. 232. En France, M. Mayer fait le départage et affirme que les lois de police ne sont pas des lois de droit public, voir P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *op. cit.*, spéc. p. 301 et s. Et le prolongement de l'analyse effectué par M. Nord : « Selon cet auteur, il n'y a pas de conflits de lois en ce qui concerne le droit public, alors que les lois de police sont, quant à elles, en conflit avec d'autres lois. En raison de cette différence fondamentale entre les deux notions, elles ne peuvent évidemment être assimilées. Pour le droit public, la répartition des compétences est effectuée par le droit international public, les compétences étant exclusives, ce qui explique l'absence de conflit », N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 30, spéc. n° 57.

<sup>572</sup> « On n'a pas fait mieux que Francescakis pour décrire ce seuil de la formule, délibérément vague, de « zone grise » entre le droit public et le droit privé. » L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 114.

<sup>573</sup> En ce sens et pour son explication V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n°328 et s. M. Heuzé conçoit mal que les normes de droit public, directement exécutoires par la mise en œuvre de mesures de contrainte, soient en mesure de fournir la matière d'un contentieux devant les juridictions étrangères et « n'est-ce en principe qu'à titre incident que le droit public étranger peut être invoqué devant le juge du for, et à l'occasion seulement d'un litige de pur droit privé. » n° 330. La critique de M. Heuzé à la thèse de M. Mayer s'exprime ainsi : « partant de l'idée, certainement exacte, que constitue une règle de droit public la norme qui régit une situation juridique dans laquelle se trouve impliqué l'État qui l'a édictée, il a fini par considérer que l'État était impliqué dans toute situation que visait son droit public... Pour briser ce cercle vicieux, il faut décider que l'État n'est impliqué dans une situation juridique que lorsqu'il y figure (lui ou l'un de ses démembrés) comme partie prenante, comme sujet... En revanche, il n'est nullement impliqué dans une relation nouée entre deux personnes privées, aussi longtemps en tout cas que cette relation ne lui sera pas soumise, notamment par la saisine l'un de ses tribunaux », n° 351-353.

<sup>574</sup> Bien que dès leurs premières manifestations, les lois de police ont été associées à l'idée des intérêts publics, la seule référence à ces derniers n'a permis « guère d'apporter de réponse à la question d'impérativité internationale de la disposition en cause », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, p. 368.

### 3. L'efficacité d'une politique législative

**155.** Le troisième élément invariable dans la théorisation du mécanisme des lois de police est le souci d'efficacité. En effet, la sauvegarde des intérêts publics exige une efficacité caractéristique aux lois de police, nécessaire à la réussite de son impérativité internationale. Francescakis admettait que les lois reflétant l'organisation étatique ont « besoin d'un domaine d'application qu'en assure l'efficacité »<sup>575</sup>. La justification pour l'application d'une loi de police ne se trouve pas dans la *contrariété* de la solution apportée par la loi désignée par la règle de conflit à l'ordre public du for mais dans *l'efficacité* qu'une politique législative, contenue dans une loi, exige. Ceci traduit l'idée selon laquelle l'efficacité de la politique législative justifie un rattachement spécifique et impératif.

**156.** À notre sens, ce trait gagnerait à être compris comme relevant du mécanisme et non de la disposition matérielle en particulier. La disposition substantielle comporte, certes, une effectivité inhérente mais c'est le mécanisme qui permet de lui octroyer une effectivité renforcée. Le principe d'actualité de l'ordre public, nous l'avons vu, le rend susceptible de varier dans le temps et dans l'espace, cette caractéristique a donc une forte incidence sur les mécanismes que traduisent son action. Une illustration se trouve dans l'analyse effectuée par M. Libchaber à l'égard des contours de l'ordre public dans le contexte de l'évolution du divorce en France. Il constate que la Cour de cassation emploie expressément l'ordre public de proximité pour écarter la loi étrangère interdisant le divorce. Or, la façon dont l'intervention de l'ordre public est formulée permet de voir la manifestation d'une loi d'application immédiate. Une telle possibilité illustre, selon cet auteur, l'incertitude de l'exception d'ordre public et constate que « lorsque cette exception devient le support actif des objectifs législatifs du for, dont elle s'impose de sauvegarder l'efficacité, elle devient peu dissociable d'une véritable loi d'application immédiate »<sup>576</sup>. Ce phénomène a été décrit par M. d'Avout comme une « cristallisation »<sup>577</sup> des lois de police, phénomène que, si notre interprétation ne trahit pas sa théorie, permet d'expliquer l'hésitation entre l'emploi du mécanisme d'exception et du

<sup>575</sup> Ph. Francescakis « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 13.

<sup>576</sup> « En effet, lorsque la situation se rattache étroitement au for, la loi étrangère normalement applicable est évincée par l'exception d'ordre public. Mais cette éviction se produit d'une façon telle qu'elle laisse songeur : la formulation de l'intervention de l'ordre public permet d'hésiter entre une éviction classique et la manifestation d'une loi d'application immédiate. Cette hésitation illustre à la perfection l'incertitude de l'exception d'ordre public... On peut d'abord se demander si l'extension rampante de la méthode des lois d'application immédiate ne gagnerait pas à être avouée. », 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, pp. 75-76, spéc. 12-15.

<sup>577</sup> Sur ce phénomène V. *infra* § 311 et s.

mécanisme des lois de police. A cet égard, il est intéressant de remarquer le lien reconnu par M. Libchaber entre l'« objectif législatif du for » et l'importance de « sauvegarder l'efficacité » au sein du mécanisme des lois de police.

**157.** Avant d'analyser le fondement du mécanisme il nous a paru nécessaire d'étudier les définitions proposées pour le phénomène des lois de police. Cette analyse a permis de retenir un double constat : premièrement, nous avons constaté que malgré les étapes déjà accomplies pour la construction d'une définition satisfaisante, pour le système français la définition est encore en évolution et que la doctrine mexicaine n'apporte pas d'éléments de définition propres. Deuxièmement, l'étude des constructions doctrinales sur la définition du phénomène nous a permis de retenir trois éléments constants malgré l'évolution des définitions : l'impérativité internationale, l'organisation étatique et l'intérêt pour l'efficacité d'une politique législative. La lecture d'ensemble de ces éléments constants nous paraît ouvrir la possibilité d'appréhension du phénomène des lois de police comme un mécanisme et se défaire de l'idée selon laquelle le phénomène correspond à une catégorie des lois. Cette intuition sera confirmée par l'étude des composantes du mécanisme.

## **§ 2. La composition du mécanisme des lois de police**

**158.** Le fondement du déclenchement du mécanisme des lois de police peut s'expliquer par l'analyse de deux éléments : sa définition et sa composition<sup>578</sup>. Le premier étant désormais étudié, l'analyse se concentrera sur la composition du mécanisme des lois de police, pour ce faire on prendra appui sur nos développements préalables concernant le fondement du mécanisme d'exception. Ainsi, pour appréhender la composition du mécanisme il est nécessaire dans un premier temps d'identifier les parties composantes (A) et dans un second temps, leur fonction (B).

### **A. Les parties composantes du mécanisme des lois de police**

**159.** Il est indispensable de rappeler que, si à l'origine Francescakis soulevait les liens considérables entre les lois d'application immédiate et l'exception d'ordre public, la doctrine française s'est attachée par la suite à faire valoir la distinction entre les deux mécanismes<sup>579</sup>. Le

<sup>578</sup> Composition, subst. fém. I.– [Correspond à composer I] A.– Action de former un tout par assemblage ou combinaison de plusieurs éléments ou parties ; le résultat de cette action. <http://www.cnrtl.fr/definition/composition>, consulté le 2 juin 2018.

<sup>579</sup> « Pourtant, dès la redécouverte de la catégorie des lois de police par la doctrine française, celle-ci s'attachait à faire la distinction entre l'exception d'ordre public, mécanisme d'éviction de la loi étrangère contraire à certaines



départage a été possible grâce à la reconnaissance d'un fondement particulier aux lois de police. Toutefois, l'admission d'un fondement exclusif aux lois de police ne finit pas par emporter l'approbation de toute la doctrine. Ainsi, un rappel des théories est nécessaire autour des composantes (1) et doit se compléter par l'analyse de la fonction attribuée au mécanisme (2).

### 1. *Les théories autour des composantes du mécanisme*

**160.** On constate que la doctrine française ne trouve pas d'accord concernant le fondement du mécanisme de lois de police. Pour certains celui-ci aurait une dualité de fondements et se substituerait au mécanisme d'exception (a). Pour d'autres, les lois de police auraient un fondement unique et exclusif qui les distinguerait du mécanisme d'exception (b).

#### a. La théorie dualiste

**161.** La théorie que nous identifions comme « dualiste » réunit la protection des valeurs et des buts législatifs sous l'égide du mécanisme des lois de police<sup>580</sup>. Pour Courbe, par exemple, l'emploi de l'exception d'ordre public international subit un effacement au profit des lois de police. Ainsi ces dernières viendraient remplacer l'exception d'ordre public puisque, comme le signale cet auteur, « malgré les apparences..., il n'y a pas abdication mais plutôt transfert »<sup>581</sup>. Les lois de police seraient donc chargées de protéger simultanément les valeurs intangibles du for et servir à la tutelle des fins poursuivis par un État. Une justification est avancée par P. Courbe lorsqu'il constate que « l'exception d'ordre public, étendard de la défense des valeurs sociétales intangibles, ne convient plus à un milieu d'affaires structuré sous l'égide d'une

---

valeurs du for, et les lois d'application immédiate, dont le propre est de s'appliquer aux relations privées internationales, en raison de leur contenu, sans être désignées par la règle de conflit bilatérale. De fait, l'opposition entre l'exception d'ordre public et les lois de police devenait une constante dans la littérature juridique relative aux contrats internationaux », P. Courbe, « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 99 s.

<sup>580</sup> Cette théorie est admise à la fois par la partie de la doctrine qui admet l'existence de deux mécanismes porteurs d'ordre public différents et par ceux qui nient la pertinence du mécanisme des lois de police. Pour les premiers, le recours au mécanisme des lois de police se justifie par la protection des valeurs et d'objectifs. Pour les deuxièmes, la justification demeure identique mais seul le mécanisme d'exception d'ordre public pourrait servir à leur protection.

<sup>581</sup> « C'est là, en effet, qu'apparaît le trait caractéristique de l'évolution contemporaine dans la défense des « valeurs intangibles du for ». Elle ne passe plus, en effet, par l'exception d'ordre public mais par l'application des lois de police. Du reste, cette idée avait été émise dès la redécouverte des lois d'application immédiate, et par son promoteur lui-même : il expliquait le mécanisme des lois d'application immédiate comme le résultat d'une simple « économie de raisonnement » dans la mise en œuvre de l'ordre public international », P. Courbe, « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *op.cit.*, p. 101. Pour Courbe le déplacement peut s'expliquer par la mondialisation, particulièrement par le mouvement vers un marché unique ou il n'existent plus les conflits de civilisation mais dans lequel les États peuvent poursuivre des politiques économiques et sociales différentes : « Mais la traduction de ces politiques dans des normes de plus en plus techniques conduit à rechercher l'éventuel impact de celles-ci sur les transactions internationales, plus qu'à trancher entre des philosophies différentes. Le mécanisme des lois de police paraît à cet égard bien adapté à servir, ainsi, les fins poursuivies par un État ».

Organisation mondiale du commerce et relativement standardisé »<sup>582</sup>. Cependant, il n'est pas clair que le mécanisme des lois de police vendrait se substituer, en définitive, à l'exception d'ordre public et s'adjuger les fonctions propres au mécanisme d'éviction ou si, en revanche, l'exception conserverait, au détriment du mécanisme des lois de police, son hégémonie.

**162.** La partie de la doctrine qui garde une méfiance envers la reconnaissance des mécanismes diverses nie, forcément, l'existence des fondements distincts. Principal promoteur de cette théorie, M. Heuzé conteste l'utilité des lois de police et soutient que l'exception d'ordre public demeure suffisante pour assurer la protection des valeurs et des objectifs.

#### b. La théorie moniste

**163.** L'attribution d'un fondement exclusif aux lois de police est le résultat d'un processus évolutif de la doctrine. Le parcours aboutissant à une telle conclusion se compose de trois étapes : dans son premier stade, la doctrine attribuait au mécanisme d'exception d'ordre public la défense des valeurs et des objectifs, ce qu'impliquait un seul mécanisme à double fondement. Dans une étape ultérieure, la doctrine a dissocié les fondements et a attribué leur protection à deux mécanismes distincts. Ainsi, l'exception d'ordre public s'est vue chargée de la tutelle des valeurs, tandis que la défense des objectifs a été confié au mécanisme des lois de police. Ces dernières sont venues prêter main forte à l'exception afin d'assurer la sauvegarde de certaines politiques législatives du for<sup>583</sup>. Le cheminement intellectuel des deux premières étapes a été abordée préalablement, on concentrera donc nos analyses dans la troisième étape, c'est-à-dire, celle de l'adoption d'un fondement spécifique pour les lois de police, la protection d'un objectif législatif. L'étape à laquelle nous nous intéressons désormais a fait l'objet d'innovations récentes méritant d'être reprises.

#### **164. L'adoption d'un fondement spécifique pour le mécanisme de lois de police.**

Francescakis avait déjà constaté que le phénomène d'application immédiate de certaines lois se produisait lorsqu'étaient en cause des intérêts « pris en charge par l'organisation étatique »<sup>584</sup>. L'affirmation de cet auteur a été renforcée par un courant doctrinal, venu d'ailleurs, selon lequel l'application de lois de police pourrait s'expliquer en termes d'intérêts<sup>585</sup>. Dans la globalité

<sup>582</sup> P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 102.

<sup>583</sup> Comme le signale M. Libchaber : « Leur déploiement dans ce rôle nouveau a ainsi dégagé l'exception d'ordre public d'une tâche qui n'était pas véritablement la sienne, et la ramener à ses fonctions originelles », R. Libchaber, *L'exception d'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, p. 68.

<sup>584</sup> En ce sens V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 325, citant Francescakis *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 13.

<sup>585</sup> « *It is submitted that only an interest analysis can reveal the circumstances under which courts should apply a foreign mandatory rule.* » En ce sens voir A. Bonomi, « *Mandatory Rules in Private International Law* », *op. cit.*, p. 235, qui cite l'exemple de l'article 19 du Code suisse de droit international privé. De l'ensemble des intérêts

d'intérêts qui pourraient expliquer l'application d'une loi de police, on retrouve entre autres la doctrine nord-américaine qui donne une importance particulière à la méthodologie connue sous le nom d'« analyse d'intérêts gouvernementaux ». Selon cette doctrine, chaque État possède un intérêt dans l'application de ses propres règles, afin de prolonger l'application des politiques sous-jacentes<sup>586</sup>. Sans adhérer entièrement à l'approche américaine, on constate que lorsque le mécanisme est mis en œuvre, l'État qui édicte les lois de police manifeste un intérêt à les appliquer ou à les voir respectées par un État tiers<sup>587</sup>.

L'approche en termes d'intérêts a été reprise et approfondie en doctrine française par la thèse de M. Benjamin Remy<sup>588</sup>. Cet auteur construit son analyse par le croisement des méthodes inductive et déductive et dégage le fondement propre au mécanisme de lois de police. La doctrine majoritaire en France suit aujourd'hui sa proposition selon laquelle le fondement des lois de police réside dans les objectifs. Toutefois, ce fondement dégagé, l'intervention de M. de Vareilles-Sommières<sup>589</sup> est venue apporter une précision intéressante. Il s'agit de l'emploi d'une terminologie plus exacte, celle de la « politique législative ».

**165. La précision du fondement.** Au stade intermédiaire dans lequel la doctrine admettait que le fondement des lois de police était les objectifs, la question demeurait de savoir l'étendue de ladite notion pour le droit international privé. Pour apporter une réponse à cette question, la notion de politique législative s'est avérée utile<sup>590</sup>. Ainsi, la sauvegarde d'une certaine politique législative du for a été identifiée comme l'un des fondements du mécanisme des lois de police,

---

susceptibles d'être pris en compte (intérêt de parties, intérêt d'un État étranger qu'a édicté une loi de police ainsi que l'intérêt du for) l'auteur soutient que l'application d'une loi de police étrangère peut se justifier que par '*multistate interests*' dans un souci d'uniformité et harmonie internationale de décisions. Voir aussi les travaux de A. Bucher, « La dimension sociale du droit international privé : cours général », *Recueil des cours*, volume 330, tome 341, 2009, pp. 9-526, notamment sa synthèse sur la pensée des auteurs nord-américains tels que Cavers et Currie et leur analyse en termes d'intérêts n° 25-27.

<sup>586</sup> « *The importance of State interests for the solution of conflicts of laws has been particularly emphasised by American scholars. That particular choice-of-law methodology which is known as 'governmental interest analysis' is based on the idea that each State has an interest in the application of its own rules, in order to further the law's underlying policies.* » A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *op. cit.*, p. 237. L'auteur signale que ce courant américain a été critiqué par d'autres auteurs admettant que l'État n'a pas un intérêt direct dans l'application de sa propre règle en droit international privé, fait qui serait difficile à expliquer des lors que la plupart des États admettent la possibilité de choisir la loi applicable à un contrat international. Dans ce sens voir F. Juenger, « General Course on Private International Law », *Recueil des cours*, 1985-IV, Vol. 193, p. 239.

<sup>587</sup> Cf. E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions*, Paris, p. 60.

<sup>588</sup> B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Dalloz, 2008.

<sup>589</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politique législative », *op. cit.*, p. 207.

<sup>590</sup> L'idée était envisagée par d'autres auteurs pour qui dans la construction et l'interprétation des lois de police il est tenu compte du contenu de la loi et de la politique qu'elle porte. « *It is not always easy to establish whether a rule of law is mandatory or not : it is a matter of construction and interpretation which has to be decided on a purely domestic level, by considering the content of that rule and the underlying policy* », A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *op. cit.*, p. 223.

puisque celle-ci serait la manifestation de la prise en considération d'un intérêt étatique<sup>591</sup>. M. de Vareilles-Sommières prend comme point de départ le constat du dirigisme étatique, plus présent de nos jours, lequel fait sentir l'importance de la politique législative dans la théorie des lois de police<sup>592</sup>. Ainsi, le mécanisme des lois de police traduirait, dans une certaine mesure, l'idée du 'nécessaire particularisme étatique' tant défendu par la doctrine face au mouvement général d'harmonisation du droit. En effet, la politique législative est absente de la notion de loi de police donnée par le règlement Rome I mais, selon l'auteur, elle reste en harmonie avec l'instrument européen. La reconnaissance d'une place centrale à la politique législative<sup>593</sup> dans la théorie des lois de police est à notre sens l'un des apports novateurs majeurs à la compréhension du phénomène<sup>594</sup>. Cette variable de l'opération semble avoir été négligée dans

<sup>591</sup> « C'est, en effet, l'objectif que s'est assigné l'auteur d'une norme donnée qui justifie que l'on mette en œuvre le mécanisme des lois de police. Ce rapprochement se confirme également lorsque l'on remarque que la plupart des auteurs justifient l'apparition du mécanisme de lois de police par l'intervention croissante de l'État dans la sphère privée », B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 131, n° 242 ; et les auteurs par lui cités, par exemple, Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois », *op. cit.*, p. 13 ; H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Recueil des cours*, 1973.II, tome 139, p. 83 ; J. P. Karaquillo, *Étude de quelques manifestations des lois de d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, PUF, 1977, préf. C. Lombois, n°3 bis, p. 14 ; A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse dactyl., Paris II, 1979, voir par exemple n°11, p. 14, et A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 239, 1993.II, n° 1, p. 20.

<sup>592</sup> « Il arrive que le législateur mette en place, pour régler certaines situations ou activités, un dispositif normatif conçu pour servir une politique législative dirigiste ou protectrice - notions parfois regroupées de nos jours autour de la bannière de l'ordre public régulateur - exigeant pour la pleine efficacité de la politique menée, la délimitation d'un rayon d'action spécifique, à l'intérieur duquel le dispositif en question réclame d'être appliqué, même s'il devait en résulter une dérogation à la solution retenue par la règle de conflit de lois ordinaire. On peut penser que c'est précisément dans de tels cas que le besoin d'adapter les mécanismes classiques de conflit de lois afin de parvenir à des résultats cohérents dans la réglementation des relations privées internationales s'est fait sentir et a conduit à la mise au jour d'une nouvelle méthode de solution volontiers baptisée, dans la doctrine francophone contemporaine, « méthode des lois de police ». », P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 207, spéc. p. n° 6.

<sup>593</sup> Bien que non référencée de manière directe, la place de la politique législative peut être entrevue dans la doctrine par la prise en compte de notions affines telles que le « but » ou « l'objectif » de la loi de police mise en évidence par certains auteurs dans la description du phénomène. Pour ne rappeler que quelques exemples : G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Les Éditions Thémis, Montréal, Canada, 1996, p. 97, n° 219 : « Les lois d'application immédiate, ou normes d'application nécessaire sont donc 1° des dispositions matérielles impératives de droit interne, 2° dont l'application exclut l'utilisation de la règle de conflit, 3° parce que ceci est nécessaire à la réalisation des buts d'intérêt général qu'elles mettent en œuvre » ; B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 263, n° 473 ; « Ainsi, dans le cadre du mécanisme des lois de police, l'élément de référence que devra déterminer le juge est l'objectif en fonction duquel une norme donnée a été élaborée. » ; P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981. 277 s. ; « des règles dont la teneur ou le but appellent leur application à des situations qui ne leur sont pas soumises par la règle de conflit » ; A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *op. cit.*, p. 56, n° 28 ; « La portée internationale de ces règles ne peut pas être définie autrement que dans la perspective de leur assurer un domaine d'efficacité nécessaire à la mise en œuvre de objectifs sur lesquels elles sont fondées ».

<sup>594</sup> Il a par ailleurs été affirmé que « les règles du droit des contrats sont des instruments au service d'une politique législative », Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 548. Pour une étude d'ensemble, Th. Génicon, « Les juristes en droit des contrats : oppositions juridiques ou oppositions politiques ? Réflexions sur la dimension politique de la

les études portant sur ce mécanisme perturbateur. Sans pouvoir rendre une explication exacte de cette absence, il nous paraît possible de sous-entendre le malaise des États à assumer la mise en œuvre de certaines politiques, susceptibles de contrevenir au bon déroulement du commerce international. Il n'est pas interdit de penser que la réticence à reconnaître un rôle significatif en matière de lois de police à la politique législative s'alimente de la crainte de basculer dans le « fonctionnalisme à l'américaine »<sup>595</sup>. Or, une partie de la doctrine admet fermement d'ores et déjà que la politique législative est naturelle au domaine des lois de police et accepte sa pertinence comme outil d'analyse du mécanisme dans le droit international privé<sup>596</sup>. Il ne s'agit pas d'un trait commun aux systèmes français et mexicain car ce dernier n'a pas encore reconnu sa place à la politique législative dans le raisonnement conflictuel<sup>597</sup>.

**166.** Il nous semble que la reconnaissance du rôle de la politique législative se trouve en harmonie avec les développements préalables qu'elle viendrait compléter. En effet, la

---

technique juridique en droit des contrats », in *La place du juriste face à la norme*, Dalloz, Thèmes & Commentaires, 2012, p. 85 et s.

<sup>595</sup> « Parfois, la perspective de voir la politique législative jouer un rôle significatif en matière de loi de police déclenche une certaine réticence alimentée par la menace d'une contagion par la méthode des lois de police de l'ensemble du droit privé, qui basculerait ainsi, lorsque l'application de ce dernier aux rapports internationaux se présente, dans un vaste fonctionnalisme à l'américaine, jugé –non sans raison –impraticable du fait des labyrinthes par lesquels il contraint de passer pour déceler, derrière chaque disposition de droit privé sur l'application de laquelle on s'interroge, les intérêts gouvernementaux à voir la disposition respectée dans le cas en cause, et mesurer leur prévalence, en l'espèce, sur les intérêts concurrents des États auteurs des dispositions en conflit.», P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. p. n° 7. À rapprocher des observations effectuées par M. Pierre Mayer lors des débats faisant suite à la communication de Mme M.-E. Ancel devant le Comité français de droit international privé sur « La protection internationale des sous-traitants », séance du 26 mars 2010, *Trav. Com. fr. DIP 2008-2010*, Pedone, 2011 : « je craindrais que le simple fait qu'une nouvelle règle poursuive une politique ne soit vraiment un critère beaucoup trop large, parce qu'après tout comment distinguer les règles qui poursuivent une politique et celles qui n'en poursuivent pas ; est-ce qu'elles n'en poursuivent pas toutes une ; à ce moment-là, par exemple la position italienne qui refuse l'action directe au sous-traitant, on peut dire que c'est aussi une certaine politique. On en reviendrait en fait à la notion américaine de *policy* et à ce moment-là toutes les règles sont susceptibles d'entrer en conflit positif les unes avec les autres car elles sont toutes inspirées par une *policy* ». En effet, dans le prolongement de l'observation précédente, il est intéressant d'observer qu'aux États Unis la prise en compte de la politique législative, dans la règle de conflit de lois y inclus, se focalise sur les lois substantives et les politiques sous-jacentes afin de déterminer si les lois se veulent applicables à un litige déterminé. À rapprocher de la lecture faite par, Th. Guedj, *The Theory of the Lois de Police, A Funcional Trend in Continental Private Law – A Comparative Analysis With Modern American Theories*, *op. cit.*, qui manifeste que même au sein du système continental, les règles de conflit de lois admettent de résultats substantifs, par l'acceptation des facteurs de rattachement cumulatifs ou bien de clauses échappatoires, la méthode conflictuelle a perdu son exclusivité et doit coexister avec de méthodes alternatives. Pour lui, la méthode des lois de police rentre parfaitement dans le moule du fonctionnalisme : « *In such instance, if all conditions are met, the underlying policy of the concerned rule dictates its application to the facts at hand. Such model perfectly fits in the functional mold.* » GUEDJ p. 662.

<sup>596</sup> Notamment P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.* Mais également, H. Muir Watt, « Les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement « Rome I », et le choix de la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 342.

<sup>597</sup> Cette affirmation ne peut, pour l'instant, être décelée dans toute sa mesure, car pour mieux comprendre l'état qui garde la politique législative au sein du système juridique mexicain il est nécessaire d'étudier l'affinement des mécanismes d'ordre public, V. par ex. *infra* § 392 et s.

souveraineté des États comporte la faculté de déterminer son organisation. Plus précisément, cette organisation étatique se manifeste par l'implémentation de politiques législatives<sup>598</sup>.

**167.** La prudence s'impose puisque l'exacerbation de cet argument pourrait conduire à l'hypothèse selon laquelle, seules les lois de police seraient sensibles à l'efficacité de la politique législative. Permettant à son tour de conclure que la politique législative est spécifique aux lois de police et que les lois ordinaires, au contraire, seraient « insensibles ». Toutefois, le raisonnement qu'amènerait l'argument à son paroxysme nous paraît inexacte.

En effet, les lois ordinaires poursuivent, elles aussi, des politiques législatives, néanmoins l'efficacité de toutes les politiques législatives n'appelle pas nécessairement à leur application dans d'autres hypothèses que celles visées par la règle de conflit bilatérale. Il s'agit donc de distinguer quelles politiques législatives méritent de recevoir une efficacité renforcée. A ce stade du raisonnement il serait imprudent d'avancer une quelconque proposition, qui ne peut découler qu'après l'étude du mode d'intervention des lois de police.

**168.** Pour l'instant, notre affirmation se complète par l'observation du caractère évolutif de la définition. La direction empruntée nous permet de croire à la consécration de la notion de politique législative au sein du mécanisme. Malgré l'état inachevé de la définition générale des lois de police en droit européen<sup>599</sup>, il est possible de constater que la politique législative a gagné sa place dans la définition. La définition adoptée par le règlement Rome I permet d'affirmer que le palier atteint aujourd'hui s'intéresse à l'organisation étatique et que celle-ci est la traduction d'un ensemble de politiques législatives. Avant de s'intéresser à la mise en œuvre du mécanisme, un dernier point doit être étudié, celui de la fonction du mécanisme.

---

<sup>598</sup> Il est intéressant de noter que pour certains auteurs, même le degré d'admission du principe d'autonomie est conditionné par une politique législative. Voir L. Pereznieta Castro, *La autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado*, *Revista de Derecho Privado*, 2016, 1(10), 125-139 : « se puede analizar al concepto de la autonomía de la voluntad, en el contexto de una política legislativa, la cual representa un termómetro de hasta dónde está dispuesto el Estado a tolerar que los individuos puedan decidir cuestiones jurídicas importantes, evadiendo al sistema jurídico nacional, principalmente con la determinación del derecho aplicable... ». Le constat dressé par l'auteur est intéressant, puisqu'il signale que la liberté de choisir une loi ou un juge compétent pour trancher un litige dérivé d'un contrat a été perçue comme un défi aux pouvoirs législatifs et politiques en Amérique latine. Ayant participé aux négociations des instruments américains l'auteur expose les postures des différents groupes de travail qui suivent de directives « politiques », chacun en défense d'une prise de position, son exemple lors de la négociation de la Convention de Mexico et l'épineuse question de la place laissée au principe d'autonomie. Également en ce sens, M. de Vareilles-Sommières observe que certains instruments internationaux constituent « un projet politique d'accroissement de l'autonomie des parties », « 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. 415.

<sup>599</sup> Car la définition proposée par l'article 9 du règlement Rome I est valable uniquement dans le domaine sur lequel nous portons notre intérêt aujourd'hui, celui des obligations contractuelles. Il s'agit d'une définition concurrente avec les préexistantes que n'a pas atteint l'idéal d'harmonisation attendu. Pour une présentation récapitulative de la succession de tentatives afin de fournir une définition voir P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. p. n° 11 ss.



## B. La fonction du mécanisme des lois de police

**169.** Nous entendons par fonction, la mission attribuée au mécanisme<sup>600</sup>. A cet égard on notera que les lois de police ont été chargées d'une double mission<sup>601</sup>. Une fonction négative (1) et une positive (2).

### 1. La fonction négative du mécanisme de lois de police

**170.** En quête de savoir pourquoi les lois de police doivent-elles prévaloir sur la règle bilatérale, la doctrine soulève que ces lois remplissent la fonction, dans le domaine des contrats, de restreindre le droit des parties de choisir la loi applicable à son contrat<sup>602</sup>. En guise d'exemple nous retrouvons l'opinion de Mmes Francq et Jault-Seseke : « dans le cadre du mécanisme conflictuel mis en place en matière contractuelle, les lois de police sont les principales limites apportées à l'autonomie de la volonté et les deux notions sont dans une grande partie interdépendante : la détermination des lois de police dessine en négatif le champ de l'autonomie de la volonté »<sup>603</sup>. Le mécanisme se présente donc, comme un contrepoids à l'autonomie de la volonté. On adhère à cette proposition mais il nous semble que l'importance de la fonction négative n'est que secondaire. Elle s'explique seulement comme une conséquence logique de son pendant positif.

<sup>600</sup> Le Vocabulaire juridique Cornu permet aussi de retenir une telle définition. Fonction. - II (priv.) 1. Ensemble des \*pouvoirs et \*devoirs appartenant, ès qualités, à l'organe d'un groupement (société, syndicat) ; fonction de gérant. 2. Parfois syn. Plus vaguement de \*mission. Pour une analyse des fonctions de la notion de *public policy* v. A. Briggs, « *Public policy in the conflict of laws : a sword and a shield ?* », *op. cit.*

<sup>601</sup> La fonction des lois de police est un sujet qui soulève l'intérêt de la doctrine, comme on peut l'apprécier dans divers chapitres dédiés à ce sujet lors des cours à l'Académie de la Haye, par exemple : H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Recueil de cours*, t. 139, 1973, pp. 136-145 ; A.V.M. Struycken, « Co-ordination and Co-operation in Respectul Disagreement : General Course on Private International Law », *Recueil de cours*, t. 311, 2004, pp. 406 et s. ; L. G. Radicati Brozolo, « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *Recueil de cours*, t. 315, 2005, pp. 438-487 ; A. Mezghani, « Méthodes de droit international privé et contrat illicite », *Recueil de cours*, t. 303, 2003, pp. 245-362 et Salah Mohamed Mahmoud, Mohamed, « Loi d'autonomie et lois de police protectrices de la partie faible », *Recueil de cours*, t. 315, 2005.

<sup>602</sup> A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *op. cit.*, p. 225 : « *In the field of contracts, as in other areas of private international law where the parties have the right to choose the applicable law, internationally mandatory rules have the effect of restricting the parties' right of choosing the applicable law. From this point of view, internationally mandatory rules have, on a transnational scale, the same function that 'domestically' mandatory rules to fulfil in the framework of a national legal system* ». M. Bonomi souligne que la fonction de restreindre le droit des parties de choisir la loi applicable à son contrat est évidente dans le cadre Européen ; puis, il établit une comparaison entre la section 187 du *Second Restatement on Conflict of Laws* et l'article 3 (3) de la Convention de Rome. Contrairement à l'argument avancé par M. Bonomi nous considérons que l'article 3 (3) sanctionne le caractère effectivement international du contrat et non la possible prise en considération d'un droit substantiel dans l'opération de sélection de la loi applicable au contrat international.

<sup>603</sup> S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, p. 357-393.

## 2. La fonction positive du mécanisme de lois de police

**171.** La doctrine dominante en France admet que la fonction principale du mécanisme de lois de police est la protection des objectifs, et plus précisément celle d'une politique législative. Pour assurer cette tutelle, le mécanisme des lois de police s'est pourvu du procédé autonome et distinct de son précurseur, l'exception d'ordre public. L'idée se trouve chez Lerebours-Pigeonnière qui observait que l'ordre public intervient, non seulement pour faire respecter certains principes généraux, mais aussi pour la sauvegarde de politiques législatives.<sup>604</sup> M. Kinsch affirme que les lois de police « peuvent être présentées comme relevant d'une espèce d'ordre public positif. Mais le rapprochement entre lois de police et ordre public ne s'impose plus, en ce qui concerne la méthodologie du droit international privé, depuis qu'il existe des explications autres du phénomène des lois d'application immédiate... »<sup>605</sup>. Les affirmations de M. Kinsch nous semblent intéressantes à double titre. Premièrement car elles suggèrent que le point de rupture entre les mécanismes étudiés se trouve dans leur méthode<sup>606</sup> et deuxièmement, puisqu'elles relèvent de la fonction positive du mécanisme sans la nouer à l'ordre public de rattachement.

**172. Distinction entre la fonction positive et l'ordre public de rattachement.** En effet, il serait tentant d'effectuer un recouplement et d'affirmer que le mécanisme de lois de police se traduit par une manifestation de l'ordre public de rattachement<sup>607</sup>. Or, Mme. Hammje nous

<sup>604</sup> « Pour Lerebours-Pigeonnière, l'ordre public, conçu toujours comme une exception à l'application de la loi étrangère normalement applicable, intervient, non seulement pour faire respecter certains principes généraux (le droit naturel *lato sensu*), mais aussi pour la « sauvegarde de certaines politiques législatives ». Or, cette sauvegarde ne peut manifestement être atteinte que si les lois qui expriment la politique législative en cause sont, du moins dans la mesure où elles le font, purement et simplement appliquées. Cette thèse présente une double faiblesse. Au départ, elle préjuge de la loi applicable une fois que la loi étrangère a été évincée. Cette loi, sous-entend-elle, est la *lex fori* », Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *op. cit.*, p.8.

<sup>605</sup> P. Kinsch, « La 'sauvegarde de certaines politiques législatives', cas d'intervention de l'ordre public international ? », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 449. Rapp. A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *op. cit.*, 9, 39-43. Dans le même sens Basedow, en faisant référence aux conclusions de l'avocat général à la CJCE dans l'arrêt *Ingmar*, affirme que cette référence indique « la fonction positive de l'ordre public », J. Basedow, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, p. 61.

<sup>606</sup> Nous soulignerons qu'il est indispensable, pour que cette hypothèse garde sa cohérence, de ne pas confondre l'ordre public-contenu avec son mécanisme d'exception.

<sup>607</sup> En ce sens, 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. 447, spéc. point 59 ; l'auteur considère que les lois de police sont parfois dites « lois d'ordre public international », mais cette précision tiendrait moins à la distinction avec les lois d'ordre public interne qu'à l'idée que la règle d'applicabilité de la loi de police est une règle d'ordre public et ce particulièrement en matière contractuelle : « c'est dire que le principe d'autonomie conflictuelle ne vaut pas normalement face à une loi de police, ce qui revient encore à dire que le facteur de rattachement retenu par la règle d'applicabilité de la loi de police pour fixer son champ d'application dans l'espace n'est pas susceptible de dérogation volontaire du fait de l'accord des parties en ce sens : bref, la règle d'applicabilité de la loi de police ne faisant partie de celle auxquelles on peut déroger par voie de convention, peut

éclaire sur ce point et effectue une distinction lorsqu'elle rappelle que l'intention derrière l'ordre public de rattachement est la mise en œuvre d'une règle autonome, ainsi « plus proche du jeu d'une loi de police, son intervention s'en démarque cependant, puisqu'il ne s'agit pas tant d'étendre à l'international l'application d'une disposition impérative spécifique du for, que de consacrer une revendication générale de compétence du for lorsque ses intérêts fondamentaux le commandent [...] C'est une fois encore une certaine finalité, non un résultat donné qui importe »<sup>608</sup>. Le corollaire à cette affirmation se trouve dans l'observation selon laquelle le fondement pour l'application d'une loi de police ne se trouve pas dans la *contrariété* de la solution apportée par la loi désignée par la règle de conflit à l'ordre public du for, mais dans *l'efficacité* d'une loi qui enferme en soi une politique législative. Ce qui revient à dire que l'ordre public impose l'application de la loi de police, dans une démarche affirmative et dérogeant non à l'application d'une loi étrangère mais à la règle de conflit du for, car comme il a été affirmé, l'impérativité de la règle matérielle commande le calibrage du critère de rattachement afin de la rendre efficace.

**173.** Finalement on soulignera que, s'il est généralement admis que les lois de police déduisent leur domaine d'application dans l'espace en raison de leur teneur ou de leur but<sup>609</sup>, elles ne constituent pas le seul mécanisme permettant aux règles de conflit d'atteindre un résultat

---

être rapportée, de ce point de vue, à la catégorie des « lois intéressent l'ordre public » au sens de l'article 6 du Code civil. ».

<sup>608</sup>« En ce sens, on a pu relier l'émergence des lois de police à la notion « d'ordre public de rattachement » telle qu'évoquée par Mancini. Celui-ci voyait en effet dans l'ordre public un facteur autonome de rattachement, au même titre par exemple que la nationalité ou l'autonomie de volonté, conduisant à appliquer sur un territoire les lois d'ordre public nécessaires au respect d'un certain ordre social », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 154. Plus loin dans son argument (p. 164) Mme Hammje considère : « Dans une deuxième série d'hypothèses, l'ordre public de rattachement n'interviendrait plus de façon subsidiaire, mais permettrait de justifier directement la compétence de l'ordre juridique du for. Il deviendrait alors une règle autonome ».

<sup>609</sup> Comme le signale M. Mayer, en rappelant la définition adoptée par la convention de la Haye sur la loi applicable à la vente internationale de marchandises « dispositions dont l'application s'impose (à une relation internationale) quelle que soit la règle de conflit de lois applicable ». On ajoutera seulement, comme le fait une majorité d'auteurs, que si l'application de ces lois s'impose, c'est en raison de leur teneur ou de leur but, et que leur domaine d'application dans l'espace se déduit de cette teneur ou de ce but... La loi de police permet de tenir compte de la teneur concrète des règles, alors que la règle de conflit, étant abstraite, ne le peut pas. », P. Mayer, « Les lois de police », *Trav. Com. fr. DIP, Journée du cinquantenaire*, éd. CNRS, 1988, p. 107.

substantiel spécifique<sup>610</sup>. Au passage, on peut noter que dans le droit des contrats les règles rigides sont parfois tempérées par de règles plus flexibles admettant le principe de proximité<sup>611</sup>.

**174.** Les lois de police ont gagné leur place dans la science du droit international privé à l'occasion du mouvement de relativisation de la règle de conflit bilatérale. Pendant l'étape initiale, le maintien d'un effet commun avec le mécanisme d'exception d'ordre public a rendu leur distinction difficile. Pour les raisons que nous avons exposées, nous nous rangeons parmi les partisans de la thèse qui reconnaît aux lois de police une existence autonome du mécanisme d'exception d'ordre public. Dans son dernier état, ces constructions doctrinales permettent de considérer les lois de police comme un mécanisme permettant de renforcer le facteur d'applicabilité, c'est-à-dire du critère de rattachement d'une règle matérielle, lorsque la politique législative l'exige afin d'assurer son efficacité.

**175.** L'étude comparée s'avérait nécessaire pour dresser un constat fiable de ce mécanisme dans les systèmes juridiques français et mexicain. En effet, le phénomène est connu des deux systèmes mais l'étiquette qui lui est attribuée n'est pas unique. Nous avons observé que sans être aujourd'hui achevé, le travail de définition n'est pas autant avancé. L'absence d'une terminologie homogène n'est pas rédhibitoire à notre analyse comparative car, en dépit des efforts inégaux, il a été démontré que les diverses notions servent à décrire la méthode par laquelle le juge du for tente de résoudre, de manière directe, un problème dérivé de la vie juridique internationale avec l'application de certaines règles qui par leur nature en excluent toute autre. Les remarques de droit comparé sont relativement limitées car la doctrine mexicaine n'apporte pas davantage de critères pour identifier les lois de police. Ainsi, ce travail est orienté vers le système juridique français pour observer les éléments constants des définitions proposées au long de l'évolution du phénomène. Les efforts pour appréhender en une seule définition le phénomène, qu'elle soit conceptuelle ou fonctionnelle, ont été observés d'une part dans la doctrine, qui a dégagé le mécanisme tel qu'il est compris actuellement, et d'autre part dans le droit positif, particulièrement à l'occasion des instruments européens. Malgré les

---

<sup>610</sup> « *Thus, in some countries and in some areas, choice-of-law rules are now designed to achieve a certain substantive result, which reflects the policy of the domestic rules of the forum.* », A. Bonomi, « *Mandatory Rules in Private International Law* », *op. cit.*, p. 217. L'auteur cite parmi d'autres exemples les « clauses échappatoires » permettant au juge d'aménager les règles de conflit à caractère rigide quand il lui semble que, selon les particularités de l'espèce, la situation se trouve étroitement rattachée à un autre État. D'autres techniques comme les facteurs de rattachement alternatifs sont utilisées afin de confirmer la validité formelle d'un contrat ou les règles optionnelles permettant à une personne, victime d'un accident par exemple, de choisir entre deux ou plusieurs lois compétentes, celle qu'il considère la plus avantageuse.

<sup>611</sup> Le principe de proximité énoncé par M. Lagarde dans, « *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain* », *Recueil de cours*, Vol. 196, 1986-I, pp. 9-238 ; « Dans une première approximation, le principe de proximité pourrait s'exprimer par la règle de conflit de lois suivante : « Un rapport de droit est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Principe qui trouve application par l'article 4 (1) de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

difficultés dans la construction d'une définition accomplie du phénomène certains éléments constants ont été dégagés, depuis la définition attribuée à Francescakis, permettant d'adopter une base solide à la compréhension des lois de police, notamment l'impérativité internationale<sup>612</sup> mais aussi l'intérêt d'une protection étatique. Parmi les éléments pérennes de la définition il est remarquable le rôle de la politique législative et son efficacité. Ainsi, il a été possible d'observer que le fondement de lois de police est la protection d'un objectif législatif qui se traduit par une politique législative.

Finalement, nous avons observé qu'en vertu de ce fondement un mécanisme peut être déclenché par le juge du for si l'on admet, qu'il existe une relation de cause-à-effet. Le phénomène des lois de police est composé par de politiques législatives pour la protection desquelles l'ordre public réserve au mécanisme une fonction positive. Il s'agit d'une mission de dérogation à la règle de conflit, plus précisément au critère de rattachement, comme le démontrera l'étude de la mise en œuvre du mécanisme. La formule selon laquelle les lois de police ont la double qualité d'être matériellement impératives et conflictuellement déroatoires permet de croire que le chemin est pavé, tant en doctrine comme en droit positif, pour appréhender le phénomène des lois de police comme un mécanisme dès lors qu'il existe une relation de cause à effet entre l'efficacité de la politique législative et la dérogation à la règle de conflit. L'idée n'est pas novatrice en soi mais elle nous semble ne pas avoir été appréciée dans sa juste mesure, nous essayerons de renforcer cette hypothèse par l'analyse de la mise en œuvre des lois de police.

---

<sup>612</sup> L'impérativité internationale du critère de rattachement est la traduction la plus récente de l'idée des lois « dont l'observation est nécessaire ». La protection étatique à son tour reprend l'idée de « sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays », protection qui est plus clairement exprimée par la sauvegarde d'une « politique législative ».

## *Section 2. La mise en œuvre du mécanisme des lois de police*

176. L'analyse des constructions doctrinales autour du fondement des lois de police s'est avérée délicate, et celle de sa mise en œuvre l'est encore davantage. Les plus lourdes critiques au phénomène des lois de police ciblent la méthode envisagée pour les mettre en œuvre. Nous avons pu constater que le mécanisme d'exception d'ordre public effectue un filtrage substantiel<sup>613</sup> et que sa mise en œuvre est entendue comme une phase complémentaire à la règle bilatérale<sup>614</sup>, constituant des étapes successives dans l'opération de sélection de la loi applicable à un contrat international. Ainsi il est admis, ne serait-ce que de manière implicite, que le mécanisme de l'exception d'ordre public ne joue que postérieurement à la désignation de la loi étrangère comme normalement compétente<sup>615</sup>. Pour sa part, le procédé suivi pour l'application d'une loi de police diffère profondément ; aujourd'hui, une partie considérable de la doctrine<sup>616</sup>

<sup>613</sup> Il nous semble nécessaire de distinguer le filtrage car celui-ci peut conduire à une série de confusions. M. Heuzé, ne distingue pas, à notre sens, entre les filtres conflictuels et substantiels lorsqu'il s'exprime en ces termes : « par là même, son refus de prononcer la nullité de la convention s'expliquerait, non pas, comme l'affirme M. Mayer, par l'éviction de la loi de cet État au nom de l'ordre public international, mais seulement par le refus du for de subordonner la validité des actes privés à la condition de leur conformité aux normes de droit public émanant de pays autres que ceux dont ses règles de droit international privé désignent la législation », V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », Paris, GLN-Joly, 1990, n°349 et s.

<sup>614</sup> « L'opération de sélection réalisée par la règle de conflit de lois, et aboutissant à la désignation d'une loi au détriment des autres, est perçue comme insuffisante à elle seule et laisse encore une place pour un critère de sélection supplémentaire : celui de la conformité à l'ordre public, qui vient ainsi s'ajouter à la désignation de la loi par la règle de conflit parmi les conditions d'applicabilité de ladite loi au cas en cause... un phénomène de pluralité ou de variété des critères de sélection de la loi applicable se laisse ainsi constater », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, Recueil de cours*, 2014, t. 371, p. 205, spéc. p. n° 47.

<sup>615</sup> « En décidant que la loi française se substitue « à la loi normalement compétente » lorsque cette dernière est contraire à l'ordre public, la Cour de cassation française (Cass. civ., 15 mai 1963, *Patino, Rev. crit. DIP*, 1964, p. 532, reproduit et annoté dans B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., 2006, p. 330 ss) admet implicitement que le mécanisme de l'exception d'ordre public ne joue que postérieurement à la désignation de la loi étrangère comme normalement compétente. Évidemment, de façon générale, il serait abstraitement concevable pour le juge chargé du choix de la loi applicable de se lancer dans un choix fondé sur le contenu des législations en présence plutôt que sur les liens entre les États où elles sont en vigueur et la situation. Mais même en acceptant de mettre toutes les lois sur un pied d'égalité sans considération des liens qu'elles présentent avec le cas, concrètement, à partir du moment où le besoin se fait sentir d'un contrôle du lien et du contrôle du contenu, le bon sens invite à ne procéder au contrôle du contenu qu'après avoir procédé au contrôle du lien, car le contrôle du lien est plus simple que le contrôle du contenu en ce qu'il ne force pas à examiner chaque disposition et les solutions qu'elle apporterait si on l'appliquait au cas d'espèce, mais qu'il se satisfait d'un examen des données de fait en général simples et réduites correspondant au liens existant entre la situation et les différents États. » P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, op. cit.*, p. 182, note n° 33.

<sup>616</sup> Telle est la position de la doctrine dominante, mais le débat persiste : « Ce point est essentiel et apparaît comme étant leur caractéristique même, justifiant leur existence. Elles se démarquent ainsi des autres normes du for, qui ne peuvent, en principe, être appliquées que si la règle de conflit les désigne. Leur statut est donc dérogoratoire [...] La règle du for fait donc l'objet d'une véritable « délibération pré-conflictuelle » qui va se focaliser sur deux points : l'importance de la norme, justifiant ou non son application immédiate et la détermination du champ d'application qu'elle réclame. Ces deux éléments, s'ils ne sont pas déterminés par le législateur, devront être déduits du contenu de la norme en question, par interprétation », N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé, op. cit.*, p. 21, spéc. n° 35-39.



admet que leur mise en œuvre est bien une méthode concurrente intervenant avant toute consultation de la règle bilatérale.

177. Traditionnellement la doctrine assimile la mise en œuvre des lois de police à une catégorie de lois (§1). Toutefois, une approche possible se trouve dans l'appréhension de la mise en œuvre comme un mécanisme, c'est-à-dire, comme une relation de cause-à-effet, la cause étant désormais identifiée à la protection d'une politique législative (§2).

### § 1. L'approche traditionnelle, la mise en œuvre d'une catégorie de lois

178. Francescakis affirmait que la notion d'ordre public intervenait toujours *a posteriori* afin d'évincer la règle désignée comme applicable par la règle de conflit. Toutefois, il observait que ce procédé n'était pas toujours respecté par la jurisprudence laquelle, en « qualifiant »<sup>617</sup> certaines dispositions françaises comme « lois de police et de sûreté » où comme des « lois d'ordre public »<sup>618</sup>, assurait leur application sans s'intéresser au procédé des conflits de lois. Ainsi, le mécanisme des lois de police est appréhendé désormais par une partie de la doctrine, non comme une étape du raisonnement conflictuel, mais comme une méthode concurrente<sup>619</sup>. Il est généralement admis que le procédé des lois de police « consiste à partir de la loi sur l'application de laquelle on s'interroge et à se demander si l'application de cette loi au cas en cause est requise pour assurer sa pleine efficacité à la politique législative qu'elle met en œuvre »<sup>620</sup>. Cette approche, identifiée comme traditionnelle, admet l'existence de deux étapes

<sup>617</sup> « En effet, si l'on ressent la nécessité de qualifier une norme de loi de police, c'est pour justifier la compétence qui doit lui être reconnue lorsqu'elle n'appartient pas à l'ordre juridique désigné par la règle de conflit applicable à la matière », V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 371.

<sup>618</sup> « Quant aux « lois d'ordre public », leur existence est affirmée en jurisprudence sans l'appui d'aucun texte. Elles sont en fait un héritage doctrinal. », Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 3.

<sup>619</sup> « Depuis un certain nombre d'années, la doctrine s'est accoutumée à l'idée que, lorsque la réglementation d'une matière quelconque du droit international privé est assurée au moyen de la méthode bilatéraliste des conflits de lois, celle-ci ne disposerait cependant que d'un rôle subsidiaire, parce qu'elle serait insusceptible de servir à la désignation de certaines règles substantielles, qualifiées « d'application immédiate ». En conséquence on enseigne aujourd'hui de façon unanime que la solution de tout litige international passerait d'abord par la détermination du domaine de compétence de ces lois et que ce serait seulement si aucune d'entre elles n'était applicable à l'espèce considérée que la méthode conflictuelle pourrait être mise en œuvre », V. Heuzé, *ibid.*, n° 324.

<sup>620</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 207, spéc. p. n° 41. Ce procédé se retrouve, par exemple, dans l'arrêt *Ingmar*. Voir L. d'Avout, « Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux », *D.* 2014, p. 60, spéc. n° 6 ; l'auteur souligne l'importance de la question de savoir quelle est la disposition qui doit être qualifiée comme loi de police ? et signale « la propriété singulière des directives est de n'être par principe pas applicables au contentieux entre personnes privées. Plutôt que de qualifier la directive de lois de police, il vaut mieux considérer que seule la loi de transposition peut être dite telle et revêtir le régime des règles d'application immédiate dans les relations internationales » (c'est nous qui soulignons). Il est intéressant de noter *inter alia*, que la Cour « va jusqu'à ignorer

pour la mise en œuvre d'une loi de police (A) toutefois, les critiques persistent à l'égard de cet agencement (B).

### A. Les étapes nécessaires à la mise en œuvre de la catégorie des lois de police

**179.** La doctrine admet que l'application d'une disposition à titre de loi de police procède d'un raisonnement en deux temps : l'identification de la disposition en cause comme une loi de police (1), suivie de la précision de son domaine d'application<sup>621</sup> (2).

#### 1. La qualification

**180.** La qualification, première étape dans le raisonnement à double volet, nécessaire pour déterminer l'application d'une loi de police, consiste à identifier la disposition en cause (c'est-à-dire, la règle de droit et la « qualifier ») comme loi de police. En théorie, cette opération serait possible par l'identification des éléments circonstanciels, qualitatifs ou autres, qui permettraient d'attribuer le caractère « internationalement impératif » à une loi et la distinguer des règles « simplement impératives ». Toutefois, maints efforts ont été investis dans le but d'identifier ces critères sans parvenir à emporter l'entière satisfaction de la doctrine.

**181.** M. Heuzé, par exemple, propose trois critères<sup>622</sup> afin de qualifier les règles en lois de police : le critère fonctionnel, le critère rationnel et le critère formel. Premièrement, le critère fonctionnel proposé par Francescakis<sup>623</sup>, est résumé par M. Heuzé lorsqu'il rappelle que « la loi de police se définit donc par sa fonction : c'est une règle d'organisation »<sup>624</sup>. Or, ce critère est

---

le terme de loi de police, même si le mécanisme qu'il fait jouer est indéniablement celui des lois de police », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, 2011, p. 359.

<sup>621</sup> Ainsi le rappelle M. B. Audit « Il est couramment énoncé que l'application d'une disposition interne impérative, en particulier du for, au titre de loi de police doit procéder d'un raisonnement en deux temps : le premier consiste à identifier comme telle la disposition en cause, le second à préciser le rattachement qui doit conduire à son application compte tenu de son objet ; la conclusion dans un cas donné s'ensuivrait nécessairement. » B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer, LGDJ, 2015, pp. 25-42.

<sup>622</sup> Critères repris par B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008, p. 116, n° 210 : « Plusieurs critères ont été proposés par la doctrine afin d'identifier ces dispositions. On a pu ainsi évoquer un critère formel –seules les indications du législateur permettraient d'identifier les règles qui sont des lois de police -, un critère finaliste – les lois police seraient celles « dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays » -, ou encore un « critère rationnel » - les lois de police se caractériseraient par le fait que « le lien entre le critère spécial et le contenu de la règle est un lien rationnel, le critère étant choisi comme convenant à la politique poursuivie par l'auteur de la règle ». De cette présentation ressort une impression de fongibilité entre ces différents « critères », de telle manière que l'on pourrait penser que l'adoption de l'un de ces « critères » rendrait les autres inutiles ».

<sup>623</sup> Appelé aussi critère finaliste par M. Remy a été employé par Francescakis, ce critère fut critiqué pour être soit trop large, ou au contraire, trop étroit. Dans ce sens voir, B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n° 217-225.

<sup>624</sup> Voir V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 359 et s.

limité puisque toute loi a pour fonction d'organiser la société<sup>625</sup>. Ensuite, le critère rationnel met à son tour l'accent sur la nécessité ; « la loi de police n'est pas seulement celle qui organise la société : c'est celle qui est nécessaire à cette organisation »<sup>626</sup>. A l'instar du critère antérieur, l'auteur considère que cette définition est inacceptable et limitée. Finalement, le critère formel s'appuie, en revanche, sur les indications du législateur<sup>627</sup>. Néanmoins, si ce critère devait prévaloir, il ne serait que peu utile puisque en réalité ce type de règles sont « rarissimes ». Seulement quatre exemples<sup>628</sup> étaient à l'époque donnés par la doctrine.

**182.** L'auteur conclut à l'affirmation selon laquelle aucun de ces critères ne résiste à l'examen pour convaincre sur la qualification des lois de police. Les critères formel, finaliste et rationnel, se sont succédés dans la doctrine sans emporter l'unanimité, aucun d'entre eux ne s'avérant suffisant. On adhère volontiers à cette affirmation à ceci près, que si la question se pose sur la suffisance desdits critères comme éléments isolés, rien n'empêche leur emploi cumulatif afin de qualifier les lois de police. Cette première étape de qualification est suivie par l'étape de détermination du domaine d'application de la loi en question.

## *2. La détermination du domaine d'application*

**183.** La doctrine admet généralement que l'application d'une loi de police<sup>629</sup> observerait le respect d'un domaine d'application. Dès lors que ce raisonnement est envisagé, il est possible

---

<sup>625</sup> « De toute évidence, dire que la loi de police est celle qui a pour fonction d'organiser la société, c'est se condamner à décider que toute règle de droit est une loi de police. Le critère fonctionnel est donc dépourvu de toute portée, s'il n'est pas mieux précisé », V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 361. L'organisation de la société constitue le seul élément sur lequel les auteurs parviennent à s'accorder concernant l'objet de la règle de droit, Cf. les auteurs cités par M. Heuzé note en bas de page n° 83 (liste non exhaustive) : J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, T. 1, 7<sup>ème</sup> éd. par Chabas, 1983 : Montchrestien n° 5, p. 19 ; Marty et Raynaud, *Droit civil*, T. 1, 2<sup>ème</sup> éd., 1972 : Sirey, n° 2, p. 3 ; Ghestin et Goubeaux, *Traité de droit civil*, T. 1, 2<sup>ème</sup> éd., 1982, *L.G.D.J.*, n° 3, p. 3.

<sup>626</sup> V. Heuzé « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 362. Pour l'explication de l'inadéquation du critère voir n° 363-365.

<sup>627</sup> « Il est couramment admis en effet, que constitue une loi de police celle qui fixe expressément son « propre domaine d'application », ou, plus exactement, son propre domaine de « compétence ». », V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 366.

<sup>628</sup> Il s'agissait de la loi du 18 juin 1966, relative aux contrats d'affrètements et de transports maritimes ; la loi du 13 de décembre 1926, portant Code du travail maritime ; les règles du Code civil qui font produire effet à la possession d'état en matière de filiation, dans les conditions définies à l'article 311-15 de ce même Code ; et, l'article 170 du Code civil, qui oblige les Français résidant en France et désireux de se marier à l'étranger à publier en France leur projet de mariage. Voir V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 368.

<sup>629</sup> « Elles ont, elles aussi, un domaine d'application. C'est dire que l'on retrouve avec elles l'autre procédé de solution des conflits de lois, le plus ancien, celui que Savigny n'avait pas négligé mais que la doctrine contemporaine a perdu de vue, autrement dit le procédé de réglementation des relations internationales par détermination du domaine d'application des lois », Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *op. cit.*, p. 9.

d'attester d'une contrariété au procédé classique de la règle bilatérale<sup>630</sup>. L'inversement dans le raisonnement explique l'appréhension des lois de police comme une méthode concurrente à la règle de conflit.

**184.** La reconnaissance d'un domaine d'application des lois de police a été identifiée à la fois comme la deuxième étape du raisonnement<sup>631</sup>, et comme l'un des éléments justifiant leur qualification. Lorsqu'une règle déterminée se voit reconnaître le caractère de loi de police, un critère de rattachement peut lui être associé, déterminant alors son application. Le raisonnement suivi sera d'identifier dans un premier temps la règle substantielle puis dans un second temps la règle d'application dans l'espace. Le domaine spatial d'application est aujourd'hui indissociable du mécanisme de lois de police. Toutefois, il soulève deux problèmes :

Premièrement, bien qu'il soit possible que ces règles soient dotées expressément d'un domaine d'application spatial<sup>632</sup>, pour la plupart des cas aucune indication expresse ne se retrouve dans la législation. Il revient au juge, par sa faculté d'interprétation, de qualifier la règle compte tenu de son contenu. Ce procédé a été associé à une approche fonctionnelle<sup>633</sup> suscitant le malaise

<sup>630</sup> Francescakis rappelle que, historiquement, les deux procédés coexistaient mais que Savigny ayant relevé les deux possibilités a exprimé une préférence et donc l'affirmation de l'unicité du procédé doit être attribué aux successeurs de Savigny ; « on se souvient de ce procédé : Au lieu de commencer par retenir une relation humaine pour se demander quelle loi lui est applicable, on peut, inversement, commencer par retenir une loi pour se demander à quelles relations humaines elle s'applique. On n'a pas oublié enfin que le choix entre les deux procédés sinon la prise de conscience de ce choix, date de Savigny. C'est de Savigny que se prévaut la doctrine contemporaine (en France sans doute à travers Bartin) pour affirmer l'unicité et l'universalité du procédé qu'elle préconise », Ph. Francescakis, *op. cit.*, p. 5.

<sup>631</sup> En ce sens B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 25-42. C'est précisément cette étape du raisonnement la cible particulière des critiques, M. D'Avout parle d'une « inflation de la qualification », en mots de l'auteur, « on a exagéré le concept, abusé de cette qualification commode ; on l'a donc rendu nocif ; ce qui a été consciemment ou inconsciemment compensé au stade des effets », L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 105. Ce n'est pas l'emploi des lois de police mais l'emploi excessif à l'origine de la méfiance.

<sup>632</sup> M. Bonomi note que cette analyse peut conduire à confondre les lois de police avec des lois auto-limitatives : « *It must be noted, however, that even the fact that a rule contains an express delimitation of its spatial reach does not automatically mean that this rule purports to 'override' bilateral choice-of-law rules. It is possible that the rule in question (which can be called a 'self-limiting' rule) only intends to apply if the legal system to which it belongs governs the legal relationship according to bilateral conflict rules* », A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *op. cit.*, p. 231. M. Nord affirme pour sa part que « la loi de police est ainsi accompagnée d'une règle d'applicabilité spatiale, particulière, de nature unilatérale car ne délimitant que le domaine d'intervention de la loi du for et ne pouvant désigner une quelconque règle étrangère. La dérogation à la méthode conflictuelle classique est justifiée par le caractère fondamental de ces normes pour le système juridique dont elles émanent. La délimitation peut être expresse. Elle peut aussi être tacite, se déduire de la teneur du texte, nécessitant son application dans un champ particulier », N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 2.

<sup>633</sup> Le lien est ensuite fait avec la théorie américaine des conflits de lois, A. Bonomi, « *Mandatory Rules in Private International Law* », *op. cit.*, p. 231: « *this 'functional' approach is the most important common feature between the doctrine of internationally mandatory rules and modern American methodologies based on policy analysis. It must be stressed, however, that internationally mandatory rules represent only a 'limited application of functionalism' since, as we have seen, they coexist with bilateral conflict rules...* ».

puisqu'il demeure difficile de déduire le champ d'application d'une loi à partir de son contenu<sup>634</sup>.

Deuxièmement, la doctrine a constaté que le rattachement effectué par le juge est souvent déterminé pour un ensemble de cas et non pour la situation concrète qui se présente devant lui<sup>635</sup>. Ainsi, les lois de police ne seraient pas déterminées pour le cas particulier mais généralisées pour une catégorie. Nous ajouterons que cette approche s'aligne difficilement avec l'ordre public-contenu qui répond au principe d'actualité spatiale et temporelle. Les phases identifiées pour l'application d'une loi de police font l'objet de fortes critiques qu'il convient de rappeler.

## **B. L'analyse critique de la mise en œuvre de la catégorie des lois de police**

**185.** Nous nous attarderons désormais au rappel des critiques adressées au procédé d'application d'une règle à titre de loi de police (1). Ce rappel doit se compléter par l'étude des propositions de certains auteurs pour sortir des impasses théoriques (2).

### *1. Le rappel des critiques*

**186.** Les contingences de la définition ont une incidence directe sur la mise en œuvre de cette catégorie des lois. Ainsi, l'échec dans la quête d'une définition du mécanisme a transporté le débat sur le terrain de la qualification<sup>636</sup>. Une analyse proposée récemment par M. Bernard Audit illustre les principales faiblesses de la mise en œuvre de cette catégorie de lois. Nous reprenons ce développement, non parce que c'est le dernier en date, mais en raison de ce qu'ils

<sup>634</sup> Fait qui est reproché à la théorie des intérêts de Currie aux États-Unis. A. Bonomi, *ibid*, « *because it is very difficult to infer from the policy of a particular rule its intended scope of application, as is well illustrated by the criticism raised in the United States against Currie's interest analysis. European courts have to perform this difficult task only when a domestic rule reflects a fundamental policy of the forum* ». Ici encore, une critique peut être soulevé car l'identification de politiques « fondamentales » n'est pas plus simple.

<sup>635</sup> « Mais ce rattachement est fréquemment déterminé pour un ensemble de dispositions figurant dans une loi consacrée à un objet donné, voir à une matière entière ; il est ainsi admis, également de manière implicite, que l'affirmation du rattachement vaudra pour tous les cas. Le danger est cependant de passer dans un cas donné par un syllogisme unique de déterminations abstraites – un rattachement désigné *a priori*, voire la simple qualification de loi de police de la disposition en cause – à la conclusion de son application. On peut également craindre qu'une fois une disposition appliquée comme loi de police dans une affaire où les rattachements à l'État du for justifiaient effectivement cette solution elle fasse figure de précédent en tout circonstance internationale. » B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>636</sup> « *None of the attempts that have been made to define a priori the category of internationally mandatory rules are entirely consistent with the very essential feature of these rules, which are based on a functional approach. This implies that it is only having regard to the content and the purpose of a concrete rule of law that one may infer whether it has to apply irrespective of the law designated by the bilateral conflict rules* », A. Bonomi, « *Mandatory Rules in Private International Law* », *op. cit.*, p. 233.

nous paraissent les plus achevés compte tenu de la mise en avant de la relation existante entre le but poursuivi et le rattachement qui est attribué à ce but.

**187.** L'auteur constate que la relation entre les rattachements de la situation et le « but poursuivi » n'est pas suffisamment étudiée, ceci s'expliquerait par deux raisons : 1) la surévaluation de l'opération de qualification et 2) la tendance à affirmer un rattachement général plutôt que de dispositions individuellement considérées.

#### a. La surévaluation de la qualification

**188.** M. Bernard Audit considère que la doctrine et la pratique attribuent à tort, un intérêt majeur à cette première étape du mécanisme des lois de police<sup>637</sup>. Selon les mots de l'auteur, l'approche conceptuelle des lois de police « et le raisonnement syllogistique qui en découle mettent indûment l'accent sur l'étape la moins décisive du raisonnement requis, une définition abstraite de ce que serait une loi de police, au détriment de la plus importante, à savoir si elle est légitimement revendiquée dans le cas envisagé l'application dérogatoire de telle disposition impérative interne d'un État, et qui appelle une démarche fonctionnelle »<sup>638</sup>. L'auteur regrette la tendance d'une qualification abstraite, manifeste en doctrine française même avant l'adoption du Règlement Rome I (instrument mettant l'accent sur la qualification préalable), au détriment d'un raisonnement *ad hoc* ou circonstancié, comme celui qui était favorisé par l'article 7.1 de la Convention de Rome<sup>639</sup>.

<sup>637</sup> « A l'usage, la théorie et la pratique révèlent une tendance à se focaliser largement sur l'opération de qualification », B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 25-42. Néanmoins, « lors de l'examen substantiel des lois susceptibles d'être qualifiées de police, il n'existe malheureusement aucun critère tranchant, de vocation exclusive, qui permette de révéler à coup sûr la nature de la loi. Aujourd'hui, comme autrefois et sans doute demain encore, le propre de la loi de police est de provoquer son applicabilité à raison des objectifs poursuivis », L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, 2015, p. 113.

<sup>638</sup> « De manière générale, les auteurs contemporains n'ont cessé de s'attacher à rechercher, à propos de telles ou telles dispositions internes impératives, si elles jouent d'une manière ou d'une autre un rôle d'« organisation sociale ». C'est accorder à la définition générale une importance que son premier auteur ne lui reconnaissait sans doute pas, constatant que l'indétermination des lois de police débouchait sur « le caractère non écrit et la *souplesse consécutive du domaine* des lois d'application immédiate », dont l'application « doit dépendre de critères conformes à leurs buts », B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 29-30 (italiques par l'auteur).

<sup>639</sup> M. Audit lorsqu'il affirme que le raisonnement circonstancié de l'article 7.1 doit être mis en œuvre nonobstant l'identification préalable en loi de police : « Le cas le plus fréquent *en fait* est bien l'invocation par une partie d'une disposition impérative du for au détriment d'une loi étrangère, et relevait lui aussi, on le répète, du raisonnement selon l'article 7.1. Mais ce raisonnement avait tout autant vocation à être mis en œuvre en cas de conflit entre une loi de police du for et une loi de police étrangère, nonobstant ce que l'article 7.2 pouvait donner à penser. Et il a sa place même lorsqu'un contrat international est déclaré régi par le droit du for et que celui-ci comporte en matière contractuelle une disposition impérative dérogeant au droit commun ; les dimensions de la présente contribution ne permettent pas de développer cette dernière proposition, qui relève également du « bon usage » des lois de police », B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 31, note 21. Il est permis de se demander, à notre sens, si le bon usage des lois de police commande aussi le bon usage de l'ordre public qu'elles portent.



**189.** Le danger existe, lorsque le juge se borne à affirmer une qualification prédéterminée suivie d'un rattachement systématique, de tomber dans l'inadéquation entre la règle substantielle appliquée et la situation litigieuse. Comme le souligne M. Audit, « le raisonnement ne doit pas se borner à l'affirmation d'une qualification prédéterminée et d'un rattachement systématique : le bon usage des lois de police exige la vérification dans chaque espèce de l'intérêt effectif d'appliquer la disposition en cause au regard du rattachement particulier de la situation à l'ordre juridique dont elle émane, rapporté à la politique législative poursuivie... »<sup>640</sup>. Dans ce sens, l'auteur constate que la pratique semble ne pas reconnaître la nécessité de vérifier la pertinence de la politique législative au cas par cas<sup>641</sup> ayant choisi le chemin opposé, c'est-à-dire celui de l'affirmation d'une qualification prédéterminée et d'un rattachement systématique.

**190.** Nous rajouterons que la surévaluation de la qualification entraîne un vice tautologique<sup>642</sup> non négligeable puisqu'une loi de police ne pourrait pas être appliquée si son existence ne s'est pas préalablement révélée. La critique à la surévaluation de la qualification se voit doublée par celle de la tendance à affirmer un rattachement général.

#### b. La tendance à affirmer un rattachement général

**191.** La tendance à affirmer un rattachement général pour un ensemble de dispositions d'une loi et même d'une matière, au détriment d'une analyse *ad hoc* s'observe dans la législation et dans la jurisprudence. D'une part, l'intervention du législateur proposant une définition en termes généraux, ne permet qu'en cas très rares de déterminer s'il s'agit d'une loi de police. En plus, lorsque le législateur prend le soin de déterminer le champ d'application d'une règle, celui-ci le fait, très souvent, pour toute une matière<sup>643</sup>. M. Heuzé en reprenant les exemples retenus par le législateur comme des lois de police, soulève que « les contrats d'affrètement et des transports maritimes, les relations de travail maritime, constituent assurément des matières,

<sup>640</sup> B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 25-26.

<sup>641</sup> « Cette nécessité ne semble cependant pas suffisamment reconnue, et non seulement en France. La comparaison du traitement des lois de police selon la Convention de Rome et le Règlement Rome I respectivement illustre bien la différence d'accent qui peut être placée sur les différents aspects du raisonnement, et même une régression à cet égard du second à la première », B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>642</sup> Ce qui reviendrait à dire que : X est une loi de police, X doit avoir un champ d'application renforcée. : X est une loi de police.

<sup>643</sup> « Car ne nous avait-t-on pas affirmé, avec insistance, qu'alors que « la règle de conflit unilatérale retient une question juridique pour désigner la loi applicable », la méthode des lois de police « retient au départ une loi pour lui attribuer un domaine », qu'elle ne vise pas à régir une matière, mais seulement à « substituer ponctuellement », des règles précises, et individuellement considérées « aux règles correspondantes de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit » ? », V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 369.

au sens du droit international privé, si réduites qu'elles puissent le paraître »<sup>644</sup>. D'autre part, la même tendance est observée par la jurisprudence. En témoigne l'arrêt *Arblade*, décision de la Cour de Justice dans laquelle on lit que « l'ensemble des dispositions légales organisant la protection des travailleurs sont des lois de police et de sûreté au sens de l'article 3, premier alinéa, du code civil belge, auxquelles sont donc soumis tous ceux qui se trouvent sur le territoire belge ». M. Audit fournit *inter alia* l'exemple en jurisprudence française de l'arrêt *Agintis*<sup>645</sup> énonçant que « s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi relative à la sous-traitance du 31 décembre 1975, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ». La critique de l'auteur est claire « cette manière de raisonner méconnaît cependant que toutes les dispositions d'une loi, et à plus forte raison d'une matière donnée, n'appellent pas la même impérativité en matière internationale »<sup>646</sup>.

**192.** Le problème se double du fait que le rattachement est déterminé *a priori*. Nous considérons que l'analyse en termes d'un mécanisme permettrait de profiter d'un rattachement établi *a posteriori* et pour une règle spécifique et c'est ce que nous essayerons de prouver dans les développements pertinents. Avant de se lancer dans le développement de notre hypothèse il est nécessaire de rappeler quelques possibles solutions avancées par nos prédécesseurs.

## *2. Les solutions envisagées*

**193.** Afin de sortir des impasses du procédé d'application des lois de police, la doctrine a formulé diverses propositions. Celles-ci nous semblent paver le chemin intellectuel conduisant à un nouveau paradigme. Nous nous permettrons de rappeler la recommandation générale proposée par M. Bernard Audit (a) et les « tests » concrets envisagés par M. Louis d'Avout (b).

### a. Une proposition générale

**194.** Le Professeur Bernard Audit soutient que la qualification prédéterminée et le rattachement systématique ne suffisent pas à la mise en œuvre d'une loi de police, il serait nécessaire de vérifier à chaque espèce « l'intérêt effectif d'appliquer la disposition en cause au regard du

---

<sup>644</sup> V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 369 : « En effet, l'article 5 de la loi du 13 décembre 1926, ou l'article 16 de la loi du 18 juin 1966, n'ont pas pour objet de substituer ponctuellement les dispositions substantielles de ces lois aux « règles correspondantes de l'ordre juridique désigné par la règle de conflit ». Ils attribuent au contraire une compétence générale à la loi française dans les hypothèses qu'ils visent. Et que cette attribution soit « généreuse » est à cet égard indifférent... Les deux textes précités constituent donc, indubitablement des règles de conflit unilatérales, et non pas de lois de police ».

<sup>645</sup> Cass., ch. mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14.006, *JCP G* 2008. II. 10000, note L. d'Avout, *Gaz. Pal.* 22 mars 2008, n° 82, p. 34, note M.-L. Niboyet, *Bull. inf. C. cass.* 2008. 679, p. 29, rapp. Monéger, avis av. gén. Guérin.

<sup>646</sup> B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 32.

rattachement particulier de la situation à l'ordre juridique dont elle émane, rapporté à la politique législative poursuivie... »<sup>647</sup>. L'auteur regrette que la nécessité de la vérification au cas particulier ne soit pas suffisamment reconnue par le législateur qui a admis dans le règlement Rome I une définition conceptuelle. Il affirme qu'« en toute hypothèse, l'application d'une loi de police doit être justifiée au regard des rattachements de la situation en cause »<sup>648</sup>. La consigne est limpide, la justification pour le recours à une loi de police est la nécessité de satisfaire à une politique législative et à sa mise en œuvre exige un examen *in concreto*<sup>649</sup>. Plus précisément, la justification du recours à une loi de police est conditionnée par le rattachement entre la situation en cause et l'ordre juridique dont émane la politique législative poursuivie. Nous adhérons à cette proposition et rajouterons, si notre interprétation ne trahit pas la pensée de l'auteur, que cette condition peut se rapprocher d'une analyse en termes de proximité comme condition au déclenchement des lois de police<sup>650</sup>. Cette solution générale se complète par la formulation d'autres propositions plus spécifiques.

#### b. Les propositions spécifiques

**195.** Nous avons constaté que le problème de la qualification est révélateur de l'« extrême fragilité » de la méthode des lois de police<sup>651</sup>. Ainsi, afin de donner plus de certitude à la qualification et au régime d'application des lois de police, M. d'Avout propose deux séries de

<sup>647</sup> B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>648</sup> B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 35. L'analyse de M. Audit sur les lois belges et la détermination de leur propre domaine de rattachement est très intéressante. Si notre interprétation est fidèle à l'intention de l'auteur, le fait qu'une loi fixe son propre domaine d'application demeure un indice, le juge a la faculté d'interpréter selon le degré de précision de la loi si elle doit s'appliquer à une situation internationale. Voir n° 11 et 12.

<sup>649</sup> « Chaque fois que s'élève une contestation sur l'extension du caractère impératif d'une disposition interne donnée à une situation internationale, son affirmation doit être spécialement justifiée par la nécessité de satisfaire son but légitime au regard des circonstances ; cela exige donc de se livrer à un examen *in concreto*, incluant notamment les critères naguère formulés par l'article 7.1 de la Convention de Rome. », *ibid.* L'auteur reconnaît la difficile articulation d'une justification plus étendue dans la formulation laconique des arrêts de la Cour de cassation : « La concision qui caractérise traditionnellement en France les décisions de justice répond mal à ces exigences : on constate au moins un hiatus entre la motivation très générale des arrêts et la précision de l'analyse que requiert la décision d'appliquer ou non une disposition impérative interne au titre de loi de police. C'est pratiquement aux commentateurs éventuels que revient le soin de reconstituer cette analyse. » n° 14.

<sup>650</sup> Rapprocher de la condition de proximité pour le mécanisme d'exception dans nos développements *supra* § 50, p. 64. Pour nos développements sur la condition de proximité dans le mécanisme des lois de police voir *infra* § 220.

<sup>651</sup> « D'un point de vue technique, cette présentation nous paraît *a priori* fort défendable. Mais son extrême fragilité se révèle aussitôt que l'on s'interroge sur sa mise en œuvre. En effet celle-ci suppose nécessairement l'identification des règles justiciables de la qualification de « lois de police ». Car celles-ci ne peuvent assurément pas être appliquées si leur existence n'est pas préalablement révélée. Or aucun des trois critères proposés à cet effet par la doctrine, savoir les critères fonctionnel (§ 1), rationnel (§ 2) et formel (§ 3) ne résiste à l'examen. », V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 358.

tests : l'une concernant la qualification<sup>652</sup> et l'autre permettant d'établir la légitimité de la loi de police.

### *i. Le test de qualification*

**196.** L'auteur constate qu'à défaut d'un test de qualification, les usagers des règles de droit international privé disposent d'indices, tels que la sanction administrative ou pénale et la règle explicite d'applicabilité, insuffisants pour assurer la correcte qualification<sup>653</sup>. Le test de qualification serait donc opportun afin de renouer les liens entre la situation litigieuse et le rattachement retenu. M. d'Avout observe d'abord que la définition la plus récente du phénomène fait apparaître un rapport de causalité<sup>654</sup> entre le respect de la règle, jugé crucial pour la sauvegarde d'intérêts internes (cause), et l'exigence de son application à toute situation internationale rentrant dans son champ d'application (effet).

**197.** Prenant comme base ce lien, l'auteur envisage de renverser l'analyse du rapport de cause à effet normalement respecté dans la méthode des lois de police. En effet, l'enchaînement logique traditionnel pour l'application d'une loi de police s'intéresse d'abord à la règle jugée comme cruciale, et s'intéresse ensuite à la sauvegarde des intérêts pour finalement exiger l'application de la règle. À rebours de cette démarche, le « test de causalité hypothétique » débute par l'hypothèse de la *non-application* de la loi de police à la situation internationale. Il serait alors nécessaire d'imaginer les effets de la non-application et évaluer si les intérêts se trouvent déstabilisés dans le cas concret. Finalement, l'abstraction sur le plan général s'imposerait afin de déterminer l'application de la loi de police<sup>655</sup>. Une telle analyse permettrait

<sup>652</sup> « Un *test de qualification* est donc opportun, qui permettrait de mettre en rapport la définition abstraite des lois de police avec les circonstances concrètes de son emploi. » L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 117.

<sup>653</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 116-117.

<sup>654</sup> Relation de cause à effet entrevue par P. de Vareilles-Sommières lors de son analyse sur les apports de l'art. 9 du règlement Rome I, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 207, spéc. p. n° 21, « *au lien de cause à effet* désormais établi entre le respect de l'intérêt public du pays et la dérogation à la règle de conflit. La simple conjoncture que la loi sur la qualification de laquelle on s'interroge soit une loi impérative dont la violation affecterait l'intérêt public, et que le facteur de rattachement retenu par la règle de conflit ne soit pas adapté à la situation visée ne suffit pas à en faire une loi de police : il faut en outre que l'inadaptation du facteur de rattachement *résulte* de ce qu'à s'en tenir à lui, l'intérêt public de l'État se trouverait altéré ».

<sup>655</sup> « On pourrait envisager de renverser le rapport de cause à effet et créer ainsi un *test de causalité hypothétique*. Il faudrait supposer que la loi de police ne soit pas appliquée à la situation internationale litigieuse et imaginer alors les effets de cette non-application dans l'ordre interne : les intérêts défendus par l'État sont-ils déstabilisés par cette non-application ? Qu'en est-il dans le cas concret ? Qu'en est-il ensuite en imaginant la généralisation du cas concret, c'est-à-dire que toutes les situations internationales de même type soient soustraites au domaine de la règle superimpérative ? », L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 117. L'auteur soulève l'analogie qui peut être faite avec le droit de la responsabilité civile « lorsque l'on cherche à établir si un dommage est attribuable à un ou plusieurs faits générateurs », note en bas de page n° 79. Un exemple de l'emploi du test de causalité stricte préconisé par M. d'Avout se trouve dans l'affaire de la *Compagnie internationale des wagons-lits*, « il apparaît clairement que la non-constitution d'un comité d'entreprise selon le droit français du pays d'établissement des salariés, au prétexte que l'employeur est d'origine étrangère, remettrait en cause, dès la première hypothèse

de conclure à l'application impérative d'une loi dans une situation internationale, malgré sa non-désignation par la règle de conflit, lorsque le juge constate que les intérêts poursuivis par l'État apparaissent déstabilisés et la politique législative dépourvue d'efficacité<sup>656</sup>. Le seuil se trouve donc dans la déstabilisation de la politique législative. A cette proposition s'ajouterait celle du test de légitimité des lois de police.

ii. *Le test de légitimité des lois de police*

**198.** Une seconde proposition avancée par M. d'Avout consiste à élaborer un test de légitimité préalable à l'application des lois de police<sup>657</sup>. Ce test généralisé, aurait une variation d'importance selon deux hypothèses : soit une « application présomptive généralisée »<sup>658</sup> qu'impose au juge le devoir de motiver sa décision de ne pas appliquer exceptionnellement la loi de police, ou bien dans une « application facultative généralisée » qu'exige, au contraire, de motiver la décision d'appliquer la loi de police. Dans ce dernier cas « le pouvoir d'appréciation de l'autorité saisie serait d'exercice obligatoire avant chaque décision d'appliquer les lois de police »<sup>659</sup>. Dans les deux cas, le test de légitimité pourrait s'organiser autour de différents critères tels que l'acceptabilité normative, la proximité et l'équité<sup>660</sup>. Nous ne saurions adhérer pour l'instant à l'un de tests envisagés et nous nous limiterons à observer que lors de ses développements M. d'Avout répond à la question de la possible parenté entre le test de légitimité qu'il propose et le test de proportionnalité ; et se dit réticent « à l'apparition, en droit

---

concrète, la réalisation de l'objectif législatif qui consiste à protéger collectivement les travailleurs en France en leur offrant les moyens institutionnels d'une représentation auprès de leur employeur » *ibid.*, p. 118.

<sup>656</sup> « Si les intérêts poursuivis par l'État devaient apparaître déstabilisés, remis en cause par la soustraction du cas international à l'empire de la règle, alors, effectivement, l'application internationale péremptoire de celle-ci, vraie loi de police du cas d'espèce, serait une condition – condition *sine qua non* – de l'efficacité de la politique législative. Pour que la qualification de loi de police soit adéquate, il faut ainsi pouvoir établir au cas concret (ou au cas typique examiné) que l'application unilatérale de la règle à la situation internationale litigieuse est indispensable au maintien de la *ratio legis*. », L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 117.

<sup>657</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 119.

<sup>658</sup> M. d'Avout dans son raisonnement prend en considération les propositions de Pierre Mayer, relatives au traitement des lois de police étrangères (P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI*, 1981, p. 277). Observations qui s'avèrent intéressantes par l'analyse de la relation existante entre le mécanisme d'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police, notamment si on admet qu'à l'avenir une application présomptive généralisée de toutes les lois de police s'imposerait du fait de la qualification : « dans un tel système, cohérent, le test de légitimité des lois de police permettrait à un organe juridictionnel de lever exceptionnellement la présomption simple d'application ; il devrait motiver exceptionnellement cette décision. Ce test jouerait comme un frein d'urgence, à la manière d'une exception d'ordre public dirigée à l'encontre de l'application des lois de police », L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 119.

<sup>659</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 120.

<sup>660</sup> « Un pareil test combiné d'acceptabilité normative, de proximité et d'équité est très voisin de celui préconisé par le défunt article 7 de la Convention de Rome. Il pourrait être partiellement généralisé, surtout sous les aspects « proximité » et « équité », aux lois de police quelconques, locales ou étrangères, et contribuer ainsi à l'unification souhaitable de leur régime d'application, sans distinction d'origine », *ibid.*, toutefois l'auteur laisse la place à des réflexions à venir et la question reste ouverte concernant les critères autour desquels pourrait s'organiser le test.

privé, de la logique floue de la proportionnalité »<sup>661</sup>. L'auteur constate aussi qu'un test de légitimité exigerait que le juge motive sa décision, exigence en opposition avec la tradition des arrêts laconiques de la Cour de cassation<sup>662</sup>. L'étude des propositions précédentes confirme l'intuition d'une approche possible des lois de police en termes d'un mécanisme.

## § 2. Une approche possible, la mise en œuvre d'un mécanisme

**199.** Il a été démontré avec justesse que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public se traduit comme un mécanisme de contrôle de la loi étrangère<sup>663</sup>. Cependant, la possible appréhension de la mise en œuvre des lois de police comme un mécanisme n'est pas catégoriquement exclue. Elle a été envisagée par la doctrine, sans que la juste valeur de cette proposition ne soit reconnue. Les enseignements tirés des travaux de nos prédécesseurs serviront ainsi à confirmer la démarche. Si nous osons mettre à l'épreuve cette hypothèse c'est parce que la semence semble se trouver sur un terrain fertile. Ainsi, on observe que certaines définitions proposées sont moins celles d'une catégorie de lois qu'une description d'une méthode dérogatoire à celle du conflit de lois. Nous revient à l'esprit l'écho des mots de M. Mayer lorsqu'il affirmait que le problème des lois de police étaient certainement un problème de méthode<sup>664</sup>.

**200.** La clé pour l'appréhension en termes de mécanisme se trouve à notre sens, dans la relation entre la politique législative et le critère de rattachement qui la rend effective. Cette relation est

---

<sup>661</sup>« (Car la justice des relations horizontales entre personnes privées, réputées égales, doit s'articuler autour de principes et de règles fermes ; ceci dans l'optique libérale, non pas ultralibérale, qui est celle du droit civil classique), nous le sommes beaucoup moins face à l'occurrence du concept dans les rapports entre la personne et l'organisation étatique : la justice floue ou l'équité inhérente au maniement du concept de proportionnalité peut effectivement permettre de faire refluer l'intervention excessive des pouvoirs publics dans la régulation des rapports privés (sans préjudice excessif en termes de prévisibilité et de sécurité juridique). Une application disproportionnée des lois de police étatiques à certains rapports privés internationaux devrait être taxée d'illégitime et, donc, si possible, évitée... ». L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 119, note n° 82. À cet égard M. Bernard Audit affirme que « le test de proportionnalité, en particulier, n'est rien d'autre qu'une balance d'intérêts, dont le résultat – au rebours de ce que laisse entendre la conception répandue des lois de police – pourra donc varier pour une disposition donnée d'une espèce à l'autre », B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, p. 36. Pour sa part, M. Bonomi propose également un test partant du principe de proportionnalité, sous la « *Rule of Reason* », toutefois l'auteur envisage les difficultés d'une telle démarche pour identifier les lois de police : « *It is not easy to determine which criteria should apply to this test. Even case law analysis is not very profitable, since courts rarely specify the grounds upon which a domestic rule is deemed to be internationally mandatory* ». C'est en fait le procédé employé par les tribunaux mexicains, lesquels sans s'attacher à la qualification emploient un test de proportionnalité à partir duquel ils déduisent le champ d'application d'une norme comme nous aurons l'occasion d'étudier lors de l'analyse de l'affinement des mécanismes voir *infra* § 720 et s.

<sup>662</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », p. 120 : « Le test de légitimité préconisé correspond ainsi au devoir du juge ou de l'autorité saisie de motiver sa décision de ne pas appliquer exceptionnellement (système de la présomption généralisée d'application) ou d'appliquer (système de la faculté généralisée d'application) la loi de police ; il peut servir de guide à la décision juridictionnelle sur ce point ».

<sup>663</sup> P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *op. cit.*

<sup>664</sup> P. Mayer, « Les lois de police », *Trav. Com. fr. DIP, Journée du cinquantenaire*, éd. CNRS, 1988, p. 105-114.



bien une celle d'une cause-à-effet. À l'instar de notre titre premier nous procéderons à l'identification des éléments confrontés (A), pour analyser ensuite la confrontation des éléments (B).

### **A. Les éléments confrontés lors de la mise en œuvre du mécanisme des lois de police**

**201.** Il est nécessaire de rappeler que l'identification des éléments confrontés s'interroge sur « ce que sont les éléments de référence » indépendamment de leur contenu. En effet, la démarche d'identification des éléments de référence a été employée en doctrine française<sup>665</sup> mais les développements récents et l'évolution du droit positif méritent d'être intégrés pour constater le dernier état de cette thèse. L'identification des éléments nécessaires à la mise en œuvre du mécanisme des lois de police a été effectuée en doctrine française par M. Benjamin Remy<sup>666</sup> qui proposait deux degrés d'analyse complémentaires pour en rendre compte. L'auteur observait, dans un premier temps, la possibilité d'envisager les mécanismes comme des processus « en eux-mêmes », c'est-à-dire comme des éléments isolés dans la logique conflictuelle. Puis, dans un second temps il considérait les deux mécanismes « comme les instants d'un processus plus général, le raisonnement de droit international privé »<sup>667</sup> ; processus général qui peut être identifié, à notre sens, comme l'opération de sélection de la loi applicable. Nous nous concentrerons sur le premier degré d'analyse : le processus autonome.

**202.** Notre étude se focalise sur le conflit de lois, et concerne notamment la possibilité d'appliquer une loi de police à une situation régie par une loi compétente désignée à la suite d'une règle de conflit de lois, la *lex contractus*. Il est dès lors possible d'affirmer que, si les lois de police devaient être considérées comme un mécanisme, celui-ci appartiendrait au genre des

<sup>665</sup> « Insistons cependant sur le fait qu'il ne s'agit ici, en aucune manière, de dire *quels sont les éléments de référence* qui interviennent dans les mécanismes étudiés mais bien plutôt de savoir *ce que sont ces éléments de référence*. Autrement dit, nous ne parlerons pas ici du contenu, de la substance des éléments de référence qui interviennent lors de la mise en œuvre des mécanismes étudiés mais bien plutôt de leur nature, de leurs caractéristiques », B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2008, n° 317.

<sup>666</sup> B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n°s 316-367. La démarche employée pour arriver à la détermination des éléments de référence de l'exception d'ordre public et du mécanisme des lois de police nous semble d'une grande valeur pour deux raisons : d'abord parce que la façon dont elle s'exprime est limpide or, et c'est la deuxième raison, la richesse des sources bibliographiques est magistralement décortiquée mettant en balance les débats. Il en résulte que si nous n'oserons pas reprendre de tels développements, nous nous attacherons à leurs conclusions. Ses développements concernant la manière de déterminer l'élément de référence, nous paraissent particulièrement intéressants.

<sup>667</sup> « Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police ne présentent, en effet, que comme deux mécanismes parmi d'autres susceptibles d'être mis en œuvre par le juge chargé de se prononcer sur la « base de déduction » qu'il retiendra pour trancher le litige qui lui est soumis », B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n° 309 *in fine*.

instruments de contrôle de la loi étrangère. Il a été affirmé auparavant<sup>668</sup> que la structure d'un instrument de contrôle commande l'existence de deux éléments : un élément de référence (1) et un élément contrôlé (2).

### 1. L'élément de référence : la politique législative

**203.** La mise en œuvre du mécanisme de lois de police exige l'identification de la disposition substantielle à laquelle le juge reconnaîtra le caractère super-impératif. La doctrine admet plus précisément que l'élément de référence est l'objectif protégé par cette dernière<sup>669</sup>.

**204.** Une telle affirmation ne contredit pas la proposition selon laquelle les lois de police sont aussi un mécanisme par lequel se manifeste l'ordre public. Comme le constate M. de Vareilles-Sommières, l'ordre public dans le mécanisme de lois de police joue un rôle anormal mais légitime. L'auteur affirme que l'ordre public s'analyse dans le respect d'une politique législative « et que ce respect implique, dans un cas présentant des liens pertinents avec la loi poursuivant ladite politique, que l'on déroge, au profit de cette loi, à la compétence de la loi désignée par la règle de conflit »<sup>670</sup>. Ainsi, la sauvegarde de l'ordre public *lato sensu* commande le respect de la règle qui permet, à son tour, d'assurer l'efficacité d'une politique législative donnée.

**205.** À l'instar du mécanisme d'exception, les lois de police ont été confondues avec ce « fond social intangible »<sup>671</sup> qu'est le contenu de l'ordre public. Mais à la différence du contenu, lorsqu'il est protégé par le mécanisme d'exception d'ordre public, le mécanisme de lois de

---

<sup>668</sup> La doctrine convient à percevoir clairement ces éléments dans la mise en œuvre de l'exception d'ordre public : « Ces éléments sont clairement perceptibles dans les développements consacrés à l'exception d'ordre public international. Ce mécanisme étant généralement présenté comme un instrument de contrôle, sa mise en œuvre nécessite la détermination d'un élément de référence, d'une part, et d'un élément contrôlé, d'autre part. L'expression « ordre public », du moins lorsque ce terme est employé dans des expressions telles que « la conformité » ou « la contrariété à l'ordre public », sert d'ailleurs de dénomination à cet élément de référence. Quant à l'élément contrôlé, la doctrine convient généralement qu'il s'agit de la norme étrangère que le juge est susceptible de faire intervenir dans le débat judiciaire. » Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n° 313. Voir également nos développements *supra* § 58 et s.

<sup>669</sup> « L'élément de référence intervenant dans le cadre du mécanisme des lois de police est l'objectif que sert la loi de police. Ainsi l'objectif de la règle est doté, dans le cadre du mécanisme des lois de police, d'une double fonction. Il sert, d'une part, et l'on rejoint ici volontiers la quasi-unanimité de la doctrine, d'élément à partir duquel le champ d'application de la norme est déduit. Il sert, d'autre part, d'élément de référence permettant d'apprécier la norme étrangère désignée à l'aide d'un autre procédé du droit international privé, tel que la règle de conflit de type savignien par exemple », Remy, *Exception d'ordre public...*, *op. cit.*, n° 314.

<sup>670</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. p. n° 32.

<sup>671</sup> « On admet qu'un principe est d'ordre public lorsque l'État qui l'a posé ou qui, au moins, l'accueille, le tient pour tellement essentiel qu'il n'en tolère pas la moindre méconnaissance. Et l'on sait que ce sont les idées morales ou juridiques les plus élémentaires et par conséquent, les plus fondamentales d'un pays qui constituent ce fond social intangible. », Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1933. 393.

police ne formule pas d'exigences vis-à-vis des lois étrangères<sup>672</sup>. Il ne s'agit pas de l'efficacité au for des lois étrangères mais de l'efficacité des politiques législatives du for. Si un accord peut se trouver en doctrine concernant l'élément de référence, ce qui semble par ailleurs s'ancre aussi dans les définitions des lois de police en droit positif, le désaccord règne au regard de l'élément contrôlé. Nous étudierons maintenant les thèses formulées autour de l'élément contrôlé lors de la mise en œuvre du mécanisme des lois de police.

## 2. *L'élément contrôlé*

**206.** La doctrine se partage lorsqu'il s'agit d'identifier l'élément contrôlé dans l'opération intellectuelle menée dans la mise en œuvre des lois de police, deux thèses ont été avancées. En accord avec la première d'entre elles, l'élément contrôlé serait la loi étrangère (a), tandis que selon le second il s'agirait du critère de rattachement (b).

### a. La loi étrangère

**207.** M. Remy en constatant que la question de l'objet contrôlé à l'aide du mécanisme des lois de police était « quasiment absente des développements doctrinaux »<sup>673</sup>, a avancé une première proposition. Selon l'auteur l'objet contrôlé « dans le cadre de l'exception ou dans celui du mécanisme des lois de police... serait les normes étrangères susceptibles d'être appliquées en vertu d'une autre méthode du droit international privé »<sup>674</sup>. Dans sa construction logique, la détermination de l'objet contrôlé permettrait d'établir le domaine d'intervention du mécanisme. Si les deux mécanismes, exception d'ordre public et lois de police, étaient appelés à intervenir dans le contrôle d'un même objet ce serait dû au « polymorphisme de la norme étrangère »<sup>675</sup>.

<sup>672</sup> B. Remy, *Exception d'ordre public...*, *op. cit.*, n° 319 et s., et n° 368 et s. Par ailleurs, il a été soutenu de manière convaincante que l'ordre public tel qu'à l'œuvre dans l'exception d'ordre public se caractériserait par la *valeur* à laquelle le for adhère. Ainsi, la confrontation des normes dans le cadre de l'exception d'ordre public mettrait en cause la conformité de la loi étrangère avec l'ordre public du for, voir par exemple, l'affirmation de M. de Vareilles-Sommières : « Il s'agit d'une confrontation entre un ordre public du for qui formule des exigences vis-à-vis des lois étrangères dont l'efficacité au for est en cause, d'une part, et la loi étrangère compétente dont on vérifie si elle les respecte parce que son efficacité au for est subordonnée à ce respect, d'autre part », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *Recueil de cours*, 2014, t. 371, p. 192, spéc. p. 33.

<sup>673</sup> « La cause d'un tel « oubli » se décèle d'ailleurs aisément. C'est l'immédiateté d'application que la doctrine attache généralement aux lois de police qui doit être ici incriminée. Puisque ces lois s'appliqueraient immédiatement, sans aucune considération de la loi normalement applicable au regard des autres méthodes du droit international privé, il n'y aurait pas d'objet à contrôler mais seulement un domaine d'application à déterminer. Nous avons cependant vu que l'idée de nécessité d'application qui, à elle seule, caractérise le mécanisme des lois de police, ne justifiait en aucune manière cette immédiateté d'application (...) de telle sorte que la question de l'objet contrôlé réapparaissait dans le cadre de ce mécanisme », B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 314, note n° 916.

<sup>674</sup> Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, n° 586.

<sup>675</sup> L'auteur effectue une analyse particulière de l'œuvre de M. Kinsch « Le fait du prince étranger » afin d'expliquer qu'une même règle puisse apparaître dans un certain cas comme un simple fait et, dans d'autres cas,

Ainsi, l'auteur affirme que lorsque la loi étrangère se présente comme un *fait* dans le cadre du mécanisme des lois de police « c'est la norme retenue en tant que telle qui seule peut être l'objet contrôlé »<sup>676</sup>.

**208.** Or, cette hypothèse nous semble-t-elle peut faire l'objet de deux observations. D'une part, on constate que le mécanisme d'exception d'ordre public et les lois de police dès lors qu'ils partagent un élément contrôlé profiteraient à la confusion à l'égard de leur domaine d'intervention<sup>677</sup>. D'autre part, une précision s'impose lorsque l'auteur rappelle que le mécanisme des lois de police est susceptible d'entraîner l'application tantôt des règles du for, tantôt des lois étrangères et « qui plus est, les auteurs qui admettent cette éventualité, remarquent également qu'il est tout à fait possible que la norme écartée à cette occasion soit une norme du for »<sup>678</sup>. Cependant, selon l'auteur la notion d'extranéité conserverait sa pertinence, mais elle devra s'apprécier du point de vue de l'ordre juridique dont est issue la loi de police que l'on envisage d'appliquer.

**209.** En effet, la notion d'extranéité demeure pertinente or, à notre sens, elle ne doit pas être appréciée vis-à-vis de l'ordre juridique du for dont est issue la loi de police que l'on envisage d'appliquer, mais par rapport à loi contractuelle. En matière contractuelle le principe d'autonomie permet aux parties de choisir la loi applicable à leur engagement, à défaut, un rattachement objectif permettra de déterminer la loi applicable. Dans les deux cas la loi, choisie ou désignée par le critère objectif, se consacre comme *lex contractus* et servira comme étalon pour valider ou sanctionner les engagements des parties. Concernant les lois de police deux hypothèses sont donc envisageables : soit elles appartiennent à la *lex contractus* soit, elles lui sont étrangères. Nous soutenons que la condition d'extranéité d'une loi de police doit s'apprécier par rapport à la *lex contractus*. Ainsi, l'application d'une loi de police étrangère à

---

comme une norme : « Pour répondre à cette question, il convient de noter que, dans l'ensemble des cas qui tombent sous l'appellation de « fait du prince étranger » ou « d'effet de fait » d'une norme étrangère, le juge ne s'intéresse pas tant à la norme en tant que telle, c'est-à-dire en tant qu'expression d'un « devoir être », d'un *Sollen*, qu'à la norme en tant qu'élément d'une relation de causalité qui ressort alors au domaine du *Sein*. Autrement dit, la question n'est pas, pour le juge, de déterminer la signification objective d'un comportement au regard de normes issues d'un ordre juridique donné, mais de savoir dans quelle mesure la norme étrangère a une incidence sur le comportement de certains individus, c'est-à-dire dans quelle mesure ce « devoir être » est la *cause* d'un comportement donné », B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme...*, *op. cit.*, n° 594.

<sup>676</sup> B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police...*, *op. cit.*, n° 600.

<sup>677</sup> Comme ce fut le cas par le passé, voir *supra* §19-25.

<sup>678</sup> B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police...*, *op. cit.*, n° 604 : « on pourrait, dès lors, s'étonner de vouloir transposer ici le moindre critère d'extranéité comme condition au jeu du mécanisme des lois de police, puisque celui-ci est susceptible de jouer à l'encontre de ce qu'il y a de moins étranger : la norme du for. L'argument ne fait cependant pas perdre sa pertinence à la distinction entre normes nationales et normes étrangères dans le cadre de l'étude du mécanisme des lois de police. Il n'y a ici qu'une question de relativité : du point de vue de l'ordre juridique dont est issue la loi de police que le for s'apprête à appliquer au détriment de sa propre loi, la loi du for est une loi étrangère. On remarque ainsi que l'extranéité en question devra s'apprécier du point de vue de l'ordre juridique dont est issue la loi de police que l'on envisage d'appliquer ».

la *lex contractus*, qu'elle soit du for ou d'un pays tiers, devra respecter les mêmes conditions en toute hypothèse.

**210.** Avant d'aller plus loin avec les développements précédents, on rappellera que selon M. Remy, le départage de l'intervention de l'un ou l'autre des mécanismes (exception d'ordre public ou mécanisme de lois de police) découlerait de l'appréhension que fait le juge de l'objet contrôlé, à savoir de la loi étrangère. Il s'agit dans les deux cas d'une appréciation *in concreto*, mais dans le cadre des lois de police le juge doit comparer « à l'aune de l'objectif sociétal dont la réalisation est poursuivie, le modèle de comportement commandé par la loi de police à celui commandé par la norme étrangère »<sup>679</sup>. Cependant, comme l'auteur le signale, il se peut qu'il existe entre la règle étrangère et la règle qualifiée comme loi de police une équivalence de résultats. Néanmoins, ce que l'auteur ne semble pas avertir c'est que le contrôle s'effectue non pas sur le contenu d'une règle étrangère, mais ailleurs. C'est l'observation faite par M. de Vareilles-Sommières qui nous semble décidément cerner l'élément contrôlé dans le mécanisme des lois de police.

#### b. Le critère de rattachement

**211.** Plus récemment, M. de Vareilles-Sommières a formulé le postulat selon lequel l'objet contrôlé par la loi de police ne serait pas le contenu de la loi désignée par la règle de conflit mais le *facteur de rattachement* qu'elle retiendrait<sup>680</sup>. L'auteur observe qu'au fond, le problème concerne l'efficacité de la politique législative poursuivie par la loi de police, laquelle risque d'être affectée par l'application en l'espèce, d'une loi autre que celle permettant d'assurer son efficacité. Ainsi, la considération d'efficacité de la politique législative conduit à retenir un facteur de rattachement dérogatoire<sup>681</sup> plus approprié qui s'impose sur le rattachement général

<sup>679</sup> B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police...*, *op. cit.*, n° 665. « Le juge doit alors « partir de l'idée que l'ordre juridique étranger est *a priori* le mieux placé pour déterminer les modalités les plus adéquates à la protection des intérêts dont il est le garant » tout en admettant une certaine équivalence entre les moyens permettant d'atteindre un objectif sociétal donné ».

<sup>680</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. p. n° 33 : « On peut conclure en soulignant que, beaucoup plus que le *contenu de la loi désignée par la règle de conflit*, ce qui, dans un cas donné, gêne l'auteur d'une loi de police lorsque cette dernière n'est pas désignée comme applicable par la règle de conflit ordinaire est donc le *facteur de rattachement retenu par ladite règle de conflit, et ce dans la mesure où cette dernière prétend couvrir a priori la ou les questions réglées par la loi de police.* ». *Contra* v. P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 99 s., et aussi S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », in M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2008, p. 102 (« En effet, dans tous les cas, les textes construisent des mécanismes permettant la confrontation des normes au-delà de la désignation d'une loi de par la règle de conflit ou prononcé d'un jugement »).

<sup>681</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. p. n° 32 ; ainsi la situation contractuelle est soustraite à la règle de conflit, et non à la règle matérielle désignée par elle, car le législateur met en place « un facteur de rattachement dérogatoire valable pour toutes les questions réglées

admis par la règle de conflit. Le juge du for sacrifie donc la règle de conflit ordinaire en vigueur au for et, par conséquent, écarte l'application de la loi étrangère. Le sacrifice est imposé dans certains cas par le législateur du for également auteur de la loi de police. Toutefois le juge, même lorsqu'il fait une appréciation au-delà des indices législatifs, « doit être considéré comme refusant à juste titre, conformément à la maxime *specialia generalibus derogant*, d'appliquer la règle générale (règle de conflit ordinaire) au profit de la règle spéciale qui y déroge (loi de police affectée d'un champ d'application spécifique) »<sup>682</sup>. L'auteur constate que le recours au mécanisme s'avère indispensable puisque, ni le critère de rattachement objectif, ni la volonté des parties ne servent à assurer l'efficacité de la politique législative.

**212.** Cette proposition innovante emporte notre conviction par la réponse qu'elle apporte aux impasses théoriques que le mécanisme des lois de police soulève. Notamment, celle-ci apporte une explication fondée à l'« impérativité internationale » reconnue aux lois de police sans avoir recours à des arguments tautologiques. M. de Vareilles-Sommières considère que l'applicabilité de la loi de police malgré sa non-désignation par la règle de conflit bilatérale reflète « *la nécessité d'employer des critères spécifiques de délimitation de son champ d'application dans l'espace*, du fait de l'inadaptation, pour cette fin, de ceux retenus par la règle de conflit ordinaire »<sup>683</sup>.

**213.** La possibilité d'adaptation desdits critères de délimitation du champ d'application<sup>684</sup> dans l'espace s'avère particulièrement importante en matière contractuelle. Nous avons observé que

---

par la loi qu'il édicte, et précisant les limites dans lesquelles il souhaite voir assurée la pleine efficacité de la politique législative en question ».

<sup>682</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, spéc. p. n° 55. V. aussi Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, p. 5 : « Il n'est pas interdit de songer ici à déduire la réponse à cette question de la maxime *Specialia generalibus derogant* : le mécanisme de l'application immédiate a, en effet, une portée individuelle, parce que suspendu à la considération d'une solution matérielle tandis que le procédé des règles de conflit a une portée collective lui permettant d'embrasser une pluralité de règles internes. La loi d'application immédiate l'emporte donc sur la règle de conflit ».

<sup>683</sup> « C'est en effet parce que le facteur de rattachement de la règle de conflit ordinaire est fixé sans tenir compte des données tirées de l'efficacité des politiques législatives poursuivies par les règles substantielles en conflit que le besoin est ressenti, en présence d'une loi de police – pour laquelle ces mêmes données sont essentielles lorsqu'il s'agit de prendre position sur son applicabilité –, de remplacer la règle de conflit ordinaire par une règle d'applicabilité propre à la loi de police, et dont le facteur de rattachement sera justement fixé en fonction de ce que requiert la réalisation des objectifs poursuivis par la disposition de police en question. », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 238, spéc. p. 78 s., italiques par le l'auteur. Voir également : Neumayer, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1957, p. 579 et 1958, p. 53 ; et P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277.

<sup>684</sup> Lorsqu'on parle du domaine d'application des lois de police, une partie de la doctrine distingue les lois de police des lois autolimitées. « Les lois auto-limitées ont la particularité de fixer expressément ou non leur champ d'application dans l'espace. Les lois de police revendiquent, quant à elles, un domaine d'intervention spatial particulier, ne tenant pas compte du rattachement retenu par la règle de conflit classique en la matière. L'assimilation est donc tentante. Pourtant des différences peuvent être mises en évidence. Les lois autolimitées sont conçues pour l'espace particulier qu'elles déterminent elles-mêmes. Il s'agit d'un maximum. Elles ne peuvent être appliquées par ailleurs. Au contraire, les lois de police ne revendiquent en général qu'un champ d'intervention



la configuration de la règle de conflit en la matière, pour les systèmes français et mexicain, fait prévaloir l'autonomie des parties sur le critère de rattachement objectif, lui donnant ainsi un tour supplétif. Dans ce contexte « l'impérativité internationale de la loi de police signifie alors que l'applicabilité de cette dernière n'est pas subordonnée à la carence des parties en ce qui concerne la conclusion d'une clause par laquelle elles s'y soustrairaient en choisissant une autre loi... il faut cependant souligner que ce n'est pas ici à proprement parler *l'impérativité de la loi de police* qui est en cause, mais celle de la *règle d'applicabilité la concernant* »<sup>685</sup>. Il est possible de considérer que la règle de conflit ordinaire présente deux possibles critères de rattachement (subjectif et objectif), à considérer lors de l'opération de sélection de la loi applicable, et que la loi de police viendrait ajouter un troisième. Néanmoins, c'est ce dernier critère de rattachement qui sera doté d'une impérativité internationale et devra prévaloir sur les deux premiers<sup>686</sup>.

**214.** Des lors que l'objet contrôlé par le mécanisme des lois de police se trouve dans le critère de rattachement et non dans le contenu de la loi étrangère, il serait possible de trouver la souplesse souhaitée dans le cadre de la mise en œuvre<sup>687</sup>. Ayant identifié les éléments confrontés qui nous ont semblé pertinents, on doit compléter l'analyse par l'observation de l'opération de confrontation.

---

correspondant à un minimum », N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 10, spéc. n° 15.

<sup>685</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 239, spéc. p. n° 79 : « On pourrait d'ailleurs imaginer une règle substantielle qui ne serait pas impérative pour les parties, mais qui serait assortie d'une règle d'applicabilité impérative pour elles. » En France, Cass. civ. 1, 10 octobre 2012, 11-18.345, *Gallois, van Cayzeele, Detroz c. Gallois*, *JDI*, 2013, p. 119, avis Avocat général P. Chevalier, note E. Fongaro, *JCP G*, 2012, 1368, note L. Perreau-Saussine.

<sup>686</sup> Ce que M. Bonomi identifiait comme la fonction la plus importante des lois de police c'est à dire leur super-impérativité sur le critère subjectif et le critère objectif de l'opération de sélection de la loi à un contrat international. A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 226 « *it is evident that internationally mandatory rules not only restrict party autonomy, but have the much broader function of correcting the results of bilateral choice-of-law rules whenever a fundamental policy of the forum is at stake. From this point of view, their role is similar to that of ordre public, because they represent a general exception to ordinary choice of law rules* ». Compte tenu des développements préalables nous ne saurons pas adhérer aux développements exprimés par M. Bonomi car, à notre sens, les lois de police ne se soucient pas du contenu mais du critère de rattachement.

<sup>687</sup> Les auteurs s'accordent sur ce que les lois de police doivent garder un degré de souplesse, voir par exemple, Bernard Audit lorsqu'il affirme que « de manière générale, les auteurs contemporains n'ont cessé de s'attacher à rechercher, à propos de telles ou telles dispositions internes impératives, si elles jouent d'une manière ou d'une autre un rôle d'« organisation sociale ». C'est là accorder à la définition générale une importance que son premier auteur ne lui reconnaissait sans doute pas, constatant que l'indétermination des lois de police débouchait sur « le caractère non écrit et la *souplesse consécutive du domaine* des lois d'application immédiate », dont l'application « doit dépendre de critères conformes à leurs buts ». L'article 7.1 de la Convention de Rome entérinait cette approche en invitant clairement à rechercher si une loi présentée comme se voulant applicable pouvait voir cette revendication satisfaite *in casu...* », B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer, LGDJ, 2015, pp. 29 et 30 (termes soulignés par le soin de l'auteur).

## **B. La confrontation d'éléments lors de la mise en œuvre du mécanisme des lois de police**

**215.** Pour étudier la confrontation d'éléments, il est indispensable de s'intéresser aux conditions selon lesquelles celle-ci peut avoir lieu (1) ce qui nous permettra d'étudier ensuite les effets d'une telle opération (2).

### *1. Les conditions tenant au déclenchement de la confrontation*

**216.** Il nous semble paradoxal que les lois de police suscitent la crainte, qu'elles soient issues du for ou qu'elles proviennent de l'étranger. Dans le premier cas de figure elles sont critiquées pour être susceptibles de profiter à un volontarisme juridique déterminé. Dans le deuxième cas, elles le sont en raison de leur origine. En effet, une telle situation a alimenté une hostilité unanime envers le mécanisme<sup>688</sup>. Toutefois et malgré ces obstacles, la doctrine reconnaît que le mécanisme des lois de police permet de prendre en compte, lors de l'opération de sélection de la loi applicable, certains intérêts « dont le législateur de for ne peut accepter le sacrifice »<sup>689</sup>, intérêts ayant été négligés par la règle de conflit bilatérale<sup>690</sup>. Face à cette méfiance, M. Mayer nous rassurait en 1988, lorsqu'il constatait que les recueils de jurisprudence révélaient une utilisation mesurée du procédé des lois de police et affirmait que « les juges ont conscience du fait que la prudence s'impose »<sup>691</sup>. Sans contredire le propos de l'auteur, nous considérons que la sécurité ne sera gagnée en définitive qu'à la condition de l'identification des exigences pour le déclenchement du mécanisme.

**217. Le constat de la séparation des régimes des lois de police du for et étrangères.** Malgré certaines propositions prospectives<sup>692</sup>, à l'heure actuelle, la mise en œuvre des lois de police du

---

<sup>688</sup> P. Mayer, « Les lois de police », *Trav. Com. fr. DIP, Journée du cinquantième*, éd. CNRS, 1988, p. 108 « La notion de « loi de police » étant nécessairement très vague, on pourrait craindre en effet que le juge ne trouve des lois de police partout, compte tenu de sa préférence pour ses propres lois. Certes, la même crainte a été émise à l'égard de l'exception d'ordre public ; mais le danger serait plus grand avec les lois de police, parce qu'il serait moins gênant de décider au départ de ne pas appliquer la loi étrangère, que de l'écarter en raison de son contenu ».

<sup>689</sup> P. Mayer « Les lois de police », *op. cit.*, p. 108.

<sup>690</sup> *Ibid.* En mots de l'auteur : « On ne peut pas, sous prétexte que le contrat est international, permettre aux parties de choisir la loi qui leur convient (ou qui convient à la partie la plus forte), au mépris de l'intérêt général ou de la protection de la partie la plus faible ».

<sup>691</sup> P. Mayer, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 109.

<sup>692</sup> M. d'Avout soutient qu'il est possible et souhaitable d'harmoniser les effets internationaux des lois de police par l'abandon de la distinction tirée de l'origine : « Si l'objectif est d'insuffler la cohérence, il faudrait idéalement poser une méthodologie identique d'application des lois de police locales et étrangères et, le cas échéant, régler les conflits entre ces lois de vocation égale. L'attrait du *forum shopping* disparaîtrait, dans un pareil monde, idéal, ou les lois de police auraient, abstraction faite de leur origine, des chances égales d'être appliquées. » Mais il ne s'agirait pas d'une application automatique : « dès lors, la méthodologie pertinente pourrait être : -soit celle d'une *application facultative généralisée* des lois de police (sur décision d'opportunité du juge saisi) ; - soit celle d'une *application présomptive généralisée* de ces lois. La différence entre les deux scénarios alternatifs étant que, dans le second cas, l'autorité saisie devrait partir du principe de l'application, en suite d'une présomption d'applicabilité,

for et des lois de police étrangères est appréhendée différemment<sup>693</sup> profitant ainsi au foisonnement de deux régimes, chacun d'entre eux étant caractérisé par les conditions qu'il impose. Nous essayerons de démontrer que la théorisation comme mécanisme permet de réunifier le régime des lois de police du for et celui des lois étrangères. Une telle unification est possible par l'homologation des conditions pour le déclenchement du mécanisme.

**218.** Avant de poursuivre, il semble nécessaire de constater que les conditions au déclenchement du mécanisme, à savoir les conditions conflictuelles, pourraient se confondre avec les exigences substantielles. Pour illustrer cette affirmation, on observe dans les débats suscités par l'arrêt *Agintis*, que la protection garantie au sous-traitant était conditionnée par le respect d'une procédure spécifique<sup>694</sup>. Ainsi, il est nécessaire de rappeler que les conditions auxquelles nous nous intéressons concernent l'applicabilité de la loi de police. Seulement lorsque ces dernières sont réunies il est possible de s'intéresser, dans un deuxième temps, aux conditions de protection, le cas échéant. Nous étudierons d'abord l'ensemble des conditions (a) pour s'adresser ensuite au moment idoine de leur appréciation (b).

#### a. L'ensemble des conditions

**219.** L'identification de l'ensemble des conditions pour le déclenchement du mécanisme permettra d'unifier les régimes des lois de police mais aussi d'endiguer le flux du contenu de l'ordre public. Cependant, on écartera d'emblée la condition de labélisation préalable car, comme nous l'avons constaté, elle s'avère peu utile tant pour les lois de police du for que pour les lois de police étrangères<sup>695</sup>. Les conditions à respecter pour le déclenchement du mécanisme sont au nombre de deux : une condition de proximité (i) et une condition de pertinence (ii).

---

et pourrait par une décision motivée décider leur éviction ; tandis que, » L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 106.

<sup>693</sup> « C'est lorsque l'on envisage l'application des lois de police étrangères que les difficultés, en effet, sont les plus sérieuses. Le contraste est, à cet égard, saisissant entre l'ampleur des réflexions doctrinales et la rareté des cas d'application par les tribunaux des lois de police étrangères. De fait, ce sont toujours les quelques mêmes décisions qui sont citées », P. Courbe., « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 111, n° 16.

<sup>694</sup> M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », *Travaux comité fr. DIP, 2008-2010*, Pedone, 2011, p. 227, n° 4 : « en 2009, la troisième chambre civile a jugé qu'un sous-traitant, établi en Belgique, bénéficie de la loi de 1975 en tant que loi de police car il a contribué à la rénovation d'une usine en France, mais elle a jugé, dans le même temps, que ce sous-traitant doit avoir été accepté, et ses conditions financières agréées, par le maître d'ouvrage français s'il veut pouvoir exercer l'action directe contre ce dernier ».

<sup>695</sup> Dans son analyse M. Bonomi affirme que la première condition pour l'application d'une loi de police étrangère est l'existence d'une norme permettant la dérogation à la règle de conflit bilatérale, règle qui peut être expresse ou implicite A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *op. cit.*, p. 243: « *The very first condition is the existence of a provision allowing derogation from the bilateral choice-of-law rules. This provision can be express or implied* ». Cette analyse s'oppose à l'avis de M. d'Avout selon lequel il en est des lois de police malgré la non labélisation législative.

*i. La condition de proximité*

**220.** Comme nous l'avons constaté, la détermination de l'extranéité d'une loi de police est une question délicate qui a suscité multiples débats. La teneur du débat admet traditionnellement deux possibilités pour apprécier cette extranéité : soit vis-à-vis du for, soit vis-à-vis de l'ordre juridique dont émane la loi de police. Cependant, ayant profité des enseignements de nos prédécesseurs il est possible désormais d'affirmer que l'application d'une règle à titre de loi de police doit respecter certaines conditions indépendamment de son origine, puisque l'extranéité s'apprécie par rapport à la *lex contractus*. Ainsi, la première condition générale à l'application d'une loi de police consiste à vérifier une proximité entre la situation contractuelle en cause et l'ordre juridique dont émane la loi de police.

**221.** La condition de proximité trouverait son assise législative, dans le cas de la Convention de Rome par exemple, dans l'article 7 (1) prévoyant l'application d'une loi de police lorsque « 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 ». La Convention de Mexico prévoit également une condition de proximité dans son article 11 § 2<sup>696</sup>. Ainsi, nous rallions volontiers la critique dressée par M. Bernard Audit sur l'interprétation faite par la doctrine des conditions établies dans la Convention de Rome notamment « par l'affirmation récurrente selon laquelle lorsqu'était applicable l'article 7.2 de la Convention de Rome, visant spécifiquement les lois de police du for, l'article 7.1 était inopérant, car ne concernant que les conditions d'application des seules lois de police étrangères »<sup>697</sup>. L'auteur affirme qu'une telle lecture était erronée puisque l'intitulé de l'article 7 visait les lois de police en général.

Ainsi, une interprétation différente est possible si l'on considère que les conditions posées par la Convention de Rome doivent être respectées quelle que soit l'origine de la loi de police. Dans la lignée de cette argumentation, M. Audit soutient que si les lois de police « dont il est question au chiffre 1 pouvaient être envisagées comme « étrangères », ce n'était pas par rapport à la loi du for, mais au regard de la loi applicable déterminée selon les autres dispositions de la Convention *quelle qu'elle soit* ; la loi dont l'application est éventuellement discutée comme loi de police y est désignée comme une « *autre loi* » »<sup>698</sup>. L'argument se complète par l'explication

<sup>696</sup> « Art. 11 § 2 : *Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.* »

<sup>697</sup> B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, op. cit., p. 30, l'auteur nous rappelle que « l'affirmation a été reprise en jurisprudence, et aucune décision française, semble-t-il, se prononçant sur l'application d'une loi de police du for à un contrat soumis aux principes de la Convention de Rome n'a emprunté le raisonnement formulé par l'article 7.1 ni même s'est référée à ce texte (à la différence de l'article 7.2). »

<sup>698</sup> *Ibid.*, dans le prolongement de son raisonnement il affirme que : « C'était même l'un des mérites du texte de placer au départ les lois de police du for, et étrangères sur le même pied, ce qui a cependant amené à introduire l'article 7.2 afin de rassurer les États, appelés à ratifier la Convention, sur la suprématie des premières en toute

de M. Audit des raisons qui ont mené à une telle interprétation, notamment, le souci des États d'établir une hiérarchie en faveur des lois de police du for.

222. Si l'on admet, comme le fait l'auteur précité, que ces conditions s'appliquent aux lois de police du for et étrangères, il s'ensuit que la différence ne se retrouve pas dans la provenance de la politique législative, mais dans la personne qui devra la rendre efficace<sup>699</sup>. On notera finalement qu'à la différence du mécanisme d'exception, où l'objet contrôlé est une norme à la condition d'être étrangère pour le for, l'extranéité de la norme, n'est plus une condition au jeu du mécanisme des lois de police « puisque celui-ci est susceptible de jouer à l'encontre de ce qu'il y a de moins étranger : la norme du for »<sup>700</sup>.

223. Finalement, on observe que l'exigence de proximité se retrouve dans le mécanisme d'exception d'ordre public et dans le mécanisme des lois de police. On en déduit que les conditions d'efficacité de la loi étrangère dans le for gardent une similitude, lorsqu'elles sont applicables par le biais de la règle de conflit bilatérale ou qu'elles le soient grâce au mécanisme de lois de police. L'efficacité d'une norme étrangère au for résulte d'une part de sa proximité avec la situation litigieuse, c'est-à-dire de l'existence de liens pertinents entre elles. Or, comme le soulève M. de Vareilles-Sommières<sup>701</sup> dans la théorie des lois de police les liens sont appréciés *in concreto*. Cette condition de proximité est doublée par une condition de pertinence.

---

hypothèse. La lecture défectueuse de l'article 7 était révélatrice de la disposition d'esprit selon laquelle une fois la qualification de la loi de police attribuée à une disposition interne impérative du for, son application à une espèce internationale serait pratiquement acquise... Or il est au contraire non seulement concevable mais –peut-on estimer –indiqué de le mettre en œuvre en toute circonstance nonobstant l'identification préalable d'une « loi de police »

»  
<sup>699</sup> En effet, il existe aussi une différence selon qu'il s'agisse d'un juge ou d'un arbitre. Les opérateurs du commerce international soulignent l'existence d'un ensemble de « principes supérieurs » aux systèmes juridiques nationaux, il s'agirait d'un système juridique composé pour les besoins du commerce international et son contenu serait dissocié de celui de systèmes nationaux. Cet ensemble de principes supérieurs est dotée d'une importance particulière pour l'arbitre qui serait susceptible d'en faire usage et non des principes d'ordre public d'un État donné. Dans ce contexte, la question sur l'existence d'un véritable ordre public international se pose, un ordre public susceptible d'être respecté par le for arbitral sans aucune référence territoriale ou étatique, sous-entendant ainsi la fonction de l'arbitre comme gardien d'un ordre commercial. La doctrine mexicaine est silencieuse à cet égard. En ce sens voir, par exemple, E. de Rosas, « *Orden público internacional –Tendencias contemporáneas. Orden público en el ordenamiento del Mercosur* », UNED, *Boletín de la Facultad de Derecho*, 2003, n° 22, p. 193 et s. Voir en langue française: P. Lalive, *Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage international*, *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 329.

<sup>700</sup> B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police...*, *op. cit.*, n° 604. La lecture d'ensemble des éléments précédents permet d'affirmer que puisque le critère subjectif de la règle de conflit en matière de contrats n'exige aucune proximité, les exceptions servent comme palliatif et établissent une condition de proximité.

<sup>701</sup> « On ne manquera pas de noter l'affinité existant ainsi entre les conditions d'efficacité au for de la loi étrangère dans la théorie des lois de police et les conditions d'efficacité au for de la loi étrangère ordinaire de droit privé dans l'approche bilatérale savignienne : l'efficacité de la norme étrangère au for apparaît finalement comme la résultante de l'existence de liens pertinents entre la situation et l'auteur de la loi (localisation), d'une part, et d'un contenu acceptable de la loi émise (ordre public), d'autre part. Simplement dans la théorie des lois de police, les liens requis de l'État étranger avec la situation ne sont pas posés *abstraitement* par la règle de conflit du for à raison de la nature de la question du droit, mais *plus concrètement*, à travers une étude menée, loi de police par loi de police, par le juge du for à l'occasion de l'examen de l'affaire dont il est saisi au fond », P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, note n° 137.

ii. *La condition de pertinence*

**224.** La condition de pertinence a été appréciée lors de l'analyse de la mise en œuvre des lois de police étrangères. Ainsi, en présence d'une loi de police étrangère, le juge du for serait amené à s'interroger sur la légitimité de la revendication de compétence législative pour le cas en cause aussi que sur la légitimité de la politique législative elle-même<sup>702</sup>. Cette différence s'expliquerait par le fait que le juge du for n'est pas soumis au législateur étranger<sup>703</sup>.

**225.** On adhère à la nécessité d'une telle exigence, mais elle ne nous semble pas comme étant exclusive à la mise en œuvre d'une loi de police étrangère. Ceci s'explique par ce que nous avons préalablement constaté : l'efficacité de la politique législative ne suffit pas pour octroyer une application mécanique des lois de police. En effet, lorsque le juge s'interroge sur l'applicabilité d'une loi de police, notamment en matière contractuelle, il n'effectue pas systématiquement une comparaison entre la politique législative en cause et la loi du for. En revanche, le référent pour déterminer l'extranéité de la norme contenant la politique législative se retrouve dans la *lex contractus*<sup>704</sup>. Ainsi par rapport à cette dernière, la politique législative du for peut être aussi étrangère que n'importe quelle autre. Il s'ensuit que dans le cas d'une loi de police étrangère ou d'une loi de police du for, le juge n'aura pas la possibilité de déroger à la *lex contractus* (économie de raisonnement puisque la dérogation s'effectue par rapport au critère de rattachement) que s'il existe une *proximité* entre la situation contractuelle et l'ordre juridique dont est issue la loi de police et que la politique poursuivie est *pertinente* dans l'espèce. Les deux conditions se retrouvent intimement liées.

**226.** Cette affirmation n'est pas en contradiction avec l'observation effectuée par M. de Vareilles-Sommières lorsqu'il constate que le juge du for n'est pas admis à déroger à la règle

<sup>702</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. n° 57 : « Il faut souligner qu'une fois qu'il a déterminé le rayon d'action requis pour la pleine efficacité de la politique juridique poursuivie et qu'il a constaté l'insertion de la situation à l'intérieur du champ ainsi couvert, le juge du for n'a plus rien d'autre à faire qu'à appliquer la loi de police du for à la situation en cause. Contrairement à ce qui se passe en présence d'une loi de police étrangère, il ne doit s'interroger ni sur la légitimité de la revendication de compétence législative pour le cas en cause par l'auteur de la loi de police, ni sur la légitimité de la politique législative elle-même, ou du résultat auquel conduit son respect au cas d'espèce ».

<sup>703</sup> Plusieurs raisons justifient que l'efficacité de la loi de police étrangère ne soit pas automatique. Cf. P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. n° 61. Si l'on est prêt à admettre que l'extranéité des lois de police ne l'est pas par rapport au for mais par rapport à la *lex contractus*, les inconvénients de la subjectivité du juge ou de l'arbitre peuvent être surmontés : « Pour l'arbitre, dont on dit habituellement qu'il n'a pas de for, en ce sens qu'il n'est pas l'organe d'une souveraineté étatique, toutes les lois de police sont « étrangères ». » P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 113, n° 19.

<sup>704</sup> Par ailleurs il ne semble pas y avoir de problème lorsque la loi de police fait partie du droit désigné par les règles de conflit édictés par la Convention ou le Règlement. En ce sens, il a été affirmé que « lorsque ces dispositions impératives font partie de la loi du contrat, il semble que les tribunaux n'hésitent pas à en tenir compte », P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 111, n° 16.



de conflit bilatérale en faveur de la loi de police étrangère qu'à titre exceptionnel et à la double condition de pertinence et de condition « d'acceptabilité du résultat »<sup>705</sup>. L'auteur affirme que les deux conditions requises dans le régime d'efficacité de la loi étrangère sont donc la *condition de pertinence* et la *condition d'acceptabilité du résultat*. Dans cet ordre d'idées, l'auteur observe une distinction dans le mode d'intervention des lois de police du for et lois de police étrangères, puisque l'application du contenu de la loi de police étrangère serait susceptible de passer au crible de l'exception d'ordre public. On ajoutera qu'en telle cas, le résultat concret subit une variation puisque la loi de police étrangère à la *lex contractus* pourrait être évincée par l'ordre public de la *lex contractus*, c'est-à-dire, soit celui découlant du critère subjectif ou à défaut, celui issu du critère objectif de la règle de conflit.

**227.** La condition d'acceptabilité du résultat existe aussi, à notre sens, dans le cadre des lois de police du for. Or, la question se trouve déplacée à une autre sphère et sera traitée par mécanismes de contrôle internes. Nous nous limiterons à observer que, si une politique législative du for est contraire à l'ordre public du for, elle ne sera pas évincée par l'exception d'ordre public, mécanisme de droit international privé, elle le sera par les mécanismes internes concernés<sup>706</sup>.

**228.** Les conditions identifiées précédemment s'accordent, au moins partiellement, à la proposition avancée par M. d'Avout qui conçoit la possibilité de généraliser un test combiné d'acceptabilité normative, de proximité et d'équité<sup>707</sup>. Néanmoins, un obstacle majeur à la proposition de l'homologation des conditions se retrouve dans les changements opérés par le règlement Rome I, notamment concernant le traitement des lois de police étrangères<sup>708</sup>. Le

<sup>705</sup> « À la double condition que le lien retenu par le législateur étranger comme devant exister entre une situation et l'État au nom duquel il légifère pour déclencher l'applicabilité de la loi édictée à la situation en cause se révèle pertinent aux yeux du for, et que le contenu de la politique législative suivie par la loi demeure compatible avec les valeurs et exigences du for telles qu'elles se formulent dans son ordre public international » P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, n° 62.

<sup>706</sup> Notamment par le contrôle de constitutionnalité, qui vient affiner les mécanismes d'ordre public, comme sera étudié par la suite, voir *infra* § 534 et s.

<sup>707</sup> « Un pareil test combiné d'acceptabilité normative, de proximité et d'équité est très voisin de celui préconisé par le défunt article 7 de la Convention de Rome. Il pourrait être partiellement généralisé, surtout sous les aspects « proximité » et « équité », aux lois de police quelconques et contribuer ainsi à l'unification souhaitable de leur régime d'application, sans distinction d'origine. », L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 120.

<sup>708</sup> Pour une analyse approfondie de ces changements voir S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, p. 371 et s., notamment lorsqu'il est observé qu'« en vue de réduire l'insécurité juridique attachée selon certains à l'ancienne formulation, les lois de police étrangères pouvant entrer en ligne de compte sont désormais identifiées quant à leur origine (« lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées ») et quant à leur objet (« dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution illégale ») ». Les auteurs rappellent que la formulation de l'article 7 (1) de la Convention de Rome constituait le principal obstacle à la participation du Royaume-Uni « au nouveau règlement qui voyait dans la formulation de l'article 7(1) de la Convention de Rome une source grave d'insécurité juridique, une limitation exagérée de l'autonomie de la volonté et une potentielle menace pour le marché financier et juridique londonien », *ibid.*, note n° 56.

paragraphe 3 de l'article 9 précise que : « Il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution illégale. Pour décider si effet doit ou non être donné à ces lois de police, il est tenu compte de leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application. »

229. L'article 9 § 3 viendrait imposer donc un double filtre, par l'objet et par le contenu de la norme, pour l'application d'une loi de police étrangère<sup>709</sup>. A cet égard la doctrine n'a pas consolidé une interprétation de la portée d'une telle disposition<sup>710</sup>. Néanmoins, on observe que la réponse à ces questions est conditionnée par des particularités nationales et s'attarde sur le contenu de la règle, elle nous semble distraire le débat de son volet conflictuel. À notre sens, l'inclusion de ces filtres correspond à l'exigence d'un rattachement pertinent. Qu'il s'agisse de la prestation caractéristique de l'obligation litigieuse, d'autre obligation contractuelle entre les parties (paiement du prix, livraison de la chose) ou des obligations précontractuelles, l'idée sous-jacente est celle de l'identification des points de contact. Il serait excessif d'imposer au juge l'obligation d'analyser toutes les lois étrangères des pays dans lesquels les obligations du contrat doivent être exécutées<sup>711</sup>. En revanche, il est possible de considérer qu'il s'agit d'une double condition pour l'application d'une loi de police étrangère : elle doit au moins avoir un

<sup>709</sup> Il a été affirmé que la disposition trouve sa source d'inspiration dans la décision *Ralli Bros v. Compañía Naviera Sota y Aznar*, [1920] 2 K.B. 287, CA. La portée de cette décision est discutée « certains auteurs hésitent quant à la qualification du principe établi par la jurisprudence *Ralli Bros* : s'agit-il d'une règle de conflit de lois soumettant la question de la validité du contrat à la loi du lieu d'exécution ou d'un principe de droit matériel anglais selon lequel un contrat (soumis au droit anglais) est invalide si son exécution paraît contraire au droit du pays d'exécution ? V. Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*, op. cit., p. 1596, n°32-148. », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, op. cit., p. 372, note n° 59.

<sup>710</sup> S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, op. cit., p. 373 et s., « la nouvelle formulation présente l'avantage de constituer un compromis acceptable pour tous les États membres et ce faisant, d'uniformiser le sort des lois de police étrangères. La situation antérieure était, on le sait, marquée par la formulation d'une réserve de la part de plusieurs États membres à l'égard de l'article 7(1) de la Convention de Rome. Cette uniformité nouvelle, acquise à grand peine, risque néanmoins de se briser rapidement, tant sont nombreuses les questions d'interprétation soulevées par le nouveau texte ».

<sup>711</sup> « Les incertitudes entourant l'identification du lieu d'exécution des obligations découlant du contrat ont été déjà montrées. Elles sont cruciales puisqu'une loi de police ne correspondant pas au lieu d'exécution des obligations découlant du contrat n'est tout simplement prise en considération, quel que soit son objet ou son effet. Même si une telle loi de police interdisait l'exécution du contrat, elle ne serait pas consultée, dans la mesure où aucune obligation découlant du contrat n'est exécutée sur le territoire de l'État qui l'édicte. Tel pourrait être le cas d'une mesure d'embargo », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, op. cit., p. 384. Nous rallions volontiers à cette logique car, à notre sens, une loi de police ne serait pas prise en compte, même au cas où elle rendrait le contrat illicite, car ce n'est pas suffisant, il faut en plus un point de connexion c'est à dire que l'une des obligations découlant du contrat s'exécute dans l'État qu'interdit l'exécution, pour que la politique législative sous-jacente soit susceptible d'être rendue efficace. En ce sens, Bonomi donne l'exemple de deux parties établies dans les États A et B, ayant opté pour l'application de la loi B et dont les obligations contractuelles doivent être effectuées dans les États B et C. La mesure d'embargo décrétée par l'État A à l'encontre de l'État C n'a aucune chance d'être mise en œuvre devant les tribunaux d'un autre État. Un tel exemple (bien que cela ne soit pas explicitement précisé par l'auteur) suppose sans doute que l'on s'en tienne à une conception étroite de l'exécution des obligations découlant du contrat ; voir A. Bonomi, « *Overriding Mandatory Provisions in the Rome I Regulation on the Law Applicable to Contracts* », *YPII*, 2008, p. 285-300, spéc. p. 299.

contact par son origine et un contact par son objet<sup>712</sup> mais ceci n'empêcherait pas d'imposer les mêmes exigences à l'application d'une loi de police du for<sup>713</sup>.

Ayant identifié les conditions au déclenchement du mécanisme il est nécessaire de s'intéresser au moment opportun pour l'appréciation des conditions, lesquelles réunies, permettront de déclencher le mécanisme.

#### b. Le moment de la confrontation des éléments

**230.** La doctrine classique admet que les lois de police ne remplacent pas la méthode traditionnelle<sup>714</sup> et qu'elles s'appliquent sans consulter la règle de conflit bilatérale<sup>715</sup>. Ainsi il est enseigné que, contrairement à l'exception d'ordre public laquelle effectue un contrôle *a posteriori*, le mécanisme des lois de police intervient avant toute désignation de la loi compétente<sup>716</sup>. Cette idée se retrouve chez Francescakis<sup>717</sup> et se retrouve inchangée chez la

<sup>712</sup> Notre appréhension des conditions s'accorde à l'une de manières d'approcher la question notamment quant à l'objet de la loi de police étrangère consistant « à s'intéresser à l'objet de la législation en cause. Le critère de l'objet, dans une vision restrictive, conduirait à retenir uniquement les législations qui ont pour objet d'interdire l'exécution d'une obligation ou du contrat lui-même (un embargo, une interdiction de commercialisation, ou même l'obligation d'obtenir une autorisation administrative à défaut de laquelle l'activité est illégale). Dans une vision plus extensive, le critère de l'objet permettrait de retenir toutes les législations qui ont pour objet de définir et d'encadrer les obligations principales du contrat », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé, op. cit.*, p. 381.

<sup>713</sup> « La formulation restrictive de l'article 9 (3) constitue-t-elle un socle minimum (assurant au minimum que les lois de police du lieu d'exécution puissent être prises en considération) ou maximum (interdisant la prise en considération de toute autre loi de police) ? Les travaux préparatoires indiquent (malheureusement ?) que l'ambition était de réduire les possibilités d'intervention des lois de police. Il est donc peu probable que le règlement européen laisse une porte ouverte à d'autres voies d'application ou de prise en considération des lois de police étrangères au stade du règlement du conflit de lois », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé, op. cit.*, p. 384.

<sup>714</sup> Par ex. A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 226 ; M. Bonomi voit dans ce trait un indicateur d'un mode opératoire similaire à celui de l'exception d'ordre public. « *The way this exception to bilateral choice-of-law rules operates reveals another common feature between internationally mandatory rules and the doctrine of public policy (ordre public). Like ordre public, internationally mandatory rules do not replace bilateral, jurisdiction-selecting rules, but interact with them* ».

<sup>715</sup> Et non seulement en doctrine française comme le rappelle M. Nord : « L'élément fondamental est toutefois que, selon Wengler, il est possible d'appliquer la loi du for *a priori*, sans consulter la règle de conflit classique. Le principe du recours systématique à cette dernière, qui prévalait auparavant chez la plupart des auteurs, notamment chez Bartin, est remis en cause, une brèche étant ainsi ouverte. Une méthode nouvelle apparaît ainsi pour résoudre les conflits de lois », N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé, op. cit.*, p. 8, spéc. n° 12. Dans le même sens P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 106, spéc. n° 10 : « La distinction de l'exception d'ordre public et de la catégorie des lois de police offre plusieurs intérêts. D'abord, sur le plan de la méthode. Le premier, qui n'est pas le moindre, relève de l'évidence : appliquer une loi de police du for évite la recherche du contenu de la loi étrangère éventuellement applicable. Le deuxième avantage est dans la suite logique du précédent : il n'y a pas alors à comparer le contenu de la loi étrangère avec les valeurs intangibles du for ». Adde C. Fresnedo de Aguirre, « Public Policy : Common Principles in the American States », *Recueil de cours*, Vol. 379, 2016.

<sup>716</sup> A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 229 « *rules of necessary application are to be applied irrespective of the content of foreign law. The first operates after the governing law has been selected, whereas the latter are applicable 'prior to any choice of law designation'* ».

<sup>717</sup> « Selon lui, ces règles sont appliquées d'une façon dérogatoire par rapport au raisonnement classique car elles mettent en cause l'organisation étatique et ne peuvent ainsi entrer en concurrence avec une quelconque loi étrangère. L'attention est focalisée sur la loi du for, la loi étrangère désignée par la règle de conflit n'étant pas

plupart des auteurs contemporains<sup>718</sup>. Malgré sa prédominance, cette théorie n'a pas réussi à convaincre les détracteurs du mécanisme des lois de police pour qui la non prise en considération de la règle de conflit est à l'origine de la défiance, de l'association à la méthode unilatéraliste, et du soupçon de territorialisme<sup>719</sup>.

**231.** Cependant, une nouvelle proposition se retrouve en doctrine selon laquelle dans la succession des étapes de l'opération de sélection de la loi applicable à un contrat international, la qualification d'une règle comme loi de police peut être pratiquée à un moment postérieur à la détermination de la *lex contractus*<sup>720</sup>. Il ne s'agit pas d'une vision isolée puisque plusieurs auteurs expriment l'idée selon laquelle l'éviction de la loi étrangère s'effectue, à l'instar de l'exception d'ordre public, après la désignation de la loi compétente<sup>721</sup>.

**232.** En effet, une telle analyse s'accorde difficilement avec l'idée d'immédiateté<sup>722</sup>, indissociable aux lois de police depuis son origine. Néanmoins, si elle emporte notre conviction

---

écartée en raison de son contenu ou du résultat qu'elle produit mais car seule la norme du for convient. Francescakis considère qu'il vaut effectivement mieux appliquer ces lois de façon immédiate plutôt que consulter la règle de conflit, établir le contenu de la loi que celle-ci désigne puis finalement évincer cette dernière alors que seul le recours à la *lex fori* est convenable. Il est préférable de procéder à ce qu'il appelle une « *économie de raisonnement* » plutôt que de tenir une réflexion conflictuelle que l'on sait vain dès le départ », N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 9, spéc. n° 14.

<sup>718</sup> Par exemple N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, p. 11, spéc. n° 18 : « Ainsi, une loi de police intervient, avant le jeu de la règle de conflit mais surtout celle que soit la loi désignée par cette dernière son contenu et le résultat qu'elle consacre, même s'il est identique à celui produit pour la loi de police. » L'auteur effectue un contraste avec l'exception « Au contraire, l'exception d'ordre public international ne joue qu'une fois la règle de conflit appliquée, la loi étrangère désignée, ses dispositions étant connues. De plus, la règle étrangère n'est pas appréciée *in abstracto* mais *in concreto*. Son contenu n'est pas décisif en tant que tel. Ce qui importe est le résultat de son application. Ainsi, une loi étrangère choquante en apparence peut jouer malgré tout dès lors qu'elle produit un résultat admissible ».

<sup>719</sup> Il est possible d'observer la critique soulevée par M. Vincent Heuzé en ces termes : « Depuis un certain nombre d'années, la doctrine s'est accoutumée à l'idée que, lorsque la réglementation d'une matière quelconque du droit international privé est assurée au moyen de la méthode bilatéraliste des conflits de lois, celle-ci ne disposeraient cependant que d'un rôle subsidiaire, parce qu'elle serait insusceptible de servir à la désignation de certaines règles substantielles, qualifiées « d'application immédiate ». En conséquence on enseigne aujourd'hui de façon unanime que la solution de tout litige international passerait d'abord par la détermination du domaine de compétence de ces lois et que ce serait seulement si aucune d'entre elles n'était applicable à l'espèce considérée que la méthode conflictuelle pourrait être mise en œuvre. Et pourtant, nous devons nous déclarer en désaccord avec cette thèse, également, parce que l'analyse sur laquelle elle repose nous semble logiquement inacceptable », V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 324.

<sup>720</sup> « C'est donc bien en définitive sans difficulté que l'examen de la question de l'éventuelle interférence d'une loi de police peut être en pratique retardé à un stade postérieur à la mise en œuvre de la règle de conflit bilatérale classique », P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, spéc. p. n° 46.

<sup>721</sup> Par ex. A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *op. cit.*, p. 230: « *Only in case of incompatibility does a true conflict arise and lead to the exclusion of the foreign rule. However, this can only be decided after the lex causae has been selected, because only at this moment a comparison between the foreign and the domestic rules takes place. In other words, the exclusion of a foreign rule of law is only possible a posteriori, exactly as happens in the case of ordre public* ».

<sup>722</sup> *Rappr.* B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*, n° 314 et n° 357 : « Nous démontrons par ailleurs dans ce titre que l'immédiateté de l'application d'une norme n'étant pas de l'essence du mécanisme des lois de police, il est concevable, et même souhaitable, de s'informer sur la loi « normalement » applicable, afin de savoir si celle-ci contrarie effectivement l'objectif que l'auteur de la loi de police souhaite voir réalisé ».

ce n'est pas par un souci de convenance car elle s'alignerait avec la théorisation des lois de police en tant que mécanisme puisque leur nature correspondrait à celle d'une *exception*<sup>723</sup>, même si elles sont pourtant appréhendées comme des *règles*. Or, le risque de tomber dans la confusion avec le mécanisme d'exception d'ordre public est majeur lorsqu'on se réfère aux lois de police en tant qu'exception<sup>724</sup>. Toutefois, ce risque ne suffit pas à décourager cette intuition qui est la nôtre.

**233.** En revanche, elle l'emporte grâce à une autre raison se révélant puissante. Le forçage théorique de l'immédiateté des lois de police se trouve en contradiction avec leur nature pratique qui semble plutôt se rapprocher d'un correctif ponctuel du critère de rattachement retenu par la règle de conflit bilatérale. Les lois de police sont, à l'instar du mécanisme d'exception, un correctif<sup>725</sup>, les premières agissant sur le critère de rattachement, le second sur le contenu de la loi.

**234.** Ainsi la détermination du rayon d'action requis pour la pleine efficacité de la politique législative commande au juge de constater qu'elle n'est pas déjà prise en charge par l'application de la règle bilatérale. En cas d'une réponse négative à la question de la prise en charge effective de la politique législative, le juge peut donc procéder à la constatation de l'insertion de la situation dans le champ couvert par la loi de police et appliquer cette dernière à la situation. Il est possible de constater que la loi de police évince la règle de conflit de lois ordinaire avant même de pouvoir évincer la loi étrangère compétente. Certes, la loi compétente est évincée au profit de la loi de police « pour des raisons de rattachement insuffisamment

---

<sup>723</sup> Or, Mme. Muir Watt (« Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé », *Arch. Philo. dr.*, 2003, t. 47, p. 244) nous rappelle que la théorisation des lois d'application immédiate a été appréhendée comme une méthodologie d'exception par Ph. Francescakis, (« Quelques précisions sur les lois d'application immédiate », *Rev. crit. DIP* 1966.1) et qu'elle est rarement contestée (v. cep. Andreas Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil de cours*, t. 239, 1993, 9-116).

<sup>724</sup> L. d'Avout, « Les lois de police » p. 97. M. d'Avout admet que les lois de police sont une exception et affirme, à l'occasion de l'arrêt *Arblade*, que ce dernier « suscitera, après le règlement Rome I, une postérité importante, depuis que la notion de loi de police est légiférée dans le droit de l'Union, qu'une interprétation uniforme en est prescrite et que la Cour de justice est compétente pour vérifier le respect, dans le États membres, de l'acquis européen constitué du règlement Rome I, ainsi que de la hiérarchie instaurée par celui-ci entre la règle de conflit et l'exception tirée des lois de police. ».

<sup>725</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *op. cit.*, p. 207, spéc. p. n° 31, M. de Vareilles-Sommières affirme que « c'est l'ordre public tel que conçu par la loi de police qui impose l'application de cette dernière sans considération de la loi désignée par la règle de conflit. Il est classique de noter que l'ordre public joue ici de façon tout à fait dérogatoire par rapport aux règles relatives à son intervention dans le cadre de l'exception d'ordre public, puisque il déclenche directement la compétence de la loi de police sans le jeu préalable de la règle de conflit [d'où le fait qu'on parle, avec Francescakis, de « loi d'application immédiate », et certains évoquent à cet égard un « ordre public de rattachement »], et non, comme dans l'exception d'ordre public, l'inapplicabilité de la loi désignée par la règle de conflit à raison d'un contenu conduisant à une solution inacceptable aux yeux du for, du fait de sa contrariété aux valeurs fondamentales et aux principes de justice de ce dernier».



pertinent »<sup>726</sup> puisqu'elle ne tiendrait pas compte de ce qui exige l'efficacité de la politique législative, poursuivie. Or la règle de conflit, n'ayant pas pu assurer l'efficacité de la politique législative doit-elle aussi être exclue<sup>727</sup>.

**235.** Dans une opération de sélection de la loi applicable à un contrat international, comprise comme une succession d'étapes, les lois de police comprendraient une phase postérieure à la règle de conflit et préalable à l'exception d'ordre public. Ainsi, dans cette séquence on observe que le juge peut considérer pertinent de substituer le filtre initial relatif à l'origine de la loi – posé par la règle de conflit de lois ordinaire – par un nouveau filtre, lui aussi, relatif à l'origine de la loi<sup>728</sup>. M. de Vareilles-Sommières observe que lors de ce remplacement, aucune comparaison hiérarchisée entre la loi de police et la loi désignée par la règle ordinaire de conflit de lois<sup>729</sup>, n'a lieu. La loi de police prévaut non par une différence de hiérarchie mais par le respect du principe *specialia generalibus derogant*<sup>730</sup>.

**236.** L'observation précitée se voit couplée par une observation complémentaire. En effet, la doctrine admet que la méthode des lois de police atteste d'un unilatéralisme partiel<sup>731</sup> puisqu'une loi de police n'est pas applicable à une matière et doit au contraire être analysée au cas par cas. Dans cet ordre d'idées, la croyance générale selon laquelle les lois de police constitueraient une méthode « qui ne peut être utilisée que concurremment avec le procédé

<sup>726</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, op. cit., p. 245 : « la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois est en réalité évincée au profit de la loi de police for... pour des raisons de rattachement insuffisamment pertinent, non pour des raisons de contenu inadmissible. Avant même de pouvoir évincer la loi étrangère désignée par la règle ordinaire de conflit de lois, la loi de police évince en effet radicalement cette même règle de conflit de lois ordinaire, mise à l'écart pour ce qui est de la désignation de la loi applicable au cas en cause. Le facteur de rattachement de la règle de conflit ordinaire du for est jugé inopportun car il n'est pas fixé en tenant compte de ce qu'exige l'efficacité de la politique législative poursuivie par la loi de police ».

<sup>727</sup> À nouveau, le phénomène de cristallisation des lois de police s'avère opportun pour appréhender le mécanisme. Prenons exemple dans les dispositions substantielles de protection au consommateur : avant l'intervention législative au niveau de la règle de conflit, le juge avait recours au mécanisme des lois de police pour rendre effective la politique législative de protection du consommateur. Ainsi on observe que les premières manifestations du besoin d'efficacité d'une politique législative peuvent se manifester par le mécanisme des lois de police, si la tendance persiste, le législateur est susceptible d'intervenir, notamment par des règles de conflit à coloration matérielle. La politique législative se trouverait aussi présente lors du jeu de la règle bilatérale par le biais de l'exception d'ordre public « la méthode savignienne laisse donc place à la prise en compte des politiques législatives pour faire obstacle à une compétence législative acquise, à défaut de lui faire jouer un rôle au stade initial du choix de la loi compétente », P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », op. cit., note n° 84.

<sup>728</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, op. cit., p. 246.

<sup>729</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, op. cit., p. 247 spéc. n° 85.

<sup>730</sup> « Le rattachement de la loi de police prévaut sur le rattachement de la règle de conflit de lois ordinaire non parce qu'il est de rang hiérarchique supérieur et qu'il invalide le rattachement de la règle de conflit de lois qui le violerait, mais parce que, comme rattachement spécial, il déroge au rattachement général posé par la règle de conflit ordinaire, conformément à la règle *specialia generalibus derogant*. », P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, op. cit., p. 248, spéc. n° 87.

<sup>731</sup> Voir V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », op. cit., n° 357 et les auteurs cités par lui.



classique des règles de conflit bilatérales »<sup>732</sup> serait inexacte. Deux méthodes ne peuvent être concurrentes que si elles visent le même objectif, ce qui n'est pas le cas entre la règle de conflit et les lois de police. Ainsi, si les lois de police ne représentent, au sens conflictuel, aucune règle mais répondent à la nature d'une exception, il est donc nécessaire d'appréhender le phénomène non comme une méthode concurrente mais comme une phase complémentaire à la règle de conflit bilatérale. Informés sur le moment d'appréciation des conditions la question se pose de savoir quel est l'effet à la mise en œuvre du mécanisme des lois de police.

## 2. L'effet de l'opération de confrontation des éléments

**237.** L'effet de la mise en œuvre du mécanisme des lois de police est peu discuté en doctrine. Il s'agit d'un effet doublé d'un détachement et d'un rattachement. Or, il est intéressant de noter que l'effet de détachement est, contrairement au mécanisme d'exception, plus précis. Nous avons observé que l'exception d'ordre public permet d'évincer en « bloc » l'application de la loi étrangère. Or, le mécanisme des lois de police aura, pour sa part, l'effet de rééquilibrer le rattachement à une règle spécifique<sup>733</sup>. Il existe un doute sur l'effet de rattachement attribué à l'exception d'ordre public<sup>734</sup>, en revanche, dans le mécanisme des lois de police, l'effet de rattachement est acquis comme une conséquence logique. Le débat concernant l'effet de rattachement de l'exception d'ordre public ne se retrouve donc pas quant au mécanisme des lois de police<sup>735</sup>.

**238. L'effet attribué aux lois de police étrangères.** Cette affirmation doit être immédiatement nuancée puisque l'incertitude se présente à nouveau concernant l'effet à reconnaître aux lois de police étrangères<sup>736</sup>. La question se pose de savoir, lorsque la mise en œuvre du mécanisme

<sup>732</sup> *Comp.* V. Heuzé, « La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes », *op. cit.*, n° 35 : « il n'y a donc nécessairement cumul, mais aussi hiérarchie des méthodes, la primauté étant donnée à celle des lois de police ».

<sup>733</sup> *Rappr.* « Ce sont simplement des lois internes de pur droit privé dont le législateur, par dérogation à la règle de conflit habituelle, détermine explicitement le domaine d'application internationale. », P. Courbe, « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 108, n° 11. « Sans minimiser ces différences, observons que la rupture de la communauté juridique engendre toujours le même effet, l'éviction de la règle de conflit. Une telle constatation légitimerait sans doute la dénomination jurisprudentielle de lois d'ordre public, si elle n'encourageait la confusion des moments et des figures de l'intervention de la notion. » Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, p. 10, page 496

<sup>734</sup> Voir *supra* § 68 et s.

<sup>735</sup> En ce sens voir A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 230, « *these uncertainties have no reason to exist when the exclusion of a foreign rule is the result of the mandatory application of a domestic rule of law, because in this case there is no gap to be filled* ».

<sup>736</sup> « ...l'effet attribué aux lois de police étrangères reste incertain. La question de savoir si l'on se réfère à un mécanisme d'application de la loi de police étrangère ou à une prise en considération de celle-ci, en tant qu'élément factuel, dans le cadre de la mise en œuvre de la *lex causae*, n'est pas tranchée », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, dans *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexis-Nexis, Paris, 2011, p. 372.

s'impose, comment la loi étrangère s'applique dans le for. Trois solutions ont été envisagées : l'application directe comme le prévoit la Convention de Rome, l'application comme un *fait*, et l'application sanctionnée par le for<sup>737</sup>. Pour répondre à la question et permettre de choisir l'une des trois solutions envisagées, il nous semble nécessaire de rappeler une autre observation avancée en doctrine.

**239.** Il est couramment admis que la loi de police du for, comme expression d'une politique législative domestique fondamentale, déroge à la règle de conflit bilatérale selon le principe *lex specialis derogat generali*<sup>738</sup>. En revanche, lors de l'application d'une loi de police étrangère il a été avancé que la disposition en cause n'est pas susceptible de déroger à la règle de conflit bilatérale mais peut être prise en considération<sup>739</sup> comme un élément auquel la loi désignée par la règle de conflit bilatérale attache un effet substantiel<sup>740</sup>. Or, à notre sens, les deux affirmations sont partiellement exactes puisque le mécanisme des lois de police ne déroge pas, en sa totalité, à la loi compétente. Au contraire, il rééquilibre le rattachement à une règle spécifique. Il s'agit d'une réponse matérielle à une situation de fait, comportant la majeure du syllogisme qui permet de répondre à la question juridique. Il s'ensuit que l'application d'une règle à titre de loi de police, lorsqu'elle remplit les conditions à son application, ne peut être prise en compte comme un fait car l'appréciation de deux faits, autrement dit, de deux mineures du syllogisme, ne permettrait pas d'apporter une réponse à la question.

<sup>737</sup> Telle est la méthode adoptée par les Principes de la Haye. Dans son article 11, paragraphe 2 cet instrument retient que : « La loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération les lois de police d'une autre loi ». « Sur la question de l'applicabilité de la loi de police étrangère, les Principes ne prennent donc pas eux-mêmes position, mais laissent le droit international privé du for déterminer si, et dans quelle mesure, la loi de police étrangère peut tenir en échec la *lex contractus* lorsque cette dernière a été choisie par les parties... Par où l'on voit aussi que le phénomène de la loi de police, alors même qu'il s'analyse au départ comme un cas *d'exclusion de l'autonomie conflictuelle dans l'intention de l'État auteur d'une telle loi*, n'est pas strictement incompatible avec le *maintien d'une part d'autonomie conflictuelle, y compris pour des questions contractuelles couvertes par la loi de police concernée*. », (italiques d'origine) 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. 426 et p. 427.

<sup>738</sup> *Rappr.* de A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *op. cit.*, p. 234 ; également de L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 96, lorsque l'auteur affirme : « les lois de police évoluent dans le domaine des conflits de lois en droit privé, où elles font figure de *lex specialis* par rapport aux règles synthétiques de rattachement, applicables en qualité de *lex generalis* ».

<sup>739</sup> « *The situation is entirely different when a court is confronted with a foreign mandatory rule that does not belong to the legal system designated by the choice-of-law rules of the forum. Even if that rule is regarded as internationally mandatory in the country where it is in force, it cannot override as such the choice-of-law rules of the forum... In such cases, however, the foreign mandatory rule is not applied as such, but only taken into consideration 'as a datum' to which the law designated by the choice-of-law rules attaches some substantive effects. Its main shortcoming is that the effect of the foreign rules entirely depends upon the substantive rules of the lex causae, even if the latter is a foreign law. Thus, the decision whether to give effect to the rules of a third country is shifted from the lex fori to a foreign law, which is not entirely justified.* » A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *op. cit.*, p. 234.

<sup>740</sup> En outre, il est nécessaire de garder à l'esprit que l'effet de la loi étrangère dépend directement de la règle substantielle de la *lex causae*.

**240.** À l'appui de cette affirmation il est possible d'avancer un exemple : prenons l'hypothèse d'un contrat de vente d'après lequel le vendeur délivrerait les biens qui ne seraient pas conformes au contrat. On suppose alors que la *lex contractus* est une loi étrangère au for qui impose à l'acheteur l'obligation d'informer le vendeur sur la non-conformité dans un délai raisonnable après la découverte de la non-conformité sans prévoir de formalités particulières pour la notification. En revanche, la loi du for exige une notification par écrit et prévoit que la notification doit être faite dans le six mois suivant la délivrance. Si le délai est interprété par le for comme une loi de police, le juge l'appliquera malgré la désignation d'une loi étrangère compétente. Si la formalité écrite n'est pas elle aussi considérée comme une loi de police, le litige concernant la formalité sera régi par la *lex causae* étrangère et la forme orale saura suffire. Par cette illustration on peut observer que le fait qu'une question en particulier soit régie par une loi de police n'exclut pas l'application d'une loi étrangère désignée par la règle de conflit bilatérale<sup>741</sup> à d'autres questions issues de la même relation contractuelle.

**241.** Il est donc possible d'affirmer que l'application des lois de police, qu'elles proviennent du for ou qu'elles soient étrangères, aura toujours l'effet de rattachement à une règle spécifique autre que la *lex contractus*. Cette affirmation adhère à la tendance doctrinale française qui prône une admission des lois de police sans regard de sa source.

\*

\*      \*

**242. Conclusion au chapitre.** L'analyse des constructions doctrinales autour du fondement et de la mise en œuvre du mécanisme des lois de police a fait l'objet de ce chapitre, elle nous a permis d'établir une grille de lecture commune aux ordres juridiques français et mexicain afin de préparer l'étude ultérieure de son régime. Il a été remarqué que les constructions doctrinales se trouvent à des paliers différents de développement, la doctrine mexicaine se montrant moins préoccupée d'étendre ces constructions.

Au regard du fondement, la formule selon laquelle les lois de police ont la double qualité d'être matériellement impératives et conflictuellement dérogatoires permet de croire que le chemin est pavé en doctrine française pour appréhender le phénomène des lois de police comme un mécanisme, dès lors qu'il existe une relation de cause à effet entre l'efficacité de la politique législative et la dérogation au critère de rattachement. L'idée, déjà exprimée par certains auteurs,

---

<sup>741</sup> Exemple proposé par M. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 227.

nous semble ne pas avoir été appréciée dans sa juste mesure. Cette intuition a été renforcée par l'analyse de la mise en œuvre des lois de police.

Quant à la mise en œuvre, nous avons observé que la méthode des lois de police, traditionnellement assimilée à une catégorie des lois, pourrait être appréhendée différemment, c'est-à-dire, comme une relation de cause à effet. L'opportunité de saisir la notion de lois de police comme un mécanisme s'est révélée pertinente car l'analyse de l'approche traditionnelle permet de constater de difficultés majeures non résolues, telles que la catégorisation et la qualification des lois de police. D'un point de vue formel, aucun ensemble de règles n'a été spécifiquement identifié de manière indéfectible comme des lois de police, la qualification se présentant toujours de manière circonstancielle. D'un point de vue matériel, le régime juridique des lois police semble se construire au cas par cas, sans visée d'ensemble. Faute d'ensemble homogène il est incertain que l'on puisse, à l'heure actuelle, affirmer que les lois de police forment une catégorie juridique. Ainsi, l'articulation de ces contraintes justifie l'abandon du dogme des lois de police comme une catégorie et ouvrent la possibilité d'une appréciation comme un mécanisme lié à l'ordre public qui se distingue de l'exception d'ordre public, même si cette lecture impose aux lois de police de ne pas abandonner leur caractère exceptionnel<sup>742</sup>. L'approche proposée, si notre lecture ne trahit pas l'intention des auteurs, semble suivre le chemin tracé par les solutions déjà envisagées en doctrine afin de sortir des impasses du procédé d'application des lois de police, notamment les analyses de MM. Audit et d'Avout.

**243.** La grille de lecture ainsi dégagée envisage les lois de police comme traduisant le rapport de causalité entre le respect de la règle, jugé crucial pour la sauvegarde d'intérêts internes (cause), et l'exigence de son application à toute situation internationale rentrant dans son champ d'application (effet). Par recours au mécanisme il serait possible pour le juge de déroger au facteur de rattachement dès lors que la protection d'une politique législative est en jeu. L'opération intellectuelle lors de la mise en œuvre consiste bien à confronter deux éléments. Les éléments confrontés ont été identifiés dans un premier temps dans la thèse de M. Remy, un élément de référence et un élément contrôlé. En effet, l'ensemble des auteurs s'accordent à fixer l'élément de référence dans la politique législative sous-jacente à la disposition matérielle pour laquelle le juge reconnaîtra le caractère super-impératif. En revanche, la doctrine se divise lorsqu'il s'agit d'identifier l'élément contrôlé : pour une partie, l'élément contrôlé serait la loi étrangère, autrement dit le contenu de la loi désignée par la règle de conflit, tandis que pour

---

<sup>742</sup> L'analyse des lois de police comme un mécanisme s'avère conciliateur entre le principe et l'exception « dans les cas où le principe est une règle bilatérale, de source écrite et d'origine supranationale, et que l'exception est constituée du standard des lois de police, unilatéralement rempli par l'effet de la volonté des États assujettis à la règle », L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 118.

d'autres il s'agirait du facteur de rattachement. La seconde de ces thèses, avancée par M. de Vareilles-Sommières, a emporté notre conviction dès lors qu'on observe que le mécanisme de lois de police ne formule pas d'exigences vis-à-vis des lois étrangères mais se concentre sur l'efficacité des politiques législatives fortement rattachées à la situation en cause. Dès lors que l'efficacité risque d'être négativement affectée par l'application en l'espèce, d'une autre loi, un facteur de rattachement dérogatoire plus approprié peut être retenu et s'impose sur le rattachement général admis par la règle de conflit. La possibilité d'adaptation des critères de délimitation du champ d'application dans l'espace s'avère particulièrement important en matière contractuelle.

**244.** Cependant, le déclenchement du mécanisme répond à certaines conditions qu'il a fallu identifier. À cet égard, l'analyse de M. Bernard Audit a apporté ses lumières. Pour les raisons avancées dans ce chapitre, nous adhérons volontiers à la proposition de l'auteur concernant le besoin d'un raisonnement circonstancié, au détriment d'une qualification prédéterminée suivie d'un rattachement systématique. Il est dès lors indispensable de vérifier, à chaque espèce, « l'intérêt effectif d'appliquer la disposition en cause au regard du rattachement particulier de la situation à l'ordre juridique dont elle émane, rapporté à la politique législative poursuivie... »<sup>743</sup>. On observe donc que le seuil du déclenchement se trouve dans la déstabilisation de la politique législative sous-jacente et que la forte relation entre cette dernière et le critère de rattachement qui la rend effective est la clé pour l'appréhension des lois de police en termes de mécanisme. D'autant plus que, l'identification de ces conditions permet une lecture harmonisée de la protection *in concreto* du contenu de l'ordre public.

Ainsi, le mécanisme des lois de police répond à deux conditions indépendamment de son origine : le juge n'aura la possibilité de déroger au critère de rattachement normalement applicable que s'il existe une *proximité* entre la situation en cause et l'ordre juridique dont est issue la loi de police et que la protection de la politique législative poursuivie s'avère *pertinente* en l'espèce. L'identification de ces conditions semble profiter, à notre avis, à l'utilisation mesurée du procédé et à l'appréhension d'ensemble des lois de police en délaissant les divergences entre les lois de police du for et lois de police étrangères. Une telle proposition de généralisation du régime des lois de police a été avancée en doctrine par M. d'Avout qui conçoit la possibilité de généraliser un test combiné d'acceptabilité normative, de proximité et d'équité.

**245.** La confrontation d'éléments et l'identification des conditions nous a conduit naturellement à évoquer le moment de la confrontation d'éléments. À notre avis, la confrontation d'éléments

---

<sup>743</sup> B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, *op. cit.*, p. 25.

se produit nécessairement après la désignation de la loi compétente. En effet, la lecture d'ensemble se distingue de l'approche classique selon laquelle les lois de police s'appliquent sans consulter la règle de conflit bilatérale ; et s'appuie sur la récente proposition doctrinale qui envisage les lois de police comme l'une des étapes dans l'opération de sélection de la loi applicable à un contrat international et qui admet la qualification d'une règle comme loi de police peut être pratiquée à un moment postérieur à la détermination de la *lex contractus*. En ce sens, il a été observé que la détermination du champ d'application d'une norme substantielle, en raison de la valeur qui est attachée à cette norme (procédé traditionnel d'application d'une loi de police), rend susceptible à l'auteur de la norme de conflit de se confondre avec l'auteur de la norme substantielle. Ainsi, si les lois de police ne représentent pas, au sens conflictuel, une règle mais répondent à la nature d'une exception, il est donc nécessaire d'appréhender le phénomène non comme une méthode concurrente mais comme une phase complémentaire à la règle de conflit bilatérale.

Finalement, nous avons observé que le recours au mécanisme se traduit par un double effet de détachement de la loi, désignée ou choisie, et de rattachement à la loi permettant d'assurer l'efficacité de la politique législative visée. Le double effet trouve son fondement dans le principe *lex specialis derogat generali*.

**246.** À l'instar du mécanisme d'exception, les lois de police ont été confondues avec leur contenu, ce « fond social intangible ». Or, une appréhension dans les termes précédemment exprimés permettrait de faire la distinction entre le contenu et le mécanisme. Cette proposition ne vise pas à rapprocher les mécanismes liés à l'ordre public, bien au contraire, l'idée de départ selon laquelle l'affinité entre l'exception d'ordre public et le mécanisme de lois de police ne serait qu'apparente<sup>744</sup>, se conforte au fil des développements de la doctrine française et les nouvelles propositions avancées. Il n'est pas ignoré que la démarche que nous avons entreprise d'appréhender ce phénomène comme un mécanisme et non comme une catégorie des lois se trouve à rebours de la tendance prédominante en doctrine, ou pour le moins non entièrement alignée, l'intention est de participer à la réflexion autour des difficultés non résolues par la doctrine contemporaine qui s'efforce d'identifier *a priori*<sup>745</sup> les lois de police. Il convient

<sup>744</sup> Car ni l'impérativité internationale qui lui est attaché, ni l'effet d'éviction que cette dernière comporte, vis-à-vis de la loi étrangère, seraient égales. Voir, P. de Vareilles-Sommières, *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère*, *op. cit.*, p. 238, n° 76 et s.

<sup>745</sup> « Les incertitudes liées aux nouvelles conditions imposées à l'application des lois de police étrangères révèlent la difficulté qu'il y a à vouloir enfermer ce phénomène dans des conditions posées *a priori* », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, p. 373.



désormais de confronter cette hypothèse aux manifestations du mécanisme de lois de police en droit positif.

## **Chapitre 2 - Les manifestations du mécanisme des lois de police en droit positif**

247. Par l'analyse des manifestations du mécanisme des lois de police en droit positif, nous entendons appréhender son régime juridique<sup>746</sup>. Toutefois, l'étude de ce régime doit être abordée avec circonspection compte tenu d'un problème majeur : celui de son morcellement. En effet, puisque le régime des lois de police ne constitue pas un ensemble ordonné de règles, la possibilité de bâtir une liste à vocation omni-compréhensive semblerait être un exercice d'utilité. Cependant, à l'instar de nos prédécesseurs, nous renoncerons d'emblée à l'ébauche d'un tableau, pays par pays, des lois de police identifiées en matière contractuelle<sup>747</sup>. S'agissant d'un phénomène en évolution constante, son appréciation figée dans le temps<sup>748</sup> ne saurait être qu'un exercice limité, tel que le serait la description d'un film à partir d'une photographie<sup>749</sup>. Nous observerons que les manifestations en droit positif du mécanisme des lois de police s'avèrent asymétriques dans les systèmes juridiques objet de notre étude. Nous avons constaté qu'à l'égard des lois de police la doctrine française est abondante à la suite des efforts visant à théoriser une attitude jurisprudentielle. Puisque la jurisprudence constitue l'interprétation des dispositions législatives, il est possible d'affirmer que les dispositions permettant l'application d'une règle matérielle à titre de loi de police est une réalité pour le système juridique français. Le sujet que nous intéressera dans un premier temps est donc le recours réel au mécanisme des lois de police en droit français (Section 1). La question se posera de savoir, dans un second temps, si la réalité pour le système juridique français est à son tour une possibilité pour le système juridique mexicain (Section 2).

<sup>746</sup> Régime : *N. m.* – Lat. *regimen*, de *regere* : diriger. I (th. gén.) 1. Système de règles, considéré comme un tout, soit en tant qu'il regroupe l'ensemble des règles relatives à une matière (ex. régime constitutionnel, régime foncier), soit en raison de la finalité à laquelle sont ordonnées les règles (ex. régime de protection, régime pénitentiaire) ; corps cohérent de règles. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 8ème édition, 2009.

<sup>747</sup> « Il n'est pas question ici de faire un tableau, pays par pays ou matière par matière, des lois de police identifiées en matière contractuelle, même si l'exercice présente un intérêt pratique certain », S. Francq et F. Jault-Seseké, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, *op. cit.*, p. 393.

<sup>748</sup> Par le phénomène en évolution nous faisons référence à l'ordre public, source du mécanisme de lois de police.

<sup>749</sup> Cette comparaison nous renvoie à celle faite par Julio Cortázar lors de son cours de littérature à l'Université de Berkeley « *es aquí donde podemos hacer una doble comparación pensando también en el cine y en la fotografía : el cine sería la novela y la fotografía el cuento. Una película es como una novela, un orden abierto, un juego donde la acción y la trama podrían o no prolongarse... (la fotografía) Como el cuento, son al mismo tiempo un extraño orden cerrado que está lanzando indicaciones que nuestra imaginación de espectadores o de lectores puede recoger y convertir en un enriquecimiento de la foto* », J. Cortázar, *Clases de literatura*, Berkeley, 1980, Ed. Debolsillo, 2017.

## *Section 1. Les manifestations réelles du mécanisme de lois de police dans le système juridique français*

**248.** Afin d’appréhender le régime des lois de police en droit français, nous étudierons premièrement<sup>750</sup>, les règles qui permettent le recours au mécanisme (§1) pour s’intéresser ensuite à la jurisprudence ayant recours au mécanisme (§2).

### **§ 1. Les règles permettant le recours au mécanisme des lois de police**

**249.** L’appréhension que nous soutenons suppose une adaptation du paradigme traditionnel du mécanisme des lois de police. Ainsi, lorsqu’on fait référence aux règles permettant le recours, nous ne nous intéresserons pas aux règles matérielles internes qualifiées de lois de police mais aux dispositions permettant une telle qualification, autrement dit aux règles autorisant au juge d’adapter le facteur de rattachement. Dans le système juridique français, les dispositions permettant le recours au mécanisme des lois de police sont de source nationale mais aussi de source supranationale. Conception particulariste<sup>751</sup> du droit international privé oblige, la possibilité d’appliquer une règle à titre de loi de police était déduite, dans un premier temps, des règles de droit national (A). Par la suite, et notamment lors des dernières décennies, l’application du mécanisme des lois de police a été possible par le recours à certaines dispositions dans plusieurs instruments supranationaux<sup>752</sup> (B).

---

<sup>750</sup> Cette démarche s’accorde avec l’objectif d’analyser les lois de police comme un mécanisme et non comme une catégorie de dispositions substantielles. Pour une proposition différente voir N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003, pp. 33-40, spéc. n<sup>os</sup> 61-71. L’auteur prend comme point de départ l’analyse des dispositions matérielles qualifiées comme lois de police et cite donc divers exemples dans lesquels les normes édictées ont été assorties par le législateur d’un champ d’application spécifique. Pour notre analyse nous avons effectué le choix de ne pas tenir compte du contenu si n’est-ce que pour identifier la correcte mise en œuvre du mécanisme.

<sup>751</sup> Audit et d’Avout, septième édition refondue, n<sup>o</sup> 5, p. 3.

<sup>752</sup> Dans l’étude des instruments internationaux nous nous intéresserons aussi aux instruments de droit souple adoptant à son tour cette notion. Toutefois, il est possible de constater que la définition de la notion des lois de police n’emporte pas l’unanimité parmi la multitude de systèmes juridiques. Même au niveau européen il n’est pas possible de trouver une définition homogène. Comme nous l’avons constaté c’est le règlement Rome I, qui a le mérite d’avoir consolidé une définition en matière contractuelle des lois de police dans son article 9 paragraphe 1 ; « La définition des lois de police, selon le texte, suppose ainsi à la fois un élément structurel (disposition impérative), un élément fonctionnel (une application exigée quelle que soit la loi applicable dès lors que la situation entre dans son champ d’application) et un élément matériel (soit l’intérêt public décliné en organisation politique, sociale ou économique) », S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », in M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d’un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2008, p. 100.

## A. Les règles de droit national permettant le recours au mécanisme de lois de police

**250.** L'appréhension traditionnelle des lois de police comme une catégorie de lois permettrait de croire à une possible analyse de son régime par le retracement et la compilation des règles auxquelles le législateur a donné un domaine d'application renforcé. Cependant, l'expérience de nos prédécesseurs démontre les difficultés liées à une telle démarche<sup>753</sup>, notamment et de manière énonciative : les inexactitudes du langage employé par le législateur et le juge<sup>754</sup>, l'hétérogénéité des critères pris en compte pour la qualification et les contraintes liées à la rigidité d'une liste préétablie.

**251.** En effet, une problématique aussi profonde et ancrée est une force dissuasive pour l'étude du régime des lois de police or, une approche différente demeure possible pour surmonter cet obstacle. La possible solution que nous visons peut se construire à partir de l'observation, peu discutée en doctrine, selon laquelle le système juridique français a trouvé son premier fondement pour le recours au mécanisme des lois de police dans l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil<sup>755</sup>. Le recours des tribunaux français à cette règle était manifeste lorsqu'ils apportaient une solution différente de celle dictée par l'application de la règle de conflit bilatérale<sup>756</sup> à la question sur la loi applicable à un contrat international. Un exemple du recours à l'article précité se trouve dans la jurisprudence dite *Agintis*<sup>757</sup>, dans laquelle la Chambre mixte 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 ».

<sup>753</sup> Pour les difficultés soulevées par une telle démarche, voir P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 107, n° 11 et s.

<sup>754</sup> Ancel et Lequette, *Grands arrêts*, n° 53-2, p. 490 : « Pour désigner ce mode de règlement, la doctrine contemporaine emploie indifféremment deux expressions... Signalons enfin que la jurisprudence n'a pas tranché ; bien plus, elle tend à aggraver l'indécision terminologique et à provoquer des confusions... ».

<sup>755</sup> Art. 3, al. 1, Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Voir P. Courbe, « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *op. cit.*, pp. 99-116 ; également, B. Ancel, Destinées de l'article 3 du Code civil, dans *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 1-18.

<sup>756</sup> « Les tribunaux français étaient donc et sont toujours en droit de raisonner dans certains cas d'une manière qui paraît hétérodoxe par rapport aux idées considérées comme acquises. Cette hétérodoxie n'est en réalité que le respect de la loi écrite et d'ailleurs, à travers celle-ci, la continuation de la tradition de l'ancien droit », Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966, p. 6. Même si dans certaines décisions l'article 3 n'est pas expressément invoqué, M. Ancel signale que : « l'article 3 du Code civil a connu plusieurs vies, quoique sans avatars puisque depuis sa rédaction, il n'a subi aucune transformation. La stabilité de la lettre habille une remarquable mobilité de l'esprit... Le rôle décisif que l'arrêt *Rivière* a joué dans cette aventure immobile... Certes, cet arrêt, qui d'ailleurs n'eut pas besoin d'invoquer l'article 3 du Code civil, ne représente qu'un des moments d'un mouvement jurisprudentiel plus ample, mais il s'agit d'un moment tout à la fois conclusif d'une période et introductif d'une autre période », B. Ancel, Destinées de l'article 3 du Code civil, *op. cit.*, p. 1.

<sup>757</sup> Ch. mixte 30 novembre 2007, nous analyserons la portée de cette jurisprudence voir *infra* § 300.

**252.** Il est intéressant de noter que la Chambre mixte a recours à la règle de droit interne ainsi qu'aux dispositions d'un instrument supranational pour fonder sa décision. Une telle observation n'est guère surprenante mais s'avère révélatrice de l'accord et passation de fonctions entre l'article 3 du Code civil et l'article 7 de la Convention. Plus intéressant encore : le fondement trouvé dans l'article 3 de la Convention de Rome. A défaut de précisions de la part de la Haute juridiction, nous ne saurons affirmer si le rappel est fait de la règle de conflit ordinaire contenue dans l'alinéa 1 ou bien, si la Cour visait plus spécifiquement l'alinéa 3 relatif aux dispositions impératives.

Malgré l'absence de précision, la doctrine a constaté une évolution à partir de l'expression « loi de police et de sûreté » employée par les rédacteurs du Code civil. Désormais, celle-ci ne correspondrait plus au mécanisme contemporain employé par le droit international privé<sup>758</sup>. Actuellement, l'idée d'une distinction entre, d'un côté les « vraies » lois de police (celles appartenant aux situations internationales), et de l'autre côté les lois d'application immédiate (limitant l'autonomie des particuliers au sein d'un système national) gagne les faveurs de la doctrine<sup>759</sup>. L'influence de ce courant doctrinal s'est fait ressentir dans la négociation des instruments supranationaux ayant pour objectif de régler le conflit des lois dans les contrats internationaux. Ainsi, une évolution se manifeste dans les instruments supranationaux auxquels nous nous intéresserons par la suite.

### **B. Les règles supranationales permettant le recours au mécanisme des lois de police**

**253.** Dans l'analyse des instruments supranationaux, il est nécessaire de distinguer les règles assurant le respect des dispositions impératives (1) des règles permettant le recours au mécanisme de lois de police (2). L'ordre d'analyse s'impose dans l'opération intellectuelle qui

<sup>758</sup> Mayer et Heuzé, n° 124, note en bas de page n° 31 : « L'expression « loi de police », plus précisément « loi de police et de sûreté », a été utilisée par les rédacteurs du Code civil (art. 3, al. 1). Mais, en raison de son caractère très vague, elle n'était plus employée, et se trouvait donc libre pour un nouvel usage. Les « lois de police » dont parle Ph. Francescakis ne s'identifient pas avec celles que le Code civil dénomme ainsi. » Également Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, n° 168 : « L'article 3, alinéa premier, du Code civil français employait déjà le vocable de « lois de police et de sûreté », lois auxquelles il consacrait le premier volet du triptyque relatif aux conflits de lois. En revanche, ce qui est plus actuel, c'est la vogue que connaissent aujourd'hui les lois de police, vogue dont l'intensité est telle que certains n'hésitent pas à les ériger en concurrentes de la règle de conflit ».

<sup>759</sup> V. Mayer et Heuzé, p. 106, spéc. n° 135 ; chez MM. Audit et d'Avout nous retrouvons une évolution de la pensée entre leur Manuel, p. 161, spéc. n° 177 et leurs articles, respectivement, Audit, *Le bon usage des lois de police*, et *Le sort des règles d'application immédiate*, *op. cit. Comp. P. Courbe*, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 106, n° 10 : « Des distinctions nuancées sont le plus souvent opérées, en premier lieu pour opposer les lois de droit public et les lois d'application immédiate, qui font partie du droit privé, puis en second lieu pour distinguer parmi celles-ci les lois méritant l'appellation de lois de police qu'il faut distinguer des lois d'application nécessaires. Malgré l'autorité de la doctrine qui a procédé à ces classements, il faut reconnaître que les résultats ne sont guère probants ».

cherche à dégager les règles qui ne font plus partie du fondement du mécanisme des lois de police.

### *1. Les dispositions assurant le respect des règles impératives*

**254. Les règles impératives.** En effet, par l'adoption de la Convention de Rome, le système juridique français a adopté une première définition du mécanisme des lois de police. Néanmoins, cet instrument a été source de confusion lorsque les rédacteurs de la Convention ont décidé de conserver la notion de « dispositions impératives » à son article 3 (3)<sup>760</sup>. Depuis lors, cette règle a été analysée comme une limite à l'autonomie des parties à un contrat international avec l'inconvénient de ne pas donner d'indices suffisants à la distinction entre les lois de police et les dispositions dites impératives<sup>761</sup>. Ce n'est que postérieurement, à l'occasion des évolutions apportées par le règlement Rome I, que les doutes ont reçu une esquisse de réponse.

**255.** A son tour, le règlement Rome I respecte la distinction sémantique entre les dispositions impératives (article 3 alinéas 3 et 4)<sup>762</sup> et les lois de police (article 9) mais, à la différence de la convention qui lui a précédé, le règlement donne un élément de distinction. En effet, le considérant 37 du règlement Rome I affirme que « La notion de « lois de police » devrait être distinguée de celles de « dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord » et devrait être interprétée de façon plus restrictive ».

**256. Protection de l'intégrité du droit étatique.** Lors de son analyse concernant le sort des règles impératives dans le Règlement Rome I, M. d'Avout affirme que l'article 3 §3 constitue un « dispositif de protection de l'intégrité du droit étatique, dont l'autorité sur le commerce interne serait sinon généralement remise en cause par la liberté du commerce international »<sup>763</sup>.

<sup>760</sup> Art. 3 § 3. Le choix par les parties d'une loi étrangère, assorti ou non de celui d'un tribunal étranger, ne peut, lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés au moment de ce choix dans un seul pays, porter atteinte aux dispositions auxquelles la loi de ce pays ne permet pas de déroger par contrat, ci-après dénommées « dispositions impératives ».

<sup>761</sup> F. K. Juenger, « The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts : Some Highlights and Comparisons », *The American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, pp. 381-393, « *The freedom to stipulate the applicable law is limited by the public policy reservation of article 16 and by article 7(2), which provides that the forum may apply those of its own « rules... (that) are mandatory irrespective of the law otherwise applicable » (the so-called lois de police or « rules of immediate application ».)* » Dans les observations réalisées par Juenger, nulle mention de l'article 3(3) est faite afin de marquer la différence.

<sup>762</sup> Art. 3 Liberté de choix.- (...) 3. Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord. 4. Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, 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'État membre du for.

<sup>763</sup> L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165, spéc. 6, « La reprise, à droit constant, de ce mécanisme de lutte contre les fraudes au droit interne est révélatrice d'un conservatisme prudent du législateur européen, qui ne cadre pas nécessairement avec les audaces du juge suprême de la



Selon l'auteur, cette disposition possède la double qualité de permettre de sortir de l'impasse de la définition liminaire de l'internationalité du contrat et, de restaurer l'impérativité des règles internes<sup>764</sup> évincées en cas de conflit de lois factice<sup>765</sup>. Il s'agit d'un mécanisme de lutte contre les intentions frauduleuses des parties dans le choix de la loi. Son insertion dans le corps du Règlement s'est rendue nécessaire comme contrepoids à l'adoption du critère de rattachement subjectif<sup>766</sup>, l'autonomie des parties, lequel désactive dans une grande mesure la possibilité du recours au mécanisme de fraude à la loi<sup>767</sup>.

**257. Protection de l'intégrité du droit européen.** Dans la prolongation du raisonnement, le Règlement effectue une distinction entre les lois impératives nationales et européennes. Ainsi, l'impérativité des règles d'origine européenne<sup>768</sup> est aussi reconnue par l'article 3 §4<sup>769</sup>. Ces dernières doivent, à l'instar des règles impératives internes, être distinguées des lois de police. A cet égard, il est intéressant de rappeler la précision faite par M. d'Avout selon laquelle il ne s'agit pas d'une codification du droit communautaire dérivé qui trouverait à s'appliquer par le biais des lois de police mais plutôt d'un mécanisme juridique visant à protéger l'intégrité du

---

Communauté, dans des secteurs voisins ». M. d'Avout rappelle la possibilité ouverte aux ressortissants européens par la jurisprudence *Centros*, « de choisir librement le lieu d'incorporation de leur société pour revenir ensuite commercer dans leur seul pays d'origine » encourageant dans une certaine mesure « le contournement des ordres juridiques internes à la faveur de leur mise en concurrence systématique » la critique de l'auteur signale que par ce procédé, « le droit européen fragilise l'autorité des règles impératives du droit interne, en remettant en cause leur monopole d'application aux situations internes », *Ibid.*, note n° 9.

<sup>764</sup> « Sont ici visées, sans distinction, toutes les dispositions impératives qui ordinairement s'appliquent de plein droit aux contrats internes. Car c'est précisément l'intégrité du commerce interne que cette disposition vient protéger, à l'identique que ce qui est à l'œuvre dans la convention de Rome », L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, n° 5.

<sup>765</sup> « En cas de conflit de lois factice, artificiellement créé à raison du choix par les parties d'un droit étranger applicable à une opération interne, l'article 3 § 1 autorisant ce choix devait être désactivé, et ce de manière universelle (quelle que soit la loi choisie et celle éludée), par la restauration de l'impérativité ordinaire des règles internes évincées. C'est ce que permet la disposition étudiée qui n'évacue pas la loi choisie, mais la ravalait pratiquement au rang de simple stipulation contractuelle : celle-ci est comme incorporée au contrat interne, lequel se trouve par principe régi par le socle impératif de la loi de son ordre juridique d'appartenance exclusive. », *ibid.*

<sup>766</sup> « Parce qu'il ne saurait devenir un outil d'évasion du droit national, le droit international privé doit reconnaître à toute règle étatique impérative, quelle qu'elle soit, un champ minimal d'applicabilité de plein droit. Ce sont les situations purement internes à l'ordre juridique d'origine à la règle, pour lesquelles le choix d'une tierce loi ne peut nuire à la vocation des règles impératives objectivement compétentes. », L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, spéc. 4.

<sup>767</sup> La place de la fraude en droit international privé contemporain a suscité l'intérêt des auteurs, Voir par ex. B. Audit, *La fraude à la loi*, Bibliothèque de droit international privé, Dalloz, 1974, spéc. pp. 369-399 ; S. Clavel, *Droit international privé*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 2012, n° 234.

<sup>768</sup> « Une codification formelle du droit international privé européen devrait passer par un glossaire commun des concepts et mécanismes utilisés », S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », *op. cit.*, p. 101.

<sup>769</sup> Article 3 §4 : « Lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, 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'État membre du for. »

droit européen<sup>770</sup>. L'auteur observe que l'alinéa 4 vise en particulier « les actes législatifs de l'Union européenne, qui ne règlent pas eux-mêmes, principalement ou à titre accessoire, la question des conflits de lois »<sup>771</sup> et, que sa formulation permet de protéger tantôt des règles immédiatement applicables (type règlement) tantôt des règles précisant une transposition (type directive). Conformément à cette lecture, il est possible d'affirmer que l'article 3 § 4 ne concerne ni le droit communautaire originaire ni le droit communautaire dérivé, puisque ceux-ci font l'objet de l'ordre public conflictuel auquel il ne serait pas cohérent de lui opposer des dispositions substantielles que par le biais des mécanismes appropriés. Ainsi les dispositions impératives visées par l'article 3 §4 gardent une cohérence avec l'ordre public substantiel.

**258. Cohérence avec l'ordre public substantiel.** La distinction entre les lois impératives (internes et/ou communautaires) et les lois de police s'accorde avec la logique d'une justice à double volet, c'est-à-dire dans son aspect substantiel et dans son aspect conflictuel<sup>772</sup>. Prenant appui sur cette construction doctrinale, il serait dès lors possible de comprendre la distinction entre lois impératives et lois de police par leur appartenance respective à un ordre public substantiel et à un ordre public conflictuel. En effet, comme les constructions doctrinales plus récentes le suggèrent<sup>773</sup>, les deux types de règles peuvent être appelés à intervenir dans une même situation mais à un stade différent du raisonnement. Ainsi, si la loi applicable au contrat

<sup>770</sup> « Il ne s'agit pas ici de codifier la jurisprudence *Ingmar*, selon laquelle le droit communautaire dérivé devrait en certaines circonstances s'appliquer unilatéralement, selon la méthode des lois de police, aux situations partiellement rattachées au territoire de la communauté. Il s'agit, de manière parfaitement symétrique au cas de l'article 3 § 3, de déjouer, dans les cas exceptionnels, les fraudes par choix de la loi applicable au contrat ; c'est-à-dire de restituer aux règles impératives issues du droit communautaire leur autorité naturelles sur les situations internes à l'ordre juridique supranational commun aux États membres de l'Union. En soumettant leur contrat intracommunautaire à une loi nationale extracommunautaire, les parties sont présumées avoir voulu contourner le système des règles impératives communautaires qui leur sont de plein droit applicables. », L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, n° 7.

<sup>771</sup> Pour une analyse sur les dispositions visées par l'article 3§4 et les possibles problématiques V. L. d'Avout, Louis, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, n° 8, à cette occasion l'auteur observe que le texte du règlement « ne concerne pas les dispositions de droit communautaire originaire (les libertés économiques fondamentales, qui s'appliquent unilatéralement par les seules forces des traités fondateurs), non plus que les règles de droit dérivé, édictant des règles spéciales de droit international privé (ces dernières dispositions seront *lex specialis* et s'appliqueront par préférence au règlement Rome I, comme ce dernier le reconnaît en son art. 23). Il vise donc pour l'essentiel les actes législatifs de l'Union européenne, qui ne règlent pas eux-mêmes, principalement ou à titre accessoire, la question des conflits de lois ».

<sup>772</sup> L'ordre public conflictuel viendrait limiter le choix de la loi applicable, une fois la loi applicable déterminée, les dispositions impératives seront susceptibles de limiter la portée de ce choix. *Rappr.*, « par les rattachements qu'il prévoit, le droit international privé substitue l'harmonie au désordre inné des impérativités nationales ; il rend tous les ordres juridiques nationaux internationalement supplétifs, sauf un, celui de la loi du contrat, en principe seul à être alors le foyer de règles impératives. Lorsque cet ordre est rendu compétent sur désignation contractuelle, le choix exercé par les parties – en principe reconnu efficace par le droit positif – est ainsi libérateur, non pas en ce qu'il affranchirait l'opérateur de toute impérativité – le rattachement est de soumission à la loi choisie -, mais en ce qu'il permet de faire le tri des impérativités nationales par élection du système, en principe exclusif, d'enracinement de l'acte juridique volontaire. » L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, n° 6.

<sup>773</sup> Voir *supra* § 176.

ne se retrouve pas affectée par l'ordre public conflictuel, elle est néanmoins susceptible d'être soumise, lors d'une étape postérieure du raisonnement, à l'ordre public substantiel qui se manifeste par les lois impératives.

**259.** Afin d'illustrer ces affirmations, il est possible de prendre l'exemple d'un contrat de fourniture des services dont les éléments objectifs présentent une forte attache avec les États membres mais dont le choix des parties porte sur la loi d'un État tiers, le Canada. Admettant qu'une situation litigieuse découle de ce contrat et que le juge français soit compétent pour connaître du litige, il est possible d'affirmer que le juge français effectuera, dans un premier temps, un contrôle du choix (dans ce cas du choix de la loi canadienne) conformément à la règle de conflit pertinente. Ce n'est que dans un deuxième temps que le juge analysera les clauses contractuelles à la lumière de la loi choisie. Un effet-réflexe nous amène à tracer un parallèle avec l'article 3 du Code civil français qui avait pour fonction d'encadrer la liberté substantielle des parties.

**260.** Le Règlement aura eu donc la qualité de conserver le caractère impératif des règles internes/communautaires malgré le choix de loi et, en même temps, de respecter l'impérativité internationale des lois de police cantonnées par les conditions imposées à sa qualification et à son mode d'emploi<sup>774</sup>. Nous nous intéressons précisément désormais aux dispositions permettant le recours au mécanisme des lois de police.

## *2. Les dispositions permettant le recours au mécanisme des lois de police*

**261.** L'étude des dispositions permettant le recours au mécanisme des lois de police permet un agencement à but didactique. Nous nous intéresserons aux dispositions de droit positif (a) comme aux dispositions de droit souple (b).

### a. Les dispositions en droit positif

**262. La Convention de Rome.** Par l'adoption de la Convention de Rome, le système juridique français a adopté une première définition du mécanisme des lois de police à son article 7<sup>775</sup>.

<sup>774</sup> L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, n° 3.

<sup>775</sup> Art. 7, Lois de police : « 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. »

Sans reprendre les développements autour de la définition apportée par la Convention, nous rappellerons que l'instrument se borne à admettre la possibilité d'application d'une loi à l'encontre de la loi désignée par la règle de conflit ordinaire. L'instrument met ainsi l'accent sur l'impérativité de la loi de police, laquelle prévaut même dans l'absence de choix par les parties. A l'occasion de l'adoption de la Convention, les auteurs ont opéré une distinction entre l'impérativité ordinaire et celle des « lois internationalement impératives » pour désigner les lois de police. Il est possible dès lors, d'affirmer que la définition des lois de police admise par la Convention de Rome se trouve dans le registre conflictuel permettant une lecture en tant que mécanisme. Une telle lecture est possible puisque l'article 7 de la Convention de Rome permet au juge du for de calibrer le critère de rattachement afin de donner effet à certaines dispositions, de la loi du for ou d'une autre loi étrangère à la *lex contractus*, à la condition qu'il existe un lien étroit entre cette loi et la situation litigieuse<sup>776</sup>.

**263. Le règlement Rome I.** Par ailleurs, les modifications apportées par l'article 9 du règlement Rome I n'ont pas d'incidence sur la possible lecture des lois de police comme un mécanisme conflictuel qui se distingue des règles impératives. En effet, il a été affirmé que les lois de police au sein du règlement Rome I peuvent être considérées comme de règles de nature égale aux règles impératives « mais seulement d'un degré plus élevé d'impérativité : ce sont celles des règles de l'ordre interne, dont l'impérativité résiste à l'internationalité authentique du contrat »<sup>777</sup>. Malgré tout, la gradation de l'impérativité est une question que la doctrine n'a pas encore tranchée définitivement et qui semble vouée à l'indétermination.

**264.** En revanche, l'appréhension des lois de police comme un mécanisme permet, outre de s'émanciper du souci de gradation de l'impérativité des lois, de tempérer les craintes soulevées par la catégorisation des lois de police<sup>778</sup>. Ce tempérament fonctionne dans une double direction,

<sup>776</sup> En ce sens S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, dans *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexis-Nexis, Paris, 2011, p. 370 ; « On ajoutera, mais le règlement passe la question totalement sous silence..., que la reconnaissance de la qualité de loi de police à une disposition du for est tributaire de l'importance des rattachements que la situation entretient avec le for. Le raisonnement pourrait (devrait ?) ainsi se faire en 2 temps : 1. la règle est-elle dotée d'une super-impérativité en raison des objectifs, qu'elle poursuit et 2. Les liens avec le for sont-ils suffisants pour en justifier l'application, autrement dit l'application de la règle est-elle nécessaire pour atteindre lesdits objectifs, car la situation quoiqu'internationale est ancrée dans le for. Il est envisageable que les deux étapes se fondent et que la reconnaissance même de l'impérativité soit fonction du degré de rattachement avec le for. Et dès lors, on imagine mal qu'une loi, protectrice d'une certaine catégorie d'agents économiques, impérative dans l'ordre interne, perde cette impérativité lorsque la situation présente, certes, un élément d'extranéité, mais reste principalement localisée dans le for ». Cette condition de lien avec la situation, floue dans ses débuts, a été consacrée par la jurisprudence au fil des années. Voir *infra* § 305.

<sup>777</sup> L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165, spéc. 9.

<sup>778</sup> La doctrine a signalé le danger des lois de police, lesquelles réclament un traitement sur mesure et exorbitant « puisqu'il s'agit d'une intervention prohibitive dans le champ contractuel réservé à la compétence d'une loi étrangère, seule à être en principe source de contrainte pour les parties. », *ibid.*

c'est-à-dire, aussi bien pour les arguments promoteurs du mécanisme que pour les arguments critiques. La définition adoptée par le Règlement a été construite à partir d'éléments doctrinaux (la définition proposée par Francescakis) et jurisprudentiels (l'arrêt *Arblade*), ce qui explique la présence d'éléments permettant d'appréhender les lois de police comme un mécanisme. Or, l'innovation du Règlement est d'énoncer plus clairement les conditions permettant de déclencher le mécanisme. Avec une définition plus stricte, les cas d'application des lois de police se réduisent<sup>779</sup>.

**265. La limitation des lois de police étrangères.** La doctrine dominante admet qu'une loi de police étrangère est une disposition substantielle émanant d'un ordre juridique autre que celui auquel appartient la loi désignée par la règle de conflit. En ce sens, la condition d'étrangère ne se comprend pas entre la loi de police et la loi du for, mais entre la loi de police et la *lex causae*. Ainsi, certains instruments règlent la question de la possible application d'une loi de police étrangère, même si cette disposition internationalement impérative ne fait pas partie de la loi désignée comme compétente par la règle de conflit du for. La Convention de Rome de 1980, par exemple, envisageait la possibilité « d'une application directe des lois de police étrangères, par suite d'un bilan coût-avantage établi par le juge saisi »<sup>780</sup>. Deux conditions au régime d'efficacité de la loi étrangère étaient posées par l'article 7 §1 de la Convention de Rome<sup>781</sup> : il était exigé de la part du juge avant d'appliquer une loi de police étrangère, n'appartenant pas à la *lex contractus*, de déterminer l'existence d'un lien étroit entre la loi de police étrangère et la situation pour elle visée et ; d'autre part, que rien dans « leur nature », dans « leur objet » ou dans les « conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application » ne s'oppose aux yeux du for à leur prise en compte<sup>782</sup>. La possible application d'une loi de police

<sup>779</sup> « Le principal effet du règlement est ici de limiter, de manière drastique, les possibilités judiciaires d'application de dispositions impératives extérieures à la loi par principe applicable au contrat international. L'innovation, logée au nouvel article 9, est double : une définition stricte des « lois de police » ; des cas d'application réduits... Cette première innovation, restreignant les dérogations possibles à la loi ordinairement applicable, mérite d'être approuvée : elle va dans le sens de la prévisibilité du régime juridique du contrat international. » L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, n° 10-11.

<sup>780</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 94.

<sup>781</sup> « Article 7 § 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. »

<sup>782</sup> « La première exigence apparaît bien comme relative à la pertinence aux yeux du for, des liens existant entre la loi de police et la situation qu'elle vise, tandis que la seconde permet au for de s'assurer que son ordre public ne sera pas affecté par l'application au cas d'espèce de la loi de police étrangère », P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. p. n° 63.

étrangère ne fut pas sans controverse. Maintes critiques<sup>783</sup> ont été soulevées par les opposants à l'application des lois de police étrangères pour considérer qu'un contrat doit être soumis à un seul ordre juridique. Aux yeux des détracteurs, la formulation de l'article 7 § 1 est trop vague et ne prévoit pas un guide clair permettant au juge de déterminer la pertinence de l'application d'une loi de police étrangère.

**266.** Au regard des lois de police étrangères, nous avons préalablement manifesté notre adhésion à la proposition de M. Audit selon laquelle les conditions au mécanisme peuvent être harmonisées pour toute règle se voulant applicable à titre de loi de police. Néanmoins, la nouvelle condition imposée par l'article 9 du Règlement Rome I<sup>784</sup> mérite notre attention. Au visa de l'article 9 § 3 seules les lois de police étrangères du lieu d'exécution des obligations contractuelles sont applicables « dans la mesure où elles rendent l'exécution du contrat illégale ». En effet, l'addition d'une condition au déclenchement du mécanisme entraîne comme conséquence un rétrécissement de l'ensemble des règles susceptibles d'être applicables par recours au mécanisme de lois de police. Cependant, et sans nous prononcer sur la pertinence de la condition en elle-même, nous considérons qu'il ne s'agit pas d'un traitement préférentiel<sup>785</sup> au détriment de règles spécifiques, mais plutôt d'une condition au profit d'une sécurité juridique de l'opération contractuelle en général.

**267.** De plus, cette condition suscite les plus vives critiques de la doctrine lorsqu'elle est analysée en articulation avec les clauses d'élection de for « car elle accentue l'impact de l'aléa de la compétence judiciaire sur l'application des lois de police »<sup>786</sup>. En l'opinion de M. d'Avout,

<sup>783</sup> A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 221. M. Bonomi signale que ces objections ont été à l'origine de la formulation d'une réserve de la part de certains États contractants, réserve permise par l'article 22 (1) (a) « *Because of these objections, the contracting States were permitted by Article 22 (1) (a) to reserve the right not to apply this provision. Such a reservation was entered by Germany, Ireland, Luxembourg, Portugal and the United Kingdom* ».

<sup>784</sup> À notre sens, l'établissement de nouvelles conditions à l'article 9 du Règlement n'est pas nécessairement un retour en arrière. Comp. L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, n° 12 : « Il y a là un retour en arrière, par rapport aux dispositions innovantes de l'ex-article 7 §1, qui permettait au juge saisi d'apprécier l'opportunité d'une application exceptionnelle des lois de police étrangères ».

<sup>785</sup> M. d'Avout considère que ce traitement préférentiel « des lois de police du lieu d'exécution territoriale de l'obligation – signe d'une certaine relocalisation du droit des contrats internationaux – signifie surtout l'exclusion de toute loi de police extraterritoriale étrangère », L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, n° 12.

<sup>786</sup> « Avant la saisine du juge, en effet, les parties escomptent, en plus de la loi du contrat, l'application des règles prohibitives du lieu d'exécution des obligations ; mais pour les lois de police tierces, le nouvel article 9 leur indique ceci : les lois de police extraterritoriales sont inapplicables au contrat (§3 *a contrario*)... sauf celles du juge éventuellement saisi (§2) ! D'où la possibilité, pour les parties, de se soustraire simplement à l'application des lois de police extraterritoriales par le choix du juge compétent. Normalement hors de portée des parties, l'application des lois de police, résolument bridée par le règlement, pourra désormais se prêter à des stratégies de gestion précontentieuse. », L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, n° 12. Sur l'incidence du mécanisme de lois de police sur les clauses de juridiction : V. H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010, pp. 707-721, et la jurisprudence française avec l'arrêt *Monster Cable*. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, J.C.P.



par exemple, ce mécanisme « anti-lois de police étrangères » permettra aux parties de désactiver certaines lois de police par le choix de la juridiction saisie, bénéficiant ainsi à une « gestion privée non contentieuse des lois de police ». La crainte exprimée par l’auteur nous semble légitime mais peut être aussi nuancée. Pour le démontrer nous reprendrons l’exemple énoncé par M. d’Avout du contrat international constitutif d’une entente anticoncurrentielle qui serait nul au sens du droit de l’État A, et pour lequel les parties auraient prévu une clause attributive de juridiction au bénéfice de l’État B. Dans cette hypothèse, l’auteur se demande comment serait-il possible de sanctionner ce contrat et conclut qu’il faudrait « déformer la réserve des lois de police étrangères du lieu d’exécution, ou bien grossir l’exception d’ordre public »<sup>787</sup>. Nous ne saurons répondre efficacement à la question par l’affirmation qu’un tel cas d’espèce précise un lien de proximité avec la règle de police qui se prétend applicable mais c’est bien un indice de réponse.

**268. Les dispositions dans d’autres conventions internationales.** Le régime du mécanisme des lois de police est composé différemment dans chaque système juridique puisqu’il est complété par les instruments conventionnels dont le pays est partie. Depuis leur redécouverte, les lois de police ont gagné du terrain, notamment dans les conventions internationales. Ainsi, dans le cas du système juridique français nous trouvons, de manière énonciative et sans prétendre à l’exhaustivité :

- 1) la Convention de la Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d’intermédiaires et à la représentation, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1992 prévoyant l’application des lois de police dans son article 16<sup>788</sup> ;
- 2) la Convention de la Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, envisageant le mécanisme également à son article 16<sup>789</sup> ;

---

(éd. G), 2008, II, 10187, note L. D’Avout ; *D.*, 2009, p. 200, note F. Jault-Seseke, et 2384, obs. S. Bollée ; *JDI*, 2009, p. 599, note M.-N. Jobard-Bachelier, et F.-X. Train ; *RDC*, 2009, p. 691, obs. E. Treppoz ; *Procédures*, 2008, comm. 331, obs. C. Nourissat ; *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 69, chron. D. Bureau et H. Muir Watt. Voir aussi le concept de règles semi-impératives née de l’efficacité des clauses attributives de juridiction lorsqu’une loi de police est applicable D. Bureau et H. Muir Watt, « L’impérativité désactivée ? (à propos de Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 22 oct. 2008...) Voir aussi le cas du greffe d’une question concernant la loi applicable sur une question de compétence juridictionnelle : Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 octobre 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, 29, n. P. Lagarde.

<sup>787</sup> L. d’Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *op. cit.*, n° 14.

<sup>788</sup> « Article 16.- Lors de l’application de la présente Convention, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout État avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet État, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par ses règles de conflit. »

<sup>789</sup> « Article 16.- La Convention ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi du for dont l’application s’impose même aux situations internationales quelle que soit la loi désignée par les règles de conflit de lois. A titre exceptionnel, il peut également être donné effet aux règles de même nature d’un autre État qui présente avec l’objet du litige un lien suffisamment étroit »

3) la Convention du 22 décembre 1986 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises, consacrant une disposition aux lois de police à son article 17 ;

4) et finalement, la Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, article 20<sup>790</sup>.

**269.** Il est intéressant de noter que la plupart des Conventions prévoyant une règle permettant le recours au mécanisme des lois de police ont pour objectif de régler le conflit de lois dans un domaine particulier. Le cas est différent lorsqu'il s'agit de conventions ayant pour objectif d'harmoniser le droit substantiel. Cette observation se confirme par le constat issu d'un dernier élément à prendre en considération pour l'analyse du régime des lois de police, notamment concernant les dispositions permettant le recours au mécanisme, nous faisons référence aux instruments de *soft-law*, auxquels nous nous intéresserons par la suite.

#### b. Les dispositions en droit souple

**270.** Un dernier élément complète le régime des lois de police, notamment concernant les règles permettant le recours au mécanisme, il s'agit des instruments de droit souple. Le mot « compléter » est bien adapté puisque ce type d'instruments, bien que de nature non-contraignante, représente une alternative en droit des contrats internationaux largement admise par la pratique. De la panoplie des instruments de *soft-law*, nous aborderons les Principes de la Haye (i) et les Principes Unidroit (ii) pour l'innovation que ceux-ci apportent au domaine des contrats internationaux.

##### *i. Le mécanisme des lois de police dans les Principes de la Haye*

**271.** Une analyse récente concernant les deux piliers des Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux, l'autonomie de la volonté et l'ordre public, s'est avérée révélatrice de la nature des mécanismes perturbateurs de la règle de conflit de lois. À cette occasion, M. de Vareilles-Sommières observe que le respect de l'ordre public se manifeste par des notions diverses. L'auteur constate dans un premier temps, que l'article 11

<sup>790</sup> « Article 20.- Le présent chapitre ne porte pas atteinte aux dispositions de la loi de l'État dans lequel la protection de l'adulte doit être assurée, dont l'application s'impose quelle que soit la loi qui serait autrement applicable ».

D'autres exemples se trouvent dans la convention du 5 juillet 2006 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire (art. 11), cette convention n'a pas été signée ni par la France ni par le Mexique.

« réunit sous un même chapeau les lois de police et l'ordre public, sans subsumer les premières dans le second, l'accolement des deux mots laissant bien entendre qu'ils recouvrent deux réalités juridiques différentes »<sup>791</sup>. Il est dès lors possible d'affirmer que les Principes de la Haye respectent la différence de régime juridique pour le mécanisme d'exception et pour le mécanisme des lois de police. Cependant, ces observations comportent une critique à la rédaction des Principes, comme l'auteur l'exprime clairement :

« Il est à cet égard fort regrettable qu'aient été regroupées dans cette seule disposition à la fois les règles sur *l'ordre public des lois de police* et celles sur *l'ordre public de l'exception d'ordre public*. En effet la proximité rédactionnelle de ces règles risque d'engendrer, ou à tout le moins d'entretenir, la confusion entre ces différents ordres publics... Un traitement différencié des lois de police et de l'exception d'ordre public dans deux textes distincts aurait, de ce point de vue, été préférable pour la clarté des concepts et la distinction de solutions »<sup>792</sup>.

En effet, la possibilité de confusion existe, mais la rédaction des Principes confirme en même temps l'intuition qui dirige cette recherche. Le contenu de l'ordre public se manifeste en droit international privé des contrats par deux mécanismes différents, un mécanisme d'exception et un mécanisme propre aux lois de police.

**272.** Postérieurement et en addition aux mécanismes précédemment mentionnés, M. de Vareilles-Sommières identifie deux autres manifestations de l'ordre public dans les Principes de la Haye : l'ordre public de la *lex contractus* et l'ordre public conflictuel. Nous avons eu l'occasion d'aborder la notion de l'ordre public conflictuel<sup>793</sup>, raison pour laquelle nous nous bornerons à affirmer que ces développements emportent notre conviction quant à la différence entre l'ordre public de la *lex contractus*, c'est-à-dire celui de la loi choisie par les parties ou bien celle désignée par le critère de rattachement objectif, et l'ordre public tel qu'à l'œuvre dans les mécanismes d'exception et des lois de police. Selon l'expression propre de l'auteur :

« Quant à l'ordre public international, il fait obstacle à l'application de la *lex contractus* étrangère qui le violerait, alors que l'ordre public de la *lex contractus* fait obstacle à la clause contractuelle qui la violerait. Et en ce qui concerne l'ordre public de rattachement, il interdit aux parties de déroger à la règle d'applicabilité de la loi de police là où cette dernière exige de s'appliquer, alors que l'ordre public de la *lex*

<sup>791</sup> 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. 442.

<sup>792</sup> *Ibid.*, p. 448, spéc. n° 62.

<sup>793</sup> Pour notre analyse de ces éléments voir *supra* § 105-113.

*contractus* interdit aux parties de déroger à la règle substantielle appartenant à la *lex contractus* et qui composerait ce même ordre public »<sup>794</sup>.

**273. Un possible réaménagement des ordres publics.** À la lecture d'une telle affirmation, on se demande si un regroupement demeure possible et plus particulièrement, si la distinction ordre public conflictuel et ordre public substantiel ne saurait suffire. Une réponse affirmative nous semble s'imposer et, qui plus est, en accord avec la lecture proposée par M. de Vareilles-Sommières pour la raison suivante. L'auteur rappelle que l'expérience des États qui admettent l'autonomie de la volonté comme critère de rattachement à la règle de conflit de lois, montre que certaines questions appellent à un facteur de rattachement qui s'impose de manière ponctuelle aux parties<sup>795</sup>, c'est la tradition du recours au mécanisme des lois de police. Il s'agit dans ce cas, d'un encadrement qui vise non les dispositions substantielles des parties, mais la règle de conflit de lois, qui compte la particularité d'être le choix des parties. Il est dès lors possible d'affirmer que l'ordre public tel qu'à l'œuvre dans le mécanisme des lois de police est, par son objet, un ordre public conflictuel. En effet, selon M. de Vareilles-Sommières l'ordre public à l'œuvre dans les lois de police est un ordre public de rattachement<sup>796</sup>, or sur ce point, il ne s'agit pas à notre sens d'une contradiction mais d'une précision. Le rattachement n'est que *l'effet* du mécanisme comme nous l'avons étudié auparavant et non le trait révélateur d'une nature différente.

Ainsi, l'article 11, §1 lorsqu'il dispose que « ces principes n'empêchent pas un tribunal étatique d'appliquer les lois de police du for, quelle que soit par ailleurs la loi choisie par les parties »<sup>797</sup>,

<sup>794</sup> 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 », *op. cit.*, p. 449, spéc. n° 64. D'après les constatations de l'auteur il est possible d'apprécier de quelle manière l'ordre public de la *lex contractus* choisie par les parties joue différemment de l'ordre public international tel qu'à l'œuvre dans l'exception d'ordre public d'une part, et de l'ordre public de rattachement situé au cœur du mécanisme des lois de police, d'autre part.

<sup>795</sup> Selon les termes de l'auteur : « L'expérience des États qui connaissent un système d'autonomie conflictuelle montre que certaines questions soulevées par un contrat peuvent appeler un régime conflictuel non autonomiste – dans lequel par conséquent le facteur de rattachement utilisé pour la désignation du droit applicable *s'impose aux parties* sans que celles-ci soient autorisées à y déroger volontairement par le choix d'une loi autre que celle qu'il désigne. Le type de situations visées est regroupé par les Principes, comme dans la tradition récente ouest-européenne, sous l'étendard des lois de police », *Ibid.*, p. 425.

<sup>796</sup> Les Principes apportent une restriction à l'autonomie conflictuelle, « restriction qui traduit le fait que, pour les Principes, le phénomène des lois de police est bien du registre de l'ordre public de rattachement... les cas dans lesquels une loi de police, du for ou étrangère, l'emporte sur la loi choisie par les parties ne sont pas négligeables et montrent qu'en ces occasions la règle d'applicabilité de la loi de police, et le facteur de rattachement qu'elle comporte, sont bien d'ordre public », *Ibid.*, p. 447. *Comp.* P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. com. fr. DIP*, 2006-2008, 153 et s.

<sup>797</sup> Un exemple d'application des lois de police du for peut s'apprécier dans l'arrêt *CA Paris*, 25 oct. 2011, n° 10/24023, *RDC* 2012, p. 563, obs. J.-B. Racine. Il a été jugé que « les dispositions de l'article L. 330-3 du Code commerce ne caractérisent pas seulement une loi de protection, mais (...), procédant de l'ordre public économique de direction, elles constituent une loi de police applicable au contrat conclu avec une société française en vue de la création et du développement en France d'un réseau de franchise, sous licence étrangère, nonobstant la désignation par les parties de la loi québécoise comme loi du contrat ».

correspond bien à un mécanisme par lequel l'ordre public conflictuel se manifeste et qui répond aux conditions et à la mise en œuvre décrite dans notre chapitre préalable. Une réponse affirmative à cette question ne se retrouve pas en contradiction avec la ligne d'argumentation de cette thèse puisque le fait que les mécanismes étudiés puissent se regrouper sous la bannière d'un ordre public conflictuel, n'entre pas en contradiction avec les développements préalables tendant à démontrer la différence entre ceux-ci.

**274.** Par ailleurs, la possibilité d'application d'une loi de police étrangère au for est aussi reconnue par les Principes de la Haye, notamment par l'article 11, §2<sup>798</sup>. A son égard il a été dit que les Principes ne reconnaissent pas une applicabilité impérative aux lois de police étrangères au for « mais laissent le droit international privé du for déterminer si, et dans quelle mesure, la loi de police étrangère peut tenir en échec la *lex contractus* lorsque cette dernière a été choisie par les parties »<sup>799</sup>. Cependant, compte tenu de la possible lecture avancée par M. Audit à laquelle on adhère, le paragraphe mentionné s'avèrerait redondant si l'on admettait que le caractère de l'extranéité de la loi de police, au moins dans les contrats internationaux, doit être considéré au regard de la *lex contractus* et non de la loi du for.

**275.** Un autre constat vient appuyer ces affirmations, il s'agit de la nature des dispositions permettant le recours au mécanisme des lois de police dans les instruments visant l'harmonisation du droit matériel. Ce type d'instruments, qu'ils soient conventionnels ou de droit souple, adoptent en revanche des dispositions permettant de protéger un ordre public substantiel. Nous nous intéresserons en particulier aux Principes Unidroit pour l'importance que ceux-ci revêtent.

#### *ii. Les lois de police et les Principes Unidroit*

**276.** Dans les efforts d'unification des règles matérielles les « Principes pour les contrats commerciaux internationaux »<sup>800</sup>, conçus au sein de l'Institut international pour l'unification

<sup>798</sup> « Article 11 § 2 : La loi du for détermine les cas où le tribunal étatique peut ou doit appliquer ou prendre en considération les lois de police d'une autre loi ».

<sup>799</sup> 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 », *op. cit.*, p. 426.

<sup>800</sup> Pour une analyse de l'originalité sur le plan des sources du droit voir B. Fauvarque-Cosson, Les contrats du commerce international. Une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international. *RIDC*, vol. 50, n° 2, avril-juin 1998, pp. 463-489. Pour une bibliographie générale, cf. M. J. Bonell, « Les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international : vers une nouvelle *lex mercatoria* ? », *RDAI*, 1997. 145. Voir aussi A. Giardina, « Les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », *JDI*, 1995, pp. 547-459 ; H. Kronke, *The scope of party autonomy in recent UNIDROIT instruments and the conflict of laws in the MERCOSUR and the European Union*, In *Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Operti Badan*, Montevideo, Uruguay, *Fundación de Cultura Universitaria*, page 289-302 ; G.P. Romano, « Le choix des Principes UNIDROIT pour les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI*, 2-2007, 475-495 ; J.

du droit privé (identifiés comme Principes Unidroit), se présentent comme une alternative aux conventions internationales<sup>801</sup>. Rapprochés de la technique américaine des *Restatements*, les Principes se distinguent en ce qu'ils « s'inspirent des solutions en vigueur dans de très nombreux pays et opèrent une synthèse, étrangère à tout système juridique existant »<sup>802</sup>. Ces principes représentent une manifestation concrète et précise de ce qui demeura longtemps mystérieux, la *lex mercatoria*<sup>803</sup>. Dans le sentiment général de la doctrine, ils sont considérés comme l'aboutissement des efforts pour répondre à l'incertitude attenante au contenu de cette dernière. Ainsi, les Principes Unidroit constituent un ensemble de règles substantielles transnationales au profit des acteurs du commerce international<sup>804</sup>. En effet, malgré les qualités qui leur sont attribuées, leur application a trouvé un obstacle dans la réticence des États à leur reconnaître un caractère équivalent à un droit national. Cependant, et grâce au gage de qualité de l'institution source ainsi qu'au soutien de la doctrine<sup>805</sup>, un changement s'opère en faveur de l'application des Principes Unidroit.

**277. Articulation des Principes Unidroit et les lois de police.** L'application de plus en plus fréquente des Principes soulève la question de son articulation avec les lois de police. Cette question s'avère particulièrement intéressante notamment sur leur point d'inflexion : l'impérativité. Le contraste entre les deux éléments n'est pas anodin, les Principes Unidroit manquent d'impérativité<sup>806</sup>, - au sens du commandement par un État, - et les lois de police en

---

L. Siqueiros Prieto, *Los nuevos principios UNIDROIT 2004 sobre contratos comerciales internacionales*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, *Revista de Derecho Privado. Nueva Serie*, N° 11, 2005 ; J. Adame Goddard, *Estudio comparativo del capítulo primero de los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales*, *Revista de Derecho Privado*, Año 8, N° 24, Septiembre-Diciembre, 1997.

<sup>801</sup> Dans nos développements, la référence est faite à la version la plus récente des Principes Unidroit (2016). Il est nécessaire de rappeler que dans le même esprit, celui des travaux privés encouragés par les États, se retrouvent les Principes de droit européen du contrat (Commission Landö) et le Projet européen de Cadre commun de référence. « Ils ont à peu près les mêmes finalités de synthèse, empruntant aux principaux systèmes juridiques ce qu'ils semblent offrir de meilleur et sont à la disposition des contractants désireux de se référer à une réglementation neutre, complète et de qualité, sous forme de règles presque entièrement supplétives. » B. Audit, « Le choix des Principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinozi*, Dalloz, 2013, p. 13, n° 1. Il est possible de tracer un parallèle avec les Principes latino-américains du droit des contrats, texte préparé par un groupe de professeurs à Santiago du Chili, a été publié « *Los principios latinoamericanos de derecho de los contratos*, BOE, Madrid 2017. La version en langue française est proposée dans cette publication, p. 103 et s.

<sup>802</sup> B. Fauvarque-Cosson, *Les contrats du commerce international*, *RIDC*, p. 464.

<sup>803</sup> « ...l'exclusivité du rôle des lois nationales pour régir les relations du commerce international a été remise en cause. La contestation est venue principalement de l'affirmation de l'existence d'une *lex mercatoria*, ensemble de règles et de pratiques contractuelles ayant préservé dans une certaine mesure, en matière de commerce international, l'unité rompue par la nationalisation des droits à partir du siècle précédent. » B. Audit, « Le choix des Principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *op. cit.*, n° 1.

<sup>804</sup> « Selon la conception traditionnelle de la loi d'autonomie, telle qu'elle s'est développée à partir de la fin du XIXe siècle, l'objet du choix des parties ne pouvait être qu'un droit national », *Ibid.*, n° 3.

<sup>805</sup> Voir par exemple B. Audit, « Le choix des Principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *op. cit.*

<sup>806</sup> Il serait dès lors possible d'expliquer la réticence des rédacteurs des contrats internationaux à l'emploi des Principes, « on peut conjecturer sans grand risque d'erreur que cette réticence procède d'une appréhension des



possèdent de trop. Or, lorsque le choix d'un droit non-étatique est autorisé par le droit national et que les parties opèrent un choix effectif des Principes Unidroit, ces derniers acquièrent une impérativité substantielle<sup>807</sup>. Ainsi, une première appréciation permet de constater que lors de leur articulation, deux intérêts se trouvent en conflit : l'intérêt des parties de voir leur choix respecté et l'intérêt du for de faire respecter certaines dispositions jugées nécessaires pour le maintien de son ordre public.

**278.** Le scénario dépeint permettrait de croire à un conflit d'impérativités et à une difficulté dans l'articulation desdits éléments. M. Audit dévoile la technicité de cette articulation lorsqu'il observe que dans le choix des Principes Unidroit comme loi applicable à un contrat international, « il ne s'agit donc plus seulement de permettre aux parties de privilégier une localisation au regard des rattachements géographiques du contrat, mais de choisir la réglementation qui leur convient », ainsi « le choix n'est plus conflictuel... mais fonctionnel... La seule limite du choix... réside dans la volonté d'application éventuelle d'une disposition impérative de l'une des lois avec lesquelles la situation présente un rattachement ».<sup>808</sup>

**279. Le choix fonctionnel selon M. Audit.** L'observation de M. Audit nous paraît d'une grande valeur didactique et le choix du terme « fonctionnel » retient particulièrement notre attention. L'auteur met à l'évidence le fait qu'il s'agit d'un choix plus complexe permettant de considérer que le terme employé implique à la fois un choix conflictuel et substantiel. Le choix fonctionnel, terme en soi intéressant, est en revanche susceptible de conduire à la confusion. Afin d'éviter l'embarras des termes, il est intéressant de rappeler notre soutien à la théorie du départage entre autonomie substantielle<sup>809</sup> et autonomie conflictuelle, analysée par M. de Vareilles-Sommières.

---

rédateurs de contrats relativement à l'accueil qui serait réservé par les juges étatiques, éventuellement appelées à en connaître, à des règles ne se recommandant de l'autorité d'aucun État. » B. Audit, *Ibid.*, n° 2.

<sup>807</sup> C'est-à-dire que les Principes Unidroit sont dans la même situation qu'une loi nationale choisie face aux lois de police. Le débat se présente donc autour de la désignation des Principes en tant que « choix matériel » ou « choix de droit international privé ».

<sup>808</sup> « Le choix n'est plus conflictuel – au sens de départiteur – et destiné à faire pencher la balance en faveur de l'une des lois objectivement en présence, mais fonctionnel : il s'agit de permettre aux parties de désigner la loi qu'elles estiment la plus appropriée à l'opération conclue. La seule limite du choix..., réside dans la volonté d'application éventuelle d'une disposition impérative de l'une des lois avec lesquelles la situation présente un rattachement. » B. Audit, « Le choix des Principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *op. cit.*, p. 15, n° 4.

<sup>809</sup> L'autonomie matérielle, « celle-ci signifie seulement la possibilité pour les parties d'incorporer par référence dans le contrat un ensemble de règles extérieures, la validité d'un tel choix restant sous le contrôle de la loi autrement applicable. Cette conception du choix matériel est acceptable en principe par tous, y compris par les théories les plus objectivistes... L'adoption des Principes d'Unidroit et des instruments comparables pourrait cependant donner à croire à une modification des données précédentes : eu égard à leur caractère complet et détaillé, aux garanties qu'offrent les circonstances de leur adoption ainsi qu'à leur destination spécifiquement internationale, on pourrait être porté à admettre que... les Principes peuvent donc faire l'objet d'un véritable « choix de droit international privé ». », B. Audit, *op. cit.*, p. 24, n° 16 et 17. D'après l'auteur il existe d'autres manifestations moins directes mais plus prononcées, d'une consécration de l'autonomie substantielle telles le dépeçage du contrat.

Également, nous avons manifesté notre adhésion à l'hypothèse de la distinction parallèle entre l'ordre public substantiel et l'ordre public conflictuel, et son corollaire selon lequel il est nécessaire d'opposer les équivalents pertinents, c'est-à-dire, on opposera l'ordre public conflictuel à l'autonomie conflictuelle.

**280.** Dans le prolongement de cette hypothèse, la possibilité pour le juge de calibrer le critère de rattachement nous paraît indispensable puisque dans la conception contemporaine de la loi d'autonomie, le rattachement de la situation contractuelle avec la loi applicable n'est point exigé. En effet, lors du déclenchement du mécanisme des lois de police le contenu substantiel de la loi est pris en compte mais, à notre sens, il s'agit de la mise en œuvre d'un ordre public conflictuel<sup>810</sup>. A l'appui de cette affirmation nous observons que l'applicabilité des Principes Unidroit (choix fonctionnel) est toujours tributaire de la possibilité reconnue par la règle de conflit contenue dans les instruments étudiés préalablement (Convention de Rome, Convention de Mexico et Règlement Rome I). A cet égard, M. Audit observe, lorsqu'il argumente en faveur de l'admission des Principes Unidroit comme loi applicable au contrat, que le respect des lois de police est toujours assuré<sup>811</sup>, faisant écho à la distinction entre choix conflictuel et choix substantiel.

**281. Une apparente relation de subordination.** Ainsi, la relation entre les Principes Unidroit et les lois de police permet de croire à une subordination des premiers aux secondes. En effet, l'article 1.4 réserve l'application des règles étatiques impératives : « Ces Principes ne limitent pas l'application des règles impératives, d'origine nationale, internationale ou supranationale, applicables selon les règles pertinentes du droit international privé »<sup>812</sup>. Mais, au-delà de l'apparente relation de subordination, ils nous paraît significatif que malgré le choix des Principes Unidroit comme loi applicable au contrat, le juge du for aura toujours la possibilité de calibrer le critère de rattachement à une loi autre que la *lex contractus*, lorsque la situation le lui impose et ce pour une question spécifique.

<sup>810</sup> Contrairement à l'affirmation de M. Audit, selon laquelle l'admission des Principes Unidroit est une manifestation de la consécration de l'autonomie substantielle. B. Audit, « Le choix des Principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *op. cit.*, p. 16, n° 5.

<sup>811</sup> Néanmoins, leur articulation se rend difficile puisque les lois de police constituent une limite, non seulement à l'autonomie des parties mais aussi à la volonté d'harmonisation du commerce international. Pour une analyse de la relation entre les Principes Unidroit et les lois de police voir B. Audit, « Le choix des Principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, pp. 23-28, spécialement points 15-21.

<sup>812</sup> Le commentaire est utile afin de mieux comprendre l'intention des rédacteurs. En particulier, le commentaire à l'article 1.4 dans la version 2016 affirme entre autres : « Étant donné la nature particulière d'instrument non législatif des Principes, on ne peut s'attendre à ce que les Principes, en tant que tels ou les contrats conclus sur la base des Principes, prévalent sur les règles impératives du droit interne, qu'elles soient d'origine nationale, internationale ou supranationale, qui sont applicables en vertu des règles pertinentes du droit international privé »

La question se pose donc de savoir quelle est l'étendue de l'article 1.4 des Principes Unidroit<sup>813</sup>. À cet égard il est intéressant de noter l'observation faite par M. Audit lorsqu'il affirme que « ces précautions témoignent du souci de rassurer les systèmes étatiques quant à la perspective du choix des Principes par les parties »<sup>814</sup>. Dans ce contexte, la nature de l'article 1.4 des Principes Unidroit semble s'approcher plutôt de l'article 3 (§§ 3 et 4) du Règlement Rome I, c'est-à-dire comme dispositif de protection de l'intégrité du droit étatique, permettant de restaurer l'impérativité des règles internes évincées en cas de conflits de lois factices. Néanmoins à la différence de l'article 3 du Règlement, l'article 1.4 des Principes Unidroit n'est pas directement intéressé par l'intégrité du droit étatique, mais plutôt d'offrir une sauvegarde aux systèmes juridiques nationaux permettant de leur rassurer envers une acceptation des Principes comme *lex contractus*.

**282.** Ainsi, il est possible d'identifier dans cette dialectique un jeu de poids et contrepoids, une mécanique d'équilibre permettant en même temps le bon déroulement du commerce international et la protection nécessaire des intérêts nationaux. Les règles formulées par les Principes Unidroit répondent à une nature supplétive, c'est-à-dire, que la référence aux Principes tiendra lieu de dispositions contractuelles, notamment pour toutes les questions non expressément réglées par les parties. On observe donc qu'il s'agit de deux questions différentes, d'une part la susceptibilité du for à entériner le choix des parties et d'autre part l'analyse des stipulations contractuelles conformément au choix effectué.

Pour illustrer la différence, nous reprendrons l'observation faite par M. Audit concernant le champ d'application de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises (CVIM). Lors de l'analyse de quelques considérations pour exclusions spécifiques *ratione materiae* formulées par la CVIM, l'auteur cite les ventes de navires et aéronefs, en principe exclues par son article 2 §e<sup>815</sup>, et affirme que « cette considération est d'opportunité pratique...

<sup>813</sup> Nous nous permettons de rappeler une observation intéressante effectuée par Mme. Fauvarque-Cosson à la version 2010 des Principes : « Une nouvelle section « Illicéité » a été introduite dans le Chapitre 3 des Principes d'Unidroit (2010). L'article 3.3.1, intitulé « contrat violant une règle impérative » se réfère à l'article 1.4 : « La violation d'une règle impérative d'origine nationale, internationale ou supranationale qui s'applique en vertu de l'article 1.4 produit sur le contrat les effets que ladite règle a pu prescrire expressément. Lorsque la règle impérative ne prescrit pas expressément les effets de sa violation sur le contrat, les parties peuvent alors « exercer les moyens fondés sur l'inexécution du contrat qui sont raisonnables dans les circonstances » (3.3.1.(2)). » B. Fauvarque-Cosson, « Règles impératives et instruments de droit souple », *Mélanges Pierre Mayer*, Lextenso 2015, p. 201.

<sup>814</sup> « Mais elles n'ont pas lieu d'être comprise comme un déclassement des mêmes Principes par rapport aux lois nationales en tant qu'objet de choix. En effet, la réserve des règles impératives d'un droit auquel se rattache le contrat s'impose tout aussi bien en cas de choix d'une loi étatique », B. Audit, *op. cit.*, p. 25, n° 19.

<sup>815</sup> « Selon les travaux préparatoires, le motif de leur exclusion est que dans beaucoup de pays ces biens sont soumis à des conditions d'immatriculation, ce qui rapproche leur régime à celui des immeubles et fait intervenir les droits des tiers. » B. Audit, « Le choix des Principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », p. 19, n° 10.

elle n'impose pas d'écarter toute possibilité entre parties à ces ventes de désigner la Convention pour régir leurs rapports ; il leur appartiendra dans ce cas de régler entre elles la question du respect des contraintes éventuellement liées à l'immatriculation. »<sup>816</sup>. Or, dans la note en bas de page de cette affirmation, M. Audit observe que le raisonnement vaut uniquement pour les ventes d'affaires (« B to B ») et non pour les ventes aux consommateurs (« B to C »), exclues du champ d'application de la Convention par l'article 3. La raison n'en est pas autre que cette dernière exclusion répond à un ordre public conflictuel. L'application du mécanisme conflictuel n'est pas subordonnée au choix matériel<sup>817</sup>.

**283.** Dans le régime des lois de police, les règles permettant le recours au mécanisme se sont affirmées au cours des dernières années, notamment dans les instruments supranationaux. Les règles permettant le recours au mécanisme des lois de police se retrouvent dans les instruments relatifs aux conflits de lois. Nous nous intéressons désormais à la jurisprudence ayant fait recours au mécanisme de lois de police.

## § 2. La jurisprudence faisant recours au mécanisme des lois de police

**284.** Nous avons préalablement référé qu'ils sont rares les cas où le législateur définit le domaine de compétence nécessaire des lois de police qu'il édicte, et c'est alors à la jurisprudence de le faire. On constate depuis quelques années, que le recours au mécanisme des lois de police se présente en jurisprudence<sup>818</sup> avec une fréquence accrue. Cependant, l'accroissement des règles applicables à titre de loi de police se voit aussi accompagné de difficultés de classification. Comme nous l'avons constaté précédemment, les tentatives

<sup>816</sup> *Ibid.*

<sup>817</sup> « Les Principes eux-mêmes laissant entendre que leur désignation dans un contrat international est un choix de nature matérielle, cela pourrait donner à penser que ce sont *toutes* les dispositions impératives de la loi autrement applicable qui sont appelées à s'imposer à leur détriment. Or il ne doit s'agir que des dispositions jugées *internationalement impératives* dans le cas d'espèce, selon la distinction exactement faite par la Convention de Rome et reprise dans le Règlement... on évitera de qualifier de manière univoque le choix des Principes au regard de la distinction entre choix de droit matériel et choix de droit international privé : c'est un choix de droit matériel en ce qu'il vise à incorporer un ensemble de règles complétant les stipulations expresses du contrat ; mais c'est aussi un choix de droit international privé en ce qu'il n'a lieu d'être limité que par les dispositions *internationalement impératives*, ou lois de police, des États auxquels le contrat se rattache. » B. Audit, *op. cit.*, p. 27, n° 21-22.

<sup>818</sup> Il est observé que « -pas loin d'une dizaine d'arrêts de la Cour de justice et sans doute une vingtaine de la Cour de cassation depuis la fin des années 1990. Elles étonnent d'autant plus qu'il est arrivé à chacune des hautes juridictions, au moins par instants, de procéder à un usage extensif de la notion, en cela contesté par la doctrine (jurisprudence *Ingmar* de la Cour de justice, jurisprudence *Agintis* de la Cour de cassation). » L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 99. Pour une analyse de la jurisprudence arbitrale faisant recours au mécanisme Voir par ex. la sentence rendue par la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, n° 6142 (1990), *JDI* 1990, 1039, obs. Y. Derains et son analyse par P. Courbe dans, « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », *op. cit.*, p. 105, spéc. n° 9. Également pour une étude d'ensemble J.B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, LGDJ 1999, n° 514 et s.

aprioristiques de la doctrine pour identifier les règles susceptibles d'être appliquées par le biais du mécanisme soulèvent encore de vives critiques. Le doute se présente concernant le mot d'ordre à suivre pour la systématisation lors de l'analyse de l'ensemble des décisions. Deux problèmes majeurs surgissent lors de l'identification des lois de police : d'une part la manque d'homogénéité des règles substantielles qualifiées par le juge comme lois de police et d'autre part, la constante évolution de cette qualification. En suivant la ligne argumentative proposée, il nous semble qu'une possibilité d'appréhension du mécanisme se trouve dans la notion de « politique législative », cette dernière étant révélatrice d'une logique de classification. Il s'agit d'un raisonnement à contrecourant de la tendance traditionnelle lequel permet de vérifier si l'hypothèse avancée par la doctrine, à laquelle cette recherche adhère, est susceptible d'appréhender le phénomène avec un regard nouveau. Ainsi, nous nous intéresserons d'abord à la classification dégagée par la politique législative contenue dans la règle substantielle (A) pour analyser ensuite la portée de cette classification (B).

#### **A. La classification dégagée par la politique législative contenue dans la règle substantielle**

**285.** Nous avons fait le choix de classer les décisions ayant fait recours au mécanisme des lois de police selon qu'elles comportent une politique législative consolidée (1) ou bien une politique législative non-consolidée (2). Ladite « consolidation » peut être appréciée dans l'évolution de la règle de conflit. On constate que l'importance que méritent certaines règles matérielles leur a valu la prise en compte par la justice conflictuelle<sup>819</sup>. La classification entend se concentrer sur les lois de police identifiées en matière contractuelle<sup>820</sup>, mais l'analyse dans d'autres domaines s'avère parfois nécessaire. En effet, les faiblesses de cette ébauche de classification ne nous sont pas étrangères, notamment le fait que l'identification d'une politique législative consolidée ne peut s'effectuer qu'à la suite d'un regard rétrospectif. Néanmoins

---

<sup>819</sup> 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, spéc. p. 299, n° 158 : « Il en va de même en droit international privé où, comme nous allons le voir, les objectifs sont multiples. Tout d'abord, il s'agit d'un droit qui cherche à répartir les sphères juridiques : le juge du for est-il compétent ou non, la loi du for est-elle applicable ou faut-il appliquer une loi étrangère ? Sur ce plan, on recherche ce qu'il est convenu d'appeler la « justice conflictuelle » ; il faut trouver le juste équilibre dans la répartition des compétences judiciaires et législatives. Mais, pour autant, le droit international privé ne se désintéresse pas du résultat sur lequel débouche le mécanisme conflictuel ; il a aussi des préoccupations de « justice matérielle ». »

<sup>820</sup> Dans d'autres matières, certains domaines se présentent comme un terrain fertile pour l'emploi du mécanisme, tel est le cas de la protection de l'enfance en danger et le régime matrimonial. Voir N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003, pages 35-36, spéc. n°s 65-66 et les décisions citées par l'auteur. Également A. Ricard, *Lois de police et activités bancaires internationales : contribution à l'étude des lois de police à propos des activités bancaires et d'investissement*, thèse, Université d'Évry Val d'Essonne, 2008, publiée chez Éditions universitaires européennes, 2010.

l'effort escompte le mérite d'apporter une perspective différenciée. Il est nécessaire de garder à l'esprit que bon nombre de ces décisions n'ont désormais qu'une valeur didactique et servent à constater une évolution. Si elles ont en partie perdu leur pertinence, c'est parce que la règle de conflit a évolué en droit communautaire, notamment pour les cas du salarié, du consommateur et de l'assuré. Notre démarche ne prétend pas à l'exhaustivité mais la démonstration par des exemples précis. L'intention est de confronter les constructions doctrinales à l'emploi effectué par le législateur et la jurisprudence.

### *1. Les lois de police comportant une politique législative consolidée*

**286.** L'étude de la jurisprudence ayant recours au mécanisme des lois de police s'avère délicate car, comme nous l'avons vu, le juge a employé de manière indistincte les termes : lois de police, lois d'application immédiate, lois d'ordre public, entre autres<sup>821</sup>. Il a été parfois nécessaire de faire abstraction du terme employé et de se concentrer à identifier la présence des éléments appartenant au mécanisme des lois de police, c'est cela que nous tâcherons de faire par la suite. Concernant les politiques législatives consolidées, nous rappellerons successivement les exemples des règles de « protection internationale »<sup>822</sup> du salarié (a) et du consommateur (b).

#### a. La protection du salarié

**287.** Certaines dispositions du droit du travail et plus spécifiquement des règles de protection du salarié, lorsqu'elles rentrent en jeu dans une situation internationale, ont autrefois été considérées comme des lois de police. Ainsi le démontre l'un des grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé rendu par le Conseil d'État dans l'affaire *Wagons-Lits*<sup>823</sup>. Dans cet arrêt, on observe que le fondement retenu pour la qualification en loi de police d'une règle était la nécessité de la réalisation effective de l'objectif législatif.

<sup>821</sup> Tel est l'état de la jurisprudence et de la doctrine. Voir par exemple Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, 2 : « Signalons enfin que la jurisprudence n'a pas tranché ; bien plus, elle tend à aggraver l'indécision terminologique et à provoquer des confusions en employant les expressions de *lois d'ordre public...* ou encore de lois d'application impérative... ».

<sup>822</sup> Il est intéressant de noter, que le terme « protection internationale » a été employé par la doctrine au sujet du sous-traitant mais son emploi est nuancé, voir par ex. « C'est une ellipse car il n'y a pas de protection de source internationale... », M. E. Ancel, La protection internationale des sous-traitants, *Trav. Com. Fr. DIP*, 2008-2010, pp. 225-359.

<sup>823</sup> Conseil d'État (Assemblée) 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-Lits*, *Rev. crit. DIP* 1974, 344, concl. Questiaux ; *JDI* 1975, 538, n. Simon-Depitre ; *Dr. soc.* 1976.50, obs. J. Savatier ; *Rev. soc.* 1976.663, note Bismuth ; chr. Ph. Francescakis, *Rev. crit. DIP* 1974.273, Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53 : « 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



**288.** Les faits ayant été abondamment analysés nous nous limiterons à rappeler qu'en l'espèce, la règle de conflit de lois est relevée par les commentateurs et non par le juge, « en dépit de sa dénomination, la *Compagnie internationale des Wagons-lits et du Tourisme* est une société belge. Son siège social est situé à Bruxelles et elle est régie par la loi belge. Mais elle possède plusieurs établissements en France »<sup>824</sup>. Ainsi, le critère de rattachement prévu par la règle de conflit est bien le lieu d'établissement de la société. Cependant, s'avérant inapte à la réalisation de la politique législative poursuivie, celui-ci a dû être ponctuellement adapté<sup>825</sup>. Le nouveau facteur de rattachement a été déduit de la connexion existante avec le système juridique français, c'est-à-dire, des multiples établissements de la société belge en France. Ainsi, toute personne physique ou morale exerçant en France les responsabilités de l'employeur se voyait imposer des obligations par la loi française.

**289. La politique législative de protection.** Contenue dans l'ordonnance du 22 février 1945 relative aux comités d'entreprise, la règle matérielle prévoyait, entre autres, l'obligation d'instituer un comité central d'entreprise<sup>826</sup>. La logique de libération sociale de l'époque et le contexte de reconstruction économique et social de la France sont indispensables pour comprendre le recours au mécanisme de protection. L'exposé des motifs de l'ordonnance<sup>827</sup> est clair quant à la politique législative sous-jacente. Il s'agit de « la nécessité d'associer les travailleurs à la direction de l'économie et à la gestion des entreprises »<sup>828</sup>, permettant ainsi

---

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. »

<sup>824</sup> Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, §5 ; « Le motif révèle que, si, en l'espèce, le Conseil d'État s'était contenté de la méthode conflictuelle, il aurait constaté que la définition du rôle du salarié dans la vie de la société touche à l'organisation et au fonctionnement de celle-ci et doit donc être attribuée à la loi que désigne la règle de conflit en matière de sociétés, c'est-à-dire la loi belge, loi du lieu du siège social ; l'ordonnance aurait été écartée et ses objectifs négligés ».

<sup>825</sup> « En l'espèce, le Conseil d'État ne s'est pas spécialement inquiété de la nature ni du type de la relation en cause pour établir l'applicabilité de la loi française. Il s'est limité à rechercher s'il convenait, eu égard à la teneur de l'article 21 de l'ordonnance du 22 février 1945, d'imposer l'observation de celle-ci à une société étrangère entretenant des relations de travail dans ses implantations permanentes en France. », Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, §1. Nous rappellerons au passage que L. d'Avout, trouve un exemple de l'emploi du test de causalité stricte dans l'affaire *Compagnie internationale des wagons-lits*, Cf. « Les lois de police », *op. cit.*

<sup>826</sup> Plus précisément l'article 21 de l'ordonnance disposait : « Dans les entreprises comportant des établissements distincts, il sera créé des comités d'établissements dont la composition et le fonctionnement seront identiques à ceux des comités d'entreprises définis aux articles ci-dessus, qui auront les mêmes attributions que les comités d'entreprises, dans la limite des pouvoirs confiés aux chefs de ces établissements, et, notamment, celles définies aux paragraphes a et b de l'article 3 ci-dessus... Le comité central d'entreprise sera composé de délégués élus des comités d'établissements... ».

<sup>827</sup> J.O. du 23 février 1945, et rectificatifs J.O. des 24 février, 21 et 23 mars 1945.

<sup>828</sup> Exposé des motifs : « Aussi bien, dès la libération du pays, des comités de production ou des comités de gestion se sont-ils constitués spontanément dans de nombreuses usines. Le but de ces comités était partout de remettre en marche l'industrie nécessaire à l'effort de guerre et d'en accroître le rendement. Et il n'est pas douteux, comme l'ont montré les expériences faites depuis quatre ans en Grande-Bretagne, aux États-Unis et au Canada, que la participation du personnel à des comités de ce genre peut avoir à cet égard les plus heureux effets.... Le moment

d'assurer aux travailleurs l'exercice des droits reconnus par ladite ordonnance. Comme MM. Ancel et Lequette le soulignent, « il faut bien constater, en l'espèce, que l'application de l'ordonnance de 1945 aux établissements de la Compagnie des Wagons-lits situés en France constitue une condition du succès de cette législation... refuser le droit à la participation dans certains établissements français au motif qu'ils relèvent de sociétés étrangères, ce serait contrecarrer le projet du législateur ». La symbiose entre les deux éléments, la politique législative et le critère de rattachement, est évidente, le fait de savoir lequel des deux éléments commande le déclenchement du mécanisme l'est beaucoup moins<sup>829</sup>.

**290.** L'application à cet arrêt de la grille de lecture dégagée de l'appréhension du phénomène comme un mécanisme, nous semble apporter une esquisse de réponse. S'il semble peu discutable que l'élément de référence soit bien la politique législative sous-jacente à la règle matérielle, c'est-à-dire, l'association des travailleurs à la vie économique de l'entreprise qui commandait l'adaptation du critère de rattachement prévu par la règle de conflit ordinaire. À l'inverse, il convient de s'interroger si l'organe de décision aurait dû respecter le résultat de l'application de la règle de conflit, dans l'hypothèse où la loi désignée par la règle de conflit, en l'espèce la loi belge, prévoyait la composition d'un comité central d'entreprise. La réponse est en effet difficile à établir, mais il demeure utile de rappeler que la politique législative présente dans la règle matérielle n'était que l'une de ces manifestations. Elle faisait partie d'un projet plus vaste incluant des réformes législatives, la création d'organes de contrôle étatiques entre autres. Une politique législative donnée peut difficilement être contenue, en sa totalité, dans une seule règle matérielle. La préséance de l'application de la loi du for se comprend donc, non par l'opposition entre dispositions matérielles, mais par l'effectivité<sup>830</sup> requise pour la mise en œuvre de la politique législative.

D'autres politiques législatives ont reçu en France la protection par le mécanisme des lois de police, notamment certaines règles relatives à la représentation des salariés et à la défense de

---

semble venu de légaliser et de généraliser l'existence de ces organismes. Tel est le but du projet d'ordonnance instituant des comités d'entreprises et des comités d'établissements. »

<sup>829</sup> En ce sens Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, p. 5 : « S'effectuant selon des optiques différentes, le choix du critère d'efficacité de la loi de police et celui du facteur de rattachement de la règle de conflit ne coïncident pas nécessairement (rappr. Paris, 21 janv. 1994, *Rev. crit.* 1995. 535, note P. Lagarde, *D.* 1994, Som. com. 357, obs. B. Audit, à propos de l'application de la *Loi Hoguet* du 2 janv. 1970 ; v. aussi Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juill. 1986, *Bull.* I, n° 194 ; TGI Nice, 24 avr. 1985, *Rev. crit.* 1986. 325 note P. Lagarde) ».

<sup>830</sup> « Aucune loi étrangère ne reçoit mission de satisfaire les intérêts propres de l'ordre juridique français ; aucune ne s'efforce de promouvoir dans l'ordre juridique français une structure sociale reposant sur la participation des salariés, assurée par l'institution des comités d'entreprise. Certes, il n'est pas exclu que d'autres pays – et spécialement parmi eux la Belgique – se soient aussi donné les moyens d'atteindre de semblables objectifs ; mais chacun l'a fait pour soi, pour la vie sociale organisée sous l'autorité de ses pouvoirs publics, de sorte que toutes ces législations comparables sont néanmoins réfractaires au libre échange des lois que suppose la règle de conflit classique. » Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, p. 495, §9.

leurs droits et intérêts<sup>831</sup>. Or, l'identification de la politique législative ne suffit pas au déclenchement du mécanisme, celui-ci répond à une autre condition.

**291. Les points de connexion.** La jurisprudence révèle une tendance pour le déclenchement du mécanisme en étroite relation avec l'appréciation *in concreto*<sup>832</sup> de l'applicabilité de la loi de police à la situation litigieuse. On constate que dans le domaine du droit du travail, la Cour de cassation exige comme condition, la connexion<sup>833</sup> de la situation contractuelle avec la France. Dans l'affaire *Wagons-lits*, la connexion a été trouvée dans les multiples établissements de la société belge en France. Les commentateurs soulignent qu'« en l'espèce, la réalisation de l'impératif contenu dans l'ordonnance de 1945 a paru commander la mise à l'écart de la loi belge comme de toute autre loi, même dans leurs éventuelles dispositions de police »<sup>834</sup>. Or, le respect de l'impératif se justifiait par une connexion avec le territoire français, en l'espèce les établissements et les travailleurs français.

**292. A contrario**, dans une série d'arrêts relatifs au conflit *Air Afrique*<sup>835</sup>, la connexion avec le territoire ayant été jugée insuffisante, le déclenchement du mécanisme n'a pu avoir lieu. À cette occasion, la Haute juridiction s'est prononcée sur les textes du Code du travail français relatifs à la représentation du personnel en affirmant que ces dernières sont « des lois de police d'application territoriale ». La Cour a considéré dans le premier arrêt que « *dès lors qu'un pilote n'assumait aucune fonction au sol sur le territoire français et ne dépendait nullement de l'établissement à Paris de la société qui l'employait, que sa prestation de travail était exclusivement fournie à bord d'avions ayant la nationalité ivoirienne, c'est à bon droit que la cour d'appel a considéré que le contrat de travail était exécuté en Côte-d'Ivoire et que les relations contractuelles étaient régies par la loi ivoirienne* »<sup>836</sup>. On observe que dans cette espèce la cour d'appel, à défaut de choix de loi par les parties, a été validée en sa démarche de rattachement de la situation contractuelle à la loi ivoirienne, sans être question de l'applicabilité

<sup>831</sup> Par ex. Soc. 3 mars 1988, *Soc. Thoresen Car Ferries Ltd*, *Rev. crit. DIP*, 1989, 63, n. G. Lyon-Caen ; *JDI* 1989, 78, n. M.-A. Moreau-Bourles et Ass. plén. 10 juillet 1992, *Air Afrique c/Gueye*, *Rev. crit. DIP*, 1994, 69, n. B. Audit ; *JCP* 1993, II, 22063, n. P. Rodière ; *Dr. Soc.* 1993, 67, concl. Y. Chauvy, au sujet de la protection d'un membre d'un Comité d'établissement lors de son licenciement. Plus récemment, voir Soc. 14 février 2001, *Dr. soc.* 2001, 639, n. M.-A. Moreau. D'autres exemples sont évoqués par la doctrine, par ex. les arrêts cités et son analyse par N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003, page 35, spéc. n° 64. Également les exemples évoqués par MM. Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, p. 498, §12.

<sup>832</sup> L'analyse *in concreto* lors du recours au mécanisme des lois de police gagne, comme on a pu le constater, les faveurs de la doctrine. L'appréciation des points de connexion de la situation litigieuse avec un système juridique s'accorde bien avec ce type d'analyse.

<sup>833</sup> Nous éviterons d'employer le terme « rattachement » afin de diminuer les possibles confusions.

<sup>834</sup> Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, p. 497, §11.

<sup>835</sup> Ch. mixte, 28 fév. 1986 arrêts n° 166 et 164, 1<sup>re</sup> Civ., 28 fév. 1986, arrêt n° 165.

<sup>836</sup> *JDI* 1986, 699 note A. Lyon-Caen.

d'une loi de police quelconque. Or, l'importance de cet arrêt réside dans sa relation avec les deux derniers arrêts, ceux-ci concernant l'application des lois de police.

Ainsi, dans les arrêts n° 164 et 165, le tribunal d'instance fait application respectivement des articles L. 412-12 et L. 433-1 du Code du travail français à titre de loi de police mais il est sanctionné dans sa démarche<sup>837</sup>, à défaut d'établir une connexion pertinente avec le système juridique français pour le déclenchement du mécanisme. En l'espèce, il ne s'agit pas d'une sanction de la qualification en loi de police puisqu'il est acquis que les dispositions françaises relatives à la représentation du personnel sont susceptibles d'être considérées comme tel. Le motif pertinent pour casser la décision est que le personnel navigant technique « n'appartenait pas au personnel de la succursale parisienne d'Air Afrique »<sup>838</sup>. Autrement dit, le reproche fait par la Cour de cassation aux juges du fond n'est pas d'avoir énoncé que les textes français sur la représentation du personnel constituent des lois de police mais de s'être limité à cette proposition<sup>839</sup>. Ainsi est-on conduit à la conclusion que le déclenchement du mécanisme de protection respecte la condition de connexion de la situation litigieuse avec un système juridique donné<sup>840</sup>.

**293.** L'exigence d'une connexion nécessaire au déclenchement du mécanisme nous semble cohérente avec la logique développée par M. Lagarde concernant la règle de conflit de lois, notamment concernant le critère de rattachement objectif. Toutefois, un tel rapprochement a mérité la critique des commentateurs comme un glissement méthodologique : « alors que la

<sup>837</sup> « Attendu que... le Tribunal d'instance s'est borné à rappeler que les textes du Code du travail français relatifs à la représentation du personnel sont des lois de police d'application territoriale et s'imposaient donc à Air Afrique pour sa succursale de Paris ; Attendu, cependant, que le personnel navigant technique exerçait exclusivement son activité sur des appareils ayant la nationalité ivoirienne... ce dont il résultait que ces navigants n'appartenaient pas au personnel de la succursale parisienne d'Air Afrique ; Que, dès lors, le tribunal a violé le texte susvisé... ».

<sup>838</sup> En mots de l'un des commentateurs de l'arrêt, le motif pertinent pour la Cour de cassation a pu être décelé car : « le personnel navigant technique exerçait exclusivement son activité sur les appareils ayant la nationalité ivoirienne, en vertu de la convention de Chicago du 7 décembre 1944, ce dont il résultait que ces navigants n'appartenaient pas au personnel de la succursale parisienne d'Air Afrique. Un fait et une déduction, tels sont les éléments qui, dans ce motif, retiennent l'attention. Les navigants de la Compagnie Air Afrique exercent-ils leurs activités exclusivement sur des appareils ayant la nationalité ivoirienne ? Question cardinale pour la Cour de cassation ; mais question qui demande une appréciation de pur fait. A ce titre, la censure pour violation de la loi est troublante... De ce fait, en tout cas non avéré, la Cour de cassation tire une conséquence juridique décisive : les navigants ne font pas partie de la collectivité de travail appelée, selon le droit français, à être dotée de représentants. », *JDI* 1986, 699, note A. Lyon-Caen, page 706, n° 5.

<sup>839</sup> *Ibid.*

<sup>840</sup> « Il semblait que la Cour de cassation française, sa Chambre sociale en tout cas, était soucieuse de faire bénéficier les salariés français de la protection du droit français chaque fois que leurs rapports de travail avaient un certain contact avec l'ordre juridique français. Était-ce une véritable politique judiciaire ? Nul n'avait de certitude et, pourtant, la tendance historique était manifeste. Or, on n'hésitera pas à découvrir, dans les arrêts de Chambre mixte du 28 février 1986 un élan contraire. », *JDI* 1986, 699, note A. Lyon-Caen. L'analyse critique du commentateur nous semble particulièrement intéressante, notamment en ce qu'il trouve qu'une autre lecture est possible afin d'établir une connexion entre la situation litigieuse et le système juridique français. Sa lecture est riche d'une connaissance du contexte dans lesquels le conflit et les litiges ont trouvé leur origine.

Cour de cassation devait rechercher, en fonction de son objet, le champ d'application que le droit français s'assigne, elle a procédé à une localisation d'un rapport de droit comme pourrait l'exiger la recherche du droit applicable aux contrats de travail des navigants »<sup>841</sup>. Cette critique est révélatrice d'un risque majeur de confusion de méthodes entre la règle de conflit et le mécanisme de lois de police. En revanche, l'observation se comprend puisque l'application d'une politique législative dénouée de la situation litigieuse est l'une des craintes récurrentes autour du mécanisme des lois de police. D'autres règles ont été protégées par recours au mécanisme des lois de police en respectant la même logique<sup>842</sup>.

**294.** Nous soutenons que cette politique législative peut être identifiée comme une politique consolidée puisqu'elle est désormais prise en compte par la règle de conflit. Le règlement Rome I prévoit à son article 8, §1, « le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l'article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection qui lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article ». L'analyse de la portée de cette règle ainsi que son évolution font partie de nos considérations à suivre<sup>843</sup>, cependant il est indispensable d'observer que le souci de protection des salariés à activité internationale est pris en compte non seulement par le mécanisme des lois de police mais aussi par le critère de rattachement objectif de la règle de conflit et que cette protection se traduit par une limitation de l'autonomie des cocontractants<sup>844</sup>. Dans la même veine des politiques législatives consolidées nous rangeons aussi la protection du consommateur que nous analyserons par la suite.

<sup>841</sup> *Ibid.*, p. 707, n° 6. À cet égard les explications avancées par le commentateur concernant le rattachement pertinent des rapports de travail aérien international est riche en enseignements notamment la notion d'affectation et le fait de lui conférer une valeur localisatrice. Il nous est rappelé que le lieu d'affectation est bien privilégié par la jurisprudence comme critère de rattachement.

<sup>842</sup> Par exemple : l'alinéa 2 de l'article L. 121-1 du Code du travail est « d'application immédiate », Cass. soc. 19 mars 1986, *Rev. crit. DIP* 1987, 554, note Y. Lequette. L'arrêt permet une lecture semblable puisque la Cour de cassation admet le raisonnement de la cour d'appel en ce que les dispositions de l'article L. 121-1 du Code du travail ont le caractère de lois de police, mais le rejette seulement quant à son effet, c'est-à-dire la nullité du contrat : « Qu'en statuant ainsi, alors que l'exigence posée par l'alinéa 2 de l'article L. 121-1 du code du travail, d'application immédiate, n'a pas pour sanction la nullité du contrat ; qu'elle permet seulement au salarié d'exiger de l'employeur la délivrance d'un contrat conforme aux exigences du texte, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Dans cet arrêt l'on observe que la connexion avec le système français était faible : contrat de travail conclu à Genève entre un Français et une société suisse, contrat rédigé en anglais et soumis à la loi suisse. Toutefois, l'importance de la politique législative contenue dans la loi du 31 décembre 1975 (« La loi relative à l'emploi de la langue française », *Rev. crit. DIP*, 1976. 447) n'est pas refusée « l'on est en présence d'une loi qui, pour satisfaire les intérêts propres de la société française, fixe elle-même son champ d'application dans l'espace sans la médiation d'une règle de conflit, *Rev. crit. DIP* 1987, 554, note Y. Lequette, spéc. 556.

<sup>843</sup> Voir *infra* § 401 et s.

<sup>844</sup> Comme le préconisait M. Lyon-Caen, « au-delà des directives très fermes que livrent ces diverses sources, il n'existe aucune raison d'exclure les salariés à activité internationale du bénéfice des principes généraux de règlement. La limitation du rôle de la loi d'autonomie vaut pour eux comme pour les autres... », *JDI* 1986. 699, note A. Lyon-Caen, p. 710, n° 11.

### b. La protection du consommateur

**295.** En France, la théorie générale du contrat a subi un bouleversement par l'émergence du droit de la consommation, plus particulièrement par la nécessité de protection du consommateur qui s'est d'abord manifesté en droit interne pour s'étendre ensuite au droit international privé. Depuis les années soixante-dix, certaines règles matérielles sont apparues affichant un objectif de protection du consommateur<sup>845</sup> au niveau national. Or, à cette époque préalable au réveil de la protection du consommateur par la justice conflictuelle, les tribunaux appliquaient le droit international privé des contrats pour déterminer la loi applicable aux rapports internationaux de consommation<sup>846</sup>.

**296.** Postérieurement, les règles matérielles de protection du consommateur ont été appliquées dans des situations internationales par le biais du mécanisme de lois de police. Comme l'observait M. Lagarde, à une époque « si les tribunaux voulaient quand même appliquer, lorsqu'elle existait, la règle protectrice du for à l'encontre de la loi normalement applicable au contrat, ils devaient recourir aux techniques éprouvées de l'ordre public, du rattachement spécial et des lois de police, avec toutes leurs incertitudes »<sup>847</sup>. Ainsi le démontre la décision de la première Chambre civile de la Cour de cassation dans son arrêt du 19 octobre 1999<sup>848</sup> selon lequel « la loi française sur le crédit à la consommation du 10 janvier 1978 était d'application impérative pour le juge français ».

<sup>845</sup> Pour une analyse P. Lagarde, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Mélanges Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 511. M. Lagarde affirme que ces règles matérielles peuvent se caractériser ainsi « - obligation d'informer le consommateur avant la conclusion du contrat, à la fois sur l'objet même du contrat, c'est-à-dire sur les caractéristiques essentielles du bien vendu ou du service offert, et sur la protection légale accordée au consommateur, afin que celui-ci ne soit pas tenu dans l'ignorance de ses droits. Ces obligations se traduisent par une série de mentions qui doivent, à peine de nullité, être portées de façon apparente sur le contrat ; - réglementation détaillée des clauses abusives traduisant un déséquilibre dans le contrat au détriment du consommateur. Selon les législations, le juge dispose ou non d'un pouvoir d'appréciation avant d'annuler de telles clauses ; - surtout atteinte aux règles classiques de formation des contrats, en ce que le consommateur dispose d'un pouvoir de rétractation de son consentement dans un certain délai après la signature du contrat ou, selon une autre formule, ne peut signer définitivement le contrat qu'après un temps de réflexion obligatoire d'une ou deux semaines après la réception de l'offre. »

<sup>846</sup> « Ils recherchaient d'abord si les parties avaient exercé leur faculté de choisir la loi applicable et, dans la négative, ils appliquaient la règle objective désignant généralement la loi du pays avec lequel le contrat présentait les liens les plus étroits, soit le plus souvent la loi du professionnel. » P. Lagarde, *op. cit.*, p. 512.

<sup>847</sup> *Ibid.*

<sup>848</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 octobre 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, 29, n. P. Lagarde ; *D.* 2000, p. 8, obs. J. F. ; *JDI* 2000, 328, n. J.-B. Racine ; *D.* 2000, 765, n. M. Audit. Voir en sens inverse, Nancy 25 novembre 1992, *Rev. Dr. Bancaire*, sept.-oct. 1993, p. 222, obs. F. Crédot et Y. Gérard. Par ailleurs, cette décision confirme nos observations précédentes concernant le régime des lois de police avant la Convention de Rome, notamment en ce que l'article 3 du Code civil permettait le recours au mécanisme : « Vu l'article 3 du Code civil, ensemble la loi du 10 janvier 1978... ».



Cette décision est importante à double titre : premièrement « car elle semble être la première, en France, à qualifier ainsi une règle protectrice du consommateur »<sup>849</sup> et deuxièmement puisque la Cour de cassation prend position sur le lien exigé pour que la loi de police puisse être appliquée, en l'espèce la résidence des consommateurs sur le territoire français<sup>850</sup>. En effet, l'applicabilité de la loi française ne pouvait résulter ni d'un choix dans le contrat ni de sa localisation objective, obligeant la Cour à faire recours au mécanisme des lois de police<sup>851</sup>. Il est nécessaire de rappeler que le motif de cassation visait la non applicabilité temporelle de la Convention de Rome, or il n'en est pas moins que cet arrêt offre un éclairage rétrospectif concernant la politique législative de protection du consommateur en droit international privé.

297. Aujourd'hui consolidée, la protection des consommateurs a été adoptée par la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, premier instrument européen à envisager une règle de conflit (article 5) favorisant la protection du consommateur<sup>852</sup>. Postérieurement adoptée par le règlement Rome I dans son article 6, un tel tempérament de la règle de conflit générale en matière contractuelle se justifiait par un double danger pour le consommateur<sup>853</sup>, c'est-à-dire de la possible validité des clauses abusives et, à défaut de choix, d'une application quasi-systématique de la loi du professionnel. Ainsi, l'analyse du mécanisme des lois de police dans le souci de protection du consommateur n'est plus pour le droit français

<sup>849</sup> N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Université Robert Schuman, Strasbourg III, 2003, page 37, spéc. n° 67. À l'exception du jugement du tribunal de grande instance de Dunkerque du 19 février 1986 (*Clunet*, 1986.713, note Kahn) lequel selon M. Lagarde « avait retenu la qualification de loi de police précisément pour cette loi du 10 janvier 1978, mais en prenant la peine de préciser que « la protection du consommateur par les lois de l'État sur le territoire duquel il a sa résidence habituelle ne peut en effet lui être refusée en vertu d'une loi étrangère, au moins lorsqu'il a été sollicité dans son pays, comme c'est le cas de l'espèce ». », Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 octobre 1999, *Rev. crit. DIP* 2000. 29, n. P. Lagarde.

<sup>850</sup> M. Lagarde regrette le défaut d'affirmation explicite de ce rattachement, en mots de l'auteur : « l'arrêt rapporté ne prend pas ces précautions. Il affirme que « la loi française sur le crédit à la consommation du 10 janvier 1978 était d'application impérative pour le juge français », sans préciser son champ d'application, si ce n'est, très implicitement, par le rappel *in limine* que les emprunteurs résidaient en France. Cela ne paraît pas suffisant. Si l'on comprend que l'emprunteur résidant habituellement en France soit protégé par la loi française lorsqu'il est démarché en France par un établissement de crédit étranger, on ne voit pas de raison de le protéger lorsque, de son propre chef, il franchit la frontière et va contracter un emprunt à l'étranger pour bénéficier d'un taux d'intérêt moins élevé que celui qui est pratiqué en France » *Ibid.*

<sup>851</sup> De manière quelque peu forcée puisque le raisonnement mélangeait la question de compétence juridictionnelle avec celle de la loi applicable, voir à cet égard les observations de M. Lagarde Civ. 1<sup>ère</sup>, 19 octobre 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, 29, n. P. Lagarde.

<sup>852</sup> Il est intéressant de noter que la Conférence de la Haye avait entrepris la rédaction d'un instrument international sur la loi applicable aux ventes aux consommateurs mais a abandonné le projet par le succès de la Convention de Rome. Voir l'Acte final de la XIV<sup>e</sup> Session, *Rev. crit. DIP*, 1980, 803, spéc. 909.

<sup>853</sup> « La règle de conflit classique en matière de contrat, telle qu'elle est notamment formulée dans les articles 3 et 4 de la convention de Rome, pouvait être doublement dangereuse pour le consommateur. En premier lieu, comme elle ne limite pas la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable, elle permet en fait au professionnel de stipuler dans le contrat l'applicabilité d'une loi qui lui est favorable, notamment en ce qu'elle valide des clauses qu'une autre loi considérerait comme abusives. En second lieu, à défaut de choix par les parties de la loi du contrat, la loi applicable est le plus souvent celle de la partie qui fournit la prestation caractéristique, c'est-à-dire presque toujours la loi du professionnel et non celle du consommateur. », P. Lagarde, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 513.

un sujet de discussion et dans ce contexte il n'est pas interdit de considérer que la protection du consommateur est bien une politique législative consolidée. À cet égard, nous noterons finalement que la protection du consommateur consacrée dans la règle de conflit l'est dans un double volet : au niveau du choix des parties, l'autonomie de la volonté est limitée, et à défaut de choix, par la dérogation du critère objectif général, c'est-à-dire de la loi de la résidence habituelle de consommateur à celle du fournisseur<sup>854</sup>. La particularité de la protection est qu'elle est fondée par un critère bilatéral, sortant de ce fait de la logique traditionnelle du mécanisme de lois de police, cette particularité sera analysée comme partie du phénomène de cristallisation des lois de police à suivre<sup>855</sup>.

**298.** Les contraintes pratiques de l'analyse exhaustive des décisions ayant recours au mécanisme des lois de police aux fins de protection des consommateurs sont suffisantes à persuader sur la pertinence de l'étude d'un échantillon d'entre elles. Nous nous concentrerons désormais sur l'analyse d'un échantillon des politiques législatives non-consolidées.

## *2. Les lois de police comportant une politique législative non consolidée*

**299.** Le recours au mécanisme des lois de police a été aussi employé pour la protection de certaines politiques législatives lesquelles, à la différence de la protection du consommateur ou du travailleur, demeurent fortement discutées où ne finissent pas par convaincre l'ensemble de la doctrine. Nous nous intéresserons aux exemples des règles de protection du sous-traitant (a) et du franchisé (b)<sup>856</sup>.

### a. La protection du sous-traitant

**300.** La protection du sous-traitant dans le cadre d'opérations internationales a été débattue en France à la suite d'un arrêt de la Cour de cassation connu désormais comme la jurisprudence *Agintis*<sup>857</sup>. Décision amplement commentée, elle est riche en enseignements concernant le

<sup>854</sup> Sans s'attarder sur une question qui n'intéresse pas le mécanisme des lois de police, il est néanmoins nécessaire de rappeler que la protection de la loi de l'État de la résidence habituelle doit répondre à certaines conditions qui supposent une initiative du professionnel dans le pays du consommateur. « Le consommateur ne pourra invoquer la protection de la loi de l'État de sa résidence habituelle que si, pressé par les initiatives prises dans cet État par son cocontractant pour l'amener à conclure le contrat, il a pu légitimement croire qu'il bénéficierait de cette protection. Telle est du moins la philosophie qui explique les trois circonstances retenues par l'article 5, § 2, et qui supposent toutes une initiative du professionnel dans le pays du consommateur. », *Ibid.* p. 514.

<sup>855</sup> Voir *infra* § 311.

<sup>856</sup> Pour les particularités qu'elle présente, la protection de l'agent commercial sera étudiée avec les affinements subis par les mécanismes liés à l'ordre public, voir *infra* § 432.

<sup>857</sup> Cass., ch. mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14.006, *Bull. civ.*, n° 12 ; *BICC* 1<sup>er</sup> avr. 2008, p. 29, rapport F. Monéger et avis O. Guérin ; *Rapport C. Cass 2007*, p. 481, a été abondamment commenté : *D.* 2008. 753, note W. Boyault et S. Lemaire ; *ibid.* 5, obs. X. Delpéch ; *ibid.* 1508, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 2560, obs. S.

mécanisme de lois de police. Par cet arrêt, la cour régulatrice 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 »<sup>858</sup>.

**301.** La jurisprudence *Agintis* fournit un exemple particulier de protection d'une politique législative poursuivie par le législateur français. Un rappel sommaire des faits s'impose à titre liminaire : dans cette affaire une société française a 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 des travaux à la société française *Agintis*, une clause de choix en faveur de la loi allemande figurait au contrat de sous-traitance. La société allemande devait encore à la société *Agintis* diverses sommes, lorsqu'elle a fait l'objet d'une procédure collective à laquelle cette dernière a produit sa créance. Cependant, le maître de l'ouvrage a refusé tout paiement à cette société, au motif que le marché principal et le sous-traité étaient régis par la loi allemande, et qu'elle ne l'avait pas accepté en qualité de sous-traitant. La Cour de Cassation a procédé à l'admission de l'applicabilité de la loi française, à titre de loi de police, à l'action du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage « s'agissant de la construction d'un immeuble en France ». Ainsi, la jurisprudence *Agintis* semble protéger le sous-traitant quelles que soient les lois applicables au contrat principal et au sous-traité et où que soient établis les parties, en France ou ailleurs ; l'élément pertinent pour le rattachement est le fait que le sous-traitant intervienne à l'occasion de travaux portant sur un immeuble en France<sup>859</sup>.

---

Bollée ; *RDI* 2007. 511, avis O. Guérin ; *ibid.* 2008. 38, obs. C. Charbonneau ; *Rev. crit. DIP* 2009. 728, note M.-E. Ancel ; *RTD com.* 2008. 456, obs. P. Delebecque ; *JDI* 2008. 1073, 1<sup>re</sup> esp. note L. Perreau-Saussine ; *JCP G* 2008. II. 10000, note L. d'Avout ; *JCP E* 2008.1201, note P. Berlioz ; *Gaz. Pal.* 22 mars 2008, n° 82, p. 34, note M.-L. Niboyet ; *LPA* 16 avr. 2008, note G. Lardeux ; *CCC* 2008, n° 94, obs. L. Leveneur ; *RD Imm.* 2007.38, obs. C. Charbonneau ; *RDC* 2008. 515, obs. P. Deumier ; *Dr. et patr.* Mars 2008.82, obs. J.-P. Mattout et A. Prum, *ibid.*, mars 2008.86, obs. B. Mallet-Bricout, *ibid.* déc. 2008.93, obs. M.-E. Ancel ; *RLDA* 2008/23, n° 1419, obs. C. Nourissat et C. Pellegrini ; *RLDC* 2008/55, n° 3241, note F. Niggemann et F. Jonglez de Ligne ; *adde* P. Piroddi, « The french plumer, subcontracting and the internal market », *Yearbook of Private International Law, Volume 10* (2008), p. 593 et s. V. aussi, Cass. civ. 3e, 8 avril 2008, n° 07-10.763, *Sté Campenon Bernard Méditerranée c/ Sté Basell Production France*, *JDI* 2008. 1073, 3e esp., note L. Perreau-Saussine.

<sup>858</sup> Voir l'analyse proposée par Mme. M. E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », *Travaux comité fr. DIP*, 2008-2010, pp. 225-359. Dans sa communication Mme Ancel par « protection » vise « les voies particulières ouvertes au sous-traitant afin d'obtenir plus facilement le recouvrement de ce qui lui est dû au titre des prestations qu'il a fournies, autrement dit, afin de se prémunir contre la défaillance de son partenaire, l'entrepreneur principal. » p. 226. V. aussi J.-L. Bismuth, « La sous-traitance internationale », *Travaux comité fr. DIP*, 1984-1985, CNRS, 1987, p. 23 et s.

<sup>859</sup> Est en cause la détermination de la loi applicable à l'action directe en paiement exercée par le sous-traitant à l'encontre du maître de l'ouvrage. Or, cette action est inconnue de certaines législations, comme en Allemagne. Et c'est précisément à propos d'un contrat de sous-traitance soumis au droit allemand que la chambre mixte de la Cour de cassation se prononce.

**302. La politique législative protégée.** La protection du sous-traitant peut être assurée par différents moyens, parmi eux l'action directe et d'hypothèques légales<sup>860</sup>. Ces moyens de protection financière des sous-traitants sont reconnus de manière variable au sein des différents systèmes juridiques<sup>861</sup>. La jurisprudence *Agintis* bien que qualifiant de manière générale les modalités de protection de la loi de 1975, fait référence en particulier à l'action directe du sous-traitant prévue à son article 12. Ainsi en l'espèce, l'une des questions soulevées était de savoir si la qualification comme loi de police était justifiée pour toutes les règles contenues dans la loi de 1975 et méritaient d'être traitées de manière uniforme lorsqu'elles comportent des dispositions multiples et variées<sup>862</sup>. Au passage, on peut noter que ce n'est pas le contenu inadmissible pour le for qui se trouve à l'origine de l'éviction de la loi étrangère compétente<sup>863</sup> mais le critère de rattachement inapte à rendre effective la politique législative poursuivie par le for<sup>864</sup>.

**303. Le contexte de l'arrêt *Agintis*.** La politique de protection du sous-traitant a subi une évolution en droit interne français<sup>865</sup>, motivée par un contexte économique spécifique. Ainsi,

<sup>860</sup> M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », *op. cit.*, p. 225. L'analyse proposée par Mme Ancel ne se limite pas à l'hypothèse posée par l'arrêt *Agintis*, mais s'intéresse *inter alia*, aux actions directes conférées, dans le domaine du bâtiment, par l'article 1799-1 du code civil et, dans le domaine des transports routiers, par l'article L. 132-8 du code de commerce, mais aussi aux privilèges et aux hypothèques légales qui peuvent être institués au bénéfice des sous-traitants.

<sup>861</sup> Voir les exemples cités par Mme Ancel concernant la Belgique, la Suisse et le Québec, *Ibid.*, p. 226, n° 3.

<sup>862</sup> Comme M. Audit le signale : « Parmi les « dispositions protectrices du sous-traitant » de la loi de 1975, on peut distinguer au moins : le paiement direct par une personne publique maître de l'ouvrage (art. 6), l'action directe du sous-traitant (art. 12), la délégation de paiement ou le cautionnement bancaire que doit fournir l'entrepreneur (art. 14), la mise en cause éventuelle de la responsabilité de celui-ci (art. 14-1), qui toutes n'appellent peut-être pas nécessairement le même traitement... », B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer, LGDJ, 2015, p. 32, note n° 25.

<sup>863</sup> Puisque le Code civil belge accueille l'action directe des sous-traitants, loi hypothécaire du 19 février 1990, modifiant l'article 1798 du Code civil belge. Il est dès lors possible d'affirmer qu'il existe une règle matérielle équivalente le droit français et le droit belge. Pour d'autres observations de droit comparé concernant l'action directe du sous-traitant dans les pays touchés par les conquêtes napoléoniennes V. M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », *op. cit.*, p. 228, n° 5.

<sup>864</sup> Cas contraire à celui qu'on observe dans l'affaire *Boll*. CIJ, 28 novembre 1958, *Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*, *CIJ Recueil 1958*, p. 55 s. Voir aussi, H. Batiffol et P. Francescakis, « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1959, p. 259 s., spéc. n° 12, p. 271. La leçon à retenir demeure la corrélation existante entre le rattachement pertinent pour la loi de police et l'objectif poursuivi par cette loi. M. de Vareilles-Sommières à l'occasion de l'analyse de cet arrêt affirme qu'« alors même que l'ordre public suédois était manifestement en cause, la Cour n'a pas jugé que le fonctionnement de l'exception d'ordre public fournisse la justification adéquate de l'éviction de la loi néerlandaise par la loi suédoise. Elle a plutôt considéré que les questions tranchées par la loi suédoise de police sont soustraites au domaine de la convention, lequel ne concerne que le conflit entre lois ordinaires relatives à la tutelle des mineurs... », *Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère, Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 243.

<sup>865</sup> « Au début des années 1970, le point de vue sur les sous-traitants a radicalement changé. Des faillites ont frappé d'importantes entreprises principales en France et ont fragilisé leurs sous-traitants », M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », *op. cit.*, p. 227. Cette observation nous est particulièrement intéressante car elle démontre le changement de politique législative sur le plan interne. *Adde.*, les sources citées par Mme Ancel notamment les questions et interventions au Parlement recensées par C. Jamin, *La notion d'action directe*, LGDJ, 1991, n° 184, n. 7 et l'avis du Conseil économique et social des 20 et 21 mars 1973.

concernant la protection internationale du sous-traitant, M. de Vareilles-Sommières signale que la pertinence de l'établissement en France du sous-traitant comme élément localisateur se comprend à la lecture du rapport du conseiller rapporteur qui mentionne « l'importance économique de la loi qui avait pour objectif d'éviter les faillites en cascade des sous-traitants »<sup>866</sup>. Nous ajouterons que cette décision est intervenue juste après le début d'une récession économique d'envergure mondiale, initiée aux États-Unis à la suite de l'explosion d'une bulle immobilière. Il n'est pas interdit de penser – mais la prudence s'impose – que les faillites qui ont frappé d'importantes entreprises outre-Atlantique ont été aperçues et considérées dans l'objectif d'éviter la fragilisation des sous-traitants français. Le choix par la Cour de cassation du lieu de construction de l'immeuble en France comme facteur déclenchant l'applicabilité de la loi française est la résultante d'une analyse en termes d'efficacité d'une politique législative spécifique.

**304. La critique de la décision.** Outre la critique récurrente à la qualification générale en loi de police<sup>867</sup>, cette décision a été l'objet d'observations par la doctrine. Les commentateurs s'accordent en ce que le raisonnement de la Cour tient compte du souci du législateur de protection des sous-traitants établis en France. Or, suivant cette logique il aurait été nécessaire de protéger tous les sous-traitants établis sur le territoire français sans la limitation du travail dans un chantier immobilier<sup>868</sup>. À cet égard il a été admis que, plus qu'un avantage, cela fait peser des inconvénients sur l'entrepreneur principal au risque de le décourager de contracter

<sup>866</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. p. n° 36. L'auteur fait noter que le choix d'appliquer la loi française « lorsque l'ouvrage est exécuté sur le territoire national » se justifiait par le fait qu'il s'agit de protéger le sous-traitant, mais pas seulement s'il est Français car il convient aussi d'établir les conditions d'une concurrence égale pour tous. Dans le même sens « il est certain que l'objectif premier de la loi est de limiter le risque d'impayé pour les sous-traitants et, par-là, de les préserver des faillites en cascade. Pour autant, il faut noter aussi le souci très net des parlementaires de ne pas surprotéger les sous-traitants », M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », *op. cit.*, p. 231, n°10 ; et sa note en bas de page : « Dans leur travaux, les parlementaires relèvent d'ailleurs que, souvent, les sous-traitants n'avaient pas une force de négociation suffisante pour obtenir eux-mêmes les garanties qu'il leur fallait : en ce sens, Marc Lauriol, *JO AN*, 5 déc. 1975, p. 9479, mentionnant l'« état d'infériorité » du sous-traitant. »

<sup>867</sup> M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », *op. cit.*, p. 227, n°4, observe que le dispositif de protection s'impose intégralement à condition qu'un immeuble français soit en cause. Voir aussi la critique faite par M. d'Avout qui se prononce contre la qualification comme loi de police pour les cas du sous-traitant et effectue une comparaison avec la protection du salarié, L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 118, « La non-application des règles de protection des sous-traitants pourrait éventuellement être retenue pour inéquitable par les intéressés eux-mêmes ; mais les politiques publiques françaises ne seraient pas remises en cause, dans leurs circonstances d'application ordinaires, et l'on peine à imaginer à propos de leur éviction en situation internationale le froncement d'un sourcil de la part des citoyens établis en France ».

<sup>868</sup> L'analyse est souvent rapprochée de l'action directe du transporteur impayé dans les relations internationales. Or, dans cette hypothèse la Cour de cassation refuse de considérer l'article L. 132-8 du code de commerce, siège de la garantie de paiement du transporteur impayé, comme une loi de police. L'application de cette disposition n'est faite que si la loi française est désignée par la règle de conflits pour régir le contrat de transport international. Voir par ex., Com., 18 sept. 2012, F-P+B, n° 11-20.789, *D.* 2012. 2930, obs. X. Delpech.

avec des sous-traitants établis en France<sup>869</sup>. À notre avis la condition que le sous-traitant soit intervenu pour la construction d'un immeuble en France tient compte, en plus du souci de compétitivité, du contexte préalablement soulevé.

Nous reprendrons finalement, par l'éclairage qu'elle apporte, l'analyse de Mme Ancel notamment en ce qu'elle observe que la jurisprudence *Agintis* « n'a pas exclu du statut de loi de police les règles qui cantonnent ou qui conditionnent la protection du sous-traitant dans le cadre de la loi de 1975 »<sup>870</sup>. Ainsi, la politique législative s'applique avec ses conditions matérielles<sup>871</sup>. La décomposition des conditions nous amène à considérer que la localisation de l'immeuble en France doit s'analyser dans un premier temps afin de justifier le déclenchement du mécanisme des lois de police. Ce n'est que postérieurement, que le respect des conditions matérielles, telles l'agrément et l'acceptation par le maître de l'ouvrage peuvent être étudiées. Ces conditions correspondent à deux étapes distinctes du raisonnement<sup>872</sup>. Un arrêt récent de la Cour de cassation apporte ses lumières à ce sujet et mérite notre attention.

**305.** Dernier en date, l'arrêt *Urmet* du 20 avril 2017<sup>873</sup> de la Cour de cassation reprend la question de la protection du sous-traitant et profite de l'occasion pour expliciter la condition d'existence d'un lien entre la situation en cause et la loi dont la politique législative est issue<sup>874</sup>. Ainsi l'application de la loi française du 31 décembre 1975 à la situation litigieuse suppose de caractériser l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants. On vérifie donc que la connexion ou le rattachement

<sup>869</sup> « En particulier, devoir fournir un cautionnement bancaire ou subir l'indisponibilité de sa créance aurait, sur le plan international, un effet repoussoir au détriment des sous-traitants de France, ce qui n'est évidemment pas souhaitable. Dès lors, pour préserver la compétitivité des sous-traitants établis sur le territoire national qui travaillent pour des marchés étrangers, la Chambre mixte a limité la protection assurée par la loi de 1975 aux travaux immobiliers en France. », M.-E. Ancel, *op. cit.*, p. 229, n°7.

<sup>870</sup> M.-E. Ancel, *Ibid.*, p. 227,

<sup>871</sup> Conditions *sine qua non* de l'action directe ont été transposées au plan international, notamment l'obligation d'acceptation du sous-traitant par le maître de l'ouvrage. Ainsi, la Cour de cassation a octroyé le bénéfice de l'action directe à un sous-traitant établi en Belgique, ayant contribué à la rénovation d'une usine en France, dès lors que ce sous-traitant a été accepté, et ses conditions financières agréées, par le maître d'ouvrage français. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 févr. 2009, n° 07-20.096 publié au *Bulletin* ; *D.* 2009.806, obs. X. Delpech ; *Rev. crit. DIP* 2009.728 (2<sup>e</sup> esp.), note M.-E. Ancel.

<sup>872</sup> Mme Ancel considère que l'action directe ne relève pas du mécanisme des lois de police, et s'interroge sur quelle règle de conflit, au singulier ou au pluriel, doit être employée, M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », *op. cit.*, p. 228, n° 6.

<sup>873</sup> Com. 20 avr. 2017, n° 15-16.922, P+B, *D.* 2017. 916 ; *ibid.* 2054, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2017. 542, obs. D. Bureau ; *RDI* 2018. 221, obs. H. Périnet-Marquet ; *AJ Contrat* 2017. 289, obs. V. Pironon ; . L'arrêt précité est le troisième acte de la pièce initiée avec l'arrêt Com. 19 déc. 2006, n° 04-18.888, *Dr. et patr. déc.* 2007, p. 83 obs. M.-E. Ancel et poursuivie dans Com., 27 avr. 2011, n°09-13.524, *D.* 2011, p. 1654, obs. X. Delpech, note Y.-E. Le Bos ; *ibid.* 2434, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2012. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seséke ; *RDI* 2011. 618, obs. Périnet-Marquet ; *Rev. crit. DIP* 2011. p. 624, rapp. A. Maitrepierre, et 659 obs. M.-E. Ancel ; *RTD com.* 2012. 214, obs. P. Delebecque ; *JDI* 2012. 148, note P. de Vareilles-Sommières ; *RDC* 2011, p. 1294, obs. J.-B. Racine.

<sup>874</sup> Pour nos développements sur la proximité comme condition nécessaire au déclenchement du mécanisme voir *supra* § 220-223.



avec le territoire est bien une condition nécessaire au déclenchement du mécanisme de protection. Dans cette espèce la qualification de la loi française du 31 décembre 1975 est admise d'emblée et le débat se déplace sur le terrain des éléments permettant d'établir un rattachement soit avec la France, soit avec l'Italie. Le pourvoi avance l'argument du rattachement à la France compte tenu de la localisation de l'établissement de l'entrepreneur principal et le fait que le financement a été assuré par des banques françaises.

Cependant, la Cour rappelle qu'il est nécessaire de vérifier quel est « *le pays bénéficiaire économique de l'opération de sous-traitance* » et qu'en l'espèce, « les terminaux ayant été fabriqués sur le territoire italien par les ingénieurs du sous-traitant et installés sur les réseaux italiens d'une société italienne filiale du donneur d'ordre français ne suffit pas à justifier que la situation présente un lien de rattachement de l'opération avec la France suffisant au regard de l'objectif de protection des sous-traitants pour faire jouer l'article 13-1 de la loi de 1975 à titre de loi de police ». Cette observation se trouve dans le prolongement de la solution rendue à l'occasion de la jurisprudence *Agintis* dans laquelle la Cour de cassation n'avait pas limité la possibilité du déclenchement du mécanisme de lois de police aux sous-traitants établis en France<sup>875</sup> mais à la localisation de l'immeuble sur le territoire français.

On insistera, la Cour vise l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 clarifiant désormais que pour le déclenchement du mécanisme il doit exister un lien de rattachement entre la situation litigieuse et un système juridique, les lois de police répondent donc à une condition de proximité. D'autres exemples existent, lorsqu'on s'interroge sur le déclenchement du mécanisme, affirmant que c'est précisément le rattachement qui justifierait l'intervention<sup>876</sup>.

<sup>875</sup> « L'interdiction de la discrimination que la Chambre mixte a perçue en 2007 était déjà dans les esprits en 1975. D'une certaine manière, la jurisprudence *Agintis* est confortée, en ce que la loi de 1975 peut parfaitement s'appliquer à des sous-traitants établis hors de France. Cependant... il n'était pas dans les intentions des parlementaires de 1975 de mettre en place une législation protectionniste et souhaitait seulement un texte protecteur », M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », p. 230, n°8. L'observation est intéressante et laisse songeur concernant la différence entre législation protectionniste et texte protecteur. On s'aventure à penser qu'un texte est protecteur lorsqu'il vise une catégorie abstraite (en l'occurrence le sous-traitant) sans distinction de son établissement, il est protectionniste lorsqu'il existe une association entre protection et établissement.

<sup>876</sup> Par exemple, concernant le cautionnement, M. Audit observe que « la loi n° 98-657 du 29 juillet 1988 a imposé de faire précéder la signature de toute personne souscrivant un engagement de caution de certaines mentions écrites de sa main, précisant la portée de l'engagement, à peine de nullité (C. cons. art. L. 341-2) ; et une mention supplémentaire doit être portée aux mêmes fins, et sous la même sanction, lorsqu'un créancier professionnel exige un cautionnement solidaire (art. L. 341-3). Ces dispositions impératives internes doivent-elles pour autant être considérées comme applicables à tout cautionnement souscrit en France, serait-il soumis à une loi étrangère ? Bien que figurant dans le Code de la consommation, elles ont été introduites par une loi destinée à stimuler la création d'entreprises en France et, dans ce contexte, à protéger les entrepreneurs à qui il est couramment demandé d'engager leurs biens personnels en cautionnant les dettes de leur entreprise. Leur application peut se justifier si le souscripteur de l'engagement réside en France ou qu'il s'agit de cautionner une entreprise établie en France ; tel n'est plus les cas, et la solution peut même devenir inopportune, si le cautionnement est souscrit par une personne résidant à l'étranger pour une entreprise à l'étranger en faveur d'un prêteur français », B. Audit, *Du bon usage des lois de police*, Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer, LGDJ, 2015, p. 34.

**306. La difficulté de consolidation de la politique législative.** Par ailleurs, l'analyse autour de la protection internationale au sujet du sous-traitant démontre que celle-ci n'est pas une politique législative protégée de manière constante, mais plutôt une réaction à des moments de nécessité. On constate d'après les arguments de compétitivité du marché et le fait que les relations intriquées dans lesquels se trouve immiscé le sous-traitant conduisent, lorsque on lui accorde une meilleure protection, à imposer des charges en plus à d'autres acteurs. En demandant ainsi trop aux autres protagonistes du marché on retrouve un effet contraire à celui désiré en premier lieu. Dans le cas des sous-traitants, un ensemble de moyens de droit privé a été prévu par le législateur français pour retrouver un équilibre juridique favorisant le marché et non seulement l'un de ses protagonistes<sup>877</sup>. Ces particularités rendent difficile la consolidation d'une politique législative de faveur pour le sous-traitant et par conséquent l'établissement d'une protection continue par le biais d'un critère de rattachement dérogatoire. Dans une situation similaire nous retrouvons la qualification en loi de police des politiques législatives de protection du franchisé.

#### b. La protection du franchisé

**307.** Dans la même veine nous retrouvons la qualification par la cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 25 octobre 2011,<sup>878</sup> des dispositions de l'article L. 330-3 du Code de commerce<sup>879</sup>. Dans cette affaire il s'agissait d'un contrat de franchise contenant une clause de choix de la loi désignant comme applicable « les lois de la Province du Québec », mais où le juge français a fait application de l'article L. 330-3 du Code de commerce français (imposant un délai de communication du document d'information précontractuelle d'une durée minimale de vingt jours avant la signature du contrat) en tant que loi de police.

La Haute cour a alors jugé que les dispositions dudit article « ne caractérisent pas seulement une loi de protection, mais (...), procédant de l'ordre public économique de direction, elles constituent une loi de police applicable au contrat conclu avec une société française en vue de la création et du développement en France d'un réseau de franchise, sous licence étrangère,

<sup>877</sup> Voir les développements et références dans M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », *op. cit.*, p. 231, n°10.

<sup>878</sup> CA Paris, 25 octobre 2011, n° 10/24023. *RDC*, 2012. 563, obs. J.- B. Racine. L'arrêt *Berty* a fait l'objet d'analyse dans 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. 426.

<sup>879</sup> « Art. L. 330-3 : Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause ».

nonobstant la désignation par les parties de la loi québécoise comme loi du contrat ». À l'époque de l'arrêt le droit français mettait en place une obligation d'information visant à protéger le distributeur, exigence sanctionnée en droit interne, en matière civile, sur le fondement des vices du consentement<sup>880</sup>. Toutefois, en l'espèce il s'agissait d'un contrat de « master franchise »<sup>881</sup> entre une société canadienne et une société française. Par ce contrat, cette dernière s'engageait à distribuer en France, par l'intermédiaire d'un réseau de sous-franchisés, les produits de la société canadienne. Dans le contrat figurait une clause de choix de loi applicable en faveur des lois de la province du Québec. Ainsi, la question se posait de savoir si la disposition française était applicable en l'espèce<sup>882</sup>. Pour structurer sa réponse, la Cour fonde son raisonnement sur trois arguments<sup>883</sup> (l'assortiment d'une sanction pénale, un argument de droit comparé<sup>884</sup> et un argument d'opportunité<sup>885</sup>) pour arriver à la conclusion générale selon laquelle « il résulte, dès lors, des objectifs de la loi, du droit comparé et de la pratique » des contractants, que les dispositions de l'article L. 330-3 du Code de commerce constituent une loi de police.

**308.** Selon certains commentateurs, la qualification de loi de police se justifiait<sup>886</sup> mais il n'est nullement ignoré qu'un autre arrêt de la cour d'appel de Paris a été décidé en sens opposé<sup>887</sup>.

<sup>880</sup> V. Cass. com., 10 févr. 1998 : Bull. civ. 1998, IV, n° 71. Désormais, avec l'avènement de la réforme l'article 1112-1 du Code civil érige au rang de principe l'obligation d'information lors de la conclusion du contrat, sans distinction entre les contrats. Pour l'évolution de l'obligation d'informer en droit interne voir Ch. Larroumet et S. Bros, *Traité de droit civil – Les obligations – Le contrat*, Tome III, Economica, 9<sup>ème</sup> ed., 2018, § 363.

<sup>881</sup> Sur la pratique du contrat de master franchise en matière internationale, v. J.-B. Racine et F. Siiriainen, *Droit du commerce international*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2011, n° 425, p. 297. À l'égard du contrat de franchise internationale nos observations ne peuvent être que limitées. Pour une étude comparée voir L. Vogel, « La franchise au carrefour du droit de la concurrence et du droit des contrats. États-Unis, Union européenne, France, Allemagne, Italie », *Droit global*, Ed. Panthéon-Assas, 2011. Également A. Cebrian Salvat, *La franquicia internacional*, ed. Comares, Murcia, 2016.

<sup>882</sup> « On pourrait certes s'étonner que l'applicabilité internationale de l'article L. 330-3 du Code de commerce dépende d'une qualification contractuelle alors que ce texte pose une obligation précontractuelle d'information... dans le cadre d'une qualification contractuelle, pour que l'article L. 330-3 du Code de commerce soit applicable alors qu'une loi étrangère a été choisie, il faut qu'il soit considéré comme une loi de police. » *RDC*, 2012. 563, obs. J.- B. Racine.

<sup>883</sup> Arguments repris et analysés par M. Racine dans ses observations à l'arrêt, *RDC*, 2012. 563, obs. J.- B. Racine, « Il faut néanmoins porter au crédit de la cour d'appel de Paris le fait d'avoir raisonné sur la base d'un faisceau d'indices. Il lui a paru justifié, au regard d'une pluralité de facteurs, de considérer la loi *Doubin* comme une loi de police ».

<sup>884</sup> En effet la cour d'appel observe « qu'au sein de l'Union européenne, la loi belge relative à l'information précontractuelle dans le cadre d'accords de partenariat commercial du 19 décembre 2005 a explicitement conféré le caractère de loi de police aux dispositions qu'elle comporte, très proches à cet égard, de celles de l'article 330-3 du code de commerce ».

<sup>885</sup> Notamment en ce que la cour relève que le contrat faisait référence au délai de vingt jours, minimum prescrit par l'article L. 330-3. Concernant les arguments d'opportunité v. E. Rubi-Cavagna. Les arguments d'opportunité. Pascale Deumier. *Le raisonnement juridique. Recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, Dalloz, p. 217-247, 2013, Méthodes du droit, 978-2-247-12051-2.

<sup>886</sup> *RDC*, 2012. 563, obs. J.- B. Racine.

<sup>887</sup> En ce sens que l'art. L. 330-3, loi protectrice d'ordre public interne, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international, V. *CA Paris*, 30 nov. 2001, *Dr. et patrimoine*, juin 2002, p.111, obs. D. Mainguy ; *JCP E* 2002, *Cah. dr. entr.*, n° 3, p. 29, obs. Raynard. Pour une analyse des hésitations quant à la qualification de la loi

La Cour de cassation n'ayant pas tranché de manière définitive pour départager les arrêts d'appel, nos observations seront mesurées. On se limitera à observer premièrement que le recours au mécanisme des lois de police par les juges parisiens se trouve en accord avec les constructions doctrinales, en ce que la loi étrangère n'est pas n'écartée dans sa totalité mais seulement concernant une question spécifique<sup>888</sup>. Deuxièmement, se basant sur l'intuition qui guide cette recherche, nous trouvons que l'ordre public est bien la source du mécanisme des lois de police. Troisièmement, on constate que les arguments avancés par la cour n'établissent pas l'autorité qui les précède, ni aucune relation de hiérarchie entre eux. Finalement nous soulignerons que l'objectif de cette disposition est bien de protéger le distributeur « tel un franchisé, en lui permettant de s'engager en pleine connaissance de cause »<sup>889</sup> mais plus importante, est la remarque faite par M. Racine selon laquelle « le texte obéit fortement à une logique de protection de la « partie faible » »<sup>890</sup> et que pour la protection soit possible, la connexion avec le territoire français est une condition pour le déclenchement du mécanisme<sup>891</sup>. Nous noterons au passage que l'argument dégagé par l'arrêt *Urmet* semble pouvoir s'appliquer à l'espèce du franchisé et respecter la cohérence puisqu'il est possible de soutenir que « *le pays bénéficiaire économique de l'opération* » est bien la France.

**309.** Ayant analysé quelques exemples du recours au mécanisme de lois de police, nous avons pu constater que la politique législative permet d'établir un classement de décisions, selon qu'elles comportent des politiques législatives consolidées ou non. Cette classification est révélatrice d'un trait particulier de la politique législative lorsqu'elle est prise en compte par

---

Doubin comme loi de police P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *Etudes offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 110, n° 14.

<sup>888</sup> En ce sens voir A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 227: « *Internationally mandatory rules also require an issue-by-issue approach. As a matter of fact, each mandatory rule only regulates a very specific issue and it is only with respect to that issue that it is possible to decide whether the rule should be applied irrespective of the bilateral choice-of-law rules. On the contrary, internationally mandatory rules normally do not regulate the entire legal relationship in an exhaustive and exclusive way... As a result, the rules of the lex causae and the internationally mandatory rules of the forum co-exist, they are simultaneously and cumulatively applicable* ».

<sup>889</sup> *RDC*, 2012. 563, obs. J.- B. Racine.

<sup>890</sup> *Ibid.* L'auteur observe que l'obligation d'information est similaire à l'objectif de protection en droit de la consommation et rappelle que, très souvent dans le cas de contrats de franchise, « le franchisé est le plus souvent adhérent à un contrat d'adhésion pré rédigé par le franchiseur. En matière internationale, il est donc facile pour le franchiseur d'inclure une clause d'élection de droit portant sur une autre loi que la loi française pour contourner le texte de l'article L. 330-3 du Code de commerce. » Il relève également que « l'obligation précontractuelle d'information dans le secteur de la distribution commerciale a été une question jugée suffisamment importante pour donner lieu à un texte à caractère international. Il s'agit ici de la loi type sur la divulgation des informations en matière de franchise proposée par Unidroit en 2002... On voit ainsi que l'obligation d'information précontractuelle, spécialement dans le domaine de la franchise, n'est pas une règle particulariste. Elle aurait plutôt tendance à devenir un standard international ».

<sup>891</sup> « Dès l'instant où le contrat est conclu avec un franchisé établi en France et/ou qu'il s'exécute en France et qu'il intéresse le territoire français, il nous semble que la disposition protectrice devrait s'appliquer en qualité de loi de police. » *RDC*, 2012. 563, obs. J.- B. Racine.

des mécanismes de droit international privé. Ainsi, nous nous intéresserons désormais à la portée de la classification dégagée par la politique législative.

### **B. La portée de la classification dégagée par la politique législative contenue dans la règle substantielle**

**310.** L'analyse de la jurisprudence nous a permis de confirmer l'intuition selon laquelle le mécanisme des lois de police constituerait une exception et non une méthode concurrente à la règle de conflit. Cette exceptionnalité se comprend parce que l'opérateur judiciaire adapte le critère de rattachement prévu par le législateur lorsqu'une situation spécifique l'exige. L'adaptation du critère de rattachement est commandée par la protection d'une politique législative. Nous considérons que la qualification en tant que loi de police se rend difficile, parmi d'autres facteurs, par les divergences relatives à la consolidation de la politique législative, ce qui constitue la variable de l'équation, tant sur l'axe temps que sur l'axe espace. L'observation de ce phénomène de consolidation a été naguère identifiée comme la « cristallisation des lois de police »<sup>892</sup> (1).

#### *1. Le phénomène de cristallisation des lois de police*

**311.** L'identification du phénomène de cristallisation a été possible grâce à une analyse rétrospective des manifestations du mécanisme de lois de police. Ce phénomène permettrait de comprendre l'écart observé dans les rares occasions dans lesquelles le législateur<sup>893</sup> établit des indices pour la qualification des lois de police contrastant avec le recours accru par le juge.

**312.** Ainsi, dans un effort d'expliquer la récurrence à l'emploi du mécanisme malgré les nombreuses difficultés suscitées, M. d'Avout avance trois séries d'explications : la commodité

<sup>892</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », dans T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *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. 99.

<sup>893</sup> « Il existe, dans le même sens, des dispositions législatives qui déterminent le champ d'application international de certaines lois françaises internes, même si elles ne sont pas pour autant qualifiées de lois de police ou d'application immédiate. Ainsi, après avoir introduit dans le Code de la consommation un article L. 132-1 qui définit les clauses abusives, la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 ajoute, sous l'intitulé « Conflit des lois relatives aux clauses abusives », un article L. 135-1 qui dispose : « Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L. 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un État n'appartenant à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté... », P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 104, spéc. n° 7.

pratique<sup>894</sup>, l'argument de souveraineté<sup>895</sup> et l'explication technique tenant à l'inadaptation ponctuelle de la règle bilatérale de rattachement<sup>896</sup>. C'est cette dernière qui s'avère particulièrement intéressante et que nous développerons par la suite. M. d'Avout observe donc que la prolifération des lois de police s'explique, en partie, par la complexité du raisonnement bilatéral de principe mais également par le « tournant fonctionnel »<sup>897</sup> de la science du droit international privé.

**313. L'inadaptation ponctuelle de la règle de conflit bilatérale.** L'argument principal de l'auteur soutient que les règles bilatérales de conflit « construites par grossissement des objectifs très anciens du droit privé, ne tiennent pas compte d'un certain nombre de politiques modernes, que les lois qui en résultent peinent à entrer dans les cases du système bilatéral de résolution des conflits de lois »<sup>898</sup>. Nous rappellerons que conformément aux théories de nos prédécesseurs, les objectifs de droit privé peuvent être compris comme la traduction d'une politique législative, c'est pourquoi nous tiendrons, à cette occasion, les mots « objectif » et « politique législative » pour de termes équivalents. M. d'Avout invite à comparer les travaux de M. de Vareilles-Sommières, notamment en ce qu'il affirme que la considération de l'efficacité des politiques législatives serait le propre du rattachement des lois de police et ne se retrouverait pas dans les règles bilatérales de rattachement de type savignien »<sup>899</sup>. À cet égard, si notre lecture ne trahit pas l'esprit de l'auteur, il nous semble que M. de Vareilles-Sommières ne refuse pas d'emblée l'existence d'une politique législative au sein de la règle bilatérale puisqu'il admet que toute règle comporte une politique législative. La différence étant, selon l'opinion de ce dernier, que le souci d'efficacité est l'intérêt principal au sein du mécanisme

<sup>894</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 99 : « d'autant plus séduisant pour l'organe juridictionnel que la théorie du droit international privé se complexifie et que les sources se diversifient au point d'être inaccessibles au non-spécialiste ».

<sup>895</sup> Les lois de police « constitueraient la limite basse du droit international privé ; le seuil en deçà duquel nul raisonnement de l'ordre de l'interchangeabilité des lois ne pourrait être tenu, sauf à contester le principe même de la souveraineté à l'origine de l'édiction des règles » *Ibid.*, p. 100 ; Voir également J. Foyer, « Lois de police et principe de souveraineté », *Les relations privées internationales – Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit*, LGDJ, 2014, p. 339.

<sup>896</sup> L. d'Avout, *Ibid.* L'inadaptation ponctuelle de la règle bilatérale explique, selon l'auteur, qu'il soit « fait recours au procédé du rattachement des lois de police pour des raisons de *téléologie juridique*, à chaque fois que les motifs d'édiction de la règle particulière se prétendant applicable ne correspondent pas à ceux ayant présidé à l'élaboration des catégories générales de conflit de lois. En d'autres termes, lorsqu'il y a affrontement des téléologies juridiques : la finalité inhérente à la loi de police, d'un côté ; de l'autre, celle prise en charge par la règle synthétique de rattachement ».

<sup>897</sup> *Ibid.*, et les auteurs cités par M. d'Avout : « Sur ce que le fonctionnalisme américain constitue un équivalent au renouveau européen des lois de police, voy. T. Guedj, 39, *Am. J. Comp. L.* (1991), p. 661. *Adde* : B. Audit, dernièrement in « Le droit international privé en quête d'universalité », *R.C.A.D.I.*, t. 305, 2003, n° 272 à 289 (comparaison de l'« unilatéralisme inné » européen, significativement celui des lois de police, à la méthode américaine d'analyse des intérêts gouvernementaux ), note 29.

<sup>898</sup> L. d'Avout, *Ibid.*, p. 101.

<sup>899</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. n° 41 et s.



des lois de police et se présente comme l'unité de mesure permettant au juge de calibrer la règle de conflit à une situation et à un moment spécifique. Cependant, les auteurs se rejoignent en ce que l'élément affecté par le mécanisme des lois de police est le facteur de rattachement<sup>900</sup>.

**314.** D'autre part, en rappelant l'exemple de la *lex rei sitae*<sup>901</sup>, règle de rattachement territorial propre au statut réel, M. d'Avout affirme que la règle de rattachement bilatérale est donc un agrégat de politiques législatives en un « rattachement synthétique ». L'auteur apporte, pour appuyer son argument, le contreexemple découlant des règles visant les relations de travail ou de consommation, précisément les articles 5 et 6 de la Convention de Rome, devenus 6 et 8 du Règlement Rome I. En effet, la question se pose de savoir si les dispositions relatives au travail et à la consommation sont susceptibles d'être comprises comme un agrégat des lois de police qui seraient à mi-chemin entre une règle bilatérale et une loi de police.

**315.** En indice de réponse à cette question, nous avons constaté précédemment qu'à un stade primitif, la protection du travailleur ou du consommateur était assurée par le mécanisme des lois de police<sup>902</sup> et non par un critère de rattachement dérogatoire à la règle bilatérale. Ceci étant, le besoin de protection de la politique législative a été signalé par le juge et a gagné en force et acceptation, pour être finalement admise par le législateur, permettant ainsi « des cristallisations de lois de police prenant la forme d'une règle bilatérale »<sup>903</sup>. À cet égard, il est

<sup>900</sup> « Nous sommes sceptiques sur cette opposition, mais rejoignons cependant l'auteur, quant au résultat, lorsqu'il affirme que « plus que le contenu de la loi désignée par la règle de conflit, ce qui, dans un cas donné, gêne l'auteur d'une loi de police lorsque cette dernière n'est pas désignée comme applicable par la règle de conflit ordinaire est le facteur de rattachement retenu par la règle de conflit, et ce, dans la mesure où cette dernière prétend couvrir a priori la ou les questions réglées par la loi de police » (n° 33). On retrouve ici l'idée de conflit des téléologies juridiques (celle sous-jacente à la loi de police, celle inhérente à la règle de conflit). Ce qui peut séparer, finalement, de l'analyse de P. de Vareilles-Sommières est le postulat de neutralité dans la formation des règles bilatérales de rattachement. » L. d'Avout, *Ibid.*

<sup>901</sup> « L'étude, p. ex., de la formation historique de la règle de rattachement territorial propre au « statut réel » fait apparaître que, bien loin de l'idée de siège géographique objectif de la relation privée litigieuse, un des fondements de la règle bilatérale positive procède du rassemblement des lois de police éparpillées en un rattachement synthétique ; la *lex rei sitae* constitue ce que l'on nomme parfois un « rattachement substantiel impératif », agrégat de lois de police territoriales (L. d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006, p. ex., n° 22, n°s 94 et s., n°s 133 et s.). Avec des auteurs tels que P. Picone, K. Schurig ou A. Bucher, il faut dire plus généralement qu'un substrat substantiel (tiré des politiques législatives internes) existe bien à la racine des règles bilatérales de rattachement ou, en tout, cas, de certaines d'entre elles », *Ibid.*

<sup>902</sup> A l'égard du consommateur M. Lagarde affirmait que « si les tribunaux voulaient quand même appliquer, lorsqu'elle existait, la règle protectrice du for à l'encontre de la loi normalement applicable au contrat, ils devaient recourir aux techniques éprouvées de l'ordre public, du rattachement spécial et des lois de police, avec toutes leurs incertitudes. », P. Lagarde, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Mélanges Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 511

<sup>903</sup> *Ibid. Egalement*, en ce sens l'observation de M. Lagarde, « Il n'est donc pas interdit de penser – mais la prudence s'impose – que pour la Cour de cassation, la loi de 1978, qui était une loi de police avant le 1<sup>er</sup> avril 1991, date d'entrée en vigueur de la convention de Rome, a perdu ce caractère après cette date, du fait de l'article 5 qui renforce son impérativité en la situant en quelque sorte entre les dispositions simplement impératives prévues à l'article 3 §3, et les lois de police de l'article 7. Cette solution aurait été préférable, même pour le passé, d'indiquer que la loi du 10 janvier 1978 n'était d'application impérative pour le juge français que dans certaines conditions, pour ne pas donner l'impression aujourd'hui que l'entrée en vigueur de la convention de Rome se traduit par une réduction des cas d'application des règles protectrices du consommateur », *Rev. crit. DIP* 2000, 29, n. P. Lagarde.

nécessaire d'observer que l'élément cristallisé est bien le critère de rattachement et non une disposition substantielle spécifique, tel que le démontrent les règles de conflit au contrat de travail et au contrat de consommation. Ces observations confirment la proposition de la doctrine selon laquelle la loi de police est une « technique transitoire ou le symptôme d'une anomalie dans la règle de conflit de lois utilisée, mais non la remise en cause de la *méthode* de la règle de conflit »<sup>904</sup>. Le choix d'expressions de la doctrine pour décrire le phénomène est intéressant et dévoile la fluctuation d'une politique législative parmi différents mécanismes de protection, qu'il s'agisse des lois de police, la règle de conflit bilatérale ou bien l'exception d'ordre public.

**316.** On peut noter que le phénomène de cristallisation des lois de police affecte particulièrement le domaine des contrats, puisque la règle de conflit de lois en la matière, malgré un échafaudage à double critère (objectif et subjectif), est insuffisante pour répondre de manière précise à une réalité contractuelle englobant une multitude de situations possibles. En effet, la solution du conflit de lois doit concilier plusieurs éléments tels que la spécificité de chaque relation contractuelle et la singularité de chaque cas concret.

**317.** Il est évident que ni la protection d'une politique législative par le mécanisme des lois de police, ni la cristallisation de cette protection ne sont des procès à l'abri de critiques. La protection du salarié et du consommateur par le biais d'une règle bilatérale, par exemple, furent fortement critiquées dans son temps<sup>905</sup>. Ainsi, une comparaison nous vient à l'esprit lorsqu'on pense à l'exemple d'actualité sur la forte opposition à la protection de la partie faible, à ce stade par le mécanisme de lois de police. Les développements précédents nous permettent de songer à la possibilité de la consolidation d'une politique législative de protection en faveur des parties faibles<sup>906</sup> à un contrat, à condition que l'environnement politique, social et économique le

<sup>904</sup> En ce sens M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », *op. cit.*, p. 232, n°12.

<sup>905</sup> « Les dispositions protectrices du consommateur ne correspondent-elles pas, en effet, à l'archétype des lois de police ? (...) C'est alors la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui donne la clé et permet de répondre... Déjouant les prévisions de nombreux auteurs, qui avaient vigoureusement critiqué l'idée de déterminer le champ d'application des lois de police par des critères bilatéraux, l'article 5 de la convention de Rome édicte une règle de conflit bilatérale pour assurer la protection du consommateur contre les abus de la liberté contractuelle, dans les circonstances particulières qu'elle vise, l'idée générale étant que le consommateur n'est protégé que si le professionnel a effectué une démarche, en vue de la conclusion du contrat, dans le pays de la résidence du consommateur. De même, lorsque la doctrine a redécouvert la catégorie des lois de police, elle a couramment cité comme exemple topique les lois protectrices du salarié. Parallèlement à l'article 5, la convention de Rome édicte également dans l'article 6 une règle de conflit bilatérale dont le rattachement est, en principe, le pays où le travailleur accomplit habituellement son travail : le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays où il accomplit habituellement son travail. », P. Courbe, « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 106, n° 108, n° 12. Courbe fait mention parmi les auteurs qui ont critiqué l'idée de déterminer le champ d'application des lois de police par des critères bilatéraux : H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, p. 429, et réf. Cit. note (20).

<sup>906</sup> Le débat autour des lois de protection individuelle de certains acteurs qualifiés comme lois de police est saisi par M. d'Avout, qui nous rappelle que la notion de lois de police « ne recouvre dans le droit international privé

permette. Malgré tout, l'argument s'applique aussi à *contrario*, puisque rien n'empêche qu'une politique législative désormais protégée par une règle bilatérale ne le soit plus dans le futur. On retrouve l'écho de l'affirmation faite par MM. Ancel et Lequette qui voyaient dans les lois de police : « des lois qui, ayant pour objet le règlement de rapports d'intérêts privés, ont pour fonction de leur apporter une solution matérielle propre à *conserver ou à transformer* (selon les options du législateur) les structures de l'ordre juridique-vie sociale organisée »<sup>907</sup>.

**318.** Nous ajouterons que la cristallisation des lois de police, ou plus précisément de la politique législative, peut se présenter non seulement à l'intérieur d'un ordre juridique mais aussi gravir des échelons et se voir favoriser au niveau communautaire<sup>908</sup> ou international<sup>909</sup>. À cet égard, il est nécessaire de rappeler qu'au niveau européen le sujet de la politique législative se heurte à des problèmes dérivés de directives communautaires protectrices, par exemple dans le cas des consommateurs, comportant des règles fixant de façon mal maîtrisée leur champ d'application dans l'espace<sup>910</sup>. Cette particularité européenne méritera notre attention ultérieurement, pour l'instant il semble suffisant de rappeler que le problème, comme le soulève M. Lagarde, réside dans le fait que les règles d'application contenues dans les directives rentrent en conflit avec la Convention de Rome et de manière générale aux règles de conflit lesquelles raisonnent sur la

---

des contrats que certaines règles essentielles à la vie en société dans un État donné, ce que ne sont pas les dispositifs de rééquilibrage des rapports contractuels bilatéraux sauf preuve de leur effet « macro-juridique » en toute circonstance indispensable à la collectivité qui s'en est dotée ? », L. d'Avout, « Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux », *D.* 2014, p. 60, spéc. n° 5. À propos des règles protectrices des parties réputées faibles Mme M.-E. Ancel nous rappelle que plusieurs auteurs considèrent que ces règles ne devraient plus être prises en compte par le mécanisme des lois de police M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », p. 231, note 49. Et les auteurs cités : F.J. Garcimartin Alférez, « *The Rome I Regulation : Much ado about nothing ?* » *The European Legal Forum*, 2-2008, pp. I-61-79, spéc. n° 75 ; M. Wilderspin, « *The Rome I Regulation : communitarisation and modernisation of the Rome Convention* », *ERA-Forum*, 2008, n°9, p. 259 et s. ; L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008.2165, spéc. n°11. *Contra* : A. Bonomi, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux contrats », in E. Cashin-Ritaine, A. Bonomi (dir.) *Le nouveau règlement européen « Rome I », relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, 2008, p. 217 et s., spéc. pp. 228-232.

<sup>907</sup> Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, n. 8, p. 495, c'est nous qui soulignons.

<sup>908</sup> Par exemple la règle matérielle de l'article 21 de l'ordonnance de 1945, protégée à titre de loi de police par l'arrêt *Compagnie de Wagons-lits*, est désormais l'objet de protection grâce à la loi du 12 novembre 1996, transposant aux art. L. 439-1 et s., C. trav., la directive 94/45/CE du 22 septembre 1994 « l'organisation de la représentation des salariés des entreprises de dimension européenne, telle la Cie internationale des wagons-lits, est l'objet d'une réglementation propre » Ancel et Lequette, *Grands arrêts* n° 53, p. 12, page 498.

<sup>909</sup> La protection internationale du consommateur se trouve dans l'agenda de l'Organisation des États Américains, notamment lors de sa convocation par l'Assemblée Générale de l'OAS par sa résolution AG/RES 1923 (XXXIII-0/03) pour la Septième Conférence Spécialisée Interaméricaine de Droit International Privé. Néanmoins, malgré la convocation et l'approbation de l'agenda par la résolution AG/RES 2065 (XXXV-0/05) la Septième conférence n'a pas eu lieu à ce jour. La protection du consommateur au niveau européen comporte une problématique particulière liée à la hiérarchie des normes, celle-ci sera analysée par ailleurs voir *infra* § 408 et s.

<sup>910</sup> V. les commentaires de M. P. Lagarde, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Mélanges Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 524 : « Les difficultés majeures résultent de la prolifération des règles d'application contenues dans les directives de protection des consommateurs. Ces directives ont confirmé sur un point la leçon qu'on pouvait tirer des directives sur les contrats d'assurances, à savoir que la directive est le pire procédé qui soit pour parvenir à une harmonisation des règles de conflits de lois. »

base d'un cloisonnement des systèmes juridiques étatiques, mais « ces règles de conflit ne conviennent plus lorsqu'il s'agit de désigner des normes matérielles appartenant non plus à un ordre juridique étatique, mais à l'ordre communautaire, même si elles sont reçues dans les ordres juridiques des États membres »<sup>911</sup>. En effet, le phénomène de cristallisation des lois de police témoigne du fait que la situation du droit international privé est le résultat des changements sociaux et juridiques représentatifs de son époque<sup>912</sup>.

**319.** Nous avons donc observé le recours réel au mécanisme des lois de police en droit positif français fondé dans un certain nombre de règles permettant ce recours et appliqué par la jurisprudence. Il convient désormais d'avancer des éléments de réponse à la question de savoir si la réalité d'un recours au mécanisme des lois de police pour le système juridique français est à son tour une possibilité pour le système juridique mexicain. D'autant plus que dans le chapitre précédent<sup>913</sup> nous avons conclu à l'admission du mécanisme précité par les constructions doctrinales mexicaines. Ainsi, nous nous disposons à étudier l'état de ces manifestations en droit positif.

### *Section 2. La manifestation possible du mécanisme de lois de police dans le système juridique mexicain*

**320.** Nous avons préalablement établi que, bien que connu de la doctrine mexicaine, le mécanisme de lois de police n'a pas éveillé l'intérêt des constructions doctrinales dans le système juridique mexicain. Les théoriciens mexicains ont exploré de manière clairesemée la notion et les particularités du mécanisme, et ce toujours à l'appui d'analyses de droit comparé<sup>914</sup>.

<sup>911</sup> P. Lagarde, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Mélanges Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 524.

<sup>912</sup> Comme l'avertit J. González Campos, « Diversification, spécialisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général », *Recueil des cours*, t. 287, 2000. p. 22, n° 5 ; « la situation actuelle du droit international privé en ce qui concerne sa fonction générale, c'est-à-dire la réglementation des rapports privés à caractère international, n'est que le résultat des changements sociaux et juridiques qui ont eu lieu depuis le milieu du XIXe siècle. Ce qui implique, en conséquence, que l'état du droit international privé à l'heure actuelle doit être compris à la lumière de l'évolution des relations privées internationales depuis ce moment historique, mais aussi des transformations de l'État et de la science juridique, tant dans la conception du droit que dans les méthodes pour le connaître ».

<sup>913</sup> Voir *supra* § 133.

<sup>914</sup> Ou bien en prenant appui sur des instruments semblables pour effectuer une lecture des engagements internationaux. Un exemple se trouve dans les parallélismes entre les Conventions de Rome et de Mexico. Cf. M.-M. Albornoz et J. Foyer, *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome I »*, *JDI* 2012. 7, n° 2, les auteurs affirment, par exemple, que « la forte empreinte de la Convention de Rome sur la Convention de Mexico est indéniable et explique pourquoi,

Cependant, la doctrine a rarement identifié les dispositions juridiques propres au système mexicain qui permettraient d'avoir recours à ce mécanisme. Ainsi, il est possible d'affirmer que le recours au mécanisme de lois de police n'est pas une réalité, on vient donc se demander s'il n'est pas pour autant une possibilité pour le droit mexicain. Afin de répondre à cette question nous étudierons l'existence de règles permettant le recours au mécanisme des lois de police (§1) et, le cas échéant, la direction d'une possible évolution de la jurisprudence (§ 2).

### § 1. Les règles permettant le recours au mécanisme des lois de police

**321.** Pour comprendre l'état de lieux des règles permettant le recours au mécanisme de lois de police dans le système juridique mexicain, un commentaire sur la construction de ce dernier s'impose<sup>915</sup>. Il est indispensable de rappeler que le droit international privé dans le Code civil mexicain a évolué en suivant de trois étapes : une première étape de nature statutaire fondée sur la nationalité des personnes, initiée après la guerre d'indépendance et marquée par son ouverture à l'étranger dans le Code civil de 1870<sup>916</sup> ; une deuxième étape, comprise entre 1932 et 1988, de forte inspiration nationaliste ayant transformé le système de droit international privé en un système de territorialisme absolu<sup>917</sup>, système qui sans doute « a été adopté par la majorité

---

dans beaucoup d'aspects, la première est utile afin d'interpréter la seconde... Nous estimons que, *grosso modo*, « Rome I » peut continuer à contribuer à l'interprétation de la Convention interaméricaine ». Les développements autour du mécanisme de lois de police sont fort rares en doctrine mexicaine ; certains manuels négligeant complètement la question par ex. : F. Contreras Vaca, *Derecho internacional privado*, OUP ; d'autres avec un regard du contenu historique et l'analyse des théories venues d'ailleurs n'identifient pas les caractéristiques propres du mécanisme au sein du système mexicain L. Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado, Parte General*, pp. 98-99 ; N. González Martínez et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho Internacional Privado*, p. 150-151.

<sup>915</sup> Pour une étude approfondie Cf. L. Pereznieto Castro, Réformes législatives en matière de droit international privé au Mexique, *Rev. crit. DIP*, 1989. 593. L'auteur rappelle que le Mexique est une République fédérale « de sorte que chaque État de la fédération a ses propres lois civiles et de procédure. Le code civil pour le District fédéral est applicable localement au siège des pouvoirs fédéraux (ville de Mexico). Cependant, il est aussi, le cas échéant, applicable, de façon subsidiaire, aux affaires qui ne sont pas de la compétence des lois locales ».

<sup>916</sup> Cette époque a été considérée comme une étape dans laquelle l'extra-territorialisme européen, hérité des lois espagnoles - fortement influencées à leur tour par le Code de Napoléon -, se manifestait avec force. L'affirmation est illustrée par l'exemple des codes civils de 1870 et 1884 marquées par l'influence française, ayant établi la nationalité comme critère de rattachement, dans ce sens F. Contreras Vaca, *Derecho internacional privado*, OUP, p. 200.

<sup>917</sup> Cela s'explique, en bonne partie, par l'avènement de la guerre de Révolution (1910-1917) qu'a entraîné une transformation radicale dans la vie politique et sociale du pays. Voir l'analyse effectuée par M. Pereznieto dans sa thèse « La territorialité des lois et l'article 12 du Code civil pour le District Fédéral et les territoires fédéraux, aux Mexique », Université Paris II, 1975. Le territorialisme n'était pas une particularité mexicaine au sein de l'Amérique latine, voir par exemple M.M. Albornoz, *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*, thèse Paris II, 2006, pp. 64-66. Pour une critique intéressante de son approche et de son héritage voir A. Andere Mendiola, « *La inconstitucionalidad del territorialismo conflictual de leyes del Código Civil para el Estado de Baja California.* », *Tema y materia del Derecho Internacional Privado*, Noviembre de 2002.

des codes civils des différents États de la République »<sup>918</sup>. Finalement une étape contemporaine ménageant un système mixte<sup>919</sup>.

Ainsi, on constate que la construction d'un système de règles de droit international privé, y compris le mécanisme de lois de police, est très récente pour le système juridique mexicain. On observe également que les dernières réformes apportées en matière de droit international privé au Code civil sont directement liées aux obligations contractées par le Mexique à travers des traités internationaux. Cette constatation impose d'inverser l'ordre de l'analyse concernant le système juridique mexicain. Nous étudierons donc, dans un premier temps les dispositions supranationales permettant le recours au mécanisme de lois de police (A) pour s'intéresser en suite aux règles internes susceptibles de déclencher l'application d'une règle à titre de loi de police (B).

### **A. Les règles supranationales permettant le recours au mécanisme des lois de police**

**322.** Il est amplement admis que l'instrument de référence en matière de loi applicable aux contrats internationaux pour le Mexique se trouve dans la Convention Interaméricaine<sup>920</sup>, il vient naturellement donc de chercher le fondement du déclenchement du mécanisme dans cette convention. Au sein de cet instrument, l'article 11 prévoit l'application des dispositions du for lorsque celles-ci ont un caractère impératif<sup>921</sup> et semble être la référence explicite au mécanisme

<sup>918</sup> L. Pereznieta Castro, Réformes législatives en matière de droit international privé au Mexique, *Rev. crit. DIP*, 1989. 593.

<sup>919</sup> Cette troisième étape, comme le signale M. Pereznieta, débute le 7 janvier 1988 par des modifications apportées au Code civil pour le District fédéral. « L'article 12 du code civil a trait au système général d'application des lois mexicaines. Comme on peut l'observer, il s'agit d'un système mixte : système en principe territorialiste déterminant, dans la première partie de la disposition citée, le cadre spatial d'application des normes juridiques et, dans la seconde partie de la disposition, ouvrant une possibilité d'application du droit étranger... Au sein de ce système mixte, à la fois territorialiste et permissif, on tient compte des deux systèmes antérieurs en vigueur au Mexique : le système territorialiste de 1932 et le système statutaire de 1870 », *Ibid.*

<sup>920</sup> Proposant une relecture analytique de la Convention interaméricaine à la lumière du règlement « Rome I » voir M.-M. Albornoz et J. Foyer, *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome I »*, *op. cit.*; les auteurs soutiennent, entre autres, qu'entre le règlement Rome I et la Convention de Mexico il existe une ressemblance nuancée quant à l'influence des lois de police.

<sup>921</sup> « Artículo 11.- No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán necesariamente las disposiciones del derecho del foro cuando tengan carácter imperativo. Será discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos. » Cet article a été considéré comme étant proche dans son esprit à celui de l'article 9 du Règlement Rome I concernant la question des règles internationalement impératives : « Ces instruments contiennent tous deux des dispositions sur ce type de règles. Également, ils font une distinction entre les lois de police du for et les lois de police d'un pays où le tribunal n'a pas son siège. De même, ils établissent l'application obligatoire de celles de l'État du tribunal saisi (articles 11, premier paragraphe de la Convention de Mexico et 9, deuxième paragraphe du règlement) et l'application facultative de celles d'un autre État (articles 11, deuxième paragraphe de la Convention interaméricaine et 9, troisième paragraphe de « Rome I »). », M.-M. Albornoz et J. Foyer, *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome*



des lois de police. À son égard les commentateurs ont, à l'aide de sources externes, effectué des observations qui méritent d'être rappelées.

**323.** D'une part, à l'instar des instruments européens, l'intervention exceptionnelle des dispositions impératives du for est reconnue afin de protéger certains intérêts publics, ainsi que la possibilité d'appliquer les lois impératives étrangères à condition que ces dernières appartiennent à un pays tiers auquel le contrat serait rattaché<sup>922</sup>. D'autre part, à la différence du règlement Rome I, la Convention de Mexico ne prévoit pas une définition de loi de police. L'approche accentuée sur l'impérativité adoptée par la Convention de Rome l'est aussi pour la Convention de Mexico. Pour la Convention de Rome, la doctrine observe que l'« *impérativité* de la disposition matérielle examinée et *dérogation* de son rattachement par rapport au règlement conflictuel ordinaire apparaissent dans cette optique comme les données essentielles caractérisant la loi de police »<sup>923</sup>. Ainsi l'hypothèse selon laquelle la qualification d'une règle de droit privé comme loi de police implique qu'elle soit matériellement impérative et conflictuellement dérogatoire, s'actualise également dans le cadre de la Convention interaméricaine. Au-delà de l'indice faisant référence à ces normes comme étant assorties d'un champ d'application spécifique, ces énonciations laconiques n'expliquent pas ce que c'est une loi de police et ne servent pas de guide pour la qualification et classification de telles règles<sup>924</sup>. Par ailleurs, la Convention interaméricaine admet aussi l'application des lois de police étrangères dans son article 11, alinéa 2<sup>925</sup>, lequel laisse à la discrétion du juge du for d'appliquer des dispositions impératives d'un État avec lequel le contrat garde un lien étroit.

**324.** Par ailleurs, il a été noté que la Convention de Mexico ne prévoit pas de dispositions équivalentes aux articles 3 § 3 et 3 § 4 du Règlement Rome I. A cet égard, la doctrine admet

---

1 », *op. cit.*, p. 15, n° 20. Les commentateurs (§ 488) au Guide sur la loi applicable aux contrats internationaux dans les pays américains identifient également la référence expresse au mécanisme des lois de police dans cet article.

<sup>922</sup> « Les contrats internationaux sont rattachés aux systèmes juridiques de plus d'un pays et, bien qu'ils soient régis par une seule *lex contractus*, ils peuvent répercuter dans d'autres pays affectant non seulement des intérêts privés mais aussi des intérêts publics de tels États. Afin d'éviter ces externalités négatives, il peut être propice d'appliquer exceptionnellement, en plus ou même au lieu de la loi du contrat, certaines dispositions internationalement impératives d'autres États, que ce soient du pays du for ou d'un pays tiers auquel le contrat est rattaché. » M.-M. Albornoz et J. Foyer, *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome I »*, p. 33, n° 60. Plus loin dans leur étude les auteurs observent que « néanmoins, aucune référence n'y est faite à la protection d'intérêts privés de certains groupes moins favorisés. Il est généralement accepté que le recours aux lois de police doit garder une place exceptionnelle car il paralyse le jeu normal d'autres types de règles de droit international privé. De la sorte, l'application excessive de règles impératives de source nationale constituerait une entrave au développement des relations juridiques internationales », *Ibid.*, p. 34, n° 63.

<sup>923</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, n° 16.

<sup>924</sup> Et de ce fait contribuent à la confusion : « *From this point of view, internationally mandatory rules are very similar to the ordre-public exception, although all the texts mentioned above clearly distinguish between these two concepts* », A. Bonomi, « Mandatory Rules in Private International Law », *op. cit.*, p. 221.

<sup>925</sup> *Artículo 11 (2) : Será a la discreción del foro, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el contrato tenga vínculos estrechos.*

que ces dispositions « ne sont pas prévues dans la Convention interaméricaine où elles ne sont pas nécessaires car, d'une part, son champ d'application matériel est limité aux seuls contrats internationaux et, d'autre part, les États parties à la Convention interaméricaine ne sont pas membres d'une expérience d'intégration régionale avec un système juridique propre qu'il faille protéger, tel que le droit communautaire en Europe »<sup>926</sup>. Ainsi, contrastant avec le règlement Rome I, la Convention interaméricaine ne dispose pas de règles de conflit spéciales pour protéger les parties faibles tels que le consommateur ou le salarié, mais il n'est pas exclu par la doctrine que son article 11 autorise la protection des parties faibles<sup>927</sup>. En droit conventionnel mexicain, si un parallélisme peut être fait, on constate que la construction normative se trouve arrêté pour le système mexicain à un stade semblable à celui de la Convention de Rome.

**325.** Au passage on peut signaler, que la structure sémantique de l'article 11, paragraphe 2 de la Convention de Mexico, présente une différence qui pourrait passer inaperçue mais qui, à notre sens, est révélatrice de la conception américaine. La formulation de la règle dans le système interaméricain confère une place centrale au juge, pour qui le mécanisme de loi de police est à sa disposition<sup>928</sup>, non sans condition, puisque la loi doit être strictement liée au contrat, mais lui reconnaissant expressément une faculté.

**326.** Le défaut de précisions des rédacteurs de la Convention de Mexico à l'égard de l'article 11 susmentionné est regrettable, notamment au sein d'un préambule ou d'une note explicative.

---

<sup>926</sup> V. M.-M. Albornoz et J. Foyer, *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome I »*, p. 15, n° 20. Nous rappellerons, concernant le champ d'application la Convention de Mexico, que cet instrument prévoit une qualification autonome de l'internationalité des contrats (article 1<sup>er</sup> § 2), et établit « qu'un contrat revêt un caractère international lorsque les parties au contrat ont leur résidence habituelle, ou leurs établissements liés à l'opération envisagée dans d'autres États parties, ou lorsque le contrat a des rapports objectifs avec plus d'un État parties ». Il existe cependant une position selon laquelle il ne faudrait pas tenir compte de l'exigence de « rapports objectifs » du contrat avec plus d'un État partie à la Convention interaméricaine (second volet de la qualification autonome contenue dans l'article 1<sup>er</sup> de celle-ci). Selon cette interprétation, la Convention de Mexico s'appliquerait aussi aux contrats internes que les parties soumettent à un droit étranger V. en ce sens, J.A. Moreno Rodriguez et M.M. Albornoz, *Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts*, *JPIL* 2011, vol. 7, n° 3, note 12, p. 498.

<sup>927</sup> « En principe, les contrats internationaux avec une partie faible sont compris dans le champ d'application de la Convention de Mexico. Selon l'article 6, néanmoins, les contrats qui sont régis par des normes autonomes dans le droit conventionnel international en vigueur entre les États parties à la Convention de Mexico restent hors du champ d'application de celle-ci. Or, étant donné que jusqu'à présent il n'existe pas de traité posant des règles autonomes pour des contrats avec une partie faible, et qu'il n'y pas de règles de conflit spéciales pour régir ces contrats ou une catégorie d'entre eux, il est considéré que les parties faibles sont protégés dans la Convention par le seul article 11 sur les lois de police. » M.-M. Albornoz et J. Foyer, *op. cit.*, p. 35, n° 66. Nos développements précédents concernant le phénomène de cristallisation des lois de police (*supra* §311 et s.) nous conduisent à adhérer à ces propos.

<sup>928</sup> « Lorsqu'il le juge pertinent, le tribunal peut à sa discrétion, appliquer les dispositions impératives de la loi d'un autre État avec lequel le contrat présente des liens étroits » Cela constitue l'une des différences avec la Convention de Rome et le Règlement Rome I puisque la Convention interaméricaine « au lieu d'établir certains critères comme guide, la décision d'exercer la faculté d'appliquer les lois de police étrangères est entièrement laissée dans la Convention de Mexico du tribunal compétent », M.-M. Albornoz et J. Foyer, *op. cit.*, p. 38, n° 70.

Cependant, le Guide sur la loi applicable aux contrats internationaux dans les pays américains<sup>929</sup>, publiée en février 2019, a été l'occasion pour les experts en la matière de revenir sur cet instrument afin d'apporter plus d'éléments à l'appréhension du mécanisme des lois de police. En effet, le mécanisme est envisagé par le Guide OAS dans sa section 17.1 intitulée « Ordre public »<sup>930</sup>, plus précisément par son alinéa 2, qui dispose : « Le régime juridique interne sur la loi applicable aux contrats du commerce international devrait prévoir que, ni le choix de la loi, ni la détermination de la loi applicable en l'absence d'un choix effectif ;

- empêchera l'application des dispositions impératives du for, ou de celles d'un autre for, mais que ces dispositions impératives ne prévaudront que dans la mesure de la cohérence ».

Cette formulation suscite deux remarques. Premièrement, il est possible de prévoir que le regroupement des mécanismes au sein d'un même dispositif prêterait le flanc à la critique car susceptible de contribuer à la confusion. Or, la construction de l'énoncé permet, à notre sens, de distinguer clairement les deux mécanismes liés à l'ordre public : un mécanisme d'exception permettant d'évincer l'application de la loi étrangère et un mécanisme des lois de police permettant de calibrer le critère de rattachement<sup>931</sup>. Deuxièmement, le groupe d'experts avance un échantillon des dispositions permettant de déclencher le mécanisme<sup>932</sup> dans certains pays américains, mais l'exemple mexicain n'y figure pas. Sur ce point, il ne passera pas inaperçu que l'attention se concentre sur les règles internes permettant d'avoir recours au mécanisme des lois de police. On ne relève aucun exemple d'une disposition matérielle effectivement qualifiée comme loi de police au sein des pays latino-américains. Ainsi, il est affirmé, de manière générale, que les lois de police ne prennent aucune forme particulière et que celles-ci peuvent

<sup>929</sup> Voir nos développements préalables sur cet instrument *supra* §144.

<sup>930</sup> “*Part seventeen, Public policy, 17.1. The domestic legal regime on the law applicable to international commercial contracts should provide that neither a choice of law nor a determination of applicable law in the absence of an effective choice,*

*- shall prevent the application of overriding mandatory provisions of the forum of those of other for a, but that such mandatory provisions will prevail only to the extent of the inconsistency; [...]*” *Comments at n°.* 477-535, (traduction libre). Outre, dans les commentaires à la section (§484) un renvoi est fait à diverses conventions de la Haye en matière de conflit de lois admettant la distinction entre l'exception d'ordre public et les lois de police.

<sup>931</sup> En ce sens est formulé le commentaire (§ 497) à l'article lorsqu'il est affirmé que « *In private international law, public policy has two facets. One comprises the overriding mandatory rules of the forum that must be applied irrespective of the law indicated by the conflict of laws rule. The other precludes application of the law indicated by the conflict of laws rule if the result would be manifestly incompatible with the public policy of the forum.* »

<sup>932</sup> En effet les termes *overriding mandatory rules* et lois de police sont rapprochés par le Guide OAS comme étant les dénominations d'un même mécanisme. Parmi l'ensemble d'exemples évoqués (§514-427), certains pays admettent un dispositif permettant de manière expresse le recours au mécanisme des lois de police, par exemple : l'Argentine (Code civil et commercial, article 2651), le Costa Rica (Code de procédure civile, article 3.5), le Paraguay (Loi applicable aux contrats internationaux, article 17) le Panamá (Loi 61 de 2015, article 7) et la République Dominicaine (Loi 544 de 2014, article 7).

se retrouver dans bon nombre d'instruments<sup>933</sup> même si l'intervention du législateur est considérée comme utile afin de faciliter les échanges commerciaux internationaux<sup>934</sup>.

**327.** Bien que d'autres sources internationales, telles que la Convention interaméricaine des règles générales de droit international privé<sup>935</sup> soient susceptibles de servir d'inspiration, leur portée est limitée. Pour l'instant, les références de droit comparé et l'inspiration qu'elles fournissent demeurent l'indice principal sur l'avenir du mécanisme en droit mexicain<sup>936</sup>. Par ailleurs, concernant les instruments de *soft-law*, la possibilité reste ouverte aux parties de soumettre leur contrat aux Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux. Conformément aux développements préalables, le choix des parties de ces Principes ouvre également la possibilité au juge mexicain d'avoir recours au mécanisme de lois de police, compte tenu des dispositions des principes analysées<sup>937</sup>. Les règles permettant le recours au mécanisme des lois de police pour le système juridique mexicain se voient renforcées par les instruments de *soft-law*.

**328.** Nous avons observé que l'article 11 de la Convention de Mexico constituait le fondement textuel du déclenchement du mécanisme des lois de police, en matière contractuelle, pour les pays signataires (le Mexique et le Venezuela). Reste à savoir si le recours au mécanisme dispose également d'une assise législative en droit interne.

### **B. Les règles de droit national permettant le recours au mécanisme des lois de police**

**329.** En effet, l'analyse comparative et les conclusions que la doctrine a pu en tirer, apportent des éléments importants à la compréhension du phénomène. Toutefois conscients que comparaison ne vaut pas raison, la question se pose de savoir si le droit positif interne mexicain dispose de règles propres lui permettant le recours au mécanisme lois de police. L'intérêt de la réponse s'apprécie car la Convention de Mexico est limitée dans son application<sup>938</sup>, il est donc nécessaire de savoir si le juge mexicain est susceptible d'avoir recours

<sup>933</sup> Commentaire à la section 17, § 482 : « *Mandatory rules do not necessarily take any particular form and can be found in any number of instruments. These rules may be set forth in economic or public law policy, or in instruments designed to protect weaker parties in contractual relationships.* »

<sup>934</sup> Commentaire à la section 17, § 483.

<sup>935</sup> OEA/Ser. K/XXI.5.CIDIP-V/4/93, p. 5, signée à Montevideo, Uruguay, le 5 août 1979 (CIDIP II). L'instrument fut signé par dix-huit pays membres de l'Organisation des États Américains et ratifiée par onze d'entre eux.

<sup>936</sup> « Comme l'article 11 de la Convention interaméricaine trouve sa source dans l'article 7 de la Convention de Rome, afin d'interpréter le concept de dispositions impératives, les auteurs des pays américains, s'inspirent des auteurs européens –surtout français et espagnols. », M.-M. Albornoz et J. Foyer, *op. cit.*, p. 35, n° 65.

<sup>937</sup> Voir *supra* § 271-275.

<sup>938</sup> Pour l'analyse de son champ d'application, voir nos développements *supra* § 100. Une étude de son champ d'application traçant un parallèle avec le règlement Rome I se retrouve dans M.-M. Albornoz et J. Foyer, *op. cit.*, p. 5-9, n° 3-8.

à d'autres règles lui permettant de déclencher le mécanisme en dehors du champ d'application de l'instrument en vigueur entre le Venezuela et le Mexique.

**330.** Malgré la forte empreinte territorialiste<sup>939</sup> exprimée dans l'article 12 du Code civil fédéral mexicain<sup>940</sup>, l'article 13 établit les cinq règles de conflit essentielles. Parmi ces règles, l'alinéa V<sup>941</sup> s'intéresse en particulier au domaine contractuel et prévoit le lieu d'exécution du contrat comme critère de rattachement à défaut de choix de la loi applicable par les parties. Née après la dernière réforme du Code civil en matière de Droit international privé<sup>942</sup>, cette règle apparaît comme une véritable innovation dans un système juridique façonné par le paradigme territorialiste.

Selon l'article 15 du même code, la volonté des parties demeure limitée, en droit international privé, au respect de l'ordre public mexicain et à la fraude à la loi<sup>943</sup>. Le dispositif est clair dans son énoncé : « il ne sera pas fait application du droit étranger [...], lorsque les dispositions du droit étranger ou le résultat de son application sont contraires aux principes ou institutions fondamentales de l'ordre public mexicain »<sup>944</sup>. Comme nous l'avons affirmé, cet article prévoit en négatif les conditions d'application de la loi étrangère et a été identifié de manière constante comme l'assise juridique du mécanisme d'exception d'ordre public « international » ayant pour élément contrôlé la loi étrangère.

<sup>939</sup> Une analyse historique de cette question est proposée par J. A. Silva dans son ouvrage, *Notas para la historia del Derecho internacional privado*, publié sous les auspices de l'Académie mexicaine de Droit international privé, 2016, p. 111 et s., disponible sur [www.amedip.org](http://www.amedip.org).

<sup>940</sup> « Artículo 12.- Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte. » M. Pereznieto affirme que cet article « a trait au système général d'application des lois mexicaines. Comme on peut l'observer, il s'agit d'un système mixte : système en principe territorialiste déterminant, dans la première partie de la disposition citée, le cadre spatial d'application des normes juridiques et, dans la seconde partie de la disposition, ouvrant une possibilité d'application du droit étranger », Pereznieto Castro, Réformes législatives en matière de droit international privé au Mexique, *Rev. crit. DIP*, 1989. 593.

<sup>941</sup> « V. – Exception faite de ce qui a été prévu aux alinéas précédents, les effets juridiques des actes et des contrats seront régis par le droit du lieu où ils doivent être exécutés, à moins que les parties aient désigné valablement un autre droit », traduction proposée par M. Pereznieto Castro, *Ibid.* « C'est dans cet alinéa V qu'apparaît l'une des innovations de la réforme selon laquelle, sauf dans les cas prévus aux alinéas précédents, l'acte ou le contrat pourront être régis par le droit librement choisi par les parties, avec cependant, une restriction : il doit s'agir d'un droit « désigné valablement ». Bien que cette expression ne soit pas suffisamment précise (il appartiendra à la jurisprudence de lui donner son contenu et sa portée), cela signifie que les parties, conformément au principe de l'autonomie de la volonté, peuvent décider quel droit sera applicable à leur acte ou à leur contrat, sans pour autant que cette désignation se heurte à l'ordre public mexicain ou constitue une fraude à la loi mexicaine, seules restrictions, en droit international privé, à l'autonomie de la volonté. » *Ibid.*

<sup>942</sup> Publiée au *DOF* le 7 janvier 1988, pour une analyse de la portée de cette réforme voir V. García Moreno, *Derecho conflictual*, UNAM, México D.F., 1991, spéc. p. 20 et s.

<sup>943</sup> Voir nos développements *supra* § 89.

<sup>944</sup> « Artículo 15.- No se aplicará el derecho extranjero :

I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y

II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden publico mexicano ».

La lecture d'ensemble des articles 13 et 15 précités, confirme que le système juridique mexicain prévoit un mécanisme de protection de son ordre public face à l'application d'un droit étranger commandée par sa propre règle de conflit. Dans l'absolu, il n'est pas interdit de penser que le même dispositif serve comme fondement au déclenchement de deux mécanismes distincts, tel était la situation de départ en droit français. Cependant, aucun élément dans la lettre de l'article 15 ne permet d'inférer l'existence d'un mécanisme justifiant de calibrer le critère de rattachement de la règle de conflit afin d'accorder l'efficacité nécessaire à une politique législative déterminée<sup>945</sup>. À défaut de pouvoir établir l'assise du mécanisme des lois de police dans l'article 15 il convient de le placer ailleurs.

**331.** La lecture attentive du Code civil fédéral mexicain ne permet pas d'identifier une règle proche dans sa rédaction de l'article 3 du Code civil français – fondement à l'origine du recours au mécanisme des lois de police. Au mieux, un rapprochement plutôt forcé peut se trouver avec l'article 8 du Code civil fédéral prévoyant la sanction de nullité pour les actes exécutés à l'encontre des lois prohibitives ou d'intérêt public<sup>946</sup>. Ainsi, compris comme une sous-catégorie de l'acte juridique, le contrat qui serait considéré par le juge comme contraire à l'intérêt public pourrait être sanctionné de nullité. Voilà donc, une règle permettant de protéger l'intérêt public. Cependant, cette lecture comporte une disparité profonde concernant l'effet alloué à la contrariété avec l'intérêt public. Le mécanisme de lois de police tel que conçu au sein du système juridique français permet le calibrage du critère de rattachement du contrat, pour permettre de répondre à une situation particulière découlant du contrat et qui permet donc la survie de l'accord des volontés. En revanche, le juge mexicain devant trancher un litige découlant d'un contrat international, pour lequel la Convention interaméricaine ne serait pas

---

<sup>945</sup> En effet, la doctrine mexicaine reconnaît l'existence de normes dotées d'une applicabilité renforcée sous diverses dénominations et comme une méthode alternative à la méthode conflictuelle traditionnelle. En revanche, elle n'a pas trouvé l'occasion de développer les observations sur son fondement en droit interne ni d'identifier des exemples de ces règles. Nous ne saurions certainement pas reprocher à nos prédécesseurs d'avoir manqué une telle opportunité, ils ont l'énorme mérite d'avoir posé les jalons du Droit international privé au Mexique. Par exemple M. Perezniето affirme que ces règles d'« application directe » constituent un procédé particulier : « *Dicha aplicación directa se debe a que tales regulaciones se consideran de orden público, es decir, se trata de aquel conjunto de normas del propio sistema que los órganos del Estado encargados de crearlas consideran que involucran intereses que deben ser protegidos energicamente y, por tanto, no cabe sustituirlas* ». L. Perezniето Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, séptima edición, Colección textos jurídicos universitarios, OUP, México, 1999, p. 99. La doctrine mexicaine considère que la conséquence de l'application de ces normes exclut la possibilité d'appliquer la méthode conflictuelle traditionnelle Voir dans ce sens L. Perezniето Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, séptima edición, Colección textos jurídicos universitarios, Oxford University Press, Mexico, 1999, p. 99. « *Como consecuencia de la naturaleza de estas normas y por su aplicación directa, se excluye la posibilidad de acudir a todo tipo de métodos distintos, como es el caso de la conflictual tradicional. Es decir, el aplicador del derecho (juez, tribunal, etc.) no tiene que consultar ni siquiera con su norma conflictual, aun en el caso de que los hechos o la conducta humana que se le presenten impliquen ciertos puntos de contacto o conexión con un sistema jurídico diferente.* »

<sup>946</sup> « Article 8° : Les actes exécutés contre les lois prohibitives ou d'intérêt public seront affectés de nullité, à l'exception des cas où la loi prévoit le contraire », (traduction libre).



applicable, ne pourrait appliquer la loi mexicaine en vue de protéger un intérêt général qu'à la condition de frapper le contrat de nullité. L'inconvénient est majeur puisque la sécurité juridique des opérations contractuelles ayant un rapport étroit avec le système juridique mexicain se verrait remise en cause, avec l'effet néfaste que cela peut avoir pour l'économie du pays.

**332.** Or, une autre approche nous semble envisageable pour le juge mexicain afin d'avoir recours au mécanisme de lois de police. Cette possibilité se trouve dans l'article 14 du Code civil fédéral mexicain, prévoyant les règles d'application du droit étranger. Aux termes de l'alinéa V dudit article, « lorsque les différents aspects d'une même relation juridique sont régis par des droits différents, ces derniers seront appliqués de façon coordonnée afin d'atteindre les buts poursuivis par chacun de ces droits. Les difficultés causées par leur application simultanée seront résolues en tenant compte des exigences de l'équité dans le cas concret »<sup>947</sup>. En effet, il est difficile d'apprécier une référence expresse aux lois d'application immédiate mais une lecture favorable aux développements de cette thèse pourrait trouver appui dans la règle citée, pour reconnaître au juge mexicain la faculté d'appliquer la *lex contractus*, concomitamment avec une autre loi<sup>948</sup> (du for ou étrangère) lorsque la protection d'un objectif législatif, autrement dit une politique législative, le commanderait. Une telle approche aura l'avantage de se rapprocher des effets reconnus au mécanisme de lois de police, c'est-à-dire, l'adaptation du critère de rattachement, sans porter préjudice à l'ensemble de l'opération contractuelle en la frappant de nullité. Au surplus, les vertus de la construction de la règle se démarquent en ce que, d'après l'article 14, l'application doit être menée de façon coordonnée « afin d'atteindre les buts suivis par chacun des droits » et aussi, en exigeant la résolution des difficultés causées par leur application simultanée en tenant compte des exigences de l'équité<sup>949</sup>. Une telle approche est dans l'air du temps, en ménageant l'ouverture à l'international avec son corollaire de sécurité juridique des opérations contractuelles internationales et à la fois, reconnaissant la possibilité de protection d'une politique législative du for. Certainement la formulation des règles d'application en ces termes est dans l'idéal souhaitable, mais difficilement praticable. Cependant, la difficulté réelle d'une application en ces termes n'est pas un argument de force

<sup>947</sup> Traduction proposée par L. Pereznieta Castro, Réformes législatives en matière de droit international privé au Mexique, *op. cit.*

<sup>948</sup> L'on admet que si le juge est contraint d'appliquer deux lois, l'une d'entre elles sera forcément étrangère au for, rentrant ainsi dans le présupposé de l'article 14 du Code civil fédéral, c'est-à-dire, les règles d'application du droit étranger.

<sup>949</sup> L'idée d'équité dans le Code civil mexicain s'explique par l'influence exercée par les États-Unis et son système juridique appartenant à la *common law*. Les exemples sont multiples, parmi eux, la théorie des *vested rights* et la référence à l'équité en termes d'*equity*. Surprenantes - pour le moins inattendues -, au sein d'un système de tradition civiliste, se révèlent ces greffes juridiques qui font en bonne partie la particularité du droit mexicain.

pour dissuader la possibilité d'avoir recours au mécanisme de lois de police et protéger l'efficacité d'une politique législative dans un litige découlant d'un contrat international. Ainsi, pour les raisons précédemment avancées, il semble possible d'affirmer que le juge mexicain est susceptible de trouver dans la lettre de l'article 14 du Code civil fédéral mexicain la base législative nécessaire au déclenchement du mécanisme des lois de police.

On notera au passage que l'identification de la possibilité du recours au mécanisme de lois de police ne vaut pas prescription pour le système juridique mexicain, ou un argument en faveur d'un recours effectif. Dans le droit mexicain il est nécessaire de prendre garde, entre autres aspects, à l'amalgame entre lois de police et les lois *territoriales* car il n'est pas certain que, - à l'instar de la France<sup>950</sup> -, il existe un abandon du principe d'une compétence judiciaire impérative liée à l'application d'une loi de police<sup>951</sup>.

**333.** Nous avons établi le possible recours au mécanisme de lois de police pour le système juridique mexicain à partir de règles prévues par des instruments supranationaux, comme dans le droit interne. De surcroît, cette possibilité se voit renforcée, à notre sens, par la jurisprudence de la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* qui convient d'analyser par la suite. Avant d'entamer son étude il convient de signaler que concernant la Convention de Mexico la production jurisprudentielle est silencieuse quant à l'application de l'instrument et à plus forte raison concernant le recours au mécanisme de lois de police<sup>952</sup>. De surcroît, à défaut d'un tribunal supranational (à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne) autorisé à interpréter de manière uniforme le texte de la convention et à défaut de production jurisprudentielle de la part des tribunaux nationaux, il est nécessaire de se concentrer sur la production jurisprudentielle mexicaine.

<sup>950</sup> « L'applicabilité d'une loi de police n'est pas de nature à priver automatiquement d'effet la clause attributive de juridiction, moins encore la clause d'arbitrage. » L. d'Avout, « Les lois de police », in T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *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. 109

<sup>951</sup> C'est l'apport en France de l'arrêt *Monster Cable*. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, J.C.P. (éd. G), 2008, II, 10187, note L. D'Avout ; *D.*, 2009, p. 200, note F. Jault-Seséke, et 2384, obs. S. Bollée ; *JDI*, 2009, p. 599, note M.-N. Jobard-Bachelier, et F.-X. Train ; *R.D.C.*, 2009, p. 691, obs. E. Treppoz ; *Procédures*, 2008, comm. 331, obs. C. Nourissat ; *Rev. crit. DIP*, 2009, p. 69, chron. D. Bureau et H. Muir Watt.

<sup>952</sup> « La jurisprudence des pays signataires ne révèle pas trace de l'application de la Convention interaméricaine à l'exception d'un arrêt vénézuélien isolé » M.-M. Alborno et J. Foyer, *Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome 1 »*, page 11, n° 8, Note en bas de page 28 « *Los Pequeños Airlines, Inc. v. Air Venezuela, Linea de Transporte Aereo LTA, Tribunal Supremo de Justicia, salle politico-administrative, 6 juill. 2000, dossier 16478, arrêt 01600*, (<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Julio/01600-060700-16478.htm>).

## § 2. Les règles prétorienne en renfort de la possibilité du recours au mécanisme des lois de police

334. A l'égard du droit prétorien mexicain il est nécessaire de noter que le phénomène observé en doctrine, à savoir la référence en binôme entre l'ordre public et arbitrage, se reproduit en jurisprudence. Malgré l'absence de référence explicite aux lois d'application immédiate dans les arrêts des tribunaux fédéraux, il est possible de constater certains éléments permettant de croire à une sensibilité de la part du juge mexicain à leur égard. Le raisonnement proposé s'appuie sur l'hypothèse selon laquelle l'ordre public-contenu, serait à l'origine des deux mécanismes respectant deux procédés différents. Ce postulat découle de l'analyse d'une série d'arrêts : 162052<sup>953</sup>, 162053<sup>954</sup> et 162054<sup>955</sup>. Dans ces espèces, le juge fédéral mexicain a abordé la notion d'ordre public en relation à l'arbitrage.

335. Par sa décision identifiée par le numéro de registre 16052, le tribunal fédéral affirme qu'il existe « un lien indissoluble entre l'ordre public et *les objectifs de l'État*, même comme motif de sa justification et existence, car elle permet à l'action politique de lui accorder une définition »<sup>956</sup>. À cette occasion, le lien entre l'ordre public et les objectifs de l'État est mis en évidence, ces derniers pouvant être également compris comme les « politiques législatives » poursuivies par ce dernier. On constate donc qu'à ce stade, les objectifs se trouvent dans la justification et l'existence de l'ordre public mais ne possèdent pas un mécanisme d'application propre en droit mexicain.

<sup>953</sup> Ordre public, sa contrariété constitue une cause de nullité de la sentence arbitrale, interprétation historique et doctrinale, « *Orden público. Su contrariedad es causa de nulidad del laudo arbitral. Interpretación histórico-doctrinal* », *Tribunales Colegiados de Circuito*, TA I.3°.C.952.C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXXIII, p. 1241, n° 162052, mai 2011.

<sup>954</sup> Ordre public, principe en faveur de l'arbitrage et admission de l'autonomie de la volonté afin de pondérer la nullité de la sentence arbitrale (interprétation de l'article V, n° 2, lettre b), de la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères), « *Orden público. Principio proarbitraje y reconocimiento de la autonomía de la voluntad para ponderar la nulidad del laudo arbitral (interpretación del artículo V, punto 2, inciso b), de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras* », *Tribunales Colegiados de Circuito*, TA : I.3°.C.953.C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXXIII, p. 1241, n° 162053, mai 2011.

<sup>955</sup> Ordre public, est une cause autonome de nullité de la sentence arbitrale, « *Orden público. Es una causa autónoma de nulidad del laudo arbitral* », *Tribunales Colegiados de Circuito*, TA : I.3°.C.954.C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXXIII, p. 1240, n° 162054, mai 2011. Dans un litige découlant de l'interprétation de l'article 1457, du Code de commerce qui prévoit les causes de nullité de la décision arbitrale, le tribunal affirme que la contrariété à l'ordre public prévaut comme cause de nullité par la fraction II dudit article est une cause autonome et qu'il s'agit de la sanction ultime et la plus énergique de l'ordre juridique afin d'ajuster l'autonomie de la volonté des particuliers.

<sup>956</sup> « *Hay un nexo indisoluble entre el orden público y los fines del Estado, incluso como motivo de su justificación y existencia, ya que procura que se la acción política la que defina, realice y garantice cierto orden entre los hombres para que realicen los propósitos que se impongan según su naturaleza y condición en el entendido de que sólo donde existe paz y orden pueden desplegarse sus potencialidades y permitir se cumplan los cometidos del Estado.* », TA I.3°.C.952.C, n° 162052, *op. cit.*, (traduction libre).

**336.** Le tribunal poursuit son raisonnement en affirmant que : « compris comme la fin ultime, le bien commun, l'ordre de la communauté ou l'observance de la fonction de police ou des normes en vigueur, l'idée d'ordre public se fixe sur l'obligation du citoyen de ne pas perturber avec ses actions les fins poursuivies par la communauté ou la société ainsi que des facultés conférées aux organes de l'État afin d'assurer son respect »<sup>957</sup>. Les juges admettent que l'ordre public peut être compris comme un ensemble de règles écrites, ou non, qui constituent la condition primaire pour la vie en société mais aussi comme un ensemble de principes éthiques, idées ou conceptions sociales conformant la culture juridique d'un pays. La définition offerte d'ordre public mexicain par le tribunal<sup>958</sup> admet donc, que le respect de l'ordre public demeure essentiel pour l'existence même de l'État. Au regard de la notion d'intérêt public, la jurisprudence mexicaine a interprété que pour que l'ordre public soit intéressé, il est nécessaire que les intérêts en jeu soient suffisamment importants que l'acte prohibitif puisse causer un dommage à la collectivité, l'État ou la Nation. Or, s'agissant du contenu il est difficile de déduire de la jurisprudence mexicaine l'établissement d'une différence entre l'ordre public et son mécanisme des lois de police.

**337.** De l'analyse des décisions précédentes il est possible de constater d'une part que les précisions offertes par la jurisprudence s'intéressent d'abord au contenu de l'ordre public mais restent obscures sur le mécanisme à déclencher lorsqu'il s'agit de rendre efficace une politique législative dans une situation juridique donnée face à l'application d'une loi étrangère, désignée ou choisie. D'autre part, on observe que le juge fédéral mexicain semble distinguer l'importance de la protection des politiques législatives qui, avec les valeurs essentielles, conforment l'ordre public mexicain. Or, il n'est pas possible d'observer à ce jour le déclenchement du mécanisme des lois de police par la *SCJN*.

Ces observations à l'égard de la jurisprudence mexicaine en renfort de la possibilité du recours au mécanisme des lois de police sont, sans doute, très limitées et peuvent créer un sentiment d'insatisfaction pour l'appréhension du mécanisme des lois de police en droit mexicain. Elles se complètent par l'analyse des affinements dont les mécanismes liés à l'ordre public ont fait l'objet.

---

<sup>957</sup> « Entendido como finalidad última, bien común, orden de la comunidad u observancia de la función de policía o de las normas vigentes, la idea de orden público se asienta sobre la obligación del ciudadano de no perturbar con su actuación los fines que persigue la comunidad o la sociedad y de las facultades conferidas a los órganos del Estado para velar por su respeto », *Ibid.*

<sup>958</sup> « Por su carácter esencial, la noción de orden público, comprende el conjunto de reglas que según determinada visión histórica de la vida social y de las relaciones entre los individuos, resulta necesaria para la existencia del Estado y el desarrollo del individuo en equilibrio, armonía y paz, lo que atañe a la defensa de las libertades, derechos o bienes fundamentales del hombre y de los principios de su organización jurídica para realizarse como miembro de una sociedad », *Ibid.*

\*

\*        \*

**338. Conclusion au chapitre.** Nous nous sommes intéressés aux manifestations du mécanisme des lois de police en droit positif français et mexicain. L'intention guidant ces développements était de déceler si, comme pour le mécanisme d'exception d'ordre public, un certain nombre d'affinités existait, entre la version française et mexicaine, pour que l'on puisse constater la mise en commun du mécanisme couramment dénommé comme lois de police. Une approche circonspecte fut nécessaire compte tenu de la fragmentation du régime des lois de police, d'autant plus que les manifestations du mécanisme en droit positif s'avèrent asymétriques dans les systèmes juridiques objet de cette étude.

**339.** Dans un premier temps, nous avons observé que dans le système juridique français il existait une manifestation réelle du mécanisme des lois de police. Son régime se compose d'un certain nombre de dispositions, nationales et supranationales, permettant le déclenchement d'un outil de calibrage du critère de rattachement afin d'assurer la protection d'une politique législative dans une situation internationale. À l'échelle nationale, le premier fondement pour le recours au mécanisme des lois de police se trouve dans l'article 3 alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil. La fonction de ce dispositif fut transférée par la suite à un instrument de source supranationale, la Convention de Rome (article 7) et ultérieurement à un instrument communautaire règlement Rome I (article 9). Dans cette veine et afin d'apprécier clairement les règles permettant le recours au mécanisme des lois de police il fut nécessaire de dégager les règles qui ne font pas partie de ce fondement, c'est-à-dire, les dispositions assurant le respect des règles impératives au sens d'un dispositif de protection de l'intégrité du droit étatique contre les intentions frauduleuses des parties dans le choix de la loi. Nous avons écarté donc l'article 3 §3 et §4 du règlement Rome I comme une disposition permettant le recours au mécanisme.

Nous nous sommes également intéressés aux dispositions de droit souple permettant le recours aux lois de police, notamment aux Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux et aux Principes pour les contrats commerciaux internationaux édictés sous les auspices d'Unidroit. Seulement le premier de ces instruments s'est avéré être un réceptacle pertinent du fondement du mécanisme des lois de police à son article 11 §1 et §2. Inversement, les Principes Unidroit visant l'harmonisation du droit matériel se révèlent inaptes par leur nature à la protection d'un ordre public conflictuel, ainsi le rapport

entre les Principes Unidroit et les lois de police prend une tournure d'articulation spécifique que nous avons essayé de restituer.

Afin de compléter l'analyse du droit positif français, la jurisprudence faisant recours au mécanisme des lois de police a été l'objet d'étude. On a alors constaté une récurrence dans le déclenchement du mécanisme par le juge français. L'approche choisie se départage des tentatives aprioristiques pour identifier les règles susceptibles d'être appliquées par le biais du mécanisme et adopte la classification des politiques législatives consolidées et non consolidées. Sans prétendre à l'exhaustivité, les exemples de la protection du salarié et de la protection du consommateur ont servi à illustrer le déclenchement du mécanisme des lois de police pour la protection d'une politique législative consolidée tandis que pour les politiques législatives non-consolidées se sont la protection du sous-traitant et la protection du franchisé qui ont servi d'illustration. La portée de cette classification fut liée au phénomène de la cristallisation des lois de police.

**340.** Dans un deuxième temps nous avons abordé la question de savoir si le recours au mécanisme est, à son tour, une possibilité pour le système juridique mexicain. Pour conclure à cette éventualité nous avons étudié l'existence des règles permettant le recours au mécanisme des lois de police ainsi que la jurisprudence faisant un recours effectif du mécanisme. Concernant l'état de lieux des règles permettant le recours aux lois de police dans le système juridique mexicain, il est apparu que certaines règles de source supranationale permettaient le recours, notamment l'article 11 de la Convention de Mexico. En revanche, il a été plus délicat d'établir le fondement en droit interne puisque le Code civil fédéral, ou autre disposition quelconque, ne renvoie pas de manière expresse à la notion des lois d'application immédiate. Or, une possibilité de fondement du déclenchement du mécanisme se trouve, à notre sens, dans l'article 14 du code précité. Pour ce qui concerne la jurisprudence, malgré l'absence de référence explicite aux lois d'application immédiate dans les arrêts des tribunaux fédéraux, il est possible de constater certains éléments permettant de croire à une sensibilité de la part du juge mexicain à leur égard.

**341. Conclusion au titre.** L'analyse comparative notamment par la lecture de l'ensemble des constructions doctrinales et des manifestations en droit positif, permet de croire à l'existence d'un fond commun, entre les systèmes juridiques français et mexicain, à l'égard du mécanisme des lois de police. Les convergences sont, certes, moins profondes et évidentes que dans le cas du mécanisme d'exception d'ordre public mais suffisamment d'affinités existent pour établir une grille de lecture analogue. En effet, les constructions doctrinales se trouvent à des paliers



différents de développement mais s'accordent sur ce que les lois de police possèdent la double qualité d'être matériellement impératives et conflictuellement dérogoires. L'appréhension du phénomène des lois de police comme une relation de cause-à-effet, c'est-à-dire comme un mécanisme justifiant la dérogation au critère de rattachement dès lors que l'efficacité d'une politique législative est mise en cause, fait son chemin dans la doctrine des deux pays. La mise en œuvre du mécanisme des lois de police se traduit par la confrontation de deux éléments, la politique législative comme élément de référence et le critère de rattachement comme élément contrôlé. Son déclenchement répond à certaines conditions, favorisant ainsi un raisonnement circonstancié au détriment d'une qualification prédéterminée suivie d'un rattachement systématique. La vérification des conditions de proximité et de pertinence s'explique, entre autres, par la protection *in concreto* du contenu de l'ordre public. Ces conditions s'imposent, à notre sens, indépendamment de l'origine de la politique législative délaissant les divergences entre les lois de police du for et les lois de police étrangères. L'opération de confrontation se produit nécessairement après la désignation de la loi compétente et produit un double effet, d'une part le détachement de la loi, désignée ou choisie, et d'autre part le rattachement à la loi permettant d'assurer l'efficacité de la politique législative visée.

**342.** La grille de lecture commune décrite précédemment fut alors confrontée aux manifestations des lois de police en droit positif français et mexicain. Il a été observé que nombre d'affinités existent entre les deux systèmes permettant de constater la mise en commun du mécanisme des lois de police en accord avec la proposition préalablement dégagée. Pour les deux systèmes le régime des lois de police est composé d'un ensemble de dispositions, de source nationale et supranationale, permettant le recours au mécanisme des lois de police. Or, si la jurisprudence française fait un recours effectif aux lois de police, les règles prétoriennes mexicaines restent silencieuses à leur égard. Nous avons tâché d'établir que le recours réel au mécanisme des lois de police en droit français est, à son tour, une possibilité vraisemblable en droit mexicain.

### **Conclusion à la première partie**

**343.** Les notions d'exception d'ordre public et des lois de police appartiennent au vocabulaire de la théorie générale du droit international privé et du droit international privé comparé. Il convenait de vérifier si cette affirmation de principe est illustrée par une comparaison franco-mexicaine. L'exercice de comparaison a permis de constater que les outils de l'exception d'ordre public et des lois de police se trouvent bien respectivement en droit international privé

français et mexicain, ils disposent dans leur équipement du bouclier et du sabre.<sup>959</sup> Ces phénomènes respectent un raisonnement de cause à effet et peuvent être appréhendés par une grille de lecture commune.

**344.** Pour le mécanisme d'exception, le traitement fait par la doctrine garde un degré de similitude très important, à commencer par sa définition. Il s'agit bien, dans les deux cas, d'un mécanisme d'exception à la règle de conflit de lois et se présente comme l'une des étapes à l'opération de sélection de la loi applicable pour les contrats internationaux. Ce mécanisme est susceptible d'être déclenché après la désignation d'une loi étrangère par la règle de conflit du for et aboutit à la substitution de la loi étrangère par une autre loi, généralement la loi du for. L'exception d'ordre public a pour fondement la protection des valeurs essentielles du for et se présente comme une opération de confrontation entre ces dernières, en tant qu'élément de référence, et la loi étrangère, comme élément contrôlé. Lorsque le mécanisme se déclenche, il est possible d'observer son effet comme une correctif au fond de la solution qui se décompose en un effet négatif et un effet positif. Le premier est associé à l'éviction de la loi normalement compétente, qui comme nous l'avons constaté doit avoir aussi la qualité d'être étrangère. Le second se caractérise par le rattachement de la situation à une loi, normalement la loi du for mais d'autres possibilités se présentent, notamment en matière contractuelle. L'effet positif n'est pas une suite logique et peut être assimilé à un rattachement subsidiaire ou s'expliquer par une vocation subsidiaire de la loi du for.

Ayant repris les constructions doctrinales nécessaires à la présentation du mécanisme d'exception d'ordre public nous les avons confrontées aux solutions de droit positif. De l'analyse et de l'articulation de ces éléments nous pouvons conclure que lors de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public le juge effectue un contrôle de conformité d'une loi étrangère par rapport aux valeurs dominantes dans son ordre juridique ; cette orthodoxie est respectée par le droit positif et par le droit mexicain dans ses développements les plus récents. Il a été observé que la pratique judiciaire s'écarte de temps à autre des constructions doctrinales et il revient alors aux théoriciens l'interprétation et l'explication des raisons du non-respect des

---

<sup>959</sup> « Dans l'attirail du droit international privé où le juge doit fourailler pour trouver l'équipement lui permettant de faire face à la situation dont il est saisi, il vaut mieux bien mettre à part le bouclier et le sabre. Ranger dans une case le bouclier que constitue l'exception d'ordre public et qui protège le for contre l'action extérieure ; ranger dans une autre case le sabre des lois de police, qui tranche la question de droit substantiel couverte, à l'aide d'une lame dont l'acuité est renforcée par l'ordre public de rattachement... », 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. 447, note 109. La métaphore se retrouve dans A. Briggs, « Public policy in the conflict of laws : a sword and a shield ? », *Singapore Journal of International and Comparative Law*, 2002-6, 953.

canons. Ce constat nous amène à concevoir les mécanismes liés à l'ordre public comme empreints d'un dynamisme qu'il conviendra d'étudier plus loin dans cette recherche.

**345.** Concernant les lois de police, malgré des convergences moins profondes et évidentes, il fut possible de constater l'existence d'un fond commun entre les systèmes juridiques français et mexicain. Il est notable que les constructions doctrinales montrent des degrés différents de développement mais s'accordent sur ce que les lois de police possèdent la double qualité d'être matériellement impératives et conflictuellement dérogoires. Dans son stade le plus récent, il est possible d'appréhender le phénomène comme un mécanisme justifiant la dérogation au critère de rattachement dès lors que l'efficacité d'une politique législative est mise en cause. Le raisonnement de cause à effet répond à certaines conditions s'alignant ainsi à la protection *in concreto* du contenu de l'ordre public. Le mécanisme est porteur d'une confrontation entre un élément de référence et un élément contrôlé qui se produit nécessairement après la désignation de la loi compétente, produisant un double effet le détachement de la loi, désignée ou choisie, et le rattachement à la loi permettant d'assurer l'efficacité de la politique législative visée. Il est dès lors possible d'affirmer que le mécanisme des lois de police s'insère comme une étape dans l'opération de sélection de la loi applicable aux contrats internationaux.

À l'instar de l'analyse de l'exception d'ordre public, la grille de lecture commune dégagée fut confrontée aux manifestations en droit positif. Un nombre d'affinités existe entre les deux systèmes permettant de constater la mise en œuvre du mécanisme des lois de police, pour le droit international privé français elle constitue une réalité indéniable, pour le droit international privé mexicain il s'agit d'une hypothèse envisageable.

**346.** Il n'aura pas échappé à l'analyse qu'en dépit de la disponibilité de deux mécanismes liés à l'ordre public la jurisprudence mexicaine ne semble pas distinguer les deux notions, ou recourir effectivement aux lois de police à tout le moins. Il s'avère que le cas mexicain n'est pas le seul<sup>960</sup>. En effet, nous avons observé que même au sein du droit français le phénomène des lois de police a évolué depuis son identification par Francescakis. De manière plus générale, il semble que les grandes matrices constituées par l'exception d'ordre public et par les lois de police ont connu certains développements et affinements. En effet le droit international privé a évolué depuis l'identification et la construction de ces mécanismes que sont l'exception d'ordre

---

<sup>960</sup> « On pourrait alors juger la précision inutile, mais ce serait oublier que les systèmes de *common law* ne font pas véritablement de distinction au sein des règles impératives : la distinction entre *mandatory rules* et *overriding mandatory rules* n'est mise en exergue que depuis peu et il est même relativement fréquent de traiter l'impérativité internationale sous le seul angle de l'exception d'ordre public », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, dans Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux, Lexis-Nexis, Paris, 2011, p. 362.

public et les lois de police aboutissant à un certain nombre d'affinements dont il faudra vérifier s'ils s'orientent dans la même direction ou si l'on constate des dérives de l'un des systèmes par rapport à l'autre. C'est donc à l'étude des affinements que l'on s'intéressera par la suite.



## Seconde Partie :

### La présentation des affinements des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux

347. Informés sur la base commune aux systèmes juridiques français et mexicain concernant les mécanismes parmi lesquels se manifeste l'ordre public en droit international privé des contrats, nous aborderons désormais l'affinement dont ceux-ci font l'objet. À l'analyse des mécanismes d'exception d'ordre public et des lois de police, il est apparu que ces grandes matrices ont connu certains développements et affinements. En effet, le droit international privé a évolué depuis l'identification et la construction de ces mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police, ce qui a donné lieu à un certain nombre d'affinements dont il faudra vérifier la direction. Le terme « affinement », dans le domaine des techniques, s'entend comme l'action d'affiner<sup>961</sup>, ce sens sera retenu dans les développements à suivre. En effet, tout au long de notre première partie nous avons constaté le fonctionnement de base des mécanismes liés à l'ordre public<sup>962</sup>. Or, le droit international privé se présente comme une réalité normative très complexe, dans laquelle les mécanismes liés à l'ordre public s'avèrent être des indicateurs de certaines tendances<sup>963</sup>. Le terme d'affinement renvoie également à l'idée d'un processus par lequel un élément achève sa maturation. Tel que le droit international lui-même, les mécanismes

---

<sup>961</sup> B.- TECHNOL. DIVERSES

1. Rendre plus fin (en diminuant la grosseur ou l'épaisseur) [...]

2. Donner son fini en vue de l'usage (à une substance matérielle, à un produit).

a) [L'obj. est une substance minérale naturelle ou un produit de l'industr. hum.] Lui donner son fini en l'épurant des éléments étrangers [...]. Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, disponible sur le site <http://www.cnrtl.fr/definition/perturbation>. Consulté le 29 mai 2019.

<sup>962</sup> Mécanismes identifiés aussi comme perturbateurs de la règle de conflit de lois, en ce sens qu'ils « dérogent au fonctionnement « normal » des règles de conflit de lois et perturbent ces prévisions », Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 557.

<sup>963</sup> Pour une analyse des tendances en droit international privé, J. González Campos, « Diversification, spécialisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général », *Recueil des cours*, t. 287, 2000, l'auteur constate dès ses propos introductifs que « la situation actuelle du droit international privé en ce qui concerne sa fonction générale, c'est-à-dire la réglementation des rapports privés à caractère international, n'est que le résultat des changements sociaux et juridiques qui ont eu lieu depuis le milieu du XIXe siècle ».



liés à l'ordre public<sup>964</sup> sont loin d'être immuables. L'intention de cette partie est bien d'identifier la dynamique<sup>965</sup> qui les caractérise.

**348.** L'observation de la jurisprudence et de la doctrine ont démontré que les conditions du fonctionnement classique des mécanismes liés à l'ordre public ne sont toujours pas réunies. Nous avons également constaté que le système juridique français emploie de manière effective et récurrente deux dispositifs qui affectent le résultat de la règle de conflit bilatérale. En revanche, le système juridique mexicain, bien qu'il conçoive les deux mécanismes en doctrine, ne fait recours en pratique qu'à un seul d'entre eux. Cette observation ouvre la perspective sur la manière dont l'affinement se présente et permet de supposer qu'elle est affectée d'une variation dans chaque système juridique. Dans l'analyse des affinements, on retrouve le corollaire nécessaire à l'appréhension du recours aux mécanismes liés à l'ordre public au sein des systèmes juridiques français et mexicain. D'autant plus que l'évolution est étroitement conditionnée par la manière même dont les systèmes juridiques se conçoivent, elle est révélatrice du rapport que chaque système entretient avec la loi étrangère.

**349.** La tâche d'identification des sources de cet affinement exige de l'observateur qu'il passe au plan large afin de saisir les mécanismes dans leur environnement de façon à profiter d'une vue d'ensemble sur le système juridique plutôt qu'une observation spécifique des mécanismes comme d'éléments isolés. Certains de ces affinements sont aisément identifiables, car leur incidence sur les mécanismes se fait de manière directe, d'autres le sont beaucoup moins puisqu'elles exercent une influence indirecte. Seule la prise en compte des caractéristiques du système juridique permettra de comprendre ces derniers. En réponse à un besoin pédagogique, l'analyse de l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public peut être associée à deux sources : interne et externe. Ainsi, l'affinement des mécanismes peut avoir sa genèse à l'intérieur des mécanismes liés à l'ordre public (Titre I) ou bien procéder de l'extérieur (Titre II).

---

<sup>964</sup> Avec une affirmation plus mesurée voir par ex. J. Foyer, lorsqu'il admet que l'ordre public depuis la thèse de M. Lagarde « n'a pas changé de nature et demeure un moyen de défense des valeurs fondamentales du for. Mais sur bien des aspects, il a été repeint sous des couleurs nouvelles. Son contexte a en partie changé sous la double influence des sources et des méthodes du conflit de lois ; il s'est ouvert à des idées d'origine germanique et a su nuancer ses interventions. », « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 302.

<sup>965</sup> Comme l'affirme M. Marzal, à l'occasion de son étude sur la proportionnalité, la dynamique permet de trouver « une grille de lecture externe », T. Marzal, *La dynamique du principe de proportionnalité, Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Institut Universitaire Varenne, Collection des Thèses, LGDJ, 2014, p. 4.

## Titre I

### Les affinements endogènes

**350.** La saisine des affinements endogènes n'est sans difficulté mais il est possible d'identifier des évolutions endogènes liées étroitement au contenu, souvent illustrées par l'adoption de certaines règles substantielles comme faisant partie de l'ordre public<sup>966</sup>. Des affinements endogènes, que l'on peut identifier comme fonctionnels par l'altération qu'ils produisent dans le fonctionnement du mécanisme, se démarquent également comme susceptibles d'être catégorisés. Or, certaines notions comme les droits fondamentaux, par exemple, présentent un degré de complexité majeur puisqu'elles recourent les deux types d'affinement. L'étude successive des affinements endogènes substantiels (Chapitre 1) et des affinements endogènes fonctionnels (Chapitre 2) nous permettra de mieux comprendre les interactions qui peuvent avoir lieu.

---

<sup>966</sup> Au regard de ces évolutions nous ne pouvons que compatir avec l'observation de M. Bucher selon laquelle « le problème de définition de l'ordre public international n'a jamais été résolu et ne le sera jamais », « La dimension sociale du droit international privé. Cours général », *Recueil des cours*, Les livres de poche de l'Académie de droit international de la Haye, 2011, p 228, n° 101.

## **Chapitre 1 - Les affinements endogènes substantiels**

**351.** Les affinements endogènes substantiels constituent des évolutions subies par les mécanismes liés à l'ordre public les plus communément observées, celles-ci se sont introduites de manière graduelle dans le contenu de la notion. Les développements à suivre essayent de démontrer quels sont les effets des éléments regroupés sous la bannière des *affinements endogènes substantiels*. Une observation aprioristique permet de croire à un effet commun d'élargissement du champ d'intervention des mécanismes traditionnels, sans pour autant modifier les conditions de leur procédé de déclenchement<sup>967</sup>. On observera qu'en principe, l'élargissement du contenu de la notion d'ordre public n'a pas d'incidence sur le fonctionnement des mécanismes que lui sont liés en droit international privé des contrats. Ainsi, parmi ces affinements endogènes substantiels il est possible de trouver les droits fondamentaux (Section 1) et les règles de protection des parties faibles ayant foisonné en matière contractuelle (Section 2).

### ***Section 1. Les droits fondamentaux***

**352. Les « droits fondamentaux » et « droits de l'homme » : définition.** Entre les différentes définitions proposées pour appréhender la notion de droits fondamentaux, celle adoptée par M. Kinsch semble d'une particulièrement convenir à notre étude car adoptée lors de l'analyse de leur relation avec le droit international privé. Selon l'auteur : « les droits fondamentaux sont ceux des droits de l'homme (au sens le plus général) qui sont garantis par l'ordre juridique interne de l'État – par opposition aux droits de l'homme au sens strict, qui seront définis comme les droits garantis par les sources *internationales* qui lient l'État »<sup>968</sup>. Ainsi, dans le cadre de

---

<sup>967</sup> Un tempérament à cette affirmation doit être apportée. L'affirmation d'élargissement du champ d'intervention pourrait sous-entendre l'idée d'un champ d'intervention spécifique à ces mécanismes. Or comme il a été préalablement argumenté, les mécanismes comptent la particularité de ne pas avoir un domaine d'application (contrairement à la règle de droit). L'affirmation demeure vraie en ce sens que par l'élargissement du contenu, les hypothèses de recours aux mécanismes se sont également multipliées.

<sup>968</sup> P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours*, 2005, t. 318, n°4 ; « Du moins dans un contexte de droit international privé, il ne faudrait toutefois pas attacher une importance déterminante au caractère constitutionnel de la garantie des droits fondamentaux reconnus par l'ordre juridique interne. Les constitutions modernes comportent certes toutes un catalogue de droits fondamentaux plus ou moins perfectionné, si bien que, en règle générale, les droits fondamentaux seront des droits constitutionnellement garantis. Mais il peut arriver qu'un ordre juridique donné protège des droits fondamentaux (les mêmes qui peuvent être garantis, dans d'autres ordres juridiques, par des normes constitutionnelles) au moyen de normes, écrites ou non, de nature infraconstitutionnelle ». Cette définition est reprise et reproduite en langue anglaise par Mme Fresnedo de Aguirre, « *Public Policy : Common Principles in the American States* », *Recueil*

cette recherche nous retiendrons la notion de droits fondamentaux *lato sensu*, comme l'ensemble de prérogatives protégées par l'ordre juridique national, par opposition aux « droits de l'homme »<sup>969</sup>. Il est nécessaire de rappeler que cet ensemble de règles à portée très générale est le résultat d'une évolution philosophique<sup>970</sup> qui place l'individu comme le fondement du droit. Dans ses débuts, les droits de l'homme consistaient en des « libertés classiques »<sup>971</sup> garanties par l'État mais ont été successivement élargis à des droits collectifs et sociaux (dits aussi droits fondamentaux de deuxième génération) et par des droits de solidarité (troisième génération). Malgré leur évolution, les droits fondamentaux se caractérisent pour être, encore aujourd'hui, essentiellement indéterminables<sup>972</sup>. Ce trait explique, à notre sens, la perméabilité existante entre les droits fondamentaux et la notion d'ordre public si importante en droit international privé. Le brassage entre les notions des droits fondamentaux et d'ordre public se comprend car, à l'instar de ce dernier, les droits fondamentaux lorsqu'ils sont envisagés, le sont de manière générale et souvent vague exigeant lors de leur application de tenir en compte des considérations de fait<sup>973</sup>. Or, la difficile détermination des droits fondamentaux n'empêche pas d'identifier leur source.

**353. Les sources des droits fondamentaux.** Dans l'ordre juridique français, la Constitution de 1958 ne fait pas mention des « droits fondamentaux », elle n'offre pas non plus de liste complète

---

*des cours*, 2015, vol. 379, n° 17, “Basically and generally speaking, fundamental rights are those human rights – *lato sensu* – that are guaranteed by the national juridical order of the State, mainly, but not only, by the State’s Constitution. Human rights – *strictu* (sic) *sensu* – are those that are guaranteed by international sources to which the State is a party, mainly by the human rights conventions”. Pour une explication de la différence entre droits de l'homme et droits fondamentaux en doctrine mexicaine voir M. Carbonell, *Los derechos fundamentales en México*, 4<sup>ème</sup> éd., México, Porrúa, IIJ-UNAM-CNDH, 2011, pp. 6-10.

<sup>969</sup> La distinction est admise de manière générale, voir par ex. D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), « Dictionnaire des droits fondamentaux », Dalloz, 2007 ; « droits fondamentaux (notion). Importée d'Allemagne, la notion de « droits fondamentaux » est devenue opératoire à partir du moment où, en droit positif, les droits de l'homme ont vu leur protection juridique prise en charge par la norme constitutionnelle... ».

<sup>970</sup> P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2017, p. 50, n° 51 : « Hobbes d'abord, les Lumières ensuite, vont, entre autres révolutions philosophiques, consommer le basculement d'un ordre naturel des choses en une multitude de droits naturels accordés aux individus ».

<sup>971</sup> « Les droits de l'homme déclarés en 1789 consistent essentiellement en des *libertés classiques* : il s'agit de possibilités d'agir généralement accordées à un sujet et garanties par l'État, tenu d'un devoir d'abstention en ces matières (ex. la liberté de religion ou d'aller et venir) », *Ibid.*, n° 52.

<sup>972</sup> V. par exemple, R. López Sánchez, « Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la constitución mexicana », *Revista mexicana de derecho constitucional*, n° 37, juillet-décembre 2017. L'auteur, en rappelant la contribution de Hart à la théorie juridique, observe que l'indétermination des normes juridiques est l'une des caractéristiques inhérentes au procédé de constitutionnalisation de l'ordre juridique : « *La indeterminación, imprecisión y la vaguedad de las normas jurídicas, son características inherentes al proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico* ».

<sup>973</sup> M. Carbonell, *Derechos humanos en la Constitución mexicana*, IIJ, UNAM, 2013, consulté le 08 juin 2018, disponible sur <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3567/7.pdf>: « *Recordemos que la mayor parte de los derechos están redactados en forma de principios, lo que significa que tienen un alto grado de generalidad y vaguedad. Su aplicación debe llevarse a cabo en la mayor medida posible... considerando las posibilidades fácticas y jurídicas* ». Rappelons-le, la plupart des droits sont rédigés sous la forme de principes, ce qui signifie qu'ils possèdent un haut degré de généralité et d'imprécision. Son application doit se faire dans la mesure du possible... en considération des possibilités factuelles et juridiques, traduction libre.

de ces droits<sup>974</sup>. Cependant, la garantie constitutionnelle d'un grand nombre de libertés et de droits fondamentaux est assurée par le préambule de la Constitution, qui se nourrit de trois sources : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la Constitution de 1946, et la Charte de l'environnement (« adossée » à la Constitution en 2005). Pour l'ordre juridique mexicain, les droits fondamentaux-*derechos fundamentales* sont ceux reconnus aux articles 1 à 29 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*<sup>975</sup>. Malgré la disparité des sources, il est intéressant d'observer que les droits fondamentaux ont été associés aux sources dites révélées ou sacrées<sup>976</sup>. En revanche, les droits de l'homme trouveraient leur source à un niveau international dans la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948.

**354. Les droits fondamentaux et le droit international privé.** Il est peu discuté en doctrine que l'apparition des droits fondamentaux a fortement influencé la science juridique dans toutes ses branches<sup>977</sup>. Leur emprise a été reçue avec bienveillance par certains mais regretté par d'autres<sup>978</sup>. Ainsi, né d'une nouvelle appréhension du contrat social, cet ensemble de prérogatives a bouleversé la logique traditionnelle de la science du droit.

---

<sup>974</sup> À la différence d'autres systèmes continentaux, comme l'Allemagne. Il est intéressant de noter ce que M. Kinsch affirme sur la notion des droits fondamentaux qui est « dans les pays de langue française, un article d'importation de provenance allemande : c'est l'équivalent des *Grundrechte* qui font, en droit allemand, l'objet des articles 1 à 19 de la loi fondamentale de 1949 » P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours*, n° 4.

<sup>975</sup> La doctrine mexicaine est très attachée à l'étude des droits fondamentaux, voir par ex. M. Carbonell Miguel, *Derechos humanos en la Constitución mexicana*, *op. cit.*

<sup>976</sup> M. Goltzberg observe, après avoir énoncé la loi et le jugement comme sources du droit, l'existence des sources dites révélées : « Sources révélées ou sacrées : ces sources, quoique sacrées, ne sont pas nécessairement religieuses. Outre les sources proprement révélées (Pentateuque, Coran, etc.), certaines sources sont assimilables à des sources révélées. Sans être religieuses, ces sources sont toutefois sacrées. Les droits de l'homme ne sont en effet pas tant accordés aux citoyens que « déclarés ». Les principes, y compris les principes généraux du droit, sont également assimilables à une source révélée », S. Goltzberg, *L'argumentation juridique*, 3<sup>e</sup> édition, Dalloz, 2017, p. 10.

<sup>977</sup> L'influence se présente non seulement dans ses branches mais également dans ses sources. L'exemple apporté par l'arrêt concernant l'application de la règle prétorienne dans le temps est révélateur, on observe le raisonnement de la Cour, fortement appuyé sur le Rapport du conseiller, lorsque la réponse à la question trouve une tournure toute particulière grâce aux droits fondamentaux : « La recherche explicite d'un principe de nature constitutionnelle conduit à la Cour de cassation à écarter le cadre originel de la discussion juridique, en l'occurrence le contrat, comme si elle n'était pas certaine de ses propres mécanismes de contrôle de l'application de la loi. La solution adoptée a pour conséquence qu'elle ne répond pas à la question posée, qui était celle de la portée dans le temps d'un changement d'interprétation *en tant qu'elle crée une obligation nouvelle*. », *D.*, 2001, p. 3470, D. Thouvenin.

<sup>978</sup> Par exemple à l'égard de l'évolution des droits fondamentaux et le regroupement familial voir Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, dans *Libertés et droits fondamentaux*, 2004, p. 127, n° 227 et s. Or, il est nécessaire de rappeler que ce regret n'est pas absolu mais spécifique à quelques conséquences néfastes pour le déroulement de la vie juridique nationale, comme M. Lequette le signale : « si la vie internationale doit être encouragée, cette ouverture ne doit pas s'effectuer au détriment de la cohésion des sociétés nationales concernées », spéc. p. 132 n° 232.

D'autant plus que l'influence des droits fondamentaux n'est pas un phénomène totalement nouveau pour ceux qui voyaient dans le droit naturel le préambule à cette mouvance<sup>979</sup>. Toutefois, jusqu'à une époque relativement récente, le droit international privé, soucieux du respect de la diversité juridique entre les États, ne s'intéressait guère de l'intégration des droits fondamentaux dans les règles de conflit de lois et se maintenait indifférent à ce type de raisonnement. Néanmoins, l'évolution de la science juridique a fait place aux droits fondamentaux dans d'autres branches, le droit international privé y compris<sup>980</sup>.

**355. Les droits fondamentaux et le droit des contrats.** Par ailleurs, l'évolution logique apportée par les droits fondamentaux se voit doublée par leur immixtion dans les règles substantielles du droit des contrats<sup>981</sup>. Le respect des droits fondamentaux figurant désormais parmi les exigences dans les relations contractuelles au-delà des devoirs réciproques que se

<sup>979</sup> P. Louis-Lucas, « Remarques sur l'ordre public », *Rev. crit. DIP* 1933. 393, p. 394, « ...l'ordre public peut être opposé au droit naturel. Tous deux sont impératifs et inflexibles. Mais, tandis que le droit naturel exprime les exigences de la justice, qui sont constantes, l'ordre public révèle les opportunités nationales, qui sont variables. L'immutabilité essentielle du droit naturel achève de faire comprendre, par voie de comparaison, la mobilité fatale de l'ordre public. Le droit naturel repose sur de l'absolu, l'ordre public, sur du relatif ».

<sup>980</sup> « Jusqu'à une époque récente, les internationalistes privatistes ne se préoccupaient guère de l'incidence des droits fondamentaux sur leur discipline. Seule la question de l'entrée et du séjour des étrangers en France avait subi de manière significative l'empreinte de ceux-ci. Mais, en dépit du caractère neutre et indirect des règles de conflits de lois, la question de leur compatibilité avec les droits fondamentaux est de plus en plus souvent débattue », Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 123. Sur l'influence des droits fondamentaux v. aussi les auteurs cités par Bureau et Muir Watt, n° 53. Influence suggérée en doctrine française dès les années 1950 par P. Lerebours-Pigeonnière, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », in *Études offertes à Georges Ripert*, 1950, p. 255 ; Également, B. Goldman, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois », in *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, 1969, p. 449. Plus récemment : D. Cohen, « La convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989. 541 ; P. Courbe, « Le droit international privé et les difficultés d'insertion de la convention dans le système français », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, 1996, p. 249 ; L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », in E. Dubout, S. Touzé (dir.), *Les Droits fondamentaux : charnière entre ordres et systèmes juridiques*, Pedone 2010, p. 165 ; V. Egea, « Les droits fondamentaux ont-ils simplifié les solutions de droit international privé ? », in *La Simplification du droit*, PUAM, 2006, p. 49 ; P. Hammje, *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse, Paris 1, 1994 et « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP*, 1997. 1 ; P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *op. cit.* ; Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz 22<sup>e</sup> éd. 2016, p. 127 et s. ; F. Marchadier, *Les Objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007, préf. J.-P. Marguénaud ; P. Mayer, « La convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP*, 1991. 651 ; H. Muir Watt, « Concurrence ou confluence ? Droit international privé et droits fondamentaux dans la gouvernance globale », in *Le Droit entre tradition et modernité, Mélanges P. Courbe*, 2012, p. 459 ; J. Oster, « Public Policy and Human Rights », *JPIL*, 2015. 542.

<sup>981</sup> Pour une analyse spécifique à la matière contractuelle voir S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, pp. 226-249. Cette expansion est due à l'effet horizontal des droits fondamentaux, comme l'explique Mme Deumier : « également à compter de la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle, les droits fondamentaux vont révéler qu'ils ne jouent pas que dans un rapport vertical, d'individu à État, mais qu'ils présentent aussi un effet horizontal, dans les relations entre individus », P. Deumier, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 53, n° 53. Voir également J. Rivero, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in *Mélanges R. Cassin*, Tome 3, Pedone, 1971, p. 311, et H. Fix-Zamudio, « Quelques aspects de la protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées au Mexique et en Amérique Latine », *ibid.*, p. 279.



doivent les cocontractants. Ainsi, l'analyse de l'influence des droits fondamentaux sur le droit international privé doublée par leur immixtion dans le droit des contrats invite à dresser un constat (§1), pour s'intéresser ensuite aux critiques (§2).

### **§1. Le constat de l'influence des droits fondamentaux**

**356.** Bien que l'influence des droits fondamentaux se manifeste de manière générale dans le droit international privé (A), nous nous intéresserons à l'influence spécifique sur le mécanisme d'exception d'ordre public (B).

#### **A. Un impact général sur le droit international privé**

**357.** La doctrine a constaté que l'impact des droits fondamentaux est général en droit international privé et qu'on assiste désormais à un phénomène « d'accroissement exponentiel de l'emploi de l'argument tiré des droits fondamentaux par le juge judiciaire, dans le procès civil international pour lequel sont mises en œuvre les diverses règles de droit international privé »<sup>982</sup>. Cet accroissement se retrouve par exemple, au sujet du procès équitable, du respect à la vie privée, entre autres. Or, pour ce qui concerne notre recherche, on se tiendra à l'observation de l'impact spécifiquement sur les mécanismes liés à l'ordre public<sup>983</sup>.

#### **B. Une influence spécifique sur le mécanisme d'exception d'ordre public**

**358.** L'incidence des droits fondamentaux en France s'est présentée de manière hâtive en droit international privé. En doctrine, dès 1950 Lerebours-Pigeonnière suggérait l'intégration des standards internationaux de protection des droits de l'homme au sein du mécanisme d'exception d'ordre public<sup>984</sup>. On observait donc que les droits fondamentaux s'étaient invités à l'occasion

---

<sup>982</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, sous la direction de Edouard Dubout et Sébastien Touzé*, Pédone, p. 159-192, 2010 : « Depuis une vingtaine d'années, en France, ce sont d'abord un certain nombre de règles matérielles prohibitives qui ont été paralysées, parce que constituant des entraves aux standards internationaux du procès équitable ». Pour une liste d'exemples voir Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.* D'autre part, Mme Deumier observe que « la multiplication des droits de l'homme pourrait être analysée comme la marque de leur triomphe ; paradoxalement, elle est en même temps suspecte de signer leur déclin », P. Deumier, Introduction générale au droit, *op. cit.*, p. 52, n° 52.

<sup>983</sup> Pour une analyse de l'impact des droits fondamentaux sur les règles matérielles voir, en droit français : Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*; et pour les pays de l'Amérique latine C. Fresnedo de Aguirre, « Public Policy : Common Principles in the American States », *Recueil des cours*, Vol. 379, 2016.

<sup>984</sup> P. Lerebours-Pigeonnière, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », *op. cit.*, p. 255 ; à ce sujet M. d'Avout observe, « il l'avait fait, non pas tellement par prescience de la

de l'intervention de ce mécanisme<sup>985</sup>, permettant à certains auteurs d'affirmer que l'ordre public fut « le véhicule historique »<sup>986</sup> des droits fondamentaux.

En jurisprudence, l'arrêt *Lautour*<sup>987</sup> témoigne de cette influence. Après avoir éclairci la question de la loi compétente pour régir la responsabilité civile extracontractuelle<sup>988</sup>, la Cour de cassation affirme que « les dispositions étrangères de responsabilité civile délictuelle ne sont pas contraires à l'ordre public international français par cela seul qu'elles diffèrent des dispositions impératives du droit français mais uniquement en ce qu'elles heurtent des *principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue* »<sup>989</sup>. Par un attendu de principe, la Haute juridiction française estimait que la loi étrangère doit être écartée, non lorsqu'elle diffère des dispositions impératives du droit français, mais si, - et seulement si -, la loi étrangère est considérée comme contraire aux principes de justice universelle. De la sorte, l'arrêt *Lautour* contribua à octroyer un caractère particulier à la notion de droit fondamental en droit international privé, notion ayant changé les contours du mécanisme d'exception<sup>990</sup>. On notera que l'attendu décisif retient la notion de « principes de justice universelle » et non la notion de droit fondamental, peu utilisée à l'époque<sup>991</sup>. Cependant, on adhère à l'observation faite par Mme Guillaumé sur ce qu'« en rendant cette décision voilà plus d'un demi-siècle, la Haute juridiction n'imaginait certainement pas le futur

---

hiérarchie des normes (encore mal assurée à l'époque), mais parce qu'il voyait un point de consensus international, des éléments de *jus gentium* ou autrement dit de droit naturel moderne, dominant les ordres juridiques nationaux et devant être par eux reçus et vivifiés », L. d'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé, Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, *op. cit.*, p. 166.

<sup>985</sup> Voir B. Goldman, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit », *Mélanges René R. Cassin*, A. Pédone, 1969, p. 449.

<sup>986</sup> P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *op. cit.*, n° 133 et 134 : « En fait, il y a de nombreuses preuves en jurisprudence du fait que l'*ordre public* a pu servir, depuis longtemps, à la défense des droits fondamentaux contre des lois étrangères qui les méconnaissaient. Cela n'est, à la réflexion, pas étonnant : la fonction primordiale de l'exception d'ordre public est la défense des valeurs fondamentales de l'ordre juridique du for... Or parmi les valeurs fondamentales de l'ordre juridique figure tout naturellement la conception que se fait l'État du for des droits de l'homme. On peut par conséquent partir de l'hypothèse selon laquelle, même avant que les droits de l'homme acquièrent une pleine efficacité à l'encontre des normes de l'ordre juridique du for incompatibles avec eux, les valeurs représentées par les droits de l'homme étaient susceptibles d'être défendues par les tribunaux contre les lois étrangères incompatibles ».

<sup>987</sup> Civ. 25 mai 1948, *Rev. crit. DIP* 1949. 89, note H. Batiffol, *D.* 1948. 357, note P. L.-P., Ancel et Lequette, *op. cit.*, n° 19, p. 147.

<sup>988</sup> « La loi compétente pour régir la responsabilité civile extracontractuelle est la loi du lieu où le délit a été commis ». La Cour affirme également, que « c'est au demandeur en réparation et non au défendeur qui en invoque la compétence qu'incombe la charge de la preuve du droit étranger applicable à la réparation d'un accident survenu à l'étranger », *Ibid.*

<sup>989</sup> Ancel et Lequette, *op. cit.*, n° 19, p. 165.

<sup>990</sup> Il est intéressant de noter que c'est l'article 3 du Code civil qui est visé afin de casser l'arrêt du juge du fond.

<sup>991</sup> Pour une analyse de l'évolution de la notion en droit français voir D. Chagnollaud et G. Drago (dir.), « Dictionnaire des droits fondamentaux », *op. cit.*; « droits fondamentaux (notion) ».

essor des droits fondamentaux, qui a donné lieu à des rapports complexes avec l'exception d'ordre public »<sup>992</sup>.

**359. De la protection des « principes de justice universelle » à la protection des droits fondamentaux.** Il est intéressant d'insister sur l'articulation logique effectuée au sein du mécanisme d'exception d'ordre public. En effet, il était admis de longue date que le mécanisme d'exception servait à protéger les valeurs du for, mais seulement les valeurs ayant un degré d'importance considérable au sein d'une société donnée. Or, l'identification de ces valeurs ou principes de justice universelle était une tâche difficile compte tenu du flou de la notion « principe de justice universelle » peu explicitée dans son contenu et son étendue. L'avènement des droits fondamentaux se présente comme un instrument de concrétisation de ces valeurs, permettant au juge de faire référence à un droit fondamental *in concreto*, lequel véhiculerait un principe de justice universelle. Ainsi, les droits fondamentaux se révéleraient utiles à la notion de l'ordre public en ce sens que ceux-ci lui donneraient un contenu concret.

**360.** L'admission de cette « condition positive » au déclenchement de l'exception d'ordre public, posée par l'arrêt *Lautour*, retiendra par la suite l'attention de la doctrine. MM. Ancel et Lequette percevaient cette décision comme étant « prémonitoire » par la définition qu'elle apportait, et constataient à cet égard, que « le culte que notre époque professe pour les droits de l'homme, conduit en effet à donner un relief tout particulier aux droits fondamentaux parmi les éléments qui permettent de caractériser l'ordre public international français »<sup>993</sup>. L'esprit critique des auteurs a conduit à affirmer que de nombreux juges « ne trouvent plus, d'ailleurs, le courage de défendre les valeurs de la société française qu'à la condition de les peindre aux couleurs des droits fondamentaux ». Cette dure critique, à nos yeux d'une profonde justesse, est révélatrice de l'effet perturbateur qu'allait avoir la notion de droits fondamentaux dans les mécanismes liés à l'ordre public.

**361.** Ainsi, la fonction principale des droits fondamentaux en droit international privé fut un certain temps d'empêcher l'application en France de normes étrangères, règles ou décisions, ne respectant pas ces prescriptions. Néanmoins, l'influence croissante des droits fondamentaux sur le droit international privé s'est vu alimentée par la consolidation des droits fondamentaux dans des instruments internationaux, notamment par la Convention européenne de sauvegarde des

<sup>992</sup> J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *in* Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, p. 306, n° 25.

<sup>993</sup> Ancel et Lequette, Grands arrêts, n° 19, page 175, « et de fait, la notion de droit fondamental n'est pas, en la matière, dépourvue d'intérêt. Témoignant de ce qu'il est, dans une société, des points sur lesquels celle-ci ne saurait transiger sans se perdre, elle est de nature à rappeler aux juges trop sensibles aux sirènes de la vie internationale qu'il est de bornes à ne pas franchir ».

droits de l'homme et son parallèle latino-américain, la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>994</sup>.

**362.** On observera que l'évolution est atteinte d'une sorte d'ambiguïté dans le sens où les droits fondamentaux viendraient clarifier la notion vague qu'est celle de l'ordre public. Grâce à la consécration des droits fondamentaux, la prise en compte des valeurs nationales pour fixer le seuil de déclenchement de l'exception d'ordre public dans le contexte national a réussi à trouver une théorisation en droit international privé. On se trouve face à un réflexe de raisonnement compréhensible, c'est-à-dire, le fait pour le juge de déclencher la protection de son système juridique lorsque la loi étrangère désignée comme compétente est contraire à un droit fondamental *en particulier* plutôt qu'à un ordre public *général* dépourvu de contours<sup>995</sup>. En ce sens M. Libchaber signale que la prise en compte des valeurs s'effectue désormais « dans un contexte international bien plus préoccupé qu'autrefois de définir un certain nombre de droits de l'Homme que la communauté internationale doit avoir en partage »<sup>996</sup>.

**363.** Dans ce contexte, la réception de ces valeurs internationales par l'exception d'ordre public en France se limitait à des phénomènes extrêmes<sup>997</sup> et ne suscitait guère de questionnements. Ce n'est qu'à un stade ultérieur, avec le développement exponentiel des droits fondamentaux et leur ancrage dans l'esprit des juristes, que cet ensemble des valeurs a eu comme conséquence un affinement direct sur le mécanisme d'exception : l'étendue du contenu de la notion d'ordre public international. Comme nous l'avons souligné, la doctrine en France a anticipé le phénomène, notamment « le doyen Lerebours-Pigeonnière avait, dès 1950, attiré l'attention des juristes sur les répercussions de la Déclaration universelle des droits de l'homme sur le contenu de l'ordre public français<sup>998</sup>, prophétisant qu'à côté des valeurs essentielles du for, un certain

<sup>994</sup> Également connue sous le nom du « Pacte de Costa Rica », adoptée à San José du Costa Rica, le 22 novembre 1969.

<sup>995</sup> « Mais le recours aux droits fondamentaux tels qu'ils ont dès à présent été définis par le Conseil constitutionnel, ou (plus fréquemment) le recours aux droits de l'homme tels qu'ils ont dès à présent été définis par la Cour européenne des droits de l'homme, a un effet secondaire pour le juge civil qui tranche un cas de droit international privé : celui d'être dispensé de justifier lui-même de la légitimité des valeurs qu'il considère comme fondamentales et comme devant prévaloir sur la loi étrangère », P. Kinsch, « La 'sauvegarde de certaines politiques législatives', cas d'intervention de l'ordre public international ? », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 453.

<sup>996</sup> 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. 79, « et il est plus clair encore que ces valeurs, internationales cette fois mais reçues par le droit français, tendent également à modeler les contours de l'exception d'ordre public. Certes, des auteurs avaient de longue main admis, au titre des critères d'intervention de l'ordre public et à côté des impératifs législatifs du for, la référence à des valeurs internationales apparentées à des faits de civilisation ».

<sup>997</sup> Comme l'esclavage ou la discrimination raciales, voir *infra* § 507.

<sup>998</sup> P. Lerebours-Pigeonnière, « La Déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international privé français », *op. cit.*; dans une conception voisine : B. Goldman, « La protection internationale des droits de l'homme et l'ordre public international dans le fonctionnement de la règle de conflit de lois », *Mél. Cassin*, vol. 1, p. 449.

nombre de principes internationalement reconnus devaient venir féconder la conception française de l'ordre public. Mais cette prophétie allait demeurer longtemps lettre-morte...»<sup>999</sup>.

**364.** Le phénomène ne s'est pas limité au droit français, il peut également être observé au sein de l'Union européenne, en ce sens que les juges des États membres sont contraints de prendre en considération la Convention européenne de protection des droits de l'homme, qui sert comme source des principes d'ordre public dans l'UE. La Cour de justice a confirmé cette obligation dans son arrêt *Krombach*<sup>1000</sup>.

**365.** Pour sa part, la doctrine mexicaine admet de manière générale que les droits fondamentaux font partie intégrante de l'ensemble des valeurs essentielles du for et que leur violation par l'application d'une loi étrangère serait susceptible de déclencher le mécanisme d'exception d'ordre public<sup>1001</sup>. Cependant, il est possible d'observer qu'au Mexique l'influence des droits fondamentaux sur le mécanisme d'exception d'ordre public est mitigée et bien que la doctrine<sup>1002</sup> s'accorde sur la possibilité à protéger les droits fondamentaux par le biais du mécanisme d'exception, il n'est pas possible de trouver des arrêts témoignant d'un recours effectif.

**366.** L'hypothèse que nous développerons par la suite défend l'idée que le faible essor du mécanisme d'exception d'ordre public est dû à une particularité systémique du droit mexicain, l'intérêt pour les droits fondamentaux qui s'accompagne dès leur conception de mécanismes propres de protection. Cette hypothèse sera nourrie par l'analyse ultérieure des affinements exogènes des mécanismes liés à l'ordre public<sup>1003</sup>. Les observations se limiteront donc, à ce stade, à poser les bases du raisonnement.

Une observation, en principe anodine, reflète le trait particulier du système mexicain, comme le rappelle M. Carbonell, le chapitre 1<sup>er</sup> du Titre 1<sup>er</sup> de la Constitution mexicaine s'intitule des

---

<sup>999</sup> R. Libchaber, *L'exception d'ordre public en droit international privé*, dans « L'ordre public à la fin du XXe siècle », *Ibid.*, p. 79. M Lerebours-Pigeonnière « avait le premier suggéré l'intégration des standards internationaux de protection des droits de l'homme au sein de la réserve française de l'ordre public au sens du droit international privé. Il l'avait fait, non pas tellement par préséance de la hiérarchie des normes (encore mal assurée à l'époque) mais parce qu'il voyait un point de consensus international, des éléments de *jus gentium* ou autrement dit de droit naturel moderne, dominant les ordres juridiques nationaux et devant être par eux reçus et vivifiés », L. d'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, *op. cit.*, p. 166, n° 2.

<sup>1000</sup> *Krombach v. Bamberski*, 2000, case C-7/98, ECR I-1935

<sup>1001</sup> Voir F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional privado - Parte General*, OUP, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, quinta edición, 2013, spéc. p. 187-189 ; N. González Martín et S. Rodríguez Jiménez, *Derecho internacional privado - Parte general*, UNAM, Nostra Ed., 2010, spéc. p. 163-166 et L. Pereznieta Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, séptima edición, Colección textos jurídicos universitarios, OUP, México, 1999, pp. 157-161.

<sup>1002</sup> M. Carbonell, « Derechos humanos en la Constitución mexicana », in *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Ferrer Mac-Gregor (coord.), vol. 1, UNAM-III, 2016.

<sup>1003</sup> Voir *infra* § 645 et s.

« droits de l’homme et leur sauvegarde ». L’auteur affirme que le terme « droits de l’homme » possède un caractère substantiel tandis que la notion de *garantías* (que nous identifions à la notion de sauvegarde) possède un caractère procédural, dans le sens où la sauvegarde concerne les instruments de protection des droits et ne doit pas être confondue avec les droits mêmes<sup>1004</sup>. En outre, la Constitution mexicaine pose le principe d’égalité face aux droits fondamentaux dans son article 1<sup>er</sup>, qui a été interprété comme un octroi universel<sup>1005</sup>.

Il est possible de se demander si la Constitution mexicaine pose une condition territoriale pour la protection des droits fondamentaux dans son article 1<sup>er</sup>, lorsqu’elle affirme, entre autres, que « aux États-Unis du Mexique, toute personne jouit des droits fondamentaux reconnus par cette Constitution ainsi que dans les traités internationaux dont l’État mexicain fait part »<sup>1006</sup>. De cette universalité, le système juridique mexicain semble avoir tiré la conclusion d’une application immédiate des droits fondamentaux, intention justifiée et compréhensible. Cependant, on se demande si une telle immédiateté des droits fondamentaux se justifie également dans des situations privées à cheval entre le système mexicain et un système étranger. L’interrogation nous semble pertinente dès lors que l’effet horizontal des droits fondamentaux est admis, nous reviendrons sur ce point<sup>1007</sup>.

**367. Droits fondamentaux et mécanisme de lois de police.** Dans le prolongement des développements précédents, la question se pose de savoir si à l’instar de leur influence sur le mécanisme d’exception, les droits fondamentaux sont susceptibles d’affiner le fonctionnement du mécanisme des lois de police. La doctrine a évoqué cette possibilité<sup>1008</sup> mais une telle hypothèse n’emporte pas notre entière conviction, le risque étant de revenir sur la confusion entre la protection des valeurs et des objectifs.

<sup>1004</sup> M. Carbonell, *Derechos humanos en la Constitución mexicana*, op. cit., p. 23. En ce sens Luigi Ferrajoli affirme qu’une *garantía* est la technique normative de tutelle d’un droit subjectif, v. L. Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 2<sup>ème</sup> éd., Madrid, Trotta, 2010, pp. 60 et ss.

<sup>1005</sup> M. Carbonell, *Derechos humanos en la Constitución mexicana*, op. cit., p. 24 : « *El primer párrafo del artículo 1o. constitucional contiene el principio de igualdad de todos los seres humanos con respecto a los derechos humanos que la misma Constitución y los tratados internacionales reconocen, así como respecto a las garantías mediante las que se protegen dichos derechos. En este sentido, la Constitución otorga de forma universal los derechos contenidos en su texto, los cuales no podrán ser restringidos ni suspendidos, salvo en los casos expresamente previstos en las disposiciones constitucionales* ».

<sup>1006</sup> Traduction libre. L’article 1<sup>er</sup> de la Constitution mexicaine dispose « *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece* ».

<sup>1007</sup> Voir *infra* § 521 et s.

<sup>1008</sup> « Les droits fondamentaux s’appliquent parfois immédiatement, telles des lois de police », J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », op. cit., p. 295-310, spéc. p. 306, n° 25 à l’égard de l’arrêt CA Paris, 14 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1995. 308, n. Y. Lequette.



**368.** À ce jour, les droits fondamentaux sont considérés, en droit positif français et mexicain comme partie intégrante de l'ensemble de valeurs protégées par le mécanisme d'exception, ou à tout le moins, comme nourrissant cet ordre public<sup>1009</sup>. Ainsi, en tant que *contenu*, les droits fondamentaux ont exercé une influence sur les mécanismes liés à l'ordre public, particulièrement le mécanisme d'exception. Cependant cette consolidation du contenu demeura cantonnée au fonctionnement normal du mécanisme, c'est-à-dire dès lors que la loi étrangère déclarée comme applicable par la règle de conflit était évincée car estimée contraire à certains valeurs/droits<sup>1010</sup> reconnus par le for. Pour ce qui concerne le domaine du droit des contrats c'est moins les droits fondamentaux de fond que les droits fondamentaux de procédure qu'auront une influence importante.

**369. Transition.** S'il est difficile de nier que les droits fondamentaux peuvent servir comme moyen de communication entre les divers systèmes juridiques et faciliter les influences réciproques<sup>1011</sup>, il est nécessaire de rappeler que leur influence a été l'objet de critiques en droit international privé.

## **§2. Les critiques de l'influence des droits fondamentaux en droit international privé**

**370.** La déferlante des droits fondamentaux a fait l'objet de critiques diverses<sup>1012</sup>. Actuellement, la rencontre entre ces derniers et le droit international privé prend principalement une tournure

---

<sup>1009</sup> « Il n'est un secret pour personne que les valeurs qui alimentent l'ordre public tel qu'à l'œuvre dans l'exception d'ordre public du droit international privé sont fortement influencées par les droits de l'homme, et que leur violation par la loi étrangère est de nature à tenir cette dernière en échec dans le cas en cause », P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme (fertilisation croisée du droit international privé et du droit privé interne) », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 1031 et s. *Adde*, sur les liens entre les droits de l'homme et l'ordre public, parmi une littérature abondante, P. Mayer, « La conv. européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP* 1991, 651 reproduit in *Choix d'articles de Pierre Mayer*, LGDJ 2015, 183, spéc. 190-191 ; P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *op. cit.* ; F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. n° 609-635.

<sup>1010</sup> Voir les exemples cités par L. d'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, *op. cit.*, p. 166, n° 3. En l'instance directe : « En constituent des exemples fameux le cas du transsexuel étranger résidant en France, invoquant son droit européen à la vie privée pour obtenir rectification de son état civil [Paris 14 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1995.308 note Lequette] ; ou bien (outre l'hypothèse des répudiations souvent traitées comme des jugements étrangers) le cas du droit patrimonial étranger discriminatoire, lorsque la liquidation d'un régime matrimonial ou d'une succession fait apparaître un avantage indu de l'homme sur la femme [Civ. 1<sup>re</sup> 24 février 1998, *Rev. crit. DIP* 1998.637 note Droz]. Enfin, de mêmes occurrences se laissent constater à l'issue du procès civil international, dans le cadre de l'instance dite indirecte de reconnaissance et d'exécution des jugements étrangers ».

<sup>1011</sup> L. d'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, *op. cit.*

<sup>1012</sup> Voir, par exemple, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 52, n° 52, « on trouve au titre des reproches : les derniers droits reconnus ne bénéficient pas d'une portée juridique bien identifiée, puisqu'il n'est

conflictuelle<sup>1013</sup>. Cependant, l'influence des droits fondamentaux en droit international privé est susceptible de soulever quelques critiques parmi lesquelles nous rappellerons : la contrariété d'objectifs entre les droits fondamentaux et le droit international privé (A), la diversité de méthodes (B) et la possibilité d'un conflit entre droits fondamentaux (C).

### A. La contrariété d'objectifs entre les droits fondamentaux et le droit international privé

**371.** Au-delà de l'objectif général de la règle de droit, c'est-à-dire la fonction première de diriger les conduites humaines, chaque règle poursuit des objectifs plus spécifiques<sup>1014</sup>. La pratique démontre que ces objectifs peuvent se révéler parfois antagoniques selon les différentes branches du droit. La rencontre entre les droits fondamentaux et le droit international privé est l'un des cas dont une certaine opposition entre objectifs peut se présenter.

**372. Les objectifs du droit international privé.** Le droit international privé possède des objectifs<sup>1015</sup> variés mais, parmi eux, l'objectif de coordination non centralisée<sup>1016</sup> garde une place prépondérante. Le droit international privé, ayant pour fonction de régler les situations des individus nouant des relations dans un monde divisé par des frontières, est guidé par un objectif général de coordination<sup>1017</sup> qui cherche à concilier la pluralité d'ordres juridiques avec

---

pas possible d'exiger de l'État leur réalisation et qu'il n'y pas de véritable titulaire ; le règne de l'individualisme qu'il encourage occulte la fonction directrice du droit, les risques de conflits de valeurs augmentent à mesure du nombre de droits et libertés reconnus, l'équilibre ne pouvant être trouvé qu'au cas par cas ; enfin, en banalisant les droits fondamentaux, l'inflation risque d'entraîner leur dévaluation ».

<sup>1013</sup> Sur quoi on aimerait souligner que la critique ne vise pas le fond, c'est-à-dire, le développement des droits fondamentaux en soi. Nous ne nous rangeons pas dans les lignes des détracteurs des droits fondamentaux, loin s'en faut. Aucun jugement de valeur ne s'effectue à l'égard des droits fondamentaux et/ou leur pertinence mais nous considérons nécessaire de reconnaître l'état de lieux quant aux difficultés que ceux-ci soulèvent.

<sup>1014</sup> 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, p. 171, n° 158 : « La règle de droit poursuit toujours un objectif très général qui est l'organisation des rapports entre les hommes. Mais cet objectif général se combine avec, pour chaque règle de droit, des objectifs plus précis et souvent il s'agit de concilier des intérêts divergents, voire antagonistes ».

<sup>1015</sup> *Ibid.*, spéc. p. 299 et s. ; H. Yntema, « Les objectifs de droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1959.1.

<sup>1016</sup> « Tout d'abord, il s'agit d'un droit qui cherche à répartir les sphères juridiques : le juge du for est-il compétent ou non, la loi du for est-elle applicable ou faut-il appliquer une loi étrangère ? Sur ce plan, on recherche ce qu'il est convenu d'appeler la « justice conflictuelle » ; il faut trouver le juste équilibre dans la répartition des compétences judiciaires et législatives. Mais, pour autant, le droit international privé ne se désintéresse pas du résultat sur lequel débouche le mécanisme conflictuel ; il a aussi des préoccupations de « justice matérielle ». », H. Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses*, *op. cit.*, n° 158, p. 171. Également, L. d'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, *op. cit.*, p. 172, n° 8 : « Qu'elles ouvrent sur le champ juridictionnel ou législatif, les règles de droit international privé relatives à la *compétence* ont en propre de répondre à l'idée sus-exposée d'une coordination unilatérale et non centralisée. Lorsque leur énoncé ou leur pratique s'exprime en termes internationalement répartiteurs... la réalité est toujours celle d'un agencement opéré formellement au nom et pour le compte de l'État auteur des normes ».

<sup>1017</sup> Le but général du droit international privé est traité par les travaux de H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 14 et s., n° 4 et s., et les observations formulées par Ph. Francescakis, « Philosophie du droit et droit international privé », *Archives de philosophie du droit*, 1957, p. 205. Voir aussi, H. Batiffol, « Principes de droit international privé », *Recueil des cours*, 1959-II ; du même auteur, « Réflexion sur

la singularité des relations privées internationales. Comme réponse aux problèmes découlant de la mobilité des individus dans un contexte international, la tradition française a été « guidée par l'idée que l'homme est naturellement doué d'une certaine mobilité sociale qui lui permet de s'accomplir non seulement dans son propre pays mais encore à l'étranger »<sup>1018</sup> se traduisant ainsi en un environnement favorable au développement des relations privées internationales. La conséquence de cette tradition a été le façonnage des méthodes adaptées à un traitement approprié de ces relations<sup>1019</sup>. Néanmoins, cette volonté de recherche d'une harmonie internationale a toujours trouvé sa limite « dans la nécessité qu'éprouve chaque État d'assurer la défense de la société qu'il représente »<sup>1020</sup>. Le résultat de ce seuil est la mise au point d' « une série d'instruments 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 »<sup>1021</sup>, parmi eux, les mécanismes d'exception d'ordre public et les lois de police.

**373.** L'objectif prépondérant du droit international privé lui a valu d'être associé à une idée libérale<sup>1022</sup> qui a pour priorité le respect de la sécurité et de la prévisibilité. Selon la doctrine « l'objectif essentiel du droit international privé est la sécurité, et non la justice ; il doit fournir non la réglementation la plus juste ou la mieux adaptée, mais celle dont l'application en l'espèce est la plus conforme aux prévisions des parties »<sup>1023</sup>. Il est intéressant de noter que pendant une certaine période, les objectifs du droit international privé et ceux du droit des contrats se sont convenablement accommodés, car les deux poursuivaient la sécurité et la prévisibilité

---

la coordination des systèmes nationaux », in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LITEC, 1976, p. 199, spéc. p. 201 et s. ; H. -E. Yntema, « Les objectifs du droit international privé », *Recueil des cours*, 1959, p. 2. Développe également le sujet M. P. Mayer, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, t. 327 (2007).

<sup>1018</sup> Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 124, n° 221.

<sup>1019</sup> « Au lieu de soumettre systématiquement au droit français les relations privées internationales dont elles ont à connaître, les juridictions françaises font application de lois étrangères lorsque ces relations entretiennent avec un autre ordre juridique des liens particulièrement étroits et significatifs. Corrélativement, les décisions intervenues à l'étranger à propos de ces mêmes relations pourront éventuellement développer leurs effets en France. On cherche ainsi à éviter que les frontières ne soient à l'origine d'une véritable rupture dans le traitement des relations privées internationales », *Ibid.*, p. 124, n° 222.

<sup>1020</sup> *Ibid.*, p. 124, n° 223.

<sup>1021</sup> *Ibid.*, p. 125, n° 223, l'auteur affirme que : « En bref, le droit international privé est la résultante du délicat équilibre que chaque État cherche à établir entre la prise en compte de la spécificité et de la légitimité des relations privées internationales et la nécessaire défense de la cohésion de la société dont il a la charge ».

<sup>1022</sup> Sur le libéralisme des règles du droit international privé : H. Muir Watt, « Le principe d'autonomie entre libéralisme et néolibéralisme », in M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 77 et s. ; Ch. Kohler, « L'autonomie de la volonté en droit international privé, un principe universel entre libéralisme et étatisme », *Recueil des cours*, Vol. 359, 2012, p. 258-478 ; P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *op. cit.*, n° 111 et s.

<sup>1023</sup> Mayer et Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, Domat, Droit privé, 11<sup>e</sup> éd. 2014, n° 19.

juridiques<sup>1024</sup>. Néanmoins, les droits fondamentaux ont apporté leurs propres objectifs, lesquels peuvent se heurter aux deux premiers.

**374. Les objectifs des droits fondamentaux.** Les droits fondamentaux poursuivraient, au contraire du droit international privé, un objectif de coordination centralisée<sup>1025</sup> favorisé par l'idée de leur universalité. Comme le soulève Mme Fauvarque-Cosson : « érigés en catégorie juridique autonome aux contours incertains et aux effets radicaux, ces droits fondamentaux bouleversent les modes de raisonnements habituels en droit international privé, notamment parce qu'ils aspirent à l'universalité et poursuivent, eux aussi, l'harmonie substantielle »<sup>1026</sup>. En effet, les droits fondamentaux se veulent universels mais se heurtent à l'existence de la pluralité des systèmes juridiques et au phénomène du particularisme normatif. Ainsi, leur universalité a été disqualifiée, au moins dans une certaine mesure, car lors de leur application la pratique fait remonter des particularités locales<sup>1027</sup>. Il n'est nullement ignoré que malgré la consécration des droits fondamentaux dans des instruments supranationaux, et en principe placés au-delà dudit particularisme normatif, ils demeurent formulés *in abstracto* et risquent de retrouver le particularisme normatif dans l'application faite par le juge qui les interprète.

**375. Le point de convergence.** L'opposition d'objectifs trouve son paroxysme dans un point de convergence. Le droit international privé dans sa quête d'harmonie internationale a vu dans les droits fondamentaux l'élément permettant de l'atteindre<sup>1028</sup>. En effet, on aurait pu croire, à l'époque de Lerebours-Pigeonnière, à une convergence d'objectifs puisque le consensus se trouvait, au moins en grande partie, dans une vaste communauté de pays pour les droits

<sup>1024</sup> « 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 est convenu d'appeler la « justice » contractuelle, par opposition à la sécurité contractuelle, n'occupait qu'une place de second ordre », Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 538.

<sup>1025</sup> L. d'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, *op. cit.*, p. 171, n° 6.

<sup>1026</sup> B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *RID comp.*, Vol. 52 N°4, Octobre-décembre 2000, p. 797-818.

<sup>1027</sup> G. Medevielle, « La difficile question de l'universalité des droits de l'homme », *Transversalités*, vol. 107, no. 3, 2008, pp. 69-9 ; « soixante ans après la proclamation et la ratification de la Déclaration des Droits de l'Homme par l'ONU, la violation de ces droits est finalement beaucoup plus universelle que leur reconnaissance... Car le soupçon et le doute sur la pérennité et l'universalité de ces droits se sont insinués dans les esprits. Même si ce corps de propositions a fait l'objet d'une large adhésion des États membres de l'ONU et s'il a été entériné par des législations positives, il n'est pas rare d'entendre reprocher aux droits de l'homme leur particularité régionale, historique et occidentale ».

<sup>1028</sup> Comme le rappelle M. d'Avout en parlant de Lerebours-Pigeonnière et sa proposition d'intégrer des standards internationaux de protection des droits de l'homme au sein de la réserve française de l'ordre public : « Il l'avait fait, non pas tellement par prescience de la hiérarchie des normes (encore mal assurée à l'époque), mais parce qu'il y voyait un point de consensus international, des éléments de *jus gentium* ou autrement dit de droit naturel moderne, dominant les ordres juridiques nationaux et devant être par eux reçus et vivifiés », L. d'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, *op. cit.*, p. 166, n° 2.

fondamentaux de première et deuxième génération (droit à la vie, prohibition de l'esclavage, liberté d'association, entre autres). Néanmoins, au fur et à mesure que les droits fondamentaux se multipliaient, la convergence fut de plus en plus difficile à atteindre<sup>1029</sup> et la coordination des ordres juridiques se voyait remplacée par un phénomène de cloisonnement. À cet égard, il est intéressant de noter que le droit international privé dans sa poursuite de coordination demeure conscient du particularisme des règles étatiques de coordination, tandis que la recherche de coordination des droits fondamentaux prend comme point de départ une universalité supposée.

**376.** Le constat de la contrariété d'objectifs a été fait par la doctrine ; Mme. Fauvarque-Cosson affirme, par exemple, que « l'essor des droits fondamentaux conduit, non seulement à préciser les méthodes du droit international privé, mais également à revoir ses objectifs, en particulier l'harmonie internationale des solutions »<sup>1030</sup>. Cependant il ne s'agit pas de la seule critique soulevée lors de la rencontre entre droit international privé et droits fondamentaux.

### B. La diversité des méthodes

**377.** Le droit international privé et les droits fondamentaux répondent à des méthodes foncièrement différentes<sup>1031</sup>. Le premier avec sa règle de conflit de lois<sup>1032</sup>, ayant la caractéristique d'être indirecte, neutre et bilatérale<sup>1033</sup>, vise à désigner les ordres juridiques auxquels la réglementation des relations privées doit être empruntée. La solution apportée par la règle de conflit de lois ne se prononce pas sur la supériorité de l'une des solutions permettant ainsi à cette discipline d'adopter un rôle de « charnière » entre les ordres juridiques<sup>1034</sup>. En

<sup>1029</sup> Comme nous l'avons constaté avec le cas du sexe boiteux par exemple (cas du transsexuel étranger résidant en France, invoquant son droit à la vie privée pour obtenir la rectification de son état civil). Ou les cas du droit à une vie privée qu'inclurait, pour certains systèmes juridiques, la possibilité de GPA mais serait refusé par d'autres.

<sup>1030</sup> B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 813, n° 23, l'auteur continue, « de nos jours, la règle de conflit traditionnelle, toujours déterminée d'après le siège du rapport de droit, s'applique quel que soit le pays où se trouve ce siège. Par conséquent, à mesure que se multiplient les échanges internationaux, éclatent les conflits de valeurs, voire de civilisations ».

<sup>1031</sup> Pour une analyse récente de la question du droit international privé à l'épreuve des droits fondamentaux, voir R. Legendre, *Droits fondamentaux et droit international privé, Réflexion en matière personnelle et familiale*, thèse, Paris II, Panthéon-Assas, décembre 2018.

<sup>1032</sup> Méthode qui n'est pas exclusive, compte tenu de l'existence des règles matérielles au sein de la discipline par exemple : le droit de la nationalité, droit de la condition des étrangers, les règles définissant la compétence internationale de juridictions.

<sup>1033</sup> « Lorsqu'on s'efforce de caractériser les règles de conflits de lois, on insiste sur deux traits. Ce sont des règles *indirectes* : ne résolvant pas directement la question de droit posée, elles se contentent de désigner l'ordre juridique auquel sera empruntée la solution. Ce sont des règles *neutres* : elles désignent la loi applicable en raison non de l'excellence ou de la simple supériorité de la solution qu'elle pose mais de l'étroitesse des liens que le rapport entretient avec un ordre juridique donné. Les lois en conflit sont tenues pour équivalentes sauf intervention de l'ordre public. » Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 127, n° 226.

<sup>1034</sup> L'expression est empruntée à M. L. D'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, *op. cit.*, p. 165, « Parfois dénommée « droit civil international » pour mieux marquer son ancrage dans le droit interne des États, cette science joue quotidiennement le rôle de charnière pratique entre les ordres

revanche, les droits fondamentaux servent comme référent à la régularité des normes de droit privé, ils constituent une prémisse non factuelle au raisonnement juridique doté d'une supériorité lors de l'argumentation. Ils se distinguent donc des normes de droit privé par leur mode d'intervention indirecte<sup>1035</sup>, en ce sens que les droits fondamentaux n'agissent pas de manière immédiate sur le rapport de droit privé.

**378.** On pourrait croire que des méthodes différentes sont difficilement susceptibles de rentrer en conflit. En effet, la diversité des méthodes ne se rencontre que lorsque la règle de droit international privé poursuit un objectif matériel<sup>1036</sup> ou lors du recours à l'exception d'ordre public, à l'occasion duquel le juge s'intéresse également au résultat substantiel d'application de la règle. Ainsi, d'une diversité de méthodes la situation se tourne en concurrence des règles substantielles visant à régir la même situation. Cependant, cette concurrence ne peut pas être résolue par un recours au principe *lex specialis derogat* puisque les solutions ne répondent pas au même aspect de la question juridique. Le recours à la hiérarchie des normes est également incertain puisque les règles n'appartiennent pas au même système. En ce sens, la doctrine observe que les angles d'observation des problèmes nés de la diversité des ordres juridiques différent<sup>1037</sup> et qu'un ensemble de circonstances se combinent pour contribuer à une possible confusion des méthodes. Au passage on notera, qu'au sein d'un même système, le contrôle de la compatibilité des règles matérielles avec les droits fondamentaux ne pose aucun problème méthodologique particulier<sup>1038</sup>.

---

juridiques. Le droit international privé a ses propres canons, notamment des méthodes de raisonnement, que les droits de l'homme et les systèmes juridictionnels institués pour leur protection, notamment à l'échelon supranational, pourraient venir remettre en cause ».

<sup>1035</sup> Comp. P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et DIP », *op. cit.*, p. 110, n° 76. En revanche, la question de l'intervention des droits fondamentaux dans les rapports de droit privé est souvent passé sous-silence par les publicistes, voir par ex. L. Hennebel et H. Tigroudja, *Traité de droit international des Droits de l'homme*, 2<sup>ème</sup> éd., Pédone, 2018.

<sup>1036</sup> « La distinction des règles matérielles et des règles de conflits de lois présente un intérêt certain au regard de la question de l'incidence des droits fondamentaux sur le droit international privé... » Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 127, n° 226. Cette observation est, bien évidemment, limitée à la règle de conflit de lois. L'influence des droits fondamentaux sur la règle de conflit de juridictions est amplement démontrée par les travaux de M. Kinsch (Droits de l'homme, droits fondamentaux et DIP, *op. cit.*, p. 37-109).

<sup>1037</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 170, n° 5 : « Le point de départ des difficultés réside dans l'angle d'observation des problèmes nés de la diversité des ordres juridiques. Le droit international privé, science étatique, regarde les choses « d'en bas ». Il régleme la situation privée, transfrontière, pour compte propre mais en espérant que la qualité de son intervention puisse engendrer des solutions véritablement internationales, c'est-à-dire acceptables par la communauté des États concernés. Les droits fondamentaux, tels qu'ils sont conçus et mis en œuvre dans les deux ordres européens (celui de l'Union européenne et celui du Conseil de l'Europe), opèrent « d'en haut ».

<sup>1038</sup> En ce sens Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 127, n° 227 et s. ; les règles matérielles étudiées relèvent de la nationalité, la condition des étrangers et les conflits de juridictions lesquels constituent, selon l'auteur, le domaine d'élection de la méthode dite des règles matérielles.



**379.** À l'origine, les instruments supranationaux consacrant les droits fondamentaux avaient pour objectif de modeler la pratique des États, avec pour fondement l'accord entre les Hautes parties contractantes. Cela supposait un compromis pour les faire respecter au sein de leur juridiction. L'enchevêtrement des méthodes n'est apparu que lorsque la compétence de tribunaux spécialement instituées à cet effet a été reconnue. Au sein de l'Union européenne par exemple, la doctrine constate que « niant les frontières, au moins internes, de l'espace qu'ils appréhendent, ces droits ont pour objet de modeler la pratique des États et, éventuellement, de discipliner d'autorité la concurrence des compétences au bénéfice de la personne privée »<sup>1039</sup>.

**380.** Le droit international privé serait guidé par deux directives<sup>1040</sup> : la première, celle de l'esprit d'ouverture favorable à l'application des lois étrangères ; la deuxième, celle de la défiance permettant la protection de l'ordre interne par recours à l'exception d'ordre public international. S'il est communément affirmé que « les droits fondamentaux constituent l'une des composantes qui contribuent à dessiner les contours de cette exception »<sup>1041</sup>, l'influence croissante des droits fondamentaux a amorcé une interaction plus intense entre les droits fondamentaux et le droit international privé conduisant à reposer les questions, particulièrement sur la possibilité d'élaborer un ordre public réellement international<sup>1042</sup>. L'un des arguments récurrents en faveur des droits fondamentaux est que ceux-ci faciliteraient la coordination des ordres juridiques, comme manifestation d'un *jus cogens* achevé<sup>1043</sup>. Toutefois un paradoxe se présente puisque ces idées sont susceptibles d'entrer en conflit : le mécanisme initialement prévu pour permettre la défense de la cohésion du système juridique interne se retrouve

<sup>1039</sup> L. d'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, *op. cit.*, p. 170, n° 5.

<sup>1040</sup> « Se proposant d'assurer un traitement approprié aux relations qui se développent simultanément dans plusieurs milieux nationaux, le droit international privé n'entend pas pour autant sacrifier à cette recherche la cohésion des sociétés étatiques concernées. D'où deux directives. La première inspirée par un esprit d'ouverture recommande l'application de lois étrangères, lorsqu'elles paraissent mieux à même de régir telle ou telle situation... L'autre inspirée par un esprit de défiance prévoit que ces lois ou ces décisions peuvent être écartées lorsque leur introduction dans l'ordre du for est de nature à conduire à un résultat qui heurte les valeurs de celui-ci. Il est alors fait usage de l'exception d'ordre public international. », Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 140, n° 241.

<sup>1041</sup> *Ibid.*

<sup>1042</sup> « Qui faciliterait l'accueil en France des normes étrangères et par là même assurerait une meilleure continuité de traitement aux relations privées internationales, sans pour autant remettre en cause la cohésion des sociétés nationales considérées », Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 126, n° 225.

<sup>1043</sup> « S'agissant de donner effet à des décisions étrangères, la primauté matérielle reconnue aux droits fondamentaux s'est traduite par l'idée que les conventions relatives aux droits fondamentaux constitueraient du *jus cogens*, c'est-à-dire des règles fondamentales d'origine coutumière que les États ne pourraient méconnaître ou modifier par leurs conventions. », Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 125, n° 224. Également, M.-L. Niboyet, « La mise en œuvre du droit international privé conventionnel », *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges R. Perrot*, Dalloz, 1995, p. 313 s. L'idée d'un *jus cogens* achevé est questionnée en doctrine, voir L. Gannagé, *La hiérarchie des sources et les méthodes du droit international privé*, thèse Paris II, éd. 2001, n° 355.

désamorcé dès lors qu'il se nourrit des valeurs universellement acceptées. On observe que plus qu'occasionnellement, le recours aux droits fondamentaux dans le contentieux civil international abouti « à un repli sur soi et correspondent pour le particulier à une sorte de refuge face à l'internationalité »<sup>1044</sup>. Sur ce point la doctrine observe que le problème principal est la contrariété des objectifs entre les disciplines et non l'incompatibilité entre la règle de conflit de lois et les droits fondamentaux<sup>1045</sup>.

**381.** Ainsi, la doctrine française s'interroge « si une conception aussi impérialiste des droits fondamentaux est compatible avec les nécessités de la vie internationale ? »<sup>1046</sup> ; la réponse semble partagée. Pour une partie de la doctrine il est certain qu'« ériger en valeur suprême s'imposant à tous, les droits fondamentaux, c'est risquer de creuser une discontinuité radicale entre les ordres juridiques alors qu'on se proposait par l'appel à des valeurs non nationales communes de favoriser le développement des relations privées internationales »<sup>1047</sup> et que « le danger est d'autant plus redoutable que les droits fondamentaux sont en passe d'envahir la quasi-totalité de la scène juridique »<sup>1048</sup>. Mais les réponses ne se réduisent pas au rejet car d'autres auteurs affirment que « ce constat du repli au nom des droits fondamentaux... n'est pas exclusif, en même temps, d'un emploi cosmopolite des droits fondamentaux favorable à un décloisonnement des ordres juridiques en droit privé »<sup>1049</sup>.

**382.** Il est également nécessaire d'observer que lorsque l'ordre public et les droits fondamentaux s'entrecroisent, la confusion foisonne au point de ne plus savoir quelle notion

<sup>1044</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 169, n° 3 : « Invoquer un droit fondamental, pour éviter d'être assujéti à l'intervention préjudiciable d'un ordre juridique étranger, s'analyse en une requête de protection civile adressée à la juridiction locale ».

<sup>1045</sup> « Selon une opinion longtemps majoritaire, aucun contrôle de la compatibilité des règles de conflits de lois avec les droits fondamentaux ne pourrait être opéré car, du fait de leur neutralité, elles ne pourraient violer l'« essence » de ces droits. Les droits fondamentaux, à contenu matériel, et les règles de conflits de lois, sans teneur matérielle propre, « n'évolueraient pas dans les mêmes sphères, elles seraient incommensurables », Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 133, n° 233.

<sup>1046</sup> Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 144, n° 247. L'auteur fait référence à la décision rendue par la Cour de Paris en matière de transsexualisme comme étant particulièrement symptomatique, cet exemple montrant « le danger qu'il peut y avoir à accorder aux droits fondamentaux une compétence exorbitante ».

<sup>1047</sup> Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 144, n° 248.

<sup>1048</sup> Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 144, n° 248. La critique développée soutient aussi que l'impérialisme des droits fondamentaux au plan international « est de nature à réduire comme une « peau de chagrin », l'espace traditionnellement abandonné au jeu des conflits de lois. Tout étant potentiellement droits de l'homme et ceux-ci s'appliquant directement aux étrangers établis en France, les lois étrangères n'auraient plus lieu de jouer que de manière résiduelle dans les interstices non encore envahis par les juges européens. Les fruits d'un tel système pourraient bien être amers puisqu'ils conduisent à la ruine de l'effort que le droit international privé poursuit depuis plusieurs siècles pour assurer une plus grande continuité à la vie juridique des sujets de droit ».

<sup>1049</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 169, n° 3, l'auteur rappelle la thèse de F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant 2007.

préempte. Pour certains auteurs, par exemple, l'ordre public est déduit des droits fondamentaux<sup>1050</sup> et ces derniers aident à harmoniser l'utilisation de la première. Sur ce point nous ferons une double observation : premièrement, limiter la notion d'ordre public aux droits fondamentaux nous semble inexact car le double versant, celui de l'organisation politique, économique et sociale ne serait pas pris en considération. Opérer un raisonnement du type, ordre public égale droits fondamentaux, déplace le centre de gravité de la notion d'ordre public de la protection de la collectivité à la protection de l'individualité. Un tempérament doit être effectué : rappelons que le développement des droits fondamentaux s'est fait par paliers, ces prérogatives n'ont pas toutes été reconnues au même temps mais de manière graduelle. La doctrine s'accorde sur trois étapes principales : les droits civils et politiques, les droits civils et sociaux et les droits de solidarité<sup>1051</sup>. Les droits fondamentaux les plus récents appartenant à la troisième génération<sup>1052</sup> bien qu'identifiés comme droits de solidarité, ont servi à protéger l'intérêt individuel contre les empiètements de l'intérêt commun.

Deuxièmement : l'harmonisation de l'ordre public bien qu'idéale, n'est possible qu'à condition de partager les mêmes référents. Deux États en souscrivant à une convention de protection des droits de l'homme peuvent, par exemple, reconnaître le droit fondamental à la vie. Mais lorsqu'il s'agit d'interpréter ce droit les incidences sur l'ordre public risquent de différer d'un État à l'autre<sup>1053</sup>, car rentrent en compte dans l'équation<sup>1053</sup> un ensemble de données plus vastes que l'expression d'un droit apprécié *in abstracto*.

---

<sup>1050</sup> En ce sens C. Fresnedo de Aguirre, « *Public Policy : Common Principles in the American States* », *op. cit.*, n° 1 : « *Moreover, the content of public policy is inferred from human rights Conventions, like the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights, which helps to harmonize the use of public policy* ».

<sup>1051</sup> P. Deumier, Introduction générale au droit, *op. cit.*, p. 279, n° 318.

<sup>1052</sup> P. Deumier, Introduction générale au droit, *op. cit.*, p. 51, n° 52, « Les droits de l'homme déclarés en 1789 consistent essentiellement en des *libertés classiques* : il s'agit de possibilités d'agir généralement accordées à un sujet et garanties par l'État, tenu d'un devoir d'abstention en ces matières (ex. la liberté de religion ou d'aller et venir). En 1946, le Préambule de la Constitution de 1946 ajoutait aux premières proclamations celles de nouveaux droits, dits de deuxième génération, non plus civils et politiques mais *économiques et sociaux* (ex. le droit de grève ou le droit à la protection sociale). Il ne s'agit pas de droits-libertés ou de droits-abstention mais de droits-créances, selon lesquels l'individu se voit reconnaître un pouvoir d'exiger de l'État certaines prestations. La reconnaissance de cette possibilité va aboutir à une multiplication de revendications et, parfois, de reconnaissances, de « droits de » et de « droits à ». Enfin, aux droits civils et politiques (première génération), aux droits collectifs et sociaux (deuxième génération), s'ajoutent au niveau international les droits de *solidarité* (troisième génération), ainsi appelés en ce qu'ils consacrent plus les droits de l'humanité que ceux d'un individu (ex. droit à la paix, droit à un environnement sain) ». Pour une critique des « droits à », voir D. Cohen, « Le droit à... », in *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 393.

<sup>1053</sup> L'exemple du droit à la vie se voit doublé par des questions plus difficiles à résoudre, par ex., celle de savoir à partir de quand la vie doit-elle être protégée, est-il possible de disposer d'elle, le droit à la vie est-il accompagné d'un droit à la mort.

**383.** Les deux critiques présentées préalablement ont été identifiées par la doctrine, or il en est une plus subtilement évoquée qui vient compléter le raisonnement, il s'agit de la possibilité d'un conflit de droits fondamentaux.

### C. Le conflit de droits fondamentaux

**384.** Le sujet du conflit de droits fondamentaux est abordé dans les études introductives au droit pour caractériser les cas de conflits entre normes fondamentales<sup>1054</sup>, mais il demeure étranger au droit international privé. Dans l'ensemble des hypothèses de conflit entre normes fondamentales, il nous semble nécessaire d'en explorer une susceptible de se présenter dans cette branche. En effet, l'hypothèse avancée n'étant pas pour l'instant du droit positif, sa pertinence est fortement critiquable. Or, avec la déferlante des droits fondamentaux caractéristique de notre époque, la question se pose de savoir si la consécration d'un droit fondamental « à la continuité des situations » est envisageable. Si à une telle possibilité, l'on ajoute le phénomène de constitutionnalisation du droit privé, il est donc possible de se retrouver face à un conflit des droits fondamentaux au sein du droit international privé.

**385. Le droit à la continuité des situations comme un droit fondamental.** La possibilité a été identifiée par M. d'Avout qui observait qu'« au travers des garanties procédurales et substantielles issues des systèmes supranationaux, l'individu se verrait ainsi consentir *un droit à la continuité internationale des situations qui le concernent*, un droit à l'importation dans l'ordre juridique local du point de vue d'un ordre juridique tiers, l'institution importée fût-elle essentiellement illégale ou illicite du point de vue du for »<sup>1055</sup>. Tel est le sentiment que peuvent laisser certains arrêts en droit français<sup>1056</sup> qui vont à l'encontre de l'objectif de coordination non centralisée du droit international privé.

---

<sup>1054</sup> V. par exemple : P. Deumier, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, p. 294, n° 332, « Les plus souvent, les normes structurelles, qui organisent les institutions, n'entrent pas en conflit, faute de se rencontrer. Cependant, au rang plus haut de chaque système, se trouve également la protection des droits fondamentaux, garantis par la Constitution, la Conv. EDH et le droit de l'Union européenne. Si les protections accordées à ces différents endroits sont dans l'ensemble comparables, certains litiges les mettent en situation de concurrence, invoquant par exemple l'absence de compatibilité entre une norme ordinaire et deux normes fondamentales de sources différentes ».

<sup>1055</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 169, n° 3. Pour compléter l'analyse l'on pourrait observer la fréquence du choix de la loi comme cette recherche à la continuité de situations. Sur la fréquence d'un choix de loi v. L. Ravillon, « La recherche de la sécurité juridique : la stipulation quasi systématique d'une clause de choix de la loi applicable », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.) *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, LexisNexis, 2011, p. 67 et s.

<sup>1056</sup> Voir *supra* § 82 et s.

**386. La sécurité juridique élevée au rang constitutionnel.** D'autre part, force est de constater l'avancement du mouvement général de constitutionnalisation du droit privé<sup>1057</sup>, qui confère une suprématie dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle même à l'encontre des engagements internationaux<sup>1058</sup>. Dans ce mouvement on observe que la sécurité juridique a été érigée au rang de principe constitutionnel<sup>1059</sup> et qu'à ce sujet la doctrine signale que « ce nouveau droit subjectif à la sécurité juridique, d'une portée encore incertaine, sera difficile à garantir »<sup>1060</sup>.

**387.** Ainsi, en l'état actuel des choses, il n'est pas inenvisageable que dans un procès civil international un supposé droit fondamental à la continuité des situations se heurte au principe de sécurité juridique de rang constitutionnel créant ainsi un conflit de *fundamentalités* en droit international privé.

**388. L'absence de hiérarchie des droits fondamentaux.** En effet, l'inclusion des droits fondamentaux dans la logique juridique se voit affectée par un trait qui leur est très particulier. Les droits fondamentaux ne sont, en soi, qu'un ensemble de normes juridiques, générales et abstraites d'une application médiante. Ces prérogatives sont généralement consolidées par les constitutions des États et plus récemment par des instruments internationaux<sup>1061</sup> comme de principes recteurs ayant besoin d'interprétation par le juge. Bien que la supériorité hiérarchique des droits fondamentaux face à d'autres dispositions matérielles soit peu discutée, il en est différemment lorsqu'il s'agit d'établir une hiérarchie entre droits fondamentaux. Comme la doctrine l'observe « les droits fondamentaux sont difficilement accessibles à la hiérarchie puisqu'une telle présentation avouerait réaliser un classement entre des valeurs toutes égales en dignité »<sup>1062</sup>. Cette absence de hiérarchie qui vient s'ajouter au phénomène d'élargissement des droits fondamentaux renforce l'hypothèse du conflit de *fundamentalités*.

<sup>1057</sup> Voir N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997. Des analyses ont été conduites dans d'autres branches du droit privé par exemple, B. Bauduin, *La constitutionnalisation du droit du travail : étude d'une dynamique contemporaine*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017.

<sup>1058</sup> « Ainsi, l'incidence des textes d'origine internationale relatifs aux droits fondamentaux pourrait décroître à mesure que s'étendrait le domaine couvert par des dispositions de valeur constitutionnelles », B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 807.

<sup>1059</sup> Décis. N°99-421 DC du 16 déc. 1999, *JO* 22 déc. 1999, p. 19041.

<sup>1060</sup> B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 807.

<sup>1061</sup> Concernant le conflit entre droits fondamentaux il est intéressant de rappeler concernant le droit au respect de la vie familiale reconnu aux étrangers en France et « le risque d'ouvrir de larges brèches dans le contrôle traditionnellement exercé sur l'entrée et le séjour des étrangers... le Conseil constitutionnel a posé qu' « il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre la sauvegarde de l'ordre public qui constitue un objectif à valeur constitutionnelle et les exigences de liberté individuelle et du droit à une vie familiale normale »<sup>1061</sup> Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 129, n° 230 sur la décision du Conseil constitutionnel du 13 août 1993.

<sup>1062</sup> P. Deumier, Introduction générale au droit, *op. cit.*, p. 279, n° 318.

**389. La possible solution à un conflit de *fundamentalités*.** La situation est complexe puisque ni le droit français ni le droit mexicain n'établissent de hiérarchie entre les droits fondamentaux. La Constitution mexicaine par exemple, prévoit dans son article 1<sup>er</sup>, §1, le principe d'égalité entre droits fondamentaux<sup>1063</sup> et la hiérarchie constitutionnelle des traités internationaux. Sans aller plus loin dans cette vague hypothèse on rappellera que face à ce type de situation, le droit français utilise la méthode de la « balance des intérêts » pour résoudre les conflits de droits fondamentaux<sup>1064</sup>. Cette méthode consiste à procéder à une véritable balance entre les intérêts en présence afin « de donner la satisfaction la plus adéquate aux diverses aspirations rivales, dont la juste conciliation apparaît nécessaire pour réaliser la fin sociale de l'humanité »<sup>1065</sup>.

**390.** Nous avons pu constater l'affinement exercé par les droits fondamentaux sur les mécanismes porteurs d'ordre public en droit international privé, en particulier sur le mécanisme d'exception d'ordre public. De la même manière nous avons abordé les critiques faites à cet affinement qui démontrent par ailleurs que les effets de cette influence ne sont pas épuisés. Pour le système juridique français, ce ne sont pas tant les droits fondamentaux qui pourraient remettre en cause les méthodes de raisonnement de droit international privé, mais les méthodes attribuées à ceux-ci<sup>1066</sup> et ce notamment par la méthode de la hiérarchie des normes<sup>1067</sup>.

---

<sup>1063</sup> M. Carbonell, *Derechos humanos en la Constitución mexicana*, *op. cit.* ; l'auteur analyse l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution mexicaine et le résultat des réformes du 14 août 2011 et du 10 juin 2011 ; à partir de la dernière réforme, l'intitulé du Chapitre 1<sup>er</sup> au Titre 1<sup>er</sup> de la Constitution a changé des « *garantías individuales* » pour « *de los derechos humanos y sus garantías* » lequel, dans sa traduction libre, pourrait être considéré comme « des droits de l'homme et leur sauvegarde ». L'auteur observe que le terme « droits de l'homme » est plus moderne que celui de *garantías individuales*, mais que le plus pertinent aurait été d'adopter la dénomination de « droits fondamentaux », afin de garder et mettre en évidence la différence existante entre droits de l'homme et droits fondamentaux.

<sup>1064</sup> V. Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, n° 00-20.289, *Bull. Civ. I*, n° 172 ; *D.* 2004. p. 1633 ; obs. C. Caron ; *RTD civ.* 2003. 680, obs. J. Hauser. « En l'espèce, le représentant légal des enfants, dont la disparition mystérieuse du père avait fait l'objet d'une œuvre de fiction littéraire, avait obtenu l'interdiction de la publication en se fondant sur l'atteinte à la vie privée. L'organe de presse condamné avait alors crié à la censure et se fondait sur l'art. 10 Conv. EDH pour protester contre cette sanction. La Cour de cassation, dans la présente espèce, rejette le pourvoi en constatant que la liberté d'expression a une « identique valeur normative » avec le droit au respect de la vie privée, droit fondamental consacré par l'art. 8 Conv. EDH. Face à ce combat de droits d'égale valeur dans la hiérarchie des normes, il convient que le juge recherche un « équilibre » en privilégiant « la solution la plus protectrice de l'intérêt le plus légitime ». Il en résulte que, en l'espèce, l'atteinte à la vie privée relevait, non pas des exigences de l'information, mais du « seul agrément des lecteurs ». Elle ne pouvait donc valablement se fonder sur la liberté d'expression. Il en résulte que la liberté d'expression ne réduira pas excessivement, les droits de la personnalité qui ne pourront pas davantage s'imposer de façon absolue au risque de provoquer des censures illégitimes. », *D.* 2004. p. 1633 ; obs. C. Caron.

<sup>1065</sup> F. Génay, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 1919, t. II, n° 173.

<sup>1066</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 159 : « Le droit international privé a ses propres canons, notamment des méthodes de raisonnement, que les droits de l'homme et les systèmes juridictionnels institués pour leur protection, notamment à l'échelon supranational, pourraient venir remettre en cause ».

<sup>1067</sup> Constat dressé par Mme L. Gannagé, en droit de la famille, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, thèse Paris II, LGDJ, 2001, préf. Y. Lequette et « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes... », *Rev. crit. DIP* 2001.1.



**391. Transition.** Cependant, les droits fondamentaux ne sont pas le seul élément d'affinement substantiel, l'ensemble des règles matérielles de protection de la partie faible dans les contrats internationaux s'avèrent également être un élément lié à la substance.

## *Section 2. La protection de la partie faible*

**392. Délimitation de la notion.** Dans son sens commun, la notion de « faiblesse » peut désigner à la fois un *état intrinsèque* ou bien une *position relative* tirée d'une comparaison<sup>1068</sup>. En effet, la dualité de la notion de faiblesse est protégée par les systèmes juridiques à l'interne<sup>1069</sup>, or le seul aspect de la faiblesse qui nous intéressera par la suite sera celle comprise comme « la rupture de l'égalité entre parties au contrat, une disparité de puissance des forces en présence au sein du rapport contractuel »<sup>1070</sup>.

**393. La partie faible en droit international privé.** La notion de partie faible est particulièrement importante en droit international privé des contrats<sup>1071</sup> compte tenu du principe d'autonomie. La doctrine a observé que le principe d'autonomie de la volonté « peut être une

---

<sup>1068</sup> F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruyland, Bruxelles, 1995, n° 1, l'auteur affirme : « La faiblesse n'est pas une notion univoque et s'avère d'un maniement délicat. Désignant l'état de ce qui est faible, la faiblesse tout d'abord prise en elle-même, s'attache à dépendre des réalités aussi diverses que la manque de vigueur, de force physique ou morale, ou bien encore intellectuelle, de savoir. Mais cette notion ne se borne pas à exprimer l'état d'une personne que celle-ci posséderait de manière en quelque sorte intrinsèque, sans référence à un modèle immédiat et déterminé de comparaison. La faiblesse, en effet, peut également caractériser l'état d'un individu par comparaison à celui d'un autre individu avec lequel le premier se trouve être en relation. Appréhendée de la sorte, la notion de faiblesse se trouve empreinte d'une relativité certaine, puisqu'étroitement tributaire des termes de la comparaison envisagée ».

<sup>1069</sup> F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 2. Selon l'auteur ce dualisme de la notion de faiblesse serait protégé par la matière contractuelle en droit français. La faiblesse intrinsèque étant protégée par l'ancien article 1108 du Code civil (1128 nouveau) lorsque celui-ci exige la capacité de contracter parmi les conditions essentielles de validité du contrat, ainsi le Code « entend protéger l'incapable contre sa propre faiblesse résidant dans son manque de discernement ou dans l'altération de ses capacités mentales ou corporelles ». Néanmoins, concernant l'état de faiblesse tiré d'une comparaison avec son cocontractant, la notion « perd alors le degré de précision qui la caractérise dans l'exemple de l'incapacité pour revêtir une contingence qui la rend fuyante et donc difficilement palpable ». Avec l'avènement de la réforme en droit français de contrats, la protection de la partie faible semble se consolider, ou s'étendre à tout le moins, par l'adoption de la distinction entre contrat de gré à gré et contrat d'adhésion. Par ailleurs, on retrouve l'exemple de protection de la faiblesse intrinsèque dans le système juridique mexicain dans le Code civil fédéral, héritier du Code civil de 1804, qui prévoit également un dispositif de protection pour les incapables à son article 1798.

<sup>1070</sup> F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, *op. cit.*, n° 2.

<sup>1071</sup> « Le souci contemporain de protection de la partie faible (qu'elle soit un salarié, un locataire, un assuré, un consommateur...) s'exprime dans des règles, que la partie forte ne doit pas pouvoir librement évincer. Le principe d'autonomie, s'il n'était pas limité, permettrait à la partie forte d'imposer à son cocontractant le choix d'une loi particulièrement peu protectrice ; le risque est d'autant plus fort que le droit positif valide le choix d'une loi quelconque, même n'ayant aucun lien avec le contrat », P. Mayer, « Lois de police », *Répertoire de droit international*, Dalloz, 1998, § 19.

arme pour la partie la plus puissante lorsque le rapport des forces est nettement déséquilibré : elle peut alors imposer la désignation d'une loi très favorable à ses intérêts »<sup>1072</sup>. Ainsi, la particularité de la faiblesse d'une partie dans un contrat international concerne bien une position relative tirée d'une comparaison entre les forces de négociation des cocontractants. Cependant un élément est spécifique au raisonnement international privatiste, à savoir la possibilité de favoriser le déséquilibre par le biais du critère de rattachement subjectif. Ainsi, en termes de justice conflictuelle il est possible d'affirmer que le déséquilibre risque de se présenter lorsque la faculté de choix par les parties favorise le contractant en position de force. Ce risque a été perçu par le juge et par le législateur qui ont su adapter les mécanismes à leur disposition pour assurer une protection de la partie faible. L'affinement effectué par la notion de partie faible sur les mécanismes liés à l'ordre public est complexe et mérite que l'on s'y intéresse.

**394. Absence de définition propre au droit international privé.** La notion de partie faible ne reçoit pas de définition précise ni dans le règlement Rome I, ni dans la Convention de Mexico ; ou d'ailleurs dans un instrument international relatif aux contrats internationaux quelconque. En droit interne, il est possible de constater d'une part que le système juridique français n'envisage pas la notion dans le Code civil<sup>1073</sup> ; et d'autre part que la notion est inconnue du système juridique mexicain.

Naguère, malgré l'absence de définition, la notion de partie faible dans un rapport contractuel était communément associée au salarié et au consommateur, mais l'évolution du droit positif a étendu la qualification à l'assuré, le sous-traitant, l'agent commercial et le franchisé<sup>1074</sup>. Ainsi, la définition retenue permettra de traiter sous le même terme les parties faibles effectivement protégées mais aussi celles susceptibles de l'être.

**395.** À l'observation de la diversité du contenu de la notion de partie faible s'ajoute celle du constat de son régime. L'identification de l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public par

<sup>1072</sup> Or, le risque de déséquilibre n'est pas exclusif au critère subjectif car, comme MM. Mayer et Heuzé l'observent, la « règle subsidiaire au principe d'autonomie, qui rend applicable la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique est avantageuse pour les fournisseurs de biens et de services, qui peuvent toujours se fier au droit qui leur est le plus familier, tandis que le risque ou l'incertitude juridique, et les frais éventuellement nécessaires à sa dissipation, sont systématiquement mis à la charge de leur cocontractants », Mayer et Heuzé, n° 767, p. 540.

<sup>1073</sup> Sur les difficultés de définition de la notion, V. M. Fontaine, « Rapport de synthèse », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels. Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 616 s. Toutefois, on observe parmi les objectifs affichés dans le Rapport au Président de la République, relatif à l'ordonnance no 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : « Il est donc apparu nécessaire, conformément au vœu émis non seulement par la doctrine, mais également par de nombreux praticiens du droit, non pas de refondre totalement le droit des contrats et des obligations, mais de le moderniser, pour faciliter son accessibilité et sa lisibilité, tout en conservant l'esprit du code civil, à la fois favorable à un consensualisme propice aux échanges économiques et protecteur des plus faibles ».

<sup>1074</sup> La liste ne saurait être exhaustive car d'autres hypothèses sont envisageables, voir par ex. O. Boskovic, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.* 2008, 2175.

un élément endogène substantiel identifié sous la dénomination de protection de la partie faible n'est pas aisée, et ce pour une raison : le morcellement de son régime, qui s'explique, au moins en partie, par l'existence de procédés différents permettant d'assurer la protection de la partie faible. Ainsi, on constatera que depuis ces premières manifestations, la protection de la partie faible en droit international privé a affiné les mécanismes liés à l'ordre public grâce à deux procédés, elle est assurée à la fois par : la limitation de la règle générale d'autonomie (§1) mais également par un phénomène d'addition au contenu de l'ordre public (§2)<sup>1075</sup>.

### § 1. La protection de la partie faible par soustraction à la loi d'autonomie

**396.** La protection qui intéresse le droit international privé est principalement celle de la justice conflictuelle qui peut se réaliser par différents moyens d'un même schéma conflictuel. En droit français, à l'occasion du règlement Rome I par exemple, la doctrine observe que le « schéma conflictuel » prévu par les rédacteurs du règlement est articulé en trois temps<sup>1076</sup> : dans un premier temps, le schéma de base est constitué par la règle générale du principe d'autonomie ; puis, lors d'une deuxième étape la règle générale est écartée pour certains contrats « soumis par le règlement à un régime conflictuel dérogatoire en raison de leur spécificité »<sup>1077</sup>. Finalement, ces deux corps de règles se complètent par « d'autres mécanismes réglementaires susceptibles d'en altérer les solutions »<sup>1078</sup>. Il n'est pas interdit de penser que l'hypothèse selon laquelle la protection des parties faibles s'effectue par deux procédés, c'est-à-dire par la mise en œuvre d'un critère dérogatoire et par l'addition au contenu de l'ordre public, peut s'aligner à l'observation précédente. Cela devient possible en suivant la proposition selon laquelle une protection permanente a mérité la cristallisation<sup>1079</sup> en une règle de rattachement spéciale (deuxième étape) mais face à l'hésitation, la méthode ponctuelle lui est préférée et menée par l'addition du contenu de l'ordre public (ce qui correspondrait aux mécanismes réglementaires, notamment au mécanisme de lois de police).

**397.** Dans cette veine, il est possible d'observer qu'à ce stade, la Convention de Mexico ne prévoit pas de règles spéciales permettant la protection de la partie faible dans les rapports

<sup>1075</sup> On rajoutera que la différence de protection s'explique par le phénomène de cristallisation des lois de police précédemment développé, voir *supra* §311-319.

<sup>1076</sup> Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 574 et s., p. 551.

<sup>1077</sup> Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 574, p. 551.

<sup>1078</sup> *Ibid.*

<sup>1079</sup> Pour la description du phénomène de cristallisation des lois de police voir *supra* §311-319.

contractuels<sup>1080</sup>. En effet, comme instrument supranational la Convention interaméricaine est faiblement développée mais il demeure intéressant de noter que la Commission Interaméricaine de Droit International Privé a opté pour un procédé différent, celui de la négociation d'une convention régionale à part entière<sup>1081</sup>. En appliquant la grille de lecture avancée par la doctrine à l'occasion du règlement européen, il serait possible d'affirmer que dans son schéma conflictuel la Convention de Mexico prévoit seulement deux étapes<sup>1082</sup> : la règle générale et les mécanismes susceptibles d'altérer la solution de la règle générale.

**398.** Or, l'hypothèse de la protection de la partie faible par soustraction à la règle de conflit générale reste valable dans le cadre du droit mexicain comme nous essayerons de le démontrer par la suite. À la différence du droit français, le droit mexicain effectue une soustraction à la règle d'autonomie et applique la loi du for. On observera que ce procédé ne correspond pas non plus à celui du mécanisme des lois de police mais se rapproche plutôt d'un territorialisme des lois en la matière.

**399.** Malgré l'absence de définition, le règlement Rome I prend acte du besoin de sauvegarde<sup>1083</sup> et octroie une protection nominative, et en ce sens, la limite au cas précis du salarié, de l'assuré et du consommateur<sup>1084</sup>. Ces catégories nous serviront de guide pour analyser la protection de la partie faible par la limitation de la loi d'autonomie. Une telle tutelle est possible grâce au développement d'un rattachement objectif dérogatoire<sup>1085</sup> ; parmi les

<sup>1080</sup> La doctrine mexicaine n'ayant pas pris acte de l'intérêt de la notion non plus, par ex. L. Pereznieta Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, 7ème éd., OUP, México, 1999; F. Contreras Vaca, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, OUP, México, 5ème éd., 2013.

<sup>1081</sup> La préoccupation pour la protection des parties faibles gagne du terrain à l'échelle internationale. Témoignent de cet intérêt les efforts menés pour élaborer des conventions internationales par ex. en matière de protection des consommateurs. La plus récente assemblée générale de l'Organisation d'États Américains, par sa résolution AG/RES 2065 (XXXV-0/05) a retenu comme sujets de travail la protection du consommateur et les garanties mobilières. Cette assemblée a été tenue à Washington D.C. en 2009 (CIDIP-VII). Il est notable que le résultat de cette assemblée a permis de formuler un règlement modèle pour les garanties mobilières mais n'a pas eu le même succès au sujet de la protection du consommateur. Le Conseil permanent de l'OAS à travers de sa Commission d'affaires politiques et juridiques a lancé un appel aux États Américains (OEA/Ser.G CP/CAJP/INF. 151/11 du 29 novembre 2011) en vue d'une possible huitième conférence. Pour une étude d'ensemble, en analysant les travaux du Comité du droit international au sein de l'Organisation des États Américains voir D. P. Fernández Arroyo et J.A. Moreno Rodríguez, *Protección de los consumidores en América*, CEDEP, 2007.

<sup>1082</sup> D'autres observations méritent d'affiner cette hypothèse puisque la Convention de Mexico omet également la clause d'exception.

<sup>1083</sup> On revient à la divergence d'objectifs en droit international privé. Concernant le Règlement Rome I, l'objectif de protection est clairement affiché dès son préambule. « Considérant n° 23 : S'agissant des contrats conclus avec des parties considérées comme plus faibles, celles-ci devraient être protégées par des règles de conflit de lois plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales ».

<sup>1084</sup> V. O. Boskovic, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.* 2008, 2175.

<sup>1085</sup> « Formellement, le Règlement répartit les règles de rattachement objectif qu'il consacre en deux catégories. À l'article 4 figurent celles qui, à défaut de choix des parties, gouvernent normalement tous les contrats. Il s'agit de règles de conflit ordinaires, applicables par principe, quoique subsidiairement au principe d'autonomie (§ 1). En revanche, les règles qui résultent des articles 5, 6, 7 et 8, et qui ne concernent que des contrats particuliers, jouent même en présence d'un choix des parties, parce qu'elles visent précisément à fixer des limites au principe d'autonomie dans un souci de protection pour certaines catégories de contrats (§ 2) », Mayer et Heuzé, n° 763, p.

différents régimes conflictuels dérogatoires institués par le règlement Rome I, nous nous intéresserons particulièrement aux cas du salarié (A), du consommateur (B) et de l'assuré<sup>1086</sup> (C).

### A. La protection du salarié

**400.** Comme nous l'avons signalé, la protection conflictuelle de la partie faible s'effectue de manière différente dans les systèmes français et mexicain. Si dans les deux cas l'hypothèse d'une limitation de la loi d'autonomie existe, la protection suit deux cheminements distincts. Ainsi il convient d'analyser la protection internationale du salarié en droit français (1) et ensuite à la protection internationale du salarié en droit mexicain (2).

#### 1. La protection internationale du salarié en droit français

**401. Le moyen de protection.** L'adoption d'une règle générale pour trancher les conflits de lois qui se présentent à l'occasion d'un contrat de travail fait courir des risques importants au salarié, « ces derniers se produiront chaque fois qu'afin d'obtenir l'emploi proposé le salarié aura accepté, sur la base d'un principe d'autonomie de droit commun très libéral, de renoncer à la protection que lui offre la loi objectivement compétente, en souscrivant une clause soumettant le contrat à la loi moins protectrice d'un autre État »<sup>1087</sup>. Ainsi, afin de contrer ce

---

536. « Seules trois catégories de contractants sont expressément protégées : les consommateurs, les salariés et les assurés. Le mécanisme instauré par les articles 6, 7 et 8 du règlement Rome I est connu : un choix de loi est permis, mais la loi choisie doit garantir un niveau de protection au moins équivalent à la loi qui aurait été compétente en l'absence d'un tel choix », Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 546.

<sup>1086</sup> D'autres régimes non traités se retrouvent pour les contrats de transport (article 5 du Règlement Rome I). Pour une analyse complète des régimes conflictuels dérogatoires v. Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 580-590, p. 564 et s. En effet, une règle de rattachement spéciale est destinée au contrat de transport dans le Règlement Rome I, cependant, il nous semble que cette règle échappe à la logique de protection d'une partie faible et est justifiée, entre autres, par le contexte particulier des contrats de transport de personnes et de marchandises. V. également Mayer et Heuzé, n° 768, p. 540.

<sup>1087</sup> Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 588, p. 574, les auteurs continuent : « c'est notamment pour soustraire le salarié à ce risque que l'article 8 met en place un régime spécial du conflit de lois concernant le contrat de travail ». V. également P. Lagarde, « Le contrat de travail dans les Convention européennes de droit international privé », in *Droit international et droit communautaire*, Actes Colloque Paris 5-6 avr. 1990, diff. J. Touzot 1991, p. 73 s. ; Coursier, *Les conflits de lois en matière de contrat de travail*, Paris, 1993 ; Y. Chagny, « La détermination de la loi applicable au contrat de travail par la chambre sociale de la Cour de cassation », *Trav. Com. fr. DIP* 2008-2010, Pedone 2011, 199 s. Il ne passera pas inaperçu que le droit social international est devenu une matière à part entière, la bibliographie à son égard est très développée. Sans prétendre à l'exhaustivité, voir par exemple, R. Bonnet, *La protection sociale des personnes à l'étranger*, 1991, Litec ; N. Catala et R. Bonnet, *Droit social européen*, 1991, Litec ; H. de Lary, *La libre circulation des personnes dans l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., 1996 ; G. Lyon-Caen, *Les relations de travail internationales*, 1991, éd. Liaisons. – G. et A. Lyon-Caen, *Droit social international et européen*, 8<sup>e</sup> éd., 1993, Dalloz. ; S. G. Nagel et C. Thalamy, *Le droit international de la sécurité sociale*, 1994, PUF ; X. Prétot, *Droit social européen*, 2<sup>e</sup> éd., 1993, PUF. ; P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd. 2014 ; S.

risque, le règlement Rome I prévoit dans son article 8 une règle de conflit dérogatoire<sup>1088</sup> pour le contrat de travail, laquelle retient comme facteur de rattachement objectif le lieu d’accomplissement habituel du travail<sup>1089</sup>.

**402. La nature de la protection.** La protection offerte par cette règle est celle d’une justice conflictuelle dans le sens où elle prévoit une règle de conflit, certes spéciale mais objective, permettant de désigner la loi applicable à défaut de choix. Cette règle « tente de trouver le rattachement idoine, et n’admet que de façon restrictive l’efficacité d’éventuelles dérogations volontaires à ce rattachement »<sup>1090</sup>. La protection se présente lorsque l’employeur demande au travailleur de souscrire à une loi moins protectrice, ainsi la clause prévue en ce sens jouerait un rôle réduit dans la détermination de la loi applicable car l’article 8 précise que le choix ne peut « avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection qui lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable ».

**403. A contrario,** la règle de conflit spéciale ainsi prévue n’empêche pas le salarié de profiter d’un régime plus avantageux lorsque le choix de la loi applicable au contrat, effectué en concert avec l’employeur, se fixe sur une loi autre que celle désignée par le critère objectif, puisqu’en

---

Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, PUF, 1<sup>ère</sup> éd., 2010. Également, I. García Rodríguez, *Aspectos internacionales de la seguridad social*, Madrid, 1991.

<sup>1088</sup> Règl. Rome I, art. 8 : « Contrats individuels de travail

1. Le contrat individuel de travail est régi par la loi choisie par les parties conformément à l’article 3. Ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection qui lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui, à défaut de choix, aurait été applicable selon les paragraphes 2, 3 et 4 du présent article.

2. A défaut de choix exercé par les parties, le contrat individuel de travail est régi par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail. Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n’est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays.

3. Si la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 2, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel est situé l’établissement qui a embauché le travailleur.

4. S’il résulte de l’ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 2 ou 3, la loi de ce autre pays s’applique ».

<sup>1089</sup> Article 8 § 2 du Règlement Rome I. Sous l’empire de la Convention de Rome, v. par ex., Soc. 8 févr. 2012, 10-28.537, *D.* 2012, actu., 560 ; 28 mars 2012, 11-12.778, *Rev. crit. DIP* 2012. 587, note S. Corneloup. « Ce rattachement, qui a l’avantage de préserver l’efficacité de la loi en vigueur dans le pays qui donne son environnement social au travail fourni en exécution du contrat, est assorti de quelques données complémentaires. D’abord, la situation du détachement temporaire du salarié dans un autre pays est prévue, et régie de telle sorte qu’elle n’influe pas sur la loi applicable au contrat. Ensuite si le travail n’est pas exécuté dans un seul pays, c’est à la loi du pays à partir duquel le travail est exécuté qui, subsidiairement, remporte le conflit de lois. Pour le cas où ni le rattachement principal, ni le rattachement subsidiaire ainsi organisés ne permettraient de déterminer la loi applicable, l’article 8 § 3 donne compétence à la loi en vigueur au lieu de l’établissement d’embauche. » Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 588, p. 575.

<sup>1090</sup> *Ibid.*



effet, l'article 8 § 1 autorise les parties à y insérer une clause de choix de la loi conformément à l'article 3 du même instrument<sup>1091</sup>.

## 2. La protection internationale du salarié en droit mexicain

**404.** Au Mexique l'objectif de protection internationale du salarié ne se traduit pas par des règles spéciales de rattachement<sup>1092</sup>. Comme nous l'avons relevé, la Convention de Mexico ne dispose pas d'une règle de rattachement dérogatoire pour les contrats de travail. Néanmoins, il est possible de croire à la possibilité d'une protection par soustraction à la règle d'autonomie qui s'effectuerait dans les termes suivants.

**405. Le moyen de protection.** Pour mieux comprendre la démarche logique dans le système juridique mexicain il est nécessaire d'observer que l'ancrage juridique de la législation du travail se trouve dans sa Constitution. En effet, la loi fédérale du travail<sup>1093</sup>, dispose en son article 1er que « cette loi est d'observance générale dans toute la République et régit les relations de travail comprises dans l'article 123, section A de la Constitution mexicaine »<sup>1094</sup>.

**406. La nature de la protection.** La nature de la protection en droit mexicain est difficile à cerner. D'une part, il est possible d'affirmer qu'il ne s'agit pas d'une protection conflictuelle puisqu'aucune règle de conflit dérogatoire n'est prévue à cet effet. D'autre part, il paraît sans doute excessif d'affirmer que la loi fédérale mexicaine du travail est territoriale mais à la lecture de son article 5 on retrouve une interdiction expresse de renoncer par une clause à la protection

---

<sup>1091</sup> Il est nécessaire de garder à l'esprit l'observation de la doctrine en ce sens que : « Il est malaisé d'apprécier le rôle exact joué par la loi choisie vis-à-vis du contrat de travail. L'article 8 §1 laisse entendre, selon les termes qu'il emploie, que la loi choisie par les parties « régit » le contrat. Pourtant son rôle n'est pas vraiment celui d'une loi *régissant* le contrat, puisqu'elle doit céder devant les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord et qui appartiennent à la loi objectivement compétente, en ce qu'elles organisent la protection du salarié. Comme en matière de contrat de consommation, la loi choisie est donc tenue en échec par l'organisation légale de la protection de la partie faible telle que cette organisation est instaurée par les dispositions autres que supplétives de la loi objectivement applicable. On retrouve ici l'idée que la loi choisie n'est que contractualisée, ou encore incorporée par les parties, sans remettre en cause la compétence de la loi désignée par la règle de conflit objective », Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, n° 590, p. 576.

<sup>1092</sup> Malheureusement le sujet de la protection internationale du travailleur n'a pas encore été traité par la doctrine mexicaine.

<sup>1093</sup> Aussi dénommée, loi réglementaire de l'article 123 constitutionnel, en sa version la plus récente elle a été publiée au *DOF* le 1<sup>er</sup> avril 1970. Dernière réforme publiée au *DOF* le 22 juin 2018.

<sup>1094</sup> « Artículo 1º.- *La presente Ley es de observancia general en toda la República y rige las relaciones de trabajo comprendidas en el artículo 123, Apartado A, de la Constitución* », Article 1<sup>er</sup>.- Cette loi est d'application générale dans toute la République et régit les relations de travail énoncées à l'article 123, A de la Constitution (traduction libre). Pour sa part, l'article 123 de la Constitution dispose que « toute personne a droit à un travail digne et socialement utile ; à cet effet la création d'emplois et l'organisation sociale du travail sont encouragées, conformément à la loi [...] »

Le Congrès de l'Union, sans contrevenir aux bases suivantes, doit approuver les lois sur le travail, qui régissent : A. La réglementation de tout contrat de travail qui relève du régime du travail des ouvriers, des employés, des travailleurs domestiques ainsi que de tous les autres individus subordonnés à un employeur. Les règles générales applicables à un tel régime sont les suivantes...» traduction par la Direction générale des relations publiques nationales et internationales de la *SCJN*, 3<sup>ème</sup> édition, 2010.

que les lois du travail mexicaines offrent<sup>1095</sup>. Selon l'énoncé de l'article, les dispositions de la loi fédérale du travail sont d'ordre public mais la jurisprudence n'a pas encore révélé s'il s'agit des règles d'ordre public international. À défaut, de ce maillon dans l'enchaînement du raisonnement on retrouve que la protection des lois mexicaines du travail est assurée également aux travailleurs étrangers sans égard de leur statut migratoire<sup>1096</sup>. Ainsi, si la protection est assurée à un travailleur étranger, elle doit l'être *a fortiori* pour le salarié mexicain même lors d'un contrat de travail international.

407. Des observations préalables, il résulte que malgré le flou de sa nature, la protection internationale du salarié en droit mexicain est assurée par le biais d'une soustraction à la loi d'autonomie. Par la suite, il convient d'analyser le cas de la protection du consommateur, très proche de celui du salarié.

### B. La protection du consommateur<sup>1097</sup>

408. A l'instar du contrat de travail la protection envisagée par certains systèmes juridiques pour la partie faible, analysée en la personne du consommateur, serait mise à mal par l'application de la règle d'autonomie puisque le critère de rattachement subjectif, n'étant pas limité territorialement, permettrait au professionnel d'insérer une clause de choix de loi qui lui serait la plus favorable<sup>1098</sup>. Il est intéressant de noter que pour le cas du contrat de

<sup>1095</sup>« Article 5. Les dispositions de la présente loi étant d'ordre public, ne produira pas d'effet juridique et n'empêchera pas la jouissance et l'exercice des droits, qu'elle soit écrite ou verbale, la stipulation établissant : XIII. La renonciation du travailleur à l'un des droits ou prérogatives consignés dans les lois du travail.

Dans tous ces cas, il est entendu que l'application de la loi ou les règles supplétives se substitue aux clauses nulles (traduction libre). « Artículo 5°. Las disposiciones de esta Ley son de orden público por lo que no producirá efecto legal, ni impedirá el goce y el ejercicio de los derechos, sea escrita o verbal, la estipulación que establezca : [...] XIII. Renuncia por parte del trabajador de cualquiera de los derechos o prerrogativas consignados en las normas de trabajo.

*En todos estos casos se entenderá que rigen la Ley o las normas supletorias en lugar de las cláusulas nulas. »*

<sup>1096</sup>« Travailleurs étrangers. Indépendamment de leur situation migratoire, ils jouissent des mêmes droits et de l'accès à la protection juridictionnelle que les travailleurs nationaux. « *Trabajadores extranjeros. Con independencia de su situación migratoria, tienen los mismos derechos laborales y de acceso a la tutela jurisdiccional que los trabajadores nacionales.* Tribunales Colegiados de Circuito, TA, III.1o.T.97, *Semanario Judicial de la Federación, Novena Época*, p. 2457, n°168532 ».

<sup>1097</sup> La question a suscité l'intérêt de la doctrine en droit international privé, voir par ex. M. Fallon, « Le droit des rapports internationaux de consommation », *JDI* 1984.765 ; E. Jayme, « Les contrats conclus par les consommateurs et la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Droit international et droit communautaire*, Actes Colloque Paris, 1990, p. 77 s. ; P. Lagarde, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », *Mélanges Ghestin*, 2001, p. 511 ; M.-S.-M. Mahmoud, « Loi d'autonomie et méthode de protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, 2005, t. 315 ; P. Deumier, « La protection des consommateurs dans les relations internationales », *RID comp.* 2010, 273.

<sup>1098</sup> En ce sens, Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 584, p. 567 : « D'autre part, l'autonomie des parties telle que la conçoit l'article 3, c'est-à-dire sans limite géographique, risquerait bien souvent d'aboutir à la compétence d'une loi aussi peu protectrice du consommateur que possible, du fait de l'insertion d'une clause de choix d'une telle loi, que ne manquerait pas d'opérer le

consommation l'hypothèse de faiblesse se voit redoublée par l'incidence d'un phénomène en force dans la pratique, les contrats d'adhésion. Les schémas de protection différenciés se retrouvent également pour le cas du consommateur, il convient donc d'analyser la protection internationale du consommateur en droit français (1) et ensuite à la protection internationale du consommateur en droit mexicain (2).

*1. La protection internationale du consommateur en droit français*

**409. La protection vis-à-vis du rattachement objectif.** En droit positif français, la protection du consommateur est mise à mal à défaut de choix par les parties car les rattachements objectifs prévus par l'article 4 du règlement Rome I conduisent souvent à l'application de la loi de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, autrement dit, celle du professionnel<sup>1099</sup>.

**410.** Bien qu'il soit possible qu'une loi applicable en vertu des articles 3 ou 4 du règlement prévoit un régime assez protecteur pour le consommateur, le problème réside dans le fait que « le consommateur n'est vraiment susceptible d'en tirer profit que si cette loi et les solutions qui en résultent pour son cas lui sont aisément accessibles »<sup>1100</sup>. Ne pouvant pas assurer un recours effectif à cette protection, les rédacteurs ont préféré fixer un critère de rattachement dérogatoire à l'article 6<sup>1101</sup> : celui de la résidence habituelle du consommateur.

---

professionnel, dans les contrats d'adhésion que le consommateur est invité par lui à souscrire, ou dans les conditions générales accompagnant les offres de contracter du professionnel ».

<sup>1099</sup> « Il est possible que cette loi se révèle assez protectrice du consommateur, voire plus que celle en vigueur au lieu de résidence du consommateur, mais il faut reconnaître que cette protection légale risque fort de demeurer lettre morte si le consommateur ne peut aisément en déterminer le contenu et en réclamer le bénéfice en connaissance de cause, ce qui sera pratiquement le cas chaque fois que le professionnel réside dans un autre pays que son client. », *Ibid.*

<sup>1100</sup> Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 584, p. 567, les auteurs continuent « ...c'est-à-dire, pratiquement à condition qu'il s'agisse de la loi en vigueur dans le pays de sa résidence habituelle, celui où il pourra le plus facilement se faire conseiller par des professionnels du droit ou par des associations de protection en cas de problème. Une telle solution suppose que soient donc intégralement écartés les rattachements subjectifs et objectifs du droit commun, et que leur soit substituée une compétence non supplétive au profit de la résidence habituelle du consommateur. Le droit international privé rajoute un niveau de protection, *au plan conflictuel*, à celui pris en charge par le droit interne compétent, *au plan matériel* ». Texte souligné par nos soins.

<sup>1101</sup> Règlement Rome I, article 6 § 1 « Contrats de consommation : 1. Sans préjudice des articles 5 et 7, un contrat conclu par une personne physique (ci-après « le consommateur »), pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne (ci-après « le professionnel »), agissant dans l'exercice de son activité professionnelle, est régi par la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle, à condition que le professionnel :

- a) exerce son activité professionnelle dans le pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, ou
- b) par tout moyen, dirige cette activité vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, et que le contrat rentre dans le cadre de cette activité ».

**411.** Le critère de rattachement dérogatoire s'accompagne de conditions assez restrictives<sup>1102</sup>, généralement dictées par la technique du groupement de points de contact<sup>1103</sup>. La doctrine observe que ces conditions concernent le rattachement objectif ou subjectif de la situation tandis que d'autres portent sur la nature du contrat<sup>1104</sup>. Concernant le rattachement objectif, les rédacteurs du règlement Rome I ont développé un système complexe permettant d'assurer une protection intrinsèque.

**412. La protection vis-à-vis du rattachement subjectif.** Le règlement Rome I prévoit à son article 6 §2 que le choix des parties portant sur la loi applicable « ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection qui 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 ». Ainsi, une mesure de protection contre les risques de l'autonomie reconnue par l'article 3 est mise en place. Toutefois, cette règle a été interprétée par la doctrine comme ne permettant qu'une incorporation matérielle : « En somme, le paragraphe 2 exige que la loi choisie respecte l'ordre public interne de la loi objectivement compétente, comme un contrat régi par cette loi. Dans cette analyse, l'article 6 §2 n'admet finalement que l'incorporation matérielle, dans le contrat de consommation, de la loi choisie »<sup>1105</sup>.

---

<sup>1102</sup> « C'est d'un tel résultat que se rapproche l'article 6 pour les contrats de consommation, sans toutefois lui donner toute la portée qui aurait pu être la sienne, car il l'assortit de conditions assez restrictives dont certaines concernent le rattachement objectif ou subjectif de la situation, tandis que d'autres portent sur la nature du contrat », *Ibid.*

<sup>1103</sup> « On peut faire le reproche au système de rattachement ainsi mis en place de manquer de cohérence, car la technique du groupement de points de contact correspond à une logique proximate dans laquelle c'est l'étroitesse des liens entre la situation et le pays qui justifie la compétence de la loi de ce dernier, tandis que la compétence de la loi de la résidence habituelle du consommateur prend appui sur une logique protectrice, cette loi protégeant mieux le consommateur en raison de sa meilleure accessibilité pour lui. Or le cantonnement de la protection du consommateur sur la base d'une logique de proximité est certainement justifié quand on envisage la protection de droit substantiel mise en place par la loi compétente : cette protection ne doit bénéficier qu'aux consommateurs impliqués dans des rapports en contact suffisamment étroit avec le pays qui l'offre. En revanche l'adhésion à une logique proximate nous semble contestable quand il s'agit de le protéger *par une règle de conflit contre une autre règle de conflit*. Réduire cette protection à des cas limités par des considérations de proximité, ce n'est en effet pas laisser la loi d'un autre État en contact plus étroits avec la situation la prendre en charge selon ses critères ; c'est renoncer à la protection mise en place par la règle de conflit du for pour laisser s'appliquer une autre règle de conflit du for qui, elle, n'est pas protectrice. » Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 584, p. 568.

<sup>1104</sup> Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé, op. cit.*, n° 584, p. 567.

<sup>1105</sup> Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz, 10<sup>e</sup> éd., 2013, n° 584, p. 570, « L'analyse est d'ailleurs confirmée par le fait qu'à aucun moment le paragraphe 2 n'évoque le rôle de la loi choisie en termes de loi *régissant* le contrat. C'est que la loi qui *régit* le contrat demeure la loi objectivement compétente, qui, dans ses dispositions supplétives sera écartée par les clauses contractuelles expresses ou à défaut, par la loi incorporée. Le consommateur est ainsi protégé contre la loi d'autonomie par le maintien de la compétence de la loi objectivement désignée, qui demeurera applicable même en cas de choix d'une autre loi par les parties. »

**413.** La nature de la protection du consommateur offerte par le règlement Rome I correspond bien à une justice conflictuelle. Or, à l’instar du cas du salarié, le droit mexicain protège également la partie faible, ici le consommateur, par soustraction à la règle d’autonomie sans apporter un critère de rattachement dérogatoire.

## *2. La protection internationale du consommateur en droit mexicain*

**414. La protection vis-à-vis du rattachement objectif.** Il est nécessaire de rappeler brièvement que le droit positif mexicain ne prévoit qu’un seul critère de rattachement objectif en matière contractuelle, tant au niveau international qu’au niveau interne. Au niveau international, la Convention de Mexico prévoit qu’à défaut de choix, le contrat sera soumis à la loi de l’État qui garde les liens les plus étroits avec le contrat<sup>1106</sup>. Contrairement à la Convention de Rome, l’instrument américain n’établit pas de présomptions pour ces liens et prévoit seulement que le juge prendra en compte tous les éléments, objectifs et subjectifs, découlant du contrat afin de déterminer la loi de l’État qui garde les liens les plus étroits<sup>1107</sup>. La Convention de Mexico s’inspire de la Convention de Rome afin d’établir la loi applicable à défaut de choix, et reconnaît la pratique contractuelle établie entre les contractants ainsi que l’insertion des articles d’un code civil donné, parmi d’autres, comme indices afin d’établir le rattachement. Au niveau interne, à défaut de choix, la loi applicable reste celle du lieu d’exécution<sup>1108</sup> selon l’article 13, alinéa V du Code civil fédéral. Sur ce point, il est intéressant de noter que le législateur mexicain hiérarchise le critère de rattachement objectif en tête (*lex loci executionis*) suivi du critère de rattachement subjectif. En l’état, le droit positif mexicain n’offre pas de protection internationale du consommateur vis-à-vis du critère de rattachement objectif, en ce sens qu’aucun critère dérogatoire ne lui est octroyé.

---

<sup>1106</sup> « Article 9 : Si les parties n’ont pas choisi la loi applicable ou si leur choix est inopérant, le contrat sera régi par la loi de l’État avec lequel il a les liens les plus étroits.

Le tribunal tiendra compte de tous les éléments objectifs et subjectifs découlant du contrat pour déterminer le droit de l’État avec lequel il a des liens plus étroits. Il tiendra également compte des principes généraux du droit commercial international acceptés par les organisations internationales.

Toutefois, si une partie du contrat est séparable du reste du contrat et a un lien plus étroit avec un autre État, le droit de cet autre État peut s’appliquer à cette partie du contrat, à titre exceptionnel » (Traduction libre). Pour un exposé analytique voir. M. Albornoz, *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du Mercosur*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2006, p. 273 et s.

<sup>1107</sup> En ce sens voir J. Adame Goddard, « *El derecho de los contratos internacionales* », in *Contratación y arbitraje internacionales*, R. Méndez Silva (ed.), México, UNAM, 2010, pp. 8-7. De ce fait, il est possible de croire à l’emploi d’un faisceau d’indices comme méthode pour déceler la loi de l’État

<sup>1108</sup> CCF « Art. 13, alinéa V ; sauf les prévisions des alinéas précédentes les effets juridiques des actes et contrats seront régis par le droit du lieu d’exécution, sauf si les parties avaient désigné valablement l’applicabilité d’une autre loi. », (Traduction libre).

**415.** En effet, au Mexique l'objectif de protection internationale des consommateurs ne se traduit pas par des règles spéciales de rattachement. Cependant, au niveau régional l'Organisation des Etats Américains, à travers son Comité interaméricain de droit international privé (CIDIP) a montré son intérêt au sujet de la protection internationale du consommateur. La CIDIP-VII a été convoquée par l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains<sup>1109</sup>, laquelle par sa résolution AG/RES 2065 (XXXV-0/05) a retenu comme sujet de travail la protection du consommateur et les garanties mobilières. Cette assemblée a été tenue à Washington, D.C., en 2009 (CIDIP-VII). Le résultat de cette assemblée a permis de préparer un règlement modèle pour les garanties mobilières mais n'a pas eu le même succès concernant de la protection du consommateur. Le Conseil permanent de l'OEA à travers de sa Commission d'affaires politiques et juridiques a lancé un appel aux États américains<sup>1110</sup> en vue d'une huitième conférence et il n'est pas exclu que la discussion sur la protection internationale des consommateurs se présente à nouveau entre les représentants des pays américains.

**416.** Malgré l'échec d'un instrument international, le Mexique a adopté une loi fédérale de protection du consommateur<sup>1111</sup>, à la lecture de laquelle il est possible d'observer un caractère territorialiste. Son article premier dispose : « Article 1.- La présente loi est d'ordre public et d'intérêt social et doit être respectée dans toute la République. Ses dispositions sont insusceptibles de renonciation et contre son respect les coutumes, usages, pratiques, accords ou stipulations contraires ne peuvent être invoqués »<sup>1112</sup>. On observe que le droit positif mexicain ne dispose pas d'un critère de rattachement spécial, mais plutôt d'une loi à caractère territorial, en ce sens qu'aucun critère de rattachement n'est envisagé par la loi (que ce soit le lieu du domicile du consommateur, le lieu d'exécution du contrat, le lieu de démarchage ou de commercialisation du produit ou service). Deux considérations méritent d'être avancées, l'une est la formulation législative et l'autre est le silence de la jurisprudence :

D'une part, dans son article 6 la loi fédérale de protection du consommateur dispose que, sont tenus à l'observance de cette loi les fournisseurs et les consommateurs<sup>1113</sup>. Toutefois, la règle n'est pas accompagnée d'un critère de rattachement tel que la nationalité ou le domicile du consommateur. Également, l'article 90 de ladite loi concernant les clauses des contrats

<sup>1109</sup> A travers ses résolutions [AG / RES 1923 (XXXIII-0/03)] et [AG / RES 2033 (XXXIV-0/04)].

<sup>1110</sup> OEA/Ser.G CP/CAJP/INF. 151/11 du 29 novembre 2011.

<sup>1111</sup> Publiée dans le *DOF* le 24 décembre 1992. Dernière réforme adoptée dans le *DOF* le 09 avril 2012.

<sup>1112</sup> Traduction libre. « *Artículo 1. La presente ley es de orden público e interés social y de observancia en toda la República. Sus disposiciones son irrenunciables y contra su observancia no podrán alegarse costumbres, usos, prácticas, convenios o estipulaciones en contrario.* »

<sup>1113</sup> « *Artículo 6. Estarán obligados al cumplimiento de esta ley los proveedores y los consumidores. Las entidades de las administraciones públicas federal, estatal, municipal y del gobierno del Distrito Federal, están obligadas en cuanto tengan el carácter de proveedores o consumidores.* »



d'adhésion admet, par exemple, qu'elles ne seront pas valables et seront réputées non écrites lorsque « (alinéa VI) elles obligent le consommateur à renoncer à la protection de cette loi ou à la soumettre à la juridiction des tribunaux étrangers ».

D'autre part, l'analyse de la jurisprudence de la *SCJN* permet de constater que la Cour suprême valide la formulation législative et la considère comme respectant les articles 14 et 16 de la Constitution mexicaine qui protègent les droits de procédure, notamment assurant l'accès au juge<sup>1114</sup>. Cette dernière observation est importante car, à notre sens, le juge constitutionnel mexicain résout certaines questions de DIP par truchement du raisonnement constitutionnel.

**417.** Sur ce point et conformément à nos développements précédents<sup>1115</sup> il est possible d'affirmer que les notions de loi de police, ou de règles internationalement impératives, mal connues et peu utilisées en droit positif mexicain s'avèrent à ce jour peu utiles à une protection internationale du consommateur. Cependant, le mécanisme d'exception d'ordre public connu et employé par le juge mexicain demeure, au moins en théorie, susceptible de rendre efficace la protection des consommateurs dans son volet conflictuel. En ce sens, il semble envisageable d'écarter l'application d'une loi étrangère compétente dès lors qu'elle est contraire aux valeurs essentielles du for. La protection du consommateur est clairement affichée comme une priorité par le législateur fédéral. Ainsi, toute disposition contraire à cette protection serait susceptible d'être écartée par le mécanisme d'exception d'ordre public. Malheureusement la jurisprudence ne donne pas d'exemples spécifiques de cette protection des consommateurs par recours aux notions des lois de police, règles internationalement impératives ou bien par l'exception d'ordre public.

**418.** En complément aux hypothèses de protection de la partie faible en droit des contrats internationaux on retrouve la protection de l'assuré qu'il convient d'analyser.

### C. La protection de l'assuré

**419.** La protection de l'assuré comme partie faible dans un contrat est une hypothèse qui n'est pas encore envisagée par le droit positif mexicain<sup>1116</sup>. Les développements à suivre se concentrent donc sur le système juridique français.

---

<sup>1114</sup> Protection du consommateur. La seule dénomination de la loi fédérale en la matière ne constitue pas une violation aux garanties de motivation, compétence et accès au juge (traduction libre). « *Protección al consumidor. La sola denominación de la ley federal relativa no entraña violación de garantías de motivación, competencia y audiencia.* Première Chambre, 1a./J. 44/2006, *Semanario Judicial de la Federación, Novena Época*, 8712, p. 179, n° 174643. »

<sup>1115</sup> Voir *supra* §320 et s.

<sup>1116</sup> En effet, la matière est régie par une loi fédérale ayant pour but principal de réguler les activités des institutions. *Ley federal de instituciones de seguros y fianzas*, publiée au *DOF* le 4 avril 2013, entrée en vigueur le 4 avril 2015.

420. À la différence du salarié et du consommateur<sup>1117</sup>, la protection du souscripteur d'un contrat d'assurance par la possibilité de soustraction à la règle de conflit de lois générale est une innovation du règlement Rome I par rapport à la Convention de Rome<sup>1118</sup>. En effet, l'instrument européen est venu apporter une simplification relative à l'enchevêtrement des règles qui déterminent la loi applicable au contrat d'assurance<sup>1119</sup>. Les complexités de la matière<sup>1120</sup> ne peuvent pas être appréhendées dans le cadre de ces observations, d'autant plus que la difficulté des règles de conflit de lois en matière d'assurances se double d'un enchevêtrement des sources, raison pour laquelle il est nécessaire « de délimiter soigneusement le domaine d'intervention temporel, spatial et matériel de chacune d'elles »<sup>1121</sup>. Cependant, puisque la protection de l'assuré par soustraction à la règle de conflit générale est une innovation du règlement Rome I on s'arrêtera à son analyse.

Il est possible d'affirmer de manière générale que l'article 7, al. 3<sup>1122</sup> du règlement apporte une dérogation aux articles 3 et 4 dudit instrument, essentiellement pour les contrats d'assurance ne couvrant pas de grands risques<sup>1123</sup>, lorsque le risque couvert est situé sur le territoire d'un État

<sup>1117</sup> La réglementation des contrats d'assurance se caractérise également, au sein de l'Union européenne pour être encore presque exclusivement de source interne. Pour une analyse approfondie des contrats d'assurance voir M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2017, §691 et s. Les difficultés liées à l'harmonisation matérielle ont conduit les efforts vers l'harmonisation des règles de conflit de lois, comme l'observent les auteurs précités « pour l'heure, cependant, la réglementation issue de l'Union européenne relative au contrat d'assurance concerne essentiellement les règles de droit international privé ».

<sup>1118</sup> « Du temps où la Convention de Rome était en vigueur, la loi applicable au contrat d'assurance n'était pas déterminée par elle, mais par des directives européennes qui avaient organisé la solution du conflit de lois de façon passablement digeste. » Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, n° 584, p. 570.

<sup>1119</sup> M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux, op. cit.*, §755.

<sup>1120</sup> Pour une analyse des considérations prises en compte pour l'élaboration des solutions en droit international privé du contrat d'assurance, V. Heuzé, « Le droit international privé du contrat d'assurance : les conflits de lois », in J. Bigot (dir.), *Traité du droit des assurances*, t. 3 : *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2014, n° 2550 s.

<sup>1121</sup> M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux, op. cit.*, §758.

<sup>1122</sup> « Article 7 : Contrats d'assurance [...] »

3. Dans le cas d'un contrat d'assurance autre qu'un contrat relevant du paragraphe 2, les parties peuvent uniquement choisir comme loi applicable conformément à l'article 3 :

- a) la loi de tout État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat ;
- b) la loi du pays dans lequel le preneur d'assurance a sa résidence habituelle ;
- c) dans le cas d'un contrat d'assurance vie, la loi de l'État membre dont le preneur d'assurance est ressortissant ;
- d) dans le cas d'un contrat d'assurance couvrant des risques limités à des sinistres survenant dans un État membre autre que celui où le risque est situé, la loi de l'État membre de survenance ;
- e) lorsque le titulaire d'un contrat d'assurance relevant du présent paragraphe exerce une activité commerciale, industrielle ou libérale et que le contrat d'assurance couvre deux ou plusieurs risques relatifs à ces activités et situés dans différents États membres, la loi de l'un des États membres concernés ou la loi du pays de résidence habituelle du preneur d'assurance.

Lorsque, dans les cas visés aux points a), b) ou e), les États membres mentionnés accordent une plus large liberté de choix de la loi applicable au contrat d'assurance, les parties peuvent faire usage de cette liberté.

À défaut de choix par les parties de la loi applicable conformément au présent paragraphe, le contrat est régi par la loi de l'État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat. »

<sup>1123</sup> La distinction est tracée car lors de la couverture des grands risques les cocontractants sont appréciés sur un pied d'égalité en raison de l'importance des enjeux. Sur cette différence voir Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, n° 586-587 ; Mayer et Heuzé, n° 769, p. 541. En revanche « les contrats couvrant des grands risques sont soumis aux dispositions ordinaires, soit la faculté de choix de la loi applicable et, à défaut, l'application

membre<sup>1124</sup>. Le règlement Rome I met en place un système protecteur de l'assuré<sup>1125</sup> contre les restrictions introduites par l'autonomie des parties, et le possible choix de loi qui en découle, manifeste par une liste close de lois susceptibles d'être choisies : « ne peuvent être choisies que les lois qui présentent avec le contrat d'assurance l'un des liens objectifs posés par la règle qui autorise le choix »<sup>1126</sup>. La protection n'est admise qu'à la double condition d'un risque, autre qu'un grand risque, et que le lieu de la situation du risque se trouve dans le territoire d'un État membre de l'Union. Ces conditions s'expliquent par les particularités de la matière et notamment par le fait que le déséquilibre dans la relation contractuelle n'est pas systématique. Cette liberté de choix encadrée recouvre les risques de masse<sup>1127</sup>. Ayant analysé l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public par l'élément endogène substantiel, notamment par le procédé de soustraction à la règle de conflit générale, il est nécessaire de tirer quelques observations.

**421.** Il semble en effet discutable de soutenir qu'une règle de conflit dérogatoire puisse avoir un effet d'affinement sur l'un ou l'autre des mécanismes liés à l'ordre public puisqu'elle constitue l'étape préalable dans l'opération de sélection de la loi applicable au contrat international. En l'état, une telle affirmation se trouve en contradiction avec l'argumentation de cette recherche, au fil de laquelle les efforts ont été menés pour démontrer l'affinement subi par les mécanismes liés à l'ordre public et non celui subi par la règle de conflit de lois en matière contractuelle. Or, cette contradiction peut être sauvée si l'on admet qu'un agrégat de politiques législatives a permis aux rédacteurs des instruments pertinents, notamment du règlement Rome I, d'envisager une liberté de choix encadrée, en limitant par voie de conséquence le recours aux mécanismes liés à l'ordre public.

---

de la loi du pays où l'assureur a sa résidence habituelle, définie selon l'art. 19 (art. 7.2). Pour les autres contrats, le règlement précise de manière détaillée l'étendue des lois pouvant être choisies ; à défaut de choix s'applique la loi de l'État membre où est situé le risque au moment de la conclusion du contrat », Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, p. 874, § 1048. Il est à noter que les directives relatives à l'assurance, dont certaines dispositions intéressaient le droit international privé, ont été abrogées et remplacées par la directive « Solvabilité II » à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016. La définition des grands risques est reprise par la directive précédente (article 13, 27).

<sup>1124</sup> Une attention toute particulière doit être prêtée afin de ne pas confondre le domaine spatial d'application des contrats d'assurance prévu par l'article 7 du règlement Rome I, avec le mécanisme de protection par soustraction à la règle de conflit de lois.

<sup>1125</sup> « Présente au sein de la réglementation d'autres contrats (contrat de travail ou de consommation), la prise en compte de la situation de faiblesse a donné lieu à l'élaboration de solutions protectrices au détriment de l'assureur, réputé partie forte », M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, *Ibid.*

<sup>1126</sup> M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, §786.

<sup>1127</sup> « Si les risques de masse sont opposés aux grands risques afin que les premiers se voient appliquer de règles plus contraignantes de détermination du droit applicable, inspirées du souci de protection de la partie faible, aucune distinction n'est opérée en leur sein selon que les contrats sont conclus par des professionnels ou des consommateurs », M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, §785.

Ainsi, la protection déjà prise en compte par le critère de rattachement dérogatoire, le jeu de la notion d'ordre public mise en œuvre par le mécanisme de lois de police ne serait plus apte à perturber le jeu de la règle de conflit. La notion de partie faible et le régime de protection qui lui est accordé, lorsqu'il se manifeste par un effet de soustraction à la règle de conflit générale, affine les mécanismes d'ordre public, notamment le mécanisme de lois de police, en ce que le recours à ce dernier est inhibé.

**422.** Par ailleurs, la question s'est posée en doctrine de savoir quelle articulation existe entre les dispositifs de protection préalablement analysés et les lois de police<sup>1128</sup>. A cet égard, Mme Boskovic observe que la question est apparue en jurisprudence dans le cadre de l'application de l'article 5 de la Convention de Rome, mais aussi que les réponses dans les jurisprudences nationales sont contradictoires. D'une part, la Cour suprême allemande considère l'article 5 comme une clause spéciale d'application des lois de police, et en ce sens, elle emporte l'application sur l'article 7 « de sorte que les contrats qui ne bénéficient pas de la protection du premier texte ne peuvent pas non plus bénéficier de la législation protectrice au titre du second »<sup>1129</sup>. D'autre part en France, la Cour de cassation admet la possibilité d'appliquer la loi de la résidence du consommateur sur le fondement de l'article 7<sup>1130</sup>.

**423.** Sur ce point M. de Vareilles-Sommières affirme que « plus que l'insuffisance des dispositions aptes à protéger le consommateur, c'est leur concurrence qui pose aujourd'hui problème »<sup>1131</sup>. Nous rallierons cette observation. Or, il est possible de se demander si la question de l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public par la théorie des « clauses spéciales d'application des lois de police » reçoit la même réponse lorsqu'il s'agit d'un contrat international cantonné à des États membres et lorsqu'il s'agit d'un contrat international ayant un rapport important avec un État tiers.

**424.** En ce sens, il est important de rappeler la distinction entre la protection conflictuelle et la protection matérielle. Les règles matérielles de protection de parties faibles peuvent avoir deux sources différentes : interne ou internationale. Nous retrouvons l'exemple de la protection du

<sup>1128</sup> O. Boskovic, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.* 2008, 2175, n° 10 ; particulièrement la question « consiste à se demander si l'existence d'une règle de conflit spécifique aux contrats de consommation constitue un obstacle à l'application de la protection mise en place par la loi de la résidence habituelle du consommateur sur le fondement non de l'article 5, mais de l'article 7 relatif aux lois de police. »

<sup>1129</sup> O. Boskovic, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.* 2008, 2175, n° 10, et la décision citée par l'auteur : BGH 26 oct. 1993, *Iprax*, 1994. 449 ; 19 mars 1997, *Rev. crit. DIP* 1998. 610, note Lagarde.

<sup>1130</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *Rev. crit. DIP* 2007. 85, note Cocteau-Senn ; *D.* 2006. Jur. 2798, note M. Audit, 2007. Pan. 1754, obs. P. Courbe, et Pan. 2567, obs. S. Bollée ; *RTD com.* 2006, 644, obs. D. Legeais ; P. de Vareilles-Sommières, Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation, *D.* 2006. Chron. 2464.

<sup>1131</sup> P. de Vareilles-Sommières, Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation, *D.* 2006. Chron. 2464.

consommateur laquelle est à la fois assurée par la directive européenne fixant un seuil minimal de protection et la loi française de transposition. Si le droit international privé n'a pas admis de manière explicite la fonction protectrice de la partie faible comme partie de ses objectifs, il n'est pas non plus indifférent. Avec les exigences de leur époque, les règles se sont adaptées en intégrant à la règle de conflit de lois en matière contractuelle des limites. Dans les instruments internationaux concernant les contrats, l'intérêt est évident. Notamment pour les instruments conflictuels européens nous retrouvons dans le rapport explicatif à la Convention de Rome, que les lois protectrices du consommateur sont données comme exemple d'une loi d'application immédiate<sup>1132</sup>.

Désormais l'objectif de protection des parties faibles a gagné sa place en droit international privé<sup>1133</sup> et est de plus en plus présent. Certes il ne s'agit pas à l'heure actuelle que d'un objectif d'exception comme l'affirme la doctrine : « en droit international privé des contrats, la hiérarchie est clairement établie : la sécurité et la prévisibilité occupent une place essentielle, la protection de certaines catégories de contractants demeure une exception »<sup>1134</sup>.

**425.** Finalement, on observera que l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public ne s'arrête pas à la soustraction de la règle d'autonomie. Si les règles de protection de certaines parties faibles ont été conservées dans le règlement Rome I, cette protection s'est vue renforcée, selon la doctrine, par l'admission au cœur de la définition des lois de police au sein de l'article 9 §1 dudit instrument, la notion de sauvegarde des intérêts publics. Sur ce point, Mmes Francq et Jault-Seseke observaient qu'en conséquence le règlement Rome I « prendrait acte du fait que la protection des parties faibles est assurée par ces règles de conflit spéciales » ainsi « les

---

<sup>1132</sup> Pour les règles protectrices du consommateur, v. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, *Rev. crit. DIP*, 2000, p. 29, P. Lagarde, *D.* 2000, p. 765, M. Audit, Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *D.* 2006, p. 2798, M. Audit, *Rev. crit. DIP*, 2007, p. 85, D. Cocteau-Senn.

<sup>1133</sup> « L'idée de la protection des personnes a également abouti à réorienter certaines règles de conflit en matière de *contrats*, pour soutenir les parties dites *faibles*, principalement les consommateurs et les travailleurs. L'objectif ne consiste pas à leur accorder une faveur, mais d'assurer l'intégration du contrat dans le marché de consommation et du travail. L'intérêt de protection vise les personnes commercialement vulnérables, mais il ne le fait que dans le sens de l'homogénéité des solutions dans un contexte délimité par le territoire, respectivement le marché du pays de la résidence habituelle ou du principal lieu de travail de ces personnes ». A. Bucher, « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 239 (1993-II), Coll. Les livres de poche, p. 270, n° 120.

<sup>1134</sup> Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 546, spéc. n° 20. M. Heyraud observe que les objectifs de la réforme du droit des contrats ne sont pas identiques aux objectifs du droit international privé. Nous adhérons à une telle observation et rajouterons que cette divergence des objectifs reflète également la particularité de la justice conflictuelle. Lorsque l'auteur se demande, par exemple, si le droit international privé « protège-t-il spécifiquement les parties à un contrat d'adhésion ? » et affirme ensuite que la réponse est négative, cela s'explique, à notre sens, par le fait que la réforme du droit des contrats n'octroie qu'une justice matérielle. En effet, l'auteur observe que « contrairement à la réforme, aucune de ces situations n'est envisagée par une règle de conflits de lois particulière. Il convient donc d'en référer au principe : la loi, choisie ou désignée, doit être appliquée, quel que soit le résultat *in fine* produit par cette application ».

normes protectrices ne seraient alors plus susceptibles de recevoir la qualification de loi de police et paralyser le jeu de l'autonomie de la volonté, autrement que par le biais des règles de conflit spéciales »<sup>1135</sup>. Cependant, elles attestent également qu'il y a longtemps que le consommateur et le salarié ne sont plus les seuls contractants susceptibles de se reconnaître la qualité de partie faible et que la jurisprudence récente étend la méthode des lois de police pour assurer la protection par exemple, de l'agent commercial, du sous-traitant ou de l'auteur<sup>1136</sup>.

**426.** Le recours à la méthode des lois de police peut également être interprété comme une protection par addition à la notion d'ordre public. Sur ce point, le regard comparatiste s'avère important pour les systèmes juridiques dépourvus d'une règle de conflit de lois protectrice du salarié et du consommateur, notamment dans l'hypothèse où leur schéma conflictuel prévoirait le principe d'autonomie au premier plan. On en vient à se demander si dans cette hypothèse, le système juridique se trouve dépourvu de tout moyen de protection de la partie faible. Une réponse négative semble s'imposer, puisque le recours au procédé d'addition à la notion d'ordre public demeure possible, telle est l'hypothèse que nous tâcherons de développer par la suite.

## **§ 2. La protection des parties faibles par addition à la notion d'ordre public**

**427.** Comme nous l'avons vu, la cristallisation de certaines politiques législatives a été consacrée en droit international privé, ouvrant le volet de protection conflictuelle qui se manifeste par la soustraction à la loi d'autonomie et au facteur de rattachement ordinaire objectif. Toutefois, la protection des parties faibles ne se limite pas aux cas du salarié, du consommateur et de l'assuré<sup>1137</sup> pour lesquels le droit positif français a prévu un critère de rattachement dérogatoire. La question de l'étendue de cette protection s'est posée à l'égard d'autres parties faibles non protégées par le procédé de soustraction (A) et plus récemment, l'adoption de la réforme du droit des obligations français ouvre la réflexion sur une possible protection générale à l'occasion des contrats d'adhésion (B).

---

<sup>1135</sup> S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, dans Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux, Lexis-Nexis, Paris, 2011, p. 365.

<sup>1136</sup> Pour un résumé de dispositions protectrices et lois de police voir H. Muir Watt et D. Bureau, t. 1, n° 561-1.

<sup>1137</sup> *Rappr.* de la proposition de A. Boggiano, « *International Standard Contracts* », *Recueil des cours*, 1981, I, 170, spéc. p. 55 et s., pour qui une distinction peut être tracée entre la partie faible qualifiée de « typique » et la partie faible « atypique », ainsi certains contractants se trouveraient structurellement en position de faiblesse alors que d'autres ne se verraient placés que conjoncturellement dans une telle situation.



### A. Les parties faibles non protégées par le procédé de soustraction

**428.** À l’instar de la protection nominative des parties faibles par soustraction à la règle de conflit générale, la doctrine s’est posé la question de savoir si les lois de police « sont susceptibles de venir perturber le jeu des règles de conflit applicables aux contrats non spécifiquement reconnus par le règlement comme comportant une partie faible »<sup>1138</sup>. En effet, la pratique a démontré que les lois de police ont permis cette perturbation en incluant dans la protection de l’ordre public certaines parties non spécifiquement reconnues auparavant.

**429.** Au-delà des cas désormais protégés par des règles de conflit spéciales, on retrouve d’autres hypothèses pouvant bénéficier d’une protection, tel est le cas du sous-traitant (1) et de l’agent commercial (2).

#### 1. La protection du sous-traitant

**430.** Nous avons précédemment développé sur le recours au mécanisme des lois de police afin de protéger le sous-traitant à l’occasion de la jurisprudence *Agintis*<sup>1139</sup>. À cette occasion la Cour de cassation n’a pas limité la possibilité du déclenchement du mécanisme de lois de police aux sous-traitants établis en France<sup>1140</sup> mais à la localisation de l’immeuble sur le territoire français. Par cet arrêt, la Cour de cassation effectue un revirement de sa jurisprudence<sup>1141</sup> et affirme 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 du 19 juin 1980 ». En essayant de ne pas répéter nos observations passées, on rappellera uniquement que seules les dispositions protectrices du sous-traitant ont été qualifiées comme loi de police

<sup>1138</sup> O. Boskovic, « La protection de la partie faible dans le règlement Rome I », *D.* 2008, 2175, n° 11 : « On pense à l’agence commerciale, au contrat de distribution, de franchise voire à la sous-traitance. En vertu des règles de conflit posées par le règlement, à l’instar des parties faibles reconnues comme telles, ces professionnels vont bénéficier de l’application de la loi de leur environnement habituel, plus précisément celle de leur résidence habituelle. Mais, à la différence des premières, aucune restriction à l’autonomie de la volonté n’est ici prévue ».

<sup>1139</sup> Cass. ch. mix., 30 nov. 2007, n° 06-14.006, n° 260 FS-P+B+R+I, *Agintis* ; *D.* 2008. AJ. 5, obs. X. Delpech, *Jur.* 753, note W. Boyault et S. Lemaire, et *Pan.* 1507, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *JCP G* 2008, II, 10000 note L. d’Avout ; *RDI* 2007, p. 511, obs. O. Guérin ; *ibid.* 2008, p. 38, obs. C. Charbonneau ; *RTD com.* 2008, p. 456 obs. Ph. Delebecque. Voir *supra* § 251, 300 et s.

<sup>1140</sup> « L’interdiction de la discrimination que la Chambre mixte a perçue en 2007 était déjà dans les esprits en 1975. D’une certaine manière, la jurisprudence *Agintis* est confortée, en ce que la loi de 1975 peut parfaitement s’appliquer à des sous-traitants établis hors de France. Cependant... il n’était pas dans les intentions des parlementaires de 1975 de mettre en place une législation protectionniste et souhaitent seulement un texte protecteur », M.-E. Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », p. 230, n° 8.

<sup>1141</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janv. 2007, n° 04-10.897, FS-P+B, *Sté Campenon Bernard Méditerranée c/ Sté Basell Production*, *Bull. civ.* IV, n° 33 ; *D. Jur.* 2008, note E. Borysewicz et J.-M. Loncle, et *Pan.* 2562, obs. Bollée ; *RTD Com.* 2007. 631 obs ph. Delebecque. Dans cet arrêt de la première chambre civile qui concernait le même maître de l’ouvrage, le même entrepreneur principal mais un autre sous-traitant, la première chambre avait écarté la qualification de loi de police pour l’article 12 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance.

et non l'ensemble des dispositions de la loi de 1975. En l'espèce, il s'agissait en particulier d'assurer au sous-traitant les faveurs de l'action directe en paiement, mais les règles protectrices de la loi concernaient aussi entre autres, le cautionnement et la délégation. La loi allemande expressément choisie par les parties a donc été écartée car celle-ci ne conférait pas au sous-traitant une action directe.

**431.** À cette analyse on ajoutera que l'extension de la notion d'ordre public présentait des avantages en l'espèce puisque, à la différence du salarié ou du consommateur, la catégorie du sous-traitant est beaucoup moins homogène<sup>1142</sup>. D'autre part, on observe que la protection du sous-traitant pour le considérer comme faible est une idée critiquée par la doctrine<sup>1143</sup>. En effet, la faiblesse dans la relation contractuelle d'un sous-traitant mérite une analyse au cas par cas s'éloignant ainsi de la possibilité d'une protection par soustraction à la règle de conflit. Le système juridique mexicain en revanche, n'offre aucune protection spécifique au sous-traitant qu'elle soit par soustraction à la règle de conflit ou par addition à la notion d'ordre public. Le cas de l'agent commercial est très proche de cette analyse.

## 2. La protection de l'agent commercial

**432.** En droit communautaire, l'arrêt *Ingmar*<sup>1144</sup> relatif à l'applicabilité de la directive « agents commerciaux » a été l'occasion de profondes réflexions concernant le mécanisme de lois de police. Cet arrêt résulte d'un litige relatif aux règles harmonisées qui assurent une protection minimale à l'agent commercial au sein de l'Union européenne<sup>1145</sup>. En l'espèce, il s'agissait de savoir si les règles relatives à la coordination des droits des États membres concernant les agents

<sup>1142</sup> « Il faut tout d'abord, et c'est là une évidence que la haute juridiction ne prend logiquement pas la peine d'évoquer, que la sous-traitance en cause soit internationale. C'est ici le cas : le maître de l'ouvrage et le sous-traitant sont tous deux des sociétés françaises, l'entrepreneur principal une société allemande. Bien que les travaux ayant donné lieu à la sous-traitance aient été effectués en France, le fait que l'entrepreneur principal et le sous-traitant soient localisés dans des pays différents suffit à conférer au contrat litigieux un élément d'extranéité ». Cass. ch. mix., 30 nov. 2007, n° 06-14.006, n° 260 FS-P+B+R+I, *Agintis* ; *D.* 2008, p. 5 X. Delepech.

<sup>1143</sup> « La solution de l'arrêt *Agintis*, rapidement consolidée par deux autres décisions : Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janv. 2008, n° 06-14.641, Bull. civ. III, n° 16 ; *D.* 2008. *AJ.* 478, obs. X. Delepech ; *RDI* 2008. 272, obs. H ; Périnet-Marquet ; *Gaz. Pal.* 2008. 82, note M.-L. Niboyet ; 8 avr. 2008, inédit), a dans l'ensemble été vivement critiquée par les annotateurs... », *D.* 2008. 2560, Pan. D'Avout et Bollée.

<sup>1144</sup> Voir CJCE, 9 nov. 2000, aff. C-381/98, *Ingmar* ; *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 107, note L. Idot ; *JCP G* 2001, II, 1159, note L. Bernardeau ; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. Jacquet. Pour une espèce similaire dans laquelle la Cour de cassation refuse la protection voir ; Cass. com., 28 nov. 2000, n° 98-11.335, *Allium* ; *JDI* 2001, p. 511, note J.-M. Jacquet ; *D. affaires* 2001, p. 305, note E. Chevrier ; *JCP G* 2001, II, 10527, note L. Bernardeau. *Comp. Cass. com.*, 5 janv. 2016, n° 14-10.628, *Arcelor Mittal* ; *JurisData* n° 2016-000020 ; *AJCA* 2016, p. 162, obs. C. Nourissat ; *RTD com.* 2016, p. 589, obs. Ph. Delebecque.

<sup>1145</sup> « Par ordonnance du 31 juillet 1998, parvenue à la Cour le 26 octobre suivant, la *Court of Appeal* (England & Wales) (Civil Division) a posé, en vertu de l'article 177 du traité CE (devenu article 234 CE), une question préjudicielle sur l'interprétation de la directive 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants », *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 107, note L. Idot.

commerciaux indépendants étaient applicables dans un litige opposant une société établie au Royaume-Uni et une société établie en Californie en cessation d'un contrat d'agence<sup>1146</sup> soumis à la loi de l'État de Californie. Cet arrêt ayant fait l'objet d'analyses approfondies de la doctrine on se limitera à observer le schéma de protection, c'est-à-dire comme une addition à la notion d'ordre public<sup>1147</sup>. Comme nous l'avons préalablement analysé, le procédé du mécanisme des lois de police a été respecté en l'espèce, permettant de déroger au critère de rattachement normalement prévu, sans avoir recours à une règle spéciale mais plutôt à un rattachement ponctuel justifié par le besoin d'efficacité d'une politique législative spécifique.

**433.** Au-delà des cas particuliers du sous-traitant et de l'agent commercial, il semble qu'avec l'évolution du droit la question se pose de savoir si une extension est possible.

### **B. L'hypothèse d'une extension de la protection de la partie faible en droit international privé des contrats**

**434.** La protection de la partie faible dans les contrats internationaux est un sujet qui a suscité l'intérêt de la doctrine<sup>1148</sup>, au point de se demander si une telle protection constitue désormais un objectif du droit international privé<sup>1149</sup>. Avec le développement du droit positif préalablement analysé et compte tenu du foisonnement des politiques législatives et économiques destinées à cette protection, il est nécessaire de s'intéresser à la possible extension de la protection de la partie faible en droit international privé des contrats dès lors que ces

---

<sup>1146</sup> Les articles 17 et 18 de la directive 86/653/CE du Conseil, du 18 décembre 1986 (JO L 382, p. 17) précisent les conditions dans lesquelles l'agent commercial a droit, à la fin du contrat, à une indemnité ou la réparation du préjudice que lui cause la cessation de ses relations avec le commettant.

<sup>1147</sup> C'est en ces termes que la question préjudicielle a été posée par la *Court of Appeal* : « Selon les règles du droit anglais, il a lieu de faire application de la loi choisie par les parties comme loi applicable *sauf si un motif d'ordre public*, tel qu'une disposition impérative, s'y oppose. Dans ces conditions, les dispositions de la directive 86/653/CEE du Conseil, telles que transposées dans les législations des États membres, et en particulier celles relatives au paiement d'une réparation aux agents, à l'expiration de leur contrat avec leur commettant, sont-elles applicables lorsque : a) un commettant désigne un agent exclusif au Royaume-Uni et en Irlande pour y assurer la vente de ses produits, et que b) s'agissant de la vente de ces produits au Royaume-Uni, l'agent exerce ses activités au Royaume-Uni, et que c) le commettant est une société constituée dans un État tiers, et plus précisément dans l'État de Californie, États-Unis d'Amérique, dans lequel elle est également établie, et que d) la loi expressément choisie par les parties comme loi applicable au contrat est celle de l'État de Californie, États-Unis d'Amérique ? ».

<sup>1148</sup> Pour une analyse approfondie v. F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 1995 ; de manière plus générale F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, 1984, t. 188. Particulièrement en droit de la consommation v. par ex. P. Deumier, « La protection des consommateurs dans les relations internationales », in *RIDC* Vol. 62 N°2, 2010, pp. 273-289; [http://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_2010\\_num\\_62\\_2\\_19945](http://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2010_num_62_2_19945).

<sup>1149</sup> « Dans le cadre de notre thème, la question se réduit plutôt à discuter si et dans quelle mesure c'est aussi un objectif du droit international privé, à côté d'autres buts éventuels, que d'assurer la protection du faible vis-à-vis du plus fort, s'il existe des règles inspirées d'un tel objectif et, dans l'affirmative, quels sont leurs traits caractéristiques. La question doit être posée ici, car il n'est nullement admis d'une manière unanime qu'un but de ce genre fasse partie des objectifs du droit international privé » ; F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 350.

politiques sont susceptibles de se voir appliquées dans de litiges internationaux par des mécanismes liés à l'ordre public, notamment par le mécanisme des lois de police.

435. Quelques observations préalables s'imposent. À l'égard de la protection de la partie faible M. Pocar affirme qu'il existe au moins trois situations diverses qui se caractérisent par le besoin de protection d'un sujet en droit matériel<sup>1150</sup> :

α) Dans un rapport *individu-communauté*, ce sont les situations dans lesquelles le besoin de protection d'un individu surgit en vertu de la condition de faiblesse de l'individu dans la communauté nationale<sup>1151</sup> (par ex. le cas des mineurs ou des incapables) ;

β) Dans un rapport *individu-individu sans condition de faiblesse*, c'est-à-dire une situation exigeant une protection d'un individu face à un autre individu sans privilégier une condition de faiblesse<sup>1152</sup> (tel est le cas par ex. en matière d'obligations alimentaires ou de responsabilité extracontractuelle) et ;

γ) l'hypothèse d'un rapport *individu-individu avec condition de faiblesse*, c'est-à-dire de situations « qui se caractérisent précisément par la condition de faiblesse d'une partie à l'égard de l'autre, et qui demandent des règles tendant à réduire la disparité des conditions des parties »<sup>1153</sup>.

La dernière de ces hypothèses est la plus intéressante au regard de notre étude puisque comme l'auteur l'observe « c'est le cas, notamment, des relations contractuelles entre personnes se trouvant dans des positions économiques ou sociales différentes et c'est justement à ce domaine

<sup>1150</sup> *Ibid.*

<sup>1151</sup> « Les règles qui les concernent s'inspirent, bien sûr, d'un but de protection, mais font abstraction d'une relation entre deux parties opposées, où la partie la plus forte pourrait profiter de la condition de faiblesse de l'autre : il s'agit plutôt d'une exigence de protection qui surgit à l'égard de la collectivité dans son ensemble ou à l'égard d'un groupe restreint de personnes, mais qui ne dépend pas d'une relation juridique entre parties. », F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 351.

<sup>1152</sup> « En effet, il existe des règles qui, tout en protégeant une partie, ne trouvent pas nécessairement et uniquement leur fondement dans une condition de faiblesse de celle-ci, mais qui, en présence de deux intérêts opposés, privilégient l'un des deux pour des raisons différentes... Il en est de même pour ce qui est de la responsabilité extracontractuelle. Là aussi des règles assurent tout à fait normalement une protection spéciale au créancier envers le responsable du dommage, mais cette protection ne dépend pas nécessairement d'une condition de faiblesse de la partie lésée. Tout au contraire, c'est plutôt l'idée que celui qui a causé le dommage doit en supporter les conséquences qui est le fondement de la protection accordée à la partie lésée : entre deux intérêts en présence, on privilégie celui du créancier pour des motifs qui font abstraction, en principe, de sa condition de faiblesse, qui pourrait même être inexistante dans le cas d'espèce. Cela n'exclut nullement qu'une idée de protection de la partie faible puisse accompagner l'établissement de certaines règles spéciales destinées à protéger la partie lésée dans ces cas particuliers de responsabilité, telle la responsabilité des fabricants et des fournisseurs de produits pour les dommages causés par ces mêmes produits. » F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 351.

<sup>1153</sup> « La raison d'être de ces règles réside uniquement et directement dans la condition de faiblesse d'une partie, dont l'autre, plus forte, pourrait profiter », F. Pocar, « La protection de la partie faible en droit international privé », *op. cit.*, p. 352.

qu'on se réfère quand on parle de la possibilité d'oppression du faible par le fort et de l'exigence de règles protectrices du premier »<sup>1154</sup>.

**436.** Sur le plan interne, la question du traitement des différences entre personnes se trouvant dans des positions économiques ou sociales différentes lors d'un contrat est intéressante du fait de la large admission du principe de l'autonomie de la volonté des parties qui peut se présenter comme antinomique au besoin de protection de l'une d'entre elles<sup>1155</sup>. Au plan international, l'antinomie entre l'objectif de protection et l'autonomie de la volonté des parties se multiplie puisque la volonté de protection manifeste dans un système juridique peut ne pas trouver son équivalent dans la volonté législative d'un autre. Ainsi, lorsqu'une situation juridique est potentiellement régie par deux lois différentes, on retrouvera des règles matérielles diverses mais non contrares entre elles, écartant de ce fait la possibilité d'avoir recours au mécanisme d'exception d'ordre public. C'est dans ce type de situations que le recours au mécanisme de lois de police trouve toute sa pertinence.

**437.** À cet égard, nous avons également observé que le schéma conflictuel était susceptible d'évoluer afin de permettre une protection de nature conflictuelle pour les cas de faiblesse objectivement appréciable, à savoir celle spécifique à certaines relations contractuelles, comme celles entre l'employeur et le salarié, l'assureur et l'assuré, le professionnel et le consommateur.

**438.** Si pendant longtemps la législation s'est montrée indifférente face au phénomène du déséquilibre objectif entre les parties, elle montre désormais une évolution incontestable à ce sujet. En affichant une prise de conscience en droit positif, cela permet de constater un clair objectif de protection de la partie faible. L'intérêt de la question se voit redoublé puisque, avec l'avènement de la réforme en droit des contrats en droit français, la question du caractère impératif de ces dispositions<sup>1156</sup> a été avancée. À cette occasion M. Heyraud<sup>1157</sup> s'intéresse à l'impérativité internationale de la réforme du droit français des contrats, c'est-à-dire, la possibilité pour le juge français<sup>1158</sup> d'appliquer certaines dispositions de la réforme malgré la

---

<sup>1154</sup> *Ibid.*

<sup>1155</sup> « Or, c'est bien cette liberté qui permet au plus fort de profiter de sa position au détriment du faible, de sorte que l'exercice d'une liberté pour l'une des parties devient en fait l'acceptation d'une imposition pour l'autre. Ainsi, qu'on l'a affirmé, « la liberté contractuelle repose sur la prémisse de deux partenaires également capables ». L'impossibilité, en fait, de placer tous les sujets sur un même plan, au point de vue économique et social, appelle donc l'adoption de règles qui, en imposant des restrictions à la liberté de la partie la plus forte, agissent en tant que contrepoids à la faiblesse de l'autre et réduisent le déséquilibre entre elles. », *Ibid.*

<sup>1156</sup> Voir C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *JCP G*, 2016.454.

<sup>1157</sup> Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 535, l'auteur se pose la question de savoir si est-il envisageable que le juge français écarte une loi étrangère, choisie par les parties ou désignée par une règle de conflit de lois, qui ne satisfieraient l'objectif de protection instauré par la réforme du droit des obligations.

<sup>1158</sup> La question de l'impérativité internationale de la réforme a été posée à l'égard de l'arbitre international, voir par ex., S. Bollée, « L'impérativité du droit choisi par les parties devant l'arbitre international », *Rev. arb.* 2016/3,

compétence d'une loi étrangère dans une situation privé internationale. En effet, la question ne se pose pas lorsque les règles de droit international privé conduisent à l'application du nouveau droit français ou lorsque l'application résulte du choix des parties. Pour les développements à suivre nous prendrons appui sur la réforme du droit français des contrats<sup>1159</sup> laquelle a introduit de nouvelles dispositions impératives qui méritent d'être analysées. En effet, l'impérativité des nouvelles règles nous intéressera dans leur volet international.

**439.** Ainsi, prenant comme point de départ les objectifs de la réforme (1) on essayera d'analyser si le chemin est favorable à une protection de l'adhérent en droit international privé (2).

### *1. Les tenants de la réforme, ses objectifs*

**440. L'avènement du contrat d'adhésion.** La différence de puissance de négociation entre les parties à un contrat est susceptible de trouver son origine dans des facteurs d'ordre économique ou social. Cette asymétrie a gagné une importance particulière à l'heure actuelle car, comme le relève M. Leclerc, « l'avènement de la production et de la distribution de masse a en effet entraîné une évolution du rapport producteur-distributeur-acheteur et modifié profondément la pratique contractuelle. Au contrat librement négocié entre partenaires de force égale est venu se substituer ce qu'on a appelé le contrat d'adhésion lequel est devenu le type le plus courant de contrat à l'époque moderne »<sup>1160</sup>. Le phénomène de l'adhésion<sup>1161</sup> en matière contractuelle est donc relativement récent mais bien ancré en pratique.

**441.** L'ensemble des règles matérielles protectrices des parties faibles que nous avons préalablement étudié se sont développées lors des derniers cinquante années, elles sont le résultat de l'introduction d'un paradigme nouveau qui ne se limite point au droit interne. Ce phénomène a eu une incidence réelle dans la logique du droit international privé, notamment sur le mécanisme des lois de police. Toutefois, malgré cette incidence, la doctrine s'est heurtée à la difficulté de théorisation d'un régime de protection de la partie faible en droit des contrats compte tenu de son morcellement. En France comme au Mexique, ce régime se compose à la fois de certaines dispositions du Code civil, mais aussi du droit de la consommation, droit des

---

p.675. Voir également L. Usunier, « Réforme du droit commun des contrats et détermination de la loi applicable aux contrats de distribution », *RLDA*, 2016, n° 117.

<sup>1159</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

<sup>1160</sup> F. Leclerc, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux, n° 3. La bibliographie en la matière est vaste, voir à titre d'exemple : G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, Paris, 1976 ; G. Dereux, « De la nature juridique des contrats d'adhésion », *RTDC*, 1910, p. 503 et s. Il est intéressant d'observer les liens qu'existent entre la notion du contrat d'adhésion et l'ordre public, voir notamment, G. Farjat, *L'ordre public économique*, LGDJ, Paris, 1963, p. 197-198.

<sup>1161</sup> V. Th. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du Code civil », *D.* 2016, p. 1771.



assurances, droit du travail parmi d'autres. Dans ce contexte, le droit positif français des contrats se trouve à un moment de son évolution très intéressant compte tenu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats laquelle, parmi d'autres changements, adopte la notion de contrat d'adhésion.

**442. La définition du contrat d'adhésion en droit français.** En droit français la dénomination est attribuée à Saleilles<sup>1162</sup>. C'est à cet auteur que l'on doit la première conceptualisation du contrat d'adhésion, notion qui n'a fait son apparition dans le Code civil qu'en 2016. Le nouvel article 1110 du Code civil propose une définition en miroir : le contrat de gré à gré se trouve à l'alinéa 1<sup>er</sup>, il constitue le modèle du contrat classique, irrigué de liberté contractuelle : « le contrat de gré à gré est celui dont les stipulations sont librement négociées entre les parties ». À l'inverse le contrat d'adhésion se définit comme celui « dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties » il est ainsi diamétralement opposé au contrat de gré à gré, le pivot s'articulant autour de la possibilité, ou l'impossibilité, de négocier.

**443. La définition du contrat d'adhésion en droit mexicain.** En droit positif mexicain la définition se trouve non pas dans le Code civil fédéral mais dans une loi spéciale préalablement évoquée, la Loi fédérale de protection du consommateur. L'article 85 de ladite loi dispose que « aux fins de la présente loi, le contrat d'adhésion s'entend du document unilatéralement mis au point par le fournisseur, pour établir de manière uniforme les termes et conditions applicables à l'acquisition d'un produit ou à la fourniture d'un service, même en cas de document ne contenant pas toutes les clauses ordinaires d'un contrat »<sup>1163</sup>. La doctrine mexicaine constate l'admission de la notion mais reste muette à ce jour, sur les conséquences d'une telle protection

---

<sup>1162</sup> R. Saleilles, *De la déclaration de volonté, contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, Pichon, 1901, p. 194 et s., p. 229-230 : « Il y a de prétendus contrats qui n'ont du contrat que le nom, et donc la construction juridique reste à faire [...] les règles d'interprétation individuelle qui viennent d'être décrites devraient subir, sans doute, d'importantes modifications ; ne serait-ce que pour ce que l'on pourrait appeler, faute de mieux, les contrats d'adhésion, dans lesquels il y a la prédominance exclusive d'une seule volonté, agissant comme volonté unilatérale, qui dicte sa loi, non plus à un individu, mais à une collectivité indéterminée, et qui s'engage déjà par avance, unilatéralement ».

<sup>1163</sup> Traduction libre. Version de l'article réformé, *DOF* le 04 février 2004 et le 30 novembre 2010 : « *Capítulo X. De los contratos de adhesión. ARTÍCULO 85.- Para los efectos de esta ley, se entiende por contrato de adhesión el documento elaborado unilateralmente por el proveedor, para establecer en formatos uniformes los términos y condiciones aplicables a la adquisición de un producto o la prestación de un servicio, aun cuando dicho documento no contenga todas las cláusulas ordinarias de un contrato. Todo contrato de adhesión celebrado en territorio nacional, para su validez, deberá estar escrito en idioma español y sus caracteres tendrán que ser legibles a simple vista y en un tamaño y tipo de letra uniforme. Además, no podrá implicar prestaciones desproporcionadas a cargo de los consumidores, obligaciones inequitativas o abusivas, o cualquier otra cláusula o texto que viole las disposiciones de esta ley ».*

en droit international privé<sup>1164</sup>. Pour les deux systèmes juridiques, on retrouve le trait commun de l'absence de négociation dans le contrat d'adhésion.

Certains auteurs affirment que le régime du contrat d'adhésion a vocation à devenir un continent en lui-même<sup>1165</sup>, nous ne saurons, dans le cadre nécessairement limité de cette recherche, étudier chaque règle matérielle ayant pour résultat la protection d'une partie faible dans le contrat d'adhésion mais l'hypothèse de la protection d'une notion générale mérite d'être traitée. Cette expansion, si elle devrait advenir, doit passer par l'évolution des objectifs en droit international privé des contrats.

**444. La divergence des objectifs.** À l'instar des droits fondamentaux, il est possible de trouver une divergence d'objectifs entre la protection de la partie faible et les règles de droit international privé, notamment avec les règles de conflit de lois en droit des contrats lesquelles accordent une préférence à la sécurité juridique. En revanche, la protection de la partie faible témoigne d'une évolution des objectifs au sein même de la matière contractuelle passant d'accorder une priorité de la sécurité juridique à la justice contractuelle.

**445. L'évolution des objectifs en matière contractuelle.** L'adage séculaire attribué à Alfred Fouillée, « qui dit contractuel, dit juste »<sup>1166</sup>, a pendant longtemps exprimé la conception traditionnelle<sup>1167</sup> des objectifs en droit des contrats. Toutefois, le droit positif français dans son évolution a permis la protection, qu'elle soit par voie législative ou jurisprudentielle, de certains types de contractants<sup>1168</sup>. Il s'agissait cependant d'une protection ponctuelle qui n'était pas conçue comme un objectif général, « pour le dire autrement, l'orientation du droit commun des contrats n'a pas fondamentalement changée : la sécurité et la prévisibilité demeurent des

<sup>1164</sup> Pour des appréciations en droit interne v. R. De Pina Vara, *Derecho Civil Mexicano, Obligaciones civiles, contratos en general*, vol. III, 14<sup>ème</sup> éd., Porrúa, México, 2008.

<sup>1165</sup> V. Th. Revet, « Les critères du contrat d'adhésion. Article 1110 nouveau du Code civil », *D.* 2016, p. 1771.

<sup>1166</sup> A. Fouillée, *La science sociale contemporaine*, Librairie Hachette et compagnie, 2<sup>e</sup> éd, 1885, p. 410. Voir également J.-F. Spitz, « Qui dit contractuel dit juste » : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillée, *RTD civ.* 2007, p. 281.

<sup>1167</sup> Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 539 : « En 1804, le droit des contrats du Code civil est bâti autour d'une conception bien connue : le contrat est le siège de rapports équilibrés entre cocontractants, supposés de force égale, censés négocier sur un strict pied d'égalité. La sécurité juridique et la prévisibilité sont ici des objectifs essentiels. La parole donnée, la force obligatoire du contrat doivent être respectées, quand bien même les conséquences économiques se révéleraient néfastes pour le débiteur. Le seul objectif de protection recherché est la préservation de l'équilibre voulu par les parties, lesquelles sont présumées être les meilleurs juges, et donc meilleurs défenseurs, de leurs intérêts respectifs ».

<sup>1168</sup> Pour un rappel de cette évolution voir Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 540, n° 10, selon l'auteur « Il est indéniable que des objectifs de protection, animés par un esprit de justice contractuelle, se sont développés, voir généralisés. Il importe de souligner que cette évolution s'est réalisée en marge du droit commun des contrats. La jurisprudence a certes utilisé divers mécanismes de droit commun (bonne foi, cause, erreur, violence) pour atteindre cet objectif de protection, mais cette utilisation ponctuelle ne saurait révéler une orientation générale de la Cour de cassation ».

objectifs essentiels, la protection des contractants est un objectif secondaire »<sup>1169</sup>. Or, la réforme semble généraliser l'objectif de protection des contractants.

La doctrine observe la particularité de cette généralisation puisque les objectifs de prévisibilité et de sécurité demeurent comme les objectifs principaux du droit des contrats<sup>1170</sup>. Ainsi, il a été affirmé que « l'ordonnance continue de s'appuyer sur une certaine table des valeurs. La sécurité juridique est au premier rang d'entre elles »<sup>1171</sup>. Il existerait désormais donc, une hiérarchie d'objectifs<sup>1172</sup> au sein du droit français des contrats.

**446.** L'observation de la diversification et l'existence d'une hiérarchie des valeurs au sein du droit français des contrats est, à nos yeux, digne d'admiration et d'émulation<sup>1173</sup>. Or, force est de constater qu'à la différence des droits fondamentaux, la protection de la partie faible dans les contrats ne jouit d'aucun consensus au sein de la communauté internationale<sup>1174</sup>. Cet argument ne suppose pas que la protection voulue par un système juridique donnée soit seulement justifiable en cas de consensus général. Toutefois, le défaut de consensus, en addition au phénomène de la concurrence normative<sup>1175</sup>, risque de se rendre contreproductif pour les systèmes juridiques se portant garants de la protection de l'adhérent dans un contrat international. En effet, le but de la protection du droit matériel s'accorde mal en matière contractuelle dans une situation internationale, puisque la règle de conflit, et notamment le critère de rattachement subjectif, risque de désamorcer l'accomplissement d'un tel objectif.

<sup>1169</sup> Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 542, n° 11. Voir également Th. Revet, « Une philosophie générale ? », *RDC*, 2016, n° Hors-série (« La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? »), p. 5 et s.

<sup>1170</sup> En témoignent les articles 1102 et 1103 du Code civil :

« Article 1102 : Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.

La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ;

Article 1103 : Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits. »

<sup>1171</sup> M. Mekki, « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2016, p. 494, spéc. n° 4, du même auteur, « Les principes généraux du droit des contrats au sein du projet d'ordonnance portant sur la réforme du droit des obligations », *D.* 2015, p. 816, spéc. n° 5.

<sup>1172</sup> « Mais cet objectif n'est pas unique : qui dit hiérarchie dit nécessairement cohabitation entre différents objectifs. Or, l'une des principales innovations de la réforme est d'introduire ou de généraliser des mécanismes de justice contractuelle, applicables à tous les contrats ou certains d'entre eux. », Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 543.

<sup>1173</sup> C'est peut-être l'insouciance de l'âge qui nous permet d'appeler de nos vœux une évolution semblable dans d'autres systèmes juridiques, c'est-à-dire celle d'une matière contractuelle construite sur la devise « loyauté, solidarité, fraternité », comme le propose M. D. Mazeaud, « La nouvelle devise contractuelle : loyauté, solidarité, fraternité », *Mélanges F. Terré*, 1999, p. 603 ; « le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, p. 285.

<sup>1174</sup> On pense notamment à l'exemple des pays de la *common law* qui sont souvent présentés comme s'attachant fortement à la sécurité juridique. Une nuance doit être apportée de suite car les pays appartenant à cette tradition juridique disposent d'autres mécanismes pour assurer une protection. Voir V. Bolgár, « *The contract of adhesion : a comparison of theory and practice* », *AJCL*, vol. 20, n° 1, 1972, p. 53-78.

<sup>1175</sup> Sur le phénomène de la concurrence normative v. par exemple, H. Muir Watt, « *Party Autonomy* » in *international contracts : from the makings of a myth to the requirements of global governance* », *European Review of Contract Law*, 2010/3. 1-34 ; et J. Carrascosa González, « Règle de conflit et théorie économique », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 521.

**447.** En France, par exemple, la doctrine observe que le phénomène de la divergence des objectifs existe potentiellement, entre la réforme du droit des obligations et les règles de droit international privé<sup>1176</sup>. La réforme affiche un objectif de protection qui est, à ce stade, étranger au droit international privé des contrats<sup>1177</sup>. Ainsi, le risque existe donc que le juge français « soit enclin à favoriser l'objectif de protection poursuivi par la réforme »<sup>1178</sup>. Comme nous l'avons vu, le problème est que la divergence d'objectifs concurrents conduit le juge à effectuer un choix<sup>1179</sup>. En effet, la protection offerte par l'ordonnance n'est pas exclusive au contrat d'adhésion mais se manifeste dans des dispositions diverses du Code civil. Par exemple, parmi l'une d'entre elles, se trouve le nouvel article 1170 selon lequel toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ; ou encore le nouvel article 1221 qui exempte le débiteur d'une obligation de poursuivre l'exécution en nature s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier<sup>1180</sup>. À cet égard, la question se pose de savoir si le juge français est susceptible d'écarter la loi étrangère au profit de l'une des dispositions protectrices de la réforme.

**448.** Parler d'un droit international privé des contrats renvoi à l'idée d'articulation des objectifs du droit international et de la matière contractuelle. Pendant longtemps, ces matières ont trouvé un terrain d'entente dans la sécurité et la prévisibilité<sup>1181</sup>, comme en témoignent certains instruments internationaux<sup>1182</sup>. Toutefois l'avènement du paradigme nouveau de la protection

<sup>1176</sup> « La réforme du droit des obligations français poursuit et, peut-être, généralise un nouvel objectif de protection. Cet objectif de protection est ignoré du droit international privé des contrats », Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 535. Voir également C. Pérès, « Règles impératives et supplétives dans le nouveau droit des contrats », *op. cit.*

<sup>1177</sup> « La réforme recherche une protection accrue des contractants ; le droit international privé des contrats, plus libéral, ignore un tel objectif et privilégie la désignation de la loi compétente, au nom de la sécurité et de la prévisibilité », Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 537.

<sup>1178</sup> Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 538, l'auteur continue « on peut alors s'autoriser à examiner l'éventualité d'un recours aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public international et les lois de police, et ce afin d'assurer l'application de certaines dispositions introduites par la réforme ».

<sup>1179</sup> En l'hypothèse de la réforme le choix du juge se limite à « laisser les règles du droit international privé produire effet, quitte à ce qu'une loi étrangère moins protectrice soit désignée, ou privilégier la protection des parties, quitte à écarter la loi étrangère normalement compétente ? », Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 538.

<sup>1180</sup> « Art. 1221. Le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier. »

<sup>1181</sup> « En matière contractuelle, les règles de conflit de lois sont, en principe, animées par des objectifs de sécurité et prévisibilité du droit applicable. », Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 545.

<sup>1182</sup> Par ex. le règlement Rome I, spécifiquement dans son préambule, considérant n° 6, affirme : « Le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite » ; et le considérant n° 16 : « Afin de contribuer à l'objectif général du présent règlement qu'est la sécurité juridique dans l'espace de justice européen, les règles de conflit de lois devraient présenter un haut degré de prévisibilité. Le juge devrait toutefois disposer d'une marge d'appréciation afin de déterminer la loi qui présente les liens les plus étroits avec la situation ».

de la partie faible dans le contrat, par le biais des mécanismes liés à l'ordre public a permis de remettre en question la règle de conflit. Plus intéressant : le fait que les mécanismes liés à l'ordre public, permettant une certaine flexibilité, facilitent la prise en compte de certains objectifs spécifiques qui restent secondaires.

**449.** En l'état actuel des choses, les règles du droit international privé ne poursuivent pas le même objectif que celles issues de la réforme du droit français des contrats. Le travail de M. Heyraud apporte une analyse approfondie sur la possibilité du recours aux mécanismes liés à l'ordre public pour protéger les objectifs de la réforme. L'auteur affirme que « dominantes, les règles de conflit de lois ne garantissent pas le degré de protection voulu par la réforme, aussi convient-il de se tourner vers les mécanismes dérogatoires, dont l'application est exceptionnelle »<sup>1183</sup>. M. Heyraud observe une divergence d'objectifs et refuse la possibilité d'écarter une loi étrangère justifiée par la non satisfaction de l'objectif de la réforme compte tenu des raisons techniques et d'opportunité et affirme « les dispositions protectrices de la réforme en sauraient constituer des lois de police ou une nouvelle manifestation de l'ordre public »<sup>1184</sup>.

**450. Transition.** Nous rallierons volontiers les propositions de l'auteur ; toutefois dans cette veine il semble convenable, ne serait-ce que comme un argument *a fortiori*, d'écarter la possibilité d'une protection octroyée par une règle de conflit dérogatoire à l'égard de l'adhérent *lato sensu* malgré l'importance que ce contrat a gagné en droit interne. Il convient donc d'étudier les aboutissants de la réforme.

## 2. Les aboutissants, une protection de l'adhérent ?

**451.** Avec l'avènement de la réforme, certains auteurs considèrent que les contrats d'adhésion bénéficieraient « d'une protection particulière, traduisant une « politique de protection des plus faibles ». »<sup>1185</sup> À ce stade, l'étendue d'une protection de l'adhérent par le mécanisme des lois de police est peu envisageable car la doctrine observe que la réforme a introduit une notion sans régime, une sorte de coquille vide<sup>1186</sup>. Ainsi, profitant de l'étude de M. Heyraud sur la

<sup>1183</sup> Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 547, l'auteur poursuit ; « exception d'ordre public et lois de police sont deux mécanismes particulièrement utilisés lorsque les règles de conflit de lois – les règles de principe, donc – n'assurent pas la protection désirée. L'exception d'ordre public est cependant rarement mise en œuvre à l'égard des contrats internationaux ».

<sup>1184</sup> Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 535.

<sup>1185</sup> Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 544. Voir Th. Revet, « Une philosophie générale ? », *RDC*, 2016, n° Hors-série (« La réforme du droit des contrats : quelles innovations ? »), p. 5 et s.

<sup>1186</sup> M. Heyraud observe que certains auteurs ont entrepris de fixer le régime de ces contrats « V. Pichon, *Des contrats d'adhésion, leur interprétation et leur nature*, Thèse, Lyon, 1909 ; G. Fortier, *Des pouvoirs du juge en matière des contrats d'adhésion*, Thèse, Dijon, 1909 ; G. Dereux, *La nature juridique des contrats d'adhésion*, *RTD civ.*, 1910, p. 503 ». L'auteur affirme que « les solutions proposées ont préfiguré celles ultérieurement

pertinence de protection de l'adhérent par le procédé d'addition à la notion d'ordre public, il nous semble envisageable de s'intéresser à la possibilité de la protection par soustraction à la règle d'autonomie en faveur de l'adhérent. Il est possible d'affirmer que le régime juridique actuel du contrat d'adhésion n'est pas propice à un tel procédé de protection, pour deux raisons : l'une systémique, l'autre doctrinale.

**452. Le recouplement des domaines.** La première raison résulte du constat selon lequel l'adhérent est protégé par le droit de la consommation. Ainsi, le besoin de protection de l'adhérent en droit international privé des contrats par une règle de conflit dérogatoire est mitigé car sa protection est reprise pour la plupart par les règles en droit de la consommation ou en droit des assurances.

**453. Protection d'un intérêt privé ou d'un intérêt public.** La deuxième raison est de caractère doctrinal, or il s'agit peut-être de la plus forte résistance à la protection de la partie faible dans les contrats internationaux. Face à la multiplication des règles protectrices, la question s'est posée en doctrine de savoir si la protection de la partie faible se traduisait comme la protection d'un intérêt privé ou d'un intérêt public. En effet, le foisonnement des règles ayant pour but la protection d'un intérêt particulier va à l'encontre des fondements du droit international privé. On observe, en ce qui concerne la protection octroyée par les lois de police, que leur définition par le règlement Rome I soulève des interrogations ; on se demande en effet si les dispositions protectrices des parties faibles doivent, au visa de la nouvelle définition, rentrer dans la catégorie des lois de police<sup>1187</sup>. A cet égard, M. Bernard Audit soulève le danger d'être entraîné à manipuler cette conception « en rattachant les dispositions de protection de maintes « parties faibles » à un intérêt général »<sup>1188</sup>.

---

adoptées par le législateur, soit dans des lois spéciales, soit dans le Code de la consommation (pour une étude d'ensemble : Fr. Chénéde, *R. Saleilles et le contrat d'adhésion : RDC 2012, n°4, p. 1017*). », Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 540, note 13.

<sup>1187</sup> « Jusqu'à présent, en admettant la qualification de loi de police pour les dispositions protectrices du travailleur comme dans l'arrêt *Arblade*, ou de l'agent commercial comme indirectement dans l'arrêt *Ingmar*, la Cour de justice a retenu une position qui permet de conférer à la notion d'intérêts publics une grande malléabilité. Le débat n'est pas nouveau ; depuis longtemps, on admet que les règles protectrices de la partie faible ne poursuivent pas les seuls intérêts privés, mais qu'elles cherchent aussi à organiser la société sur le plan économique et qu'en conséquence le critère de l'intérêt public n'est pas discriminant. », S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, dans *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexis-Nexis, Paris, 2011, p. 366.

<sup>1188</sup> B. Audit, « Du bon usage des lois de police », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 27. L'auteur démontre le risque de l'argument de l'organisation étatique par le rappel d'un arrêt rendu sous l'empire de la Convention de Rome : Civ. com., 13 juillet 2012, *Transbidassoa*, n° 10-12154, *D.* 2010. 1863, obs. X. Delpech, *JCP* 2010. 972, note L. d'Avout et D. Bureau. L'arrêt de la Cour d'appel a été censuré au motif que la disposition n'était pas « une loi dont l'observation est nécessaire pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays au point de régir impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat et de constituer une loi de police ». *Comp.* « En conclusion et en dépit des incertitudes résiduelles, la définition *stricte* des lois de police de l'article 9 du règlement Rome I semble devoir être approuvée en opportunité. Et si les mots de la loi doivent faire sens, il faut en déduire que seules les règles dont l'objectif



Un point de droit comparé accompagne souvent la mise en garde contre le danger de la manipulation de la catégorie des parties faibles. La doctrine française observe la tendance suivie par la jurisprudence allemande de hiérarchiser les objectifs et lui adresse sa critique car elle conduirait à disqualifier toutes les lois protectrices<sup>1189</sup> et à la possibilité d'exclure d'emblée la qualification en loi de police à toute règle protectrice est une mesure par trop sévère<sup>1190</sup>.

**454.** Ainsi, bien que M. Heyraud l'affirme « tout juste introduits par la réforme, certains articles connaîtraient alors une ascension fulgurante et seraient quasi-immédiatement promus au rang de valeur essentielle du droit français des contrats »<sup>1191</sup>, il nous semble qu'à ce moment, peu d'indices existent pour affirmer que la protection offerte par la réforme du droit des contrats puisse se consacrer soit par le procédé d'addition à la notion d'ordre public soit par le procédé de soustraction à la règle de conflit.

\*

\*            \*

**455. Conclusion au chapitre.** Depuis leur identification, les grandes matrices constituées par les mécanismes d'exception d'ordre public et des lois de police ont connu certains développements et affinements qu'il convient de vérifier. Guidés par cette intention et informés sur la base commune aux systèmes juridiques français et mexicain concernant les mécanismes liés à l'ordre public dans l'opération de sélection de la loi applicable au contrat international nous avons analysé les affinements endogènes. En effet, si l'action d'affiner, lorsqu'elle

---

premier, immédiat, est la sauvegarde des intérêts collectifs pris en charge par l'État relèvent authentiquement de la notion de loi de police ; non pas les règles qui, rétablissant l'équité dans les rapports individuels, peuvent avoir indirectement un effet bénéfique à la collectivité. A partir de cette définition, praticable, et sous réserve de dérogations ou de précisions sectorielles, il est possible d'avancer vers une mise en œuvre cohérente des lois de police. » L. d'Avout, « Les lois de police », in T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *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. 115.

<sup>1189</sup> « Il est tentant de hiérarchiser les objectifs : la doctrine l'a suggéré et la jurisprudence allemande l'a fait, notamment dans l'arrêt du BGH du 13 décembre 2005... Les lois protectrices poursuivent en premier lieu des intérêts privés et ce n'est qu'indirectement, et finalement comme n'importe quelle loi, qu'elles poursuivent un intérêt public. Cette hiérarchisation des intérêts disqualifie alors toutes les lois protectrices, mais cette voie, outre qu'elle n'est pas celle dans laquelle la Cour de justice s'est engagée dans les arrêts Arblade et Ingmar, est trop étroite. » S. Francq et F. Jault-Seseke, *op. cit.*, p. 368.

<sup>1190</sup> Dans ce sens S. Francq et F. Jault-Seseke, *op. cit.*, p. 369 et l'auteur par elles cité A. Bonomi, « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, Aix-en-Provence/Marseille, PUAM, 2009, pp. 225-241, spéc. p. 237.

<sup>1191</sup> Y. Heyraud, *op. cit.*, p. 552 et reprend l'exemple suivant « Une telle ascension ne serait cependant pas inédite : la loi française ouvrant le mariage aux personnes de même sexe fut utilisée pour faire obstacle à la loi marocaine, prohibant un tel mariage alors même que le droit français refusait ce type d'union quelques mois auparavant ».

s'exerce sur une technique, s'entend comme un processus aboutissant à une maturation il est possible d'affirmer que certains éléments internes révèlent la dynamique que caractérise les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats.

Ainsi, nous avons concentré notre analyse sur la saisine des évolutions endogènes illustrées par l'adoption de certaines règles matérielles comme faisant partie de l'ordre public, notamment les droits fondamentaux et les dispositions protectrices des parties faibles. Ces éléments que nous avons réuni sous la catégorie d'affinements endogènes substantiels se sont introduits de manière progressive dans le contenu de la notion d'ordre public. Nous avons analysé leur effet.

**456.** Les droits fondamentaux, règles à portée générale résultat d'une évolution philosophique qui place l'individu comme le fondement du droit, sont venus consolider la notion des valeurs dotées d'un degré d'importance considérable dans le for. Malgré leur évolution, les droits fondamentaux se caractérisent comme étant, encore aujourd'hui, essentiellement indéterminables, montrant ainsi une perméabilité avec la notion d'ordre public en droit international privé. De telle sorte, l'exception d'ordre public s'est avérée être le mécanisme idéal pour la protection des droits fondamentaux en la matière. Cette observation a pu être vérifiée dans le système juridique français depuis longtemps, tandis que pour le système mexicain elle demeure une hypothèse fortement envisageable. En effet, l'incidence des droits fondamentaux est générale, elle se manifeste dans toutes les branches du droit mais particulièrement tôt en droit international privé. Nous avons limité nos observations au constat de leur influence sur les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats, notamment sur l'exception d'ordre public considérée comme leur « véhicule historique ». En revanche, nous avons écarté l'affinement sur le mécanisme des lois de police, compte tenu du risque de revenir sur la confusion entre la protection des valeurs et des politiques législatives, ces dernières étant spécifiques au mécanisme des lois de police. À ce stade du raisonnement, l'affinement apporté par les droits fondamentaux demeure cantonné au fonctionnement normal du mécanisme, pour le droit international privé des contrats c'est moins les droits fondamentaux de fond que ceux de la procédure qui ont une influence déterminante. Ce constat se complète par le rappel des critiques soulevées à l'encontre de cet affinement. La réception des droits fondamentaux, identifiés à des valeurs internationales, par l'exception d'ordre public en France se limitait à l'origine à des phénomènes extrêmes et suscitait peu de questionnements, ce n'est qu'à un stade ultérieur, avec le développement exponentiel des droits fondamentaux que les critiques sont survenues, parmi lesquelles figurent la contrariété d'objectifs, la diversité de méthodes et la possibilité d'un conflit entre droits fondamentaux.

457. Quant à la protection de la partie faible, nous avons observé la forte incidence de cet objectif en droit international privé des contrats, qui s'explique en grande partie comme un contrepoids nécessaire au principe d'autonomie susceptible de profiter au déséquilibre par la désignation d'une loi favorable à la partie en position de force. Le risque a été perçu par le législateur et par le juge qui ont su adapter les mécanismes à leur disposition pour assurer une protection de la partie faible dans une relation contractuelle à caractère international. La notion de partie faible manquant de définition précise est affectée d'une forte hétérogénéité, ainsi la protection de la partie faible en droit international privé a affiné les mécanismes liés à l'ordre public grâce à deux procédés différents : la limitation de la règle générale d'autonomie et l'addition au contenu de l'ordre public.

L'archétype de la protection par restriction ou soustraction à la loi d'autonomie en droit français se retrouve dans les exemples du salarié, du consommateur et de l'assuré. Comme nous l'avons observé, à l'occasion du règlement Rome I, le schéma conflictuel a évolué pour aboutir à une articulation en trois temps : dans un premier temps, le schéma de base est constitué par la règle générale du principe d'autonomie ; puis, lors d'une deuxième étape la règle générale est écartée pour certains contrats « soumis par le règlement à un régime conflictuel dérogatoire en raison de leur spécificité »<sup>1192</sup>. Finalement, ces deux corps de règles se complètent par « d'autres mécanismes réglementaires susceptibles d'en altérer les solutions »<sup>1193</sup>. Il n'est pas interdit de penser que l'hypothèse selon laquelle la protection des parties faibles s'effectue par deux procédés, c'est-à-dire par la mise en œuvre d'un critère dérogatoire et par l'addition au contenu de l'ordre public, peut s'aligner à l'observation précédente. Cela devient possible en suivant la proposition selon laquelle une protection permanente a mérité la cristallisation<sup>1194</sup> en une règle de rattachement spéciale (deuxième étape) mais face à l'hésitation, la méthode ponctuelle lui est préférée et menée par l'addition du contenu de l'ordre public (ce qui correspondrait aux mécanismes réglementaires, notamment au mécanisme de lois de police).

Dans cette veine, il est possible d'observer qu'au stade actuel, la Convention de Mexico ne prévoit pas de règles spéciales permettant la protection de la partie faible dans les rapports contractuels. En appliquant la grille de lecture avancée par la doctrine à l'occasion du règlement européen, il serait possible d'affirmer que dans son schéma conflictuel la Convention de Mexico prévoit seulement deux étapes : la règle générale et les mécanismes susceptibles d'altérer la solution de la règle générale. Or, l'hypothèse de la protection de la partie faible par

---

<sup>1192</sup> Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 574, p. 551.

<sup>1193</sup> *Ibid.*

<sup>1194</sup> Pour la description du phénomène de cristallisation des lois de police voir *supra* §311-319.

soustraction à la règle de conflit générale reste valable. L'étude nous a amené à comparer, entre les systèmes juridiques français et mexicain, les procédés de protection des catégories pour lesquelles le règlement Rome I a instauré des régimes conflictuels dérogatoires, à savoir, le salarié, le consommateur et l'assuré.

Les développements précédents prêtent le flanc à la critique. Il semble en effet discutable de soutenir qu'une règle de conflit dérogatoire puisse avoir un effet d'affinement sur l'un ou l'autre des mécanismes liés à l'ordre public puisqu'elle constitue l'étape préalable dans l'opération de sélection de la loi applicable au contrat international. Néanmoins, il nous semble que la contradiction majeure peut être sauvée si l'on admet qu'un agrégat de politiques législatives permet aux rédacteurs des instruments d'envisager une liberté de choix encadrée, ayant pour conséquence la limitation aux recours aux mécanismes liés à l'ordre public. Ainsi, la protection déjà prise en compte par le critère de rattachement dérogatoire, le jeu de la notion d'ordre public mis en œuvre par le mécanisme de lois de police ne serait plus apte à perturber le jeu de la règle de conflit. La notion de partie faible et le régime de protection qui lui est accordé, lorsqu'il se manifeste par un effet de soustraction à la règle de conflit générale, affine les mécanismes d'ordre public, notamment le mécanisme de lois de police, en ce que le recours à ce dernier est inhibé.

L'affinement des mécanismes liés à l'ordre public ne s'arrête pas à la soustraction de la règle d'autonomie, en ce sens que le recours aux lois de police peut être interprété aussi comme une protection par addition à la notion d'ordre public. Comme nous l'avons observé la protection des parties faibles ne se limite pas aux cas nominatifs précités, et les lois de police sont susceptibles de venir perturber le jeu des règles de conflit applicables aux contrats non spécifiquement reconnus par le règlement Rome I comme comportant une partie faible, par exemple dans les cas du sous-traitant et de l'agent commercial. Dans ces hypothèses l'extension de la notion d'ordre public présentait des avantages concernant des catégories moins homogènes que le salarié ou le consommateur. Finalement nous avons étudié, à l'occasion de l'adoption de la réforme du droit français des obligations, la possible extension de la protection générale de l'adhérent, c'est-à-dire la possibilité pour le juge français d'appliquer certaines dispositions de la réforme malgré la compétence d'une loi étrangère, désignée ou choisie, dans une situation contractuelle internationale. Sur ce point nous rejoignons volontiers les observations avancées par M. Heyraud quant à la pertinence d'écarter une loi étrangère justifiée par la non satisfaction de l'objectif de la réforme compte tenu des raisons techniques et d'opportunité évoquées. En effet, les aboutissants de la réforme sont incertains à ce stade, notamment car la réforme a introduit une notion sans régime. Sur ce point il nous semble que

le régime juridique actuel du contrat d'adhésion est peu propice pour un tel procédé de protection.

**458. Transition.** Les affinements endogènes substantiels ont, dans une certaine mesure, introduit des valeurs ou des intérêts<sup>1195</sup> dans la logique traditionnelle du droit international privé. Il nous semble, que la protection ponctuelle et circonstanciée de ces valeurs et intérêts est possible, sans incidence majeure, grâce à l'intervention des mécanismes liés à l'ordre public. Cette affirmation doit néanmoins être conditionnée au respect des conditions de déclenchement des mécanismes car, à défaut, le risque de créer confusion est réel. Or, il est d'autres affinements endogènes qui altèrent le fonctionnement des mécanismes, ceux-ci peuvent être identifiées comme des affinements endogènes fonctionnels et méritent d'être analysées.

---

<sup>1195</sup> Pour les lois de police par exemple voir Y. Heyraud, « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 549 « Les règles du droit des contrats sont des instruments au service d'une politique législative. Il s'agit d'un arbitrage entre des intérêts, des valeurs et des impératifs : liberté contractuelle, sécurité juridique, prévisibilité des situations, protection des parties faibles, efficacité économique, etc. »

## Chapitre 2 - Les affinements endogènes fonctionnels

**459. Justification des termes.** Les affinements analysés par la suite se distinguent des précédents en ce qu'ils ne sont pas assimilables à l'intégration des règles matérielles protégées par les biais des mécanismes liés à l'ordre public dans l'opération de sélection de la loi applicable au contrat international. Ce qui caractérise les éléments réunis sous la bannière *d'affinements endogènes fonctionnels* c'est leur incidence, du moins en apparence, sur le fonctionnement des mécanismes. Une précision s'impose puisqu'actuellement la doctrine s'accorde à distinguer certaines « modalités »<sup>1196</sup> du mécanisme d'exception d'ordre public sur lequel une grande partie des développements à suivre sera concentrée. En effet, l'existence de l'ordre public plein, de l'ordre public atténué, de l'ordre public de proximité et de l'ordre public de rattachement est communément admise.

**460. Délimitation des affinements endogènes fonctionnels.** Malgré l'existence de quatre modalités du mécanisme d'exception d'ordre public, le domaine de cette étude se circonscrit aux notions d'ordre public de proximité<sup>1197</sup> et d'ordre public de rattachement, en écartant celles d'ordre public plein et d'ordre public atténué<sup>1198</sup>. La justification d'une telle délimitation s'explique par la forte incidence des éléments retenus sur le domaine contractuel. En revanche, les éléments écartés étant particuliers à la matière familiale, leur analyse sera prise en compte à titre complémentaire.

**461. Annonce du parti pris.** Après la délimitation des éléments étudiés, il est nécessaire d'annoncer le parti pris quant à l'existence d'un ordre public de proximité et d'un ordre public de rattachement en tant que mécanismes autonomes. L'analyse proposée par la suite s'interroge sur l'existence de plusieurs mécanismes proches de l'exception d'ordre public et cherche à démontrer que ces notions ne sont que le mirage d'un seul mécanisme affiné par la consolidation, ou non, de certaines conditions nécessaires à son fonctionnement<sup>1199</sup>.

---

<sup>1196</sup> MODALITÉ, subst. fém. I. – [Dans certains domaines] A. – DR. Disposition d'un acte juridique qui aménage ou modifie les effets que cet acte aurait produits s'il avait été simple. Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, disponible sur le site <http://www.cnrtl.fr/definition/perturbation>. Consulté le 02 mai 2018.

<sup>1197</sup> Il ne passera pas inaperçu que pour Patrick Courbe la proximité autorise l'affinement de l'exception d'ordre public dans la défense des valeurs dominantes, P. Courbe, « L'ordre public de proximité », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris 2005, p. 239.

<sup>1198</sup> Cependant ces notions ont été préalablement abordées, voir *supra* § 80 et s.

<sup>1199</sup> *Comp.*, J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », in *Le droit entre tradition et modernité, Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, p. 295, s. L'auteur soutient l'existence des mécanismes autonomes, observe la difficulté de la distinction entre eux et argumente l'interchangeabilité entre eux. Sur l'interchangeabilité des mécanismes voir spéc. n° 14-15.



En ces termes, l'affirmation serait sans doute assez critiquable ; un tempérament doit donc lui être apporté. Affirmer que les notions d'ordre public de proximité et d'ordre public de rattachement n'existent pas de manière autonome, est sans contradiction avec l'observation selon laquelle ces derniers constitueraient des « modalités » d'un mécanisme unique<sup>1200</sup>. Cette affirmation se rend possible car l'appréhension d'un mécanisme juridique, comme une relation de cause-à-effet, permet d'observer que l'effet binaire se retrouve toujours, c'est-à-dire, soit le juge décide d'écarter la loi étrangère, soit il respecte son application dictée par la règle de conflit du for. Cependant, le cheminement logique permettant d'en arriver à la solution peut intégrer des facteurs divers auxquels le juge accordera un poids plus ou moins important.

En effet, l'affinement du fonctionnement permettrait de croire à la multiplication des mécanismes liés à l'ordre public. Toutefois, l'observation des conditions au déclenchement du mécanisme d'exception d'ordre public nous amène à considérer que le mécanisme reste foncièrement le même. L'hypothèse se conforte également à l'égard des lois de police pour lesquelles la condition de proximité est désormais élucidée.

**462. Les conséquences de l'intégration des droits fondamentaux dans le contenu de l'ordre public.** Une parenthèse s'impose afin de rappeler que l'intégration des droits fondamentaux comme *contenu* dans l'ensemble des valeurs protégés par l'exception d'ordre public pourrait ne pas avoir eu d'incidence majeure<sup>1201</sup>. En effet, cet ensemble de valeurs possède le double caractère d'être variable dans le temps et dans l'espace, s'accordant ainsi parfaitement avec le caractère de l'ordre public-*contenu* régi par un principe d'actualité<sup>1202</sup>. En revanche, c'est dans la portée accordée aux droits fondamentaux au sein du mécanisme d'exception d'ordre public que leur perturbation trouve son paroxysme. Comme le constate M. d'Avout « la contrariété aux droits fondamentaux, de fond et de procédure, tout spécialement dans les contentieux consécutifs au prononcé d'une répudiation, a été invoquée au sein de l'exception d'ordre public international, ce standard pouvant se déployer diversement en fonction des liens de proximité

---

<sup>1200</sup> *Comp.*, J. Guillaumé, *op. cit.*, p. 297, n°4 : « Mais l'apparition successive de trois modalités de l'exception d'ordre public – ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité – a rompu l'unité de l'ordre public de référence en introduisant des facteurs de relativité au stade de la confrontation. Désormais, la conformité de la norme étrangère avec les principes essentiels français dépend également de conditions spatiales ou temporelles, suivant le procédé d'ordre public choisi par le juge. Par conséquent, le choix du mécanisme lors de la phase de confrontation est déterminant, car il influe sur le résultat final. »

<sup>1201</sup> « Cette rencontre des droits de l'homme et du droit international privé ne prenait pas d'emblée un tour technique, ni conflictuel d'ailleurs. » L. d'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, *op. cit.*, p. 166, n° 3.

<sup>1202</sup> Sur ce point voir *supra* § 42 et s.

spatio-temporelle de la situation avec l'ordre juridique français »<sup>1203</sup>. Ainsi, la doctrine française a vu dans l'intégration des droits fondamentaux deux variations majeures<sup>1204</sup> : l'ordre public de proximité (Section 1) et l'ordre public de rattachement (Section 2). On écartera d'emblée les regards de droit comparé puisque les notions d'ordre public de proximité et d'ordre public de rattachement sont inconnues du système juridique mexicain.

### *Section 1. L'ordre public de proximité*

**463. Justification de l'ordre d'analyse.** L'articulation de la protection des droits fondamentaux avec le mécanisme traditionnel appartenant au droit international privé, l'exception d'ordre public, a donné naissance à un « hybride méthodologique »<sup>1205</sup> communément identifié comme l'« ordre public de rattachement ». Or, le développement de l'analyse impose de s'intéresser au préalable à l'ordre public de proximité. En effet, lors de l'observation de la possible évolution de l'ordre public, c'est-à-dire, à partir d'une exception vers une règle de conflit de lois autonome, Mme. Hammje envisageait le phénomène sous la dénomination d'« ordre public de rattachement »<sup>1206</sup> et constatait la forte influence des droits fondamentaux dans cette évolution. Or, l'auteur observait que cette influence ne fut pas introduite de manière directe mais grâce au développement préalable de la notion de l'ordre public de proximité<sup>1207</sup>. Ainsi, la modalité de l'ordre public de proximité précéderait la consécration d'un ordre public de rattachement imposant ainsi son étude au premier rang.

<sup>1203</sup> L. d'Avout, Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé, *op. cit.*, p. 168, n° 3. Selon l'auteur, cette atténuation ou modulation des standards de l'ordre public « bien qu'admise nettement par la jurisprudence, fait encore débat ».

<sup>1204</sup> Une autre possibilité d'agencement se présente dans l'idée de développer les affinements fonctionnels sur l'axe spatial (ayant donné lieu à l'ordre public de proximité et l'ordre public de rattachement) et les perturbations sur l'axe temporel (effet plein, effet atténué). Il est infortuné pour cette étude de ne pas pouvoir s'appuyer sur un regard comparatiste avec le système juridique mexicain car les modalités du mécanisme d'exception lui sont inconnues. L'absence des développements à cet égard s'explique par les affinements exogènes qui seront traités par la suite.

<sup>1205</sup> Voir J. Foyer, « Droits internationaux de l'homme et ordre public international », *Mélanges Raymond Goy*, Rouen, 1998, p. 333. ; repris dans l'analyse P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 153, spéc. p. 158. Voir également : J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*, p. 295-310.

<sup>1206</sup> P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 153-178.

<sup>1207</sup> Parmi les études dédiées à la notion d'ordre public de proximité voir par ex. : P. Courbe, « L'ordre public de proximité », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 227, spéc. 238. La Cour de cassation a fait recours au procédé de l'ordre public de proximité par ex. en matière de divorce, Civ. 1<sup>re</sup>, avr. 1981, *de Itturalde de Pedro*, *Clunet* 1981.812, note D. Alexandre ; en matière de polygamie, Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Baaziz*, *Rev. crit.* 1989. 71 note Y. Lequette. Selon M. Sindres, l'expression a été forgée par Jacques Foyer dans sa note à l'arrêt Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 févr. 1993, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 620.

**464. Définition.** Les prémisses de l'ordre public de proximité se retrouvent pour le droit français dans l'arrêt *Fontaine* de 1938<sup>1208</sup>. Selon la doctrine, c'est l'ambiguïté de la formulation de cet arrêt qui a permis le foisonnement des interprétations<sup>1209</sup>, notamment celle qui voyait une intervention de l'ordre public. À cette occasion, la doctrine remarquera que la solution retenue comptait l'avantage de respecter les impératifs de la vie internationale<sup>1210</sup>.

Un point de droit comparé s'avère indispensable car l'ordre public de proximité est considéré comme la transposition en France de la théorie allemande d'*Inlandsbeziehung*, traduite par Mme Joubert comme les « liens suffisants avec l'ordre juridique »<sup>1211</sup>. Or, comme l'analyse comparative de Mme Joubert le démontre, l'*Inlandsbeziehung* ne se limite pas à un mécanisme d'éviction de la loi étrangère contraire à l'ordre public du for dès lors que la situation garde des liens suffisants avec ce dernier. Il s'agit certes de la manifestation la plus commune, mais elle n'est pas la seule. Dans la classification proposée par l'auteure, l'ordre public de proximité appartient aux cas dans lesquels l'absence de liens suffisants permettait de paralyser une règle de compétence exceptionnelle du for<sup>1212</sup>.

**465.** L'étude de l'ordre public de proximité permet de constater que le recours au mécanisme répond en grande partie aux règles et conditions du mécanisme traditionnel identifiées préalablement<sup>1213</sup>. À titre liminaire, nous rappellerons qu'en principe, l'exception d'ordre public ne peut être déclenchée qu'à condition que la loi étrangère porte atteinte de façon concrète aux valeurs intangibles de la société du for<sup>1214</sup>. En ce sens, l'exception d'ordre public traditionnelle et d'ordre public de proximité ne présentent aucune divergence dans leurs effets.

<sup>1208</sup> Civ., 8 mars 1938, *Fontaine*, *Rev. crit. DIP* 1938. 653, note H. Batiffol ; B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts*, n° 17. Les questions touchées par l'arrêt *Fontaine* étaient variées : la prédominance de la loi française, l'application de la reconnaissance de la loi d'auteur, et la prise en compte de la nationalité des intéressés dans le déclenchement de l'exception d'ordre public.

<sup>1209</sup> Pour un rassemblement de ces interprétations voir B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts*, n° 17.

<sup>1210</sup> Pour un développement des autres solutions possibles, notamment la « solution politique » de Niboyet voir B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts*, n° 17, spéc. n° 2-4.

<sup>1211</sup> N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2007, vol. 29.

<sup>1212</sup> « La subordination de l'exception d'ordre public à l'exigence d'un lien de la situation avec l'ordre juridique du for relève de la même idée. La compétence exceptionnelle de la loi du for en lieu et place de la loi étrangère désignée par la règle de conflit n'est justifiée que si les liens de la situation avec le for rendent *in concreto* l'application de la loi étrangère manifestement choquante », P. Lagarde, préface à la thèse de Mme Joubert, *op. cit.*

<sup>1213</sup> Voir *supra* §39-45. *Comp. J. Guillaumé, op. cit.*, p. 295-310.

<sup>1214</sup> J. Guillaumé, *op. cit.*, p. 299, n° 8 : « En principe, lors de la création en France d'une situation internationale, la loi étrangère est écartée par le jeu de l'ordre public plein si elle porte atteinte de façon concrète aux valeurs intangibles de la société française. Ainsi, la loi étrangère est écartée sans autre considération que sa contrariété intrinsèque aux valeurs vitales du for si son application conduit à la célébration d'un mariage polygamique ou au prononcé d'une répudiation sur le sol français. Mais depuis une trentaine d'années, la consécration de l'ordre public de proximité permet également d'écarter une loi qui n'est pas en elle-même contraire aux valeurs essentielles du for. Les domaines du divorce et de la filiation montrent que l'*Inlandsbeziehung* joue alors le rôle d'un « facteur de renforcement de l'ordre public ». ».

En revanche, la différence se retrouve dans l'emphase de deux conditions : l'admission de la condition de proximité dans les termes décrits précédemment<sup>1215</sup> et la condition de protection des droits fondamentaux. Ainsi, il semble nécessaire de dresser un constat dans un premier temps de l'hypertrophie des conditions (§1), pour lui adresser ensuite nos observations (§2).

### §1. Le constat de l'hypertrophie des conditions

**466.** La particularité que l'ordre public de proximité recouvre est l'emphase de deux conditions : l'admission de la condition de proximité (A) et la condition de protection des droits fondamentaux (B).

#### A. La condition de proximité

**467.** La désignation d'une loi étrangère compétente pour régir une situation donnée, est possible car le for, par le biais de sa règle de conflit bilatérale, considère que les liens entretenus avec le for ne sont pas suffisamment significatifs pour que la loi du for soit appliquée<sup>1216</sup>. En matière contractuelle, l'agencement du critère subjectif au premier chef de la règle de conflit de lois entraîne le détachement de toute connexité de principe et manifeste une difficulté à le résoudre par une règle de conflit bilatérale, réduite à un seul rattachement objectif, la complexité des opérations contractuelles internationales. Ceci n'est qu'un exemple de l'« horlogerie complexe de la pondération des liens de rattachement »<sup>1217</sup> sur laquelle se construit entièrement le droit international privé<sup>1218</sup>. Bien qu'elle soit l'objet de notre étude, la proximité est bien plus qu'une condition limitée aux mécanismes liés à l'ordre public : elle est considérée comme un principe en droit international privé.

**468. Définition de la condition de proximité.** Le professeur Lagarde a défini le principe de proximité comme « l'idée du rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits, du rattachement d'un litige aux tribunaux d'un

<sup>1215</sup> Voir *supra* §39.

<sup>1216</sup> « En général, la désignation de la loi étrangère par la règle de conflit indique que les liens que la situation entretient avec le for ne sont pas suffisamment significatifs pour que la loi du for s'y applique. », P. de Vareilles-Sommières, « Exception d'ordre public et régularité de la loi étrangère », *Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 227 spéc. p. n° 68.

<sup>1217</sup> La notion est empruntée à M Lagarde dans sa préface à la thèse de Mme Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2007, vol. 29.

<sup>1218</sup> En ce sens M. Lagarde affirme que « le droit international privé est entièrement construit sur la notion de rattachement d'une situation juridique à la loi ou aux tribunaux d'un État déterminé. Ses règles ont pour objet de définir de manière appropriée le lien (nationalité, domicile, lieu de survenance d'un fait, etc.) qui justifie ce rattachement. Dans la meilleure hypothèse, le rattachement retenu par la règle de conflit de lois désigne la loi de l'État avec lequel la situation présente les liens les plus étroits... mais il n'est pas toujours ainsi. », *Ibid.*

État avec lequel il présente, sinon le lien le plus étroit, du moins un lien étroit, enfin d'une subordination de l'efficacité d'une décision à l'étroitesse des liens qui la rattachent à l'autorité qui l'a prise »<sup>1219</sup>. Ce principe peut être appréhendé, selon l'auteur, comme « un droit de rattachement » dans les trois dimensions du droit international privé : le conflit de lois, la compétence judiciaire et l'effet des jugements et décisions. L'approche que nous soutenons concernant les mécanismes liés à l'ordre public nous a permis de constater que ce principe exerce également une influence sur les exceptions à la règle de conflit de lois en matière contractuelle. Il est possible d'observer que cette condition se trouve consolidée au sein du mécanisme d'exception (1) et nous rappellerons qu'elle a été récemment élucidée dans le mécanisme des lois de police (2).

### *1. La condition de proximité consolidée au sein du mécanisme d'exception d'ordre public*

**469.** De manière spécifique, la condition de proximité au sein du mécanisme d'exception d'ordre public peut être comprise comme l'étroitesse de la relation qui existe entre l'ordre juridique dans lequel les valeurs ont une emprise (élément de référence) et la situation litigieuse<sup>1220</sup> (élément contrôlé). Elle s'avère indispensable pour donner un caractère « raisonnable »<sup>1221</sup> au déclenchement du mécanisme d'éviction. Ainsi, cette condition a été considérée caractéristique de l'ordre public de proximité, qui pourrait « jouer ainsi le rôle d'une clause spéciale d'ordre public »<sup>1222</sup>. La doctrine s'accorde à affirmer que « la conformité de la norme étrangère avec l'ordre public ne s'apprécie pas de la même façon suivant le degré

<sup>1219</sup> P. Lagarde, « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, 1986, Vol. 196, n° 2.

<sup>1220</sup> Le Vocabulaire juridique Cornu définit le terme proximité « (*N. f.* – Lat. *proximitas*, voisinage.) Situation, relativement à une personne, à une chose, à un événement passé ou futur, de ce qui est \*proche de cette référence, dans l'espace (voisinage, contiguïté) dans le temps (passé récent, imminence), dans la parenté (proximité du \*degré), en esprit (affinité), etc. »

<sup>1221</sup> En effet, Mme Joubert reconnaît à l'*Inlandsbeziehung* le mérite de contenir dans des limites raisonnables l'exception d'ordre public, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé, op. cit.*, p. 539, § 568. Au sujet du raisonnable en droit voir : G. Khairallah, « Le « raisonnable » en droit privé français. Développements récents », *RTD civ.*, 1984. 439; Ch. Perelman, « Le raisonnable et le déraisonnable en droit », in *Formes de rationalité du droit, Archives de philosophie du droit*, t. 23, Paris, Sirey, 1978.

<sup>1222</sup> « En d'autres termes, la proximité devrait être définie par rapport au territoire sur lequel règnent les valeurs à défendre. De sorte que si la femme répudiée réside en Belgique, le juge français devra s'opposer logiquement à l'accueil de la répudiation prononcée à l'étranger. Il ne s'agit donc pas d'un nouvel avatar du territorialisme, vu chez certains comme « le moyen du nationalisme » [...] comme dans les arrêts du 17 février 2004 : son intervention est justifiée par la nécessité de sauvegarder certains principes fondamentaux. Aussi son avenir paraît-il lié à l'émergence d'un ordre public européen. Et l'affinement qu'il autorise dans la défense des valeurs dominantes permet sans doute d'échapper au reproche, quelquefois formulé, d'impérialisme dans la protection européenne des droits de l'homme. », P. Courbe, « L'ordre public de proximité », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris 2005, p. 239.

d'éloignement de la situation avec l'ordre juridique du for »<sup>1223</sup>. Les commentateurs observent donc que l'éloignement peut se présenter sur deux axes : l'axe temps<sup>1224</sup> et l'axe espace. Il est remarquable que cette condition de proximité, d'abord reconnue dans la règle de conflit, puisse aussi se retrouver dans l'exception.

**470.** Pour cette dernière, le respect de la condition de proximité aurait l'avantage d'empêcher d'imposer à l'excès une sorte de protection universelle de la conception particulière des droits fondamentaux existante dans le for référent. Admettre la possibilité de sanctionner une loi étrangère, choisie ou désignée comme compétente par la règle de conflit, pour la considérer contraire aux valeurs du for, même si la situation de fait qu'elle vise à régir se trouve dépourvue de tout lien avec le for, reviendrait à admettre la validité absolue d'une conception relative des droits fondamentaux<sup>1225</sup>.

**471. La modulation de l'ordre public de rattachement.** L'importance de la condition de proximité peut se comprendre également par l'analyse de la modulation que le mécanisme d'exception d'ordre public a subi. La doctrine admet que l'ordre public de proximité intervient soit pour s'opposer à l'acquisition de droits sur un territoire, soit pour refuser l'effet à des droits créés à l'étranger. Cette dichotomie a été créée comme un facteur de variation, c'est-à-dire, comme un « facteur d'assouplissement, assurant une mise en œuvre « raisonnable » de l'exception il reste l'expression d'une tolérance de l'ordre juridique du for, qui renonce à ses conceptions lorsque la situation ne lui est pas fortement intégrée »<sup>1226</sup>. L'adaptabilité qui découle de cette variation a permis à la figure de l'ordre public de rattachement de répondre aux critiques concernant l'imposition d'une conception des valeurs à vocation universelle. Or, comme il a été signalé préalablement, cette modulation a été progressivement délaissée et se voit probablement condamnée à l'abandon, compte tenu de la facilité apportée par des moyens techniques permettant aux sujets du droit de créer une situation à l'étranger de manière quelque peu factice<sup>1227</sup>.

<sup>1223</sup> J. Guillaumé, *op. cit.*, p. 300, n° 12.

<sup>1224</sup> Une combinaison de l'éloignement spatio-temporel fut associée à la notion d'ordre public atténué lequel effectuait une distinction selon que la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public « met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger [...] » (Civ. 17 février 1953, *Rivière*, *Rev. crit. DIP* 1953. 412, note H. Batiffol ; *JDI* 1953. 860, note Plaisant ; B. Ancel et Y. Lequette, *op. cit.*, n° 26. « Ainsi, l'ordre public atténué est plus tolérant que l'ordre public plein, à la fois en raison de considérations temporelles – la situation est déjà née – et spatiales – elle a été constituée en dehors du for » J. Guillaumé, *op. cit.*, p. 301, n° 12.

<sup>1225</sup> À ce sujet voir, N. Valticos, « Universalité et relativité des droits de l'homme », *Mélanges offerts à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1999, 790 p., pp. 737-750.

<sup>1226</sup> P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 157.

<sup>1227</sup> La doctrine l'a averti lors de l'étude des cas de répudiation par exemple, ou dans les cas de GPA.



472. Deux exemples permettent d'illustrer l'accentuation de la condition de proximité, certes en dehors du domaine contractuel mais utiles à la compréhension de l'affinement sur le mécanisme. Un premier exemple se trouve dans l'arrêt *Fontaine*, l'on observe que l'élément permettant d'effectuer une variation dans l'intensité de l'ordre public se trouvait dans la nationalité des intéressés<sup>1228</sup>. Or, ce facteur pouvait également se trouver dans le domicile de l'une des parties<sup>1229</sup>. Le deuxième exemple se trouve en matière de filiation, l'ordre public de proximité permet tantôt de déclarer la loi étrangère comme contraire à l'ordre public lorsqu'elle prive un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation<sup>1230</sup>, tantôt elle respecte l'application de la loi étrangère dans l'hypothèse où l'enfant n'a ni lien personnel ni lien territorial avec le for<sup>1231</sup>.

473. Des observations doctrinales récentes suggèrent que le glas a sonné pour l'ordre public de proximité en France<sup>1232</sup>. À l'occasion d'un litige en recherche de paternité, la Cour de cassation s'est prononcée par un arrêt du 27 septembre 2017<sup>1233</sup> sur la contrariété de la loi camerounaise à l'ordre public français, en ce sens qu'elle prive l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle dès lors qu'elle rend irrecevable l'action en recherche de paternité s'il est établi que,

<sup>1228</sup> « Cette atmosphère se révèle en revanche en parfait accord avec certains courants récents relatifs à l'exception d'ordre public. Au moins dans le domaine du statut personnel, il a été suggéré de faire varier l'intensité de l'ordre public en fonction de la nationalité des intéressés ; la contrariété à l'ordre public serait appréciée plus ou moins sévèrement selon que certaines des personnes parties au litige auraient ou non la nationalité française. Approuvée par certains (P. Lagarde, note *Rev. crit.* 1980. 79 ; « Le principe de proximité en droit international privé contemporain », *Rec. cours La Haye*, 1986, t. I, p. 109 et s., n° 103), cette démarche a été critiquée par d'autres au motif que l'ordre public en sortirait entaché d'un « relativisme » et d'un « subjectivisme » excessifs (H. Gaudemet-Tallon, note *Rev. crit.* 1980. 97 ; v. aussi Ponsard, note *Rev. crit.* 1971.505) » B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts*, n° 17. En l'espèce, la loi anglaise normalement applicable ne permettait pas à la mère de reconnaître son enfant naturel.

<sup>1229</sup> Voir par ex. Cir. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1981, *De Itturalde de Pedro*, *JDI* 1981. 812, n. D. Alexandre. Dans cet arrêt la Cour de cassation juge que la loi espagnole est contraire à l'ordre public international lorsqu'elle prive un français domicilié en France de sa faculté de demander le divorce.

<sup>1230</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 1993, *Latouz*, *JDI* 1994. 124, n. I. Barrière-Brousse ; *Rev. crit. DIP* 1993. 620, note J. Foyer ; *D.* 1993. 66, note J. Massip ; « si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation ».

<sup>1231</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, *Léana-Myriam*, *D.* 2006. 2890, note G. Kessler et G. Salmé ; *D.* 2007. pan. 1751, obs. P. Courbe ; *JCP* 2006. II. 1165, note T. Azzi.

<sup>1232</sup> C'est la constatation de M. Boden à l'arrêt de la Cour de cassation intitulé *Requiem pour l'Inlandsbeziehung*, Civ. 1<sup>re</sup>, 27 sept. 2017, n° 16-19.654, *Rev. crit. DIP*, l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle la loi étrangère qui, à la façon de l'ancien article 340-1 du code civil français (en vigueur de 1972 à 1993), rend irrecevable l'action en recherche de paternité s'il est établi que, pendant la période légale de la conception, la mère était d'une inconduite notoire ou qu'elle a eu commerce avec un autre individu. Dans son analyse M. Boden rappelle également la vérification des autres conditions au déclenchement du mécanisme d'exception notamment sur le principe d'actualité de l'ordre public, l'appréciation *in concreto* et l'influence des droits fondamentaux.

<sup>1233</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-19.654, *Dalloz Actualités* 16 oct. 2017, note F. Mélin ; *D.* 2017. 2518, note J. Guillaumé ; *ibid.* 2018. 765, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 966, obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2018. 41, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; *L'Essentiel*, Droit de la famille et des personnes, 1<sup>er</sup> nov. 2017, n° 10, p. 7, note A. Gosselin-Gorand ; *RJPF* 2017, n° 11, p. 33, note St. Maclair ; *Dr. fam.* 2017, n° 11, p. 33 note M. Farge ; *JCP* 2017.2260, n° 1311, note E. Gallant ; *Gaz. Pal.* 9 janv. 2018, p. 75, obs. S. Halou ; *JDI* 2018. 875, note S. Godechot-Patris ; *LPA* 8 févr. 2018, n° 29, p. 7, note. Ch. Guillard ; *RDLF* 2018. Chron. 6, K. Bihannic.

pendant la période légale de la conception, la mère était d'une inconduite notoire ou qu'elle a eu commerce avec un autre individu.

En effet, il apparaît que l'arrêt passe sous silence la condition de proximité pour le déclenchement du mécanisme d'exception d'ordre public. De ce fait, les tenants de la théorie de l'ordre public de proximité ont confirmé l'abandon de cette condition par la Cour de cassation<sup>1234</sup>. Une telle conclusion emporterait la conviction si l'on admet que le fait de passer sous-silence implique, nécessairement, l'abandon de la condition de proximité pour le déclenchement du mécanisme d'exception. Or, en l'espèce l'enfant était né en France où il demeurait habituellement, de mère camerounaise et d'un prétendu père suédois. En vertu de l'article 311-14 du Code civil la loi applicable était bien la loi personnelle de la mère. Les juges du fond ont écarté les dispositions de la loi camerounaise comme étant contraires à l'ordre public international français. Si l'on entend la condition de proximité en termes d'étroitesse de relation existant entre l'ordre juridique dans lequel les valeurs ont une emprise (élément de référence) et la situation litigieuse<sup>1235</sup>, il est possible de considérer qu'elle se vérifie en l'espèce dès lors que l'enfant était né et résidait habituellement en France. Nous ne saurions parier sur l'avenir de la théorie de l'*Inlandsbeziehung*, prise en sa manifestation de l'ordre public de proximité en France, or il nous semble que la condition de proximité est bien un élément d'affinement endogène fonctionnel du mécanisme d'exception d'ordre public qui se constate, à la suite de quelques arrêts récents aussi dans le mécanisme des lois de police.

## *2. La condition de proximité récemment élucidée au sein du mécanisme des lois de police*

**474.** Afin de tomber dans la répétition stérile<sup>1236</sup> on rappellera brièvement que les derniers arrêts en date élucident la condition de proximité au sein du mécanisme des lois de police, plus

---

<sup>1234</sup> « L'arrêt commenté déclenche l'exception d'ordre public à l'encontre de l'application de la loi étrangère sans faire dépendre ce déclenchement de la présence d'aucun lien particulier avec le for. Cette omission avait déjà été observée dans un arrêt rendu le 26 octobre 2011, et les commentateurs avaient légitimement pu conjecturer que cette absence de manifestation d'une exigence pût être comprise comme la manifestation d'une absence d'exigence », D. Boden, *op. cit.*, § 16. L'analyse est intéressante et se place dans la comparaison des deux rapports et des deux avis, ceux à l'arrêt de 2011 et ceux à l'arrêt de 2017 pour confirmer l'espoir des adversaires de l'*Inlandsbeziehung*, voir spéc. §16-18.

<sup>1235</sup> *Comp.* l'analyse de M Boden, lorsqu'il traite de la théorie de l'*Inlandsbeziehung* établit le rapport entre la loi étrangère et le for dont les valeurs sont protégées, en mots de l'auteur : « l'application d'une loi étrangère à une situation présentant avec l'État du for des liens d'une nature et d'une intensité pertinentes peut être déclarée soit tolérable, soit intolérable », *op. cit.*, §15. Pour l'auteur « toute mention du domicile ou de la résidence es personnes dans une décision de justice n'est pas une affirmation de la positivité de la théorie de l'ordre public de proximité », §32.

<sup>1236</sup> Voir nos développements *supra* § 220-223.

spécifiquement, l'arrêt *Urmet* du 20 avril 2017 a déjà été présenté<sup>1237</sup>. Il n'est toutefois pas inutile d'y revenir brièvement tant il permet de saisir l'exacte portée de la condition de proximité. Par cet arrêt la Cour de cassation reprend la question de la protection du sous-traitant et profite de l'occasion pour expliciter la condition d'existence d'un lien entre la situation en cause et la loi dont la politique législative est issue. Ainsi l'application de la loi française du 31 décembre 1975 à la situation litigieuse suppose de caractériser l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants. On vérifie donc que la connexion ou le rattachement avec le territoire est bien une condition nécessaire au déclenchement du mécanisme de protection.

**475.** Il est possible de constater que la condition de proximité, est bien une condition présente dans les mécanismes liés à l'ordre public afin d'assurer un recours raisonnable à ces derniers. Cette condition s'est d'abord manifestée dans le mécanisme d'exception pour lequel l'hypertrophie de la condition a été appréhendée comme une modalité différente. Or, le fondement (la protection des valeurs essentielles du for) et les effets du déclenchement demeurant à l'identique, le juge décide soit d'évincer la loi étrangère applicable (choisie ou désignée) soit de l'appliquer. Il paraît difficile de conclure à l'existence d'un mécanisme autre. La condition de proximité a été élucidée récemment pour le mécanisme des lois de police, sans pour autant modifier son fonctionnement. Ainsi, il est possible d'observer que la proximité se présente comme un élément d'affinement endogène lié au fonctionnement des mécanismes. Néanmoins, la condition de proximité est souvent liée à celle du respect des droits fondamentaux, celle-ci mérite d'être évoquée.

## **B. La condition de protection des droits fondamentaux**

**476.** La particularité de la théorisation de l'ordre public de proximité, est qu'elle a eu lieu dans de litiges concernant la défense des droits fondamentaux<sup>1238</sup>. De la présence des deux éléments, la protection des droits fondamentaux et de la proximité ou intégration de la situation dans le

---

<sup>1237</sup> Voir *supra* §305.

<sup>1238</sup> « En cela, la jurisprudence relative à la répudiation illustre parfaitement la transformation de la fonction de l'*Inlandsbeziehung*. On sait que la Cour de cassation a abandonné le raisonnement initial en termes d'effet atténué, pour s'appuyer sur le principe d'égalité entre époux issu de l'article 5 du 7<sup>e</sup> protocole de la Convention européenne des droits de l'homme, assorti depuis les arrêts du 17 février 2004 d'une condition de proximité, puisque la contrariété aux exigences d'égalité n'est retenue que lorsque les époux sont domiciliés en France ou de nationalité française », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 157. Voir aussi, Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, 5 arrêts (un seul est reproduit) : *Rev. crit.* 2004. 423, note P. Hammje ; *JDI* 2004. 867, note G. Cuniberti, et 1200, note L. Gannagé ; *D.* 2004. 824, concl. Cavarroc, et 815, note Courbe ; *JCP* 2004. II. 10128, note H. Fulchiron ; *Defrénois* 2004. 812, obs. J. Massip ; *Grands arrêts*, n° 64. + Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, *Bull. civ.* I n° 224, Document n° 6 : Civ.1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10165, 2<sup>e</sup> esp., note T. Azzi.

for, la doctrine a déduit le besoin de renforcer l'intervention de l'ordre public. La pertinence de ce renforcement fut analysée à l'occasion de l'arrêt *Fontaine*.

**477.** Dans l'arrêt *Fontaine*<sup>1239</sup>, la Cour de cassation décide qu'« une mère française ne saurait être privée du droit de reconnaître l'enfant issu d'elle, nonobstant toute disposition contraire de la loi étrangère dont il relève à raison de sa nationalité ». En effet, l'attendu décisoire ne fait pas référence expresse aux droits fondamentaux, mais vise l'article 8 du Code civil selon lequel « tout Français jouira des droits civils ». C'est la doctrine qui voyait dans le prononcé de la Haute juridiction une intervention de l'ordre public, considérant le droit de la mère de reconnaître son enfant comme une valeur chère à la société française<sup>1240</sup>. En suivant cet argumentaire, il est légitime de se demander si le litige avait lieu de nos jours, l'argument avancé aurait été la violation au respect de la vie privée consacrée par la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1241</sup>.

**478.** Un parallèle peut être tracé avec le système juridique mexicain, dans lequel la doctrine admet également le déclenchement du mécanisme d'exception comme moyen de protection des droits fondamentaux, à l'instar d'autres pays en Amérique-latine<sup>1242</sup>. Néanmoins, la perturbation des droits fondamentaux a eu une incidence mesurée dans le droit positif mexicain, puisque comme nous le constaterons plus loin, l'affinement principal en droit mexicain a été apportée par des éléments externes<sup>1243</sup>.

<sup>1239</sup> Voir *supra* § 464.

<sup>1240</sup> Lerebours-Pigeonnière, « La déclaration universelle des droits de l'homme et le droit international français », *Études Ripert*, I, p. 264-266 ; Pallard, « La filiation illégitime en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1952, p. 633, n° 12. « Et de fait, en décidant que la loi nationale dont relève l'enfant ne saurait priver la mère française de son droit imprescriptible de le reconnaître, l'arrêt pouvait être compris en ce sens ; il marquait bien que l'application de la loi de l'enfant est le principe et que celui-ci est exceptionnellement battu en brèche lorsque sa mise en œuvre fait échec à un droit fondamental institué par la loi française » B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts*, n° 17, et la référence citée par les auteurs Motulsky, note, *Rev. crit. DIP* 1949. 68. Texte souligné par nous.

<sup>1241</sup> *Rappr.* art. 8 Conv. Européenne des droits de l'homme ; sur les rapports entre cette convention et l'exception d'ordre public, v. B. Ancel et Y. Lequette, *Grands arrêts*, n° 67-69 § 11 et s.

<sup>1242</sup> Voir, par ex. le cas Uruguayen analysé par Mme. Fresnedo de Aguirre, « *Public policy : common principles in American States*, *Recueil des cours*, 2015, vol. 379, p. 126 et s., spéc. § 36.

<sup>1243</sup> Voir *infra* § 645 et s., notamment, la tradition de protection constitutionnelle des droits fondamentaux par le biais de l'*amparo*. Fix-Zamudio observait en 1971 la nécessité de moyens judiciaires efficaces pour protéger les droits fondamentaux entre personnes privées et à cet égard affirmait : « Il n'est, par conséquent, pas nécessaire de rappeler la nécessité de moyens spécifiques pour protéger les droits de la personne humaine acquis au prix d'expériences douloureuses, et c'est là que l'on peut mentionner la très noble fonction de protection qu'a remplie la procédure d'« *amparo* » mexicain : fonction tantôt préventive, tantôt réparatrice, face aux actes des autorités qui violent les droits fondamentaux de la personne humaine consacrés par la Constitution ». L'auteur rappelle ensuite l'inapplicabilité de la procédure d'*amparo* pour des violations des droits de l'homme par des particuliers : « ainsi, dans la réglementation mexicaine, la procédure d'*amparo* ne jouera pas dans le cas d'actes, résolutions ou, quelquefois, de véritables dispositions générales, émanant des groupes sociaux et organismes publics décentralisés, qui se considèrent encore comme des particuliers ou du moins s'estiment dépourvus d'autorité », H. Fix-Zamudio, « Quelques aspects de la protection des Droits de l'Homme dans les rapports entre personnes privées au Mexique et en Amérique Latine », in *Mélanges R. Cassin*, Tome 3, Pédone, 1971, p. 297-298. Voir aussi F. Tena Ramirez, « *El amparo mexicano, medio de protección de los derechos humanos* », dans *Boletín de Información Judicial*, Mexico, septembre 1961, p. 533-576.

479. Il est évident que l'emphase est faite sur certaines conditions lorsqu'on parle d'un ordre public de proximité. Or, le résultat de l'application du raisonnement est toujours binaire : soit la loi étrangère est écartée, soit elle est appliquée en respect de la règle de conflit des lois. Ce sont les arguments avancés pour en arriver au résultat qui sont modifiés. Ainsi après avoir dressé un constat sur l'hypertrophie des mécanismes, il nous semble désormais possible de faire quelques observations.

## § 2. La critique à l'hypertrophie des conditions

480. L'ordre public de proximité a fait l'objet d'une double critique : d'une part, au regard de sa condition de respect de droits fondamentaux, le mécanisme a été considéré comme imposant une vision particulière à une échelle universelle. D'autre part, concernant la condition de proximité, l'ordre public a été taxé comme étant discriminatoire<sup>1244</sup>, car susceptible de justifier des décisions différentes pour des situations semblables. Cependant, à notre sens, l'ensemble et l'agencement des conditions permettant une modulation nécessaire, gagneraient à être mieux explicités. Ces critiques viennent d'un problème qui mérite d'être identifié et ressaisi dans ses termes (A) ainsi que de l'évolution suivie par les conditions accentuées au sein de l'exception d'ordre public (B).

### A. Les données du problème

481. Le phénomène d'hypertrophie des conditions et le résultat d'un possible affinement du mécanisme traditionnel d'exception d'ordre public trouvent un écho dans l'évolution du droit international privé. Par le passé, la doctrine a essayé de délimiter la notion d'ordre public en l'érigeant comme une catégorie normale de rattachement<sup>1245</sup> pour établir une règle de conflit, sans y parvenir de manière définitive. Aujourd'hui, certaines constructions doctrinales

---

<sup>1244</sup> D. Sindres, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI* n° 3, Juillet 2012, doct. 10 « ce déclin de l'ordre public de proximité fait écho aux critiques qu'a suscitées ce mécanisme en doctrine. Au stade de la constitution de la situation, il présente le risque d'affaiblir l'ordre public du for. Quant au refus de reconnaître certaines situations sur le fondement de l'ordre public à raison des liens qu'elles entretiennent avec la France, il se révèle discriminatoire. Mieux vaudrait, dans ces conditions, en revenir à la distinction classique entre l'ordre public plein et l'ordre public atténué, laquelle réalise un bon équilibre entre deux impératifs du droit international privé : la protection des valeurs fondamentales du for et le respect des droits acquis ». Plus récemment voir les critiques de M Boden dans son commentaire à l'arrêt Civ. 1<sup>re</sup>, 27 sept. 2017, n° 16-19.654, *Rev. crit. DIP*, 2018. 882, pour qui l'*Inlandsbeziehung* est une théorie née d'une confusion et qui exprime la déconsidération.

<sup>1245</sup> « La délimitation de la notion d'ordre public en droit international privé a parfois été recherchée dans une direction différente : celle consistant à ériger l'ordre public en une catégorie normale de rattachement », Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 380, p 359.

proposent de faire de même avec les droits fondamentaux, comme en témoigne la notion d'ordre public de rattachement.

**482.** Toutefois, force est de constater deux éléments : premièrement, les droits fondamentaux ne sont pas une catégorie au sens du droit international privé<sup>1246</sup>, et deuxièmement, il n'a pas été possible de trouver un accord sur le critère de rattachement qui correspondrait à une telle catégorie, raison pour laquelle la condition de proximité s'avère utile à leur déclenchement.

**483.** Ainsi, à défaut de catégorie au sens du droit international privé et faute d'accord sur le critère de rattachement, le droit international privé assimile mal l'affinement des droits fondamentaux au sein de ses règles. Sur ce point, il est nécessaire de rappeler que « s'érigent en quelque sorte législateur international par défaut et pour le cas privé concret, l'État conçoit la coordination en matière juridictionnelle et législative sous forme de *règles*, non pas au moyen de principes et directives guidant la casuistique judiciaire »<sup>1247</sup>. Or, la difficulté d'assimilation se reproduit lors de l'exception d'ordre public, laquelle est en quelque sorte plus susceptible d'être guidée par la casuistique. L'affinement apporté par les droits fondamentaux doit être, à notre sens, compris en termes d'éclaircissement des conditions cumulatives, du respect des droits fondamentaux et d'une condition de proximité. Celles-ci s'agencent au sein du mécanisme traditionnel sans changer son fonctionnement comme il a pu être affirmé.

**484. L'agencement des conditions.** Lors de débats au sein du Comité français de droit international privé Mme. Hammje soutenait qu'une incompatibilité se trouvait entre l'ordre public de proximité et les droits fondamentaux. Sa critique étant que si l'on considère qu'il s'agit vraiment de valeurs d'une grande importance<sup>1248</sup> la nécessité de les protéger serait

<sup>1246</sup> « La catégorie « droits fondamentaux » ne correspond nullement aux catégories traditionnelles du droit international privé lesquelles, une fois le facteur de rattachement déterminé (nationalité, domicile, lieu du délit...), permettent de trouver la loi applicable », B. Fauvarque-Cosson, « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 804, n° 8.

<sup>1247</sup> « Ces règles ont une remarquable caractéristique commune : celle d'être synthétiques, c'est-à-dire de regrouper, par économie de langage, un ensemble numériquement indéterminé de situations de fait et de règles de droit virtuellement applicables, pour les connecter les unes aux autres en situation internationale – pour opérer ce qu'il est convenu d'appeler un « rattachement ». Ces rattachements généraux (entendus comme l'association d'une catégorie et d'un critère) sont élaborés, faute de repère fiable, au moyen de l'expérience préexistante tirée du droit interne », L. d'Avout, *Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé*, *op. cit.*, p. 173, n° 8.

<sup>1248</sup> « Ce qui me pose problème, c'est que si on considère ces droits comme étant fondamentaux, comme les abordent la Cour de cassation – si on prend l'exemples des répudiations – ou la Cour d'appel de Paris, en donnant à ces droits fondamentaux un contenu très général, très abstrait, il faut l'égalité absolue, le respect absolu de la vie privée, etc., et je ne vois pas comment on peut justifier ensuite qu'on ne les applique plus dès lors que de la situation n'est plus entièrement intégrée à l'ordre juridique du for, si le raisonnement est celui de l'ordre public. Donc, c'est pour ça, à mon sens, que s'il y a une incompatibilité, elle est peut-être là, dans la mesure où à ce moment-là la condition de proximité ne peut pas exprimer juste une variation, parce qu'une telle variation n'apparaîtrait pas légitime : si on considère que ces droits sont absolument fondamentaux, ils sont toujours fondamentaux et ce n'est pas parce que la situation est moins intégrée qu'elle ne devrait plus être protégée », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008.



permanente et non variable. Nous adhérons à cette critique, à condition d'observer qu'une affirmation en ce sens impliquerait que les droits fondamentaux, selon un système juridique donné, seraient valables pour tout autre système. M. Lagarde répondait en ce sens que la véritable différence de logique existe « moins entre l'ordre public de proximité et la règle de conflit qu'entre les droits fondamentaux et la règle de conflit »<sup>1249</sup>, ainsi l'ordre public de proximité viendrait « limiter l'impact des droits fondamentaux et redonner dans cette mesure sa place à la règle de conflit elle-même ». Si notre lecture ne trahit pas les observations de M. Lagarde, l'ordre public de proximité ne serait autre chose que le mécanisme traditionnel d'exception, utilisé pour protéger une valeur du for associée à l'ensemble des droits fondamentaux mais respectant un lien de proximité. Il affirmait à la même occasion que « s'il n'y a pas ce lien de proximité, finalement, on laisse jouer la règle de conflit telle qu'elle était »<sup>1250</sup>.

**485.** Le corollaire au problème de l'agencement des conditions est qu'il n'existe pas un critère de départage certain<sup>1251</sup> pour déterminer la pertinence de la condition de proximité et la confusion n'a pas été surmontée à ce jour<sup>1252</sup>. Des efforts conséquents pour distinguer l'ordre public de proximité du mécanisme traditionnel ont été menés, or les différentes propositions s'accordent en ce qu'il n'existe pas de différence d'effet<sup>1253</sup>.

<sup>1249</sup> Intervention de Paul Lagarde aux débats du 23 novembre 2007, P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008 : « J'ai l'impression que vous vous en prenez principalement à l'ordre public de proximité qui transforme, au fond, l'exception d'ordre public en un ordre public de rattachement et qui va fonctionner selon une logique différente de celle de la règle de conflit qui aura également l'inconvénient de bloquer un peu la méthode de la reconnaissance. En réalité, vous avez quand même montré que cet ordre public de proximité intervient surtout dans le domaine des droits fondamentaux. Au fond, la différence de logique, c'est moins entre l'ordre public de proximité et la règle de conflit qu'entre les droits fondamentaux et la règle de conflit. Les droits fondamentaux sont imposés par la Convention européenne des droits de l'homme, on doit les garantir à tous ceux qui sont sous notre juridiction et ces droits fondamentaux peuvent vraiment perturber le jeu des règles de conflit parce qu'il faut de toute façon les assurer. Et que fait ici l'ordre public de proximité ? Il vient limiter, à mon avis, l'impact des droits fondamentaux et redonner dans cette mesure sa place à la règle de conflit elle-même... S'il n'y a pas ce lien de proximité, finalement, on laisse jouer la règle de conflit telle qu'elle était ».

<sup>1250</sup> M. Lagarde observa que « ce n'est pas tellement l'ordre public de proximité qui est le perturbateur ; au contraire il est plutôt ce qui rétablit la règle de conflit », *Ibid.*

<sup>1251</sup> Certaines propositions ont été avancées en doctrine, par ex. J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*, p. 298, n° 5. ; « Selon quels critères le juge choisit-il entre l'ordre public plein, l'ordre public atténué et l'ordre public de proximité ? *A priori*, le choix du type d'ordre public est fonction de leur champ d'action respectif : l'ordre public plein ne tient compte que du contenu de la loi étrangère, tandis que l'ordre public atténué s'intéresse à l'éloignement spatio-temporel de la situation lors de sa création, et que l'ordre public de proximité prend en considération l'ancrage de la situation dans l'ordre juridique du for. Mais ces critères n'ont pas de réelle valeur explicative ou prospective, puisqu'ils se recoupent dans la plupart des espèces ».

<sup>1252</sup> En ce sens voir L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008. 205, spéc. 209, n° 6.

<sup>1253</sup> « Certes, quel que soit le mécanisme sollicité, les effets seront les mêmes dès lors que l'exception d'ordre public se déclenche. Mais les facteurs de déclenchement varient suivant le procédé auquel il est recouru, certains étant plus tolérants, d'autres plus rigoureux », J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*, p. 298, n° 6.

**486.** Au passage, on peut noter que la prise en compte des droits fondamentaux au sein du mécanisme d'ordre public donne deux interprétations qui semblent susceptibles d'être reconsidérées. La première concerne la justification d'un recours renforcé au mécanisme lorsque la protection des droits fondamentaux est en jeu ; tandis que la seconde consiste à considérer que par l'inclusion des droits fondamentaux, le mécanisme d'exception d'ordre public serait susceptible de protéger des intérêts particuliers.

**487.** À ce sujet, il a été affirmé que l'évolution des droits de l'homme a donné lieu à un « ordre public des droits fondamentaux » qui « assure désormais une protection de l'individu »<sup>1254</sup>. De la protection de l'individu, la doctrine en a déduit la protection d'un intérêt particulier comme trait distinctif du mécanisme d'exception, spécialement en sa modalité d'ordre public de proximité<sup>1255</sup>. Ainsi, à l'occasion de l'analyse de l'arrêt *Fontaine*, il a été observé que « le raisonnement proximate s'est ensuite généralisé en raison de l'évolution de la fonction de l'ordre public en matière familiale, passant d'un ordre public de direction et de sauvegarde de la famille à un ordre public de protection des individus qui composent la famille »<sup>1256</sup>.

**488.** Pour ces raisons il semble en effet que l'affinement apporté par les conditions de proximité et de protection des droits fondamentaux se limite, à ce jour, à accentuer certains éléments lors du raisonnement permettant principalement de déclencher le mécanisme d'exception. Reconnaître un affinement en ces termes permet d'expliquer pourquoi une même disposition étrangère peut, à la même époque, être déclarée tantôt contraire, tantôt conforme à l'ordre public du for. La délimitation de l'affinement en ces termes se confirme par une observation prospective concernant l'évolution de ces conditions et leur agencement.

---

<sup>1254</sup> B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », in *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473 s, spéc. 475. *Rappr.*, J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*, p. 304, n° 20 s. Cette différence a été prise en compte pour appréhender les différences entre le mécanisme d'exception d'ordre public et le mécanisme de lois de police, alors que le premier aurait en charge l'intérêt privé, le second protégerait les intérêts étatiques ; v. B. Remy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. P. Mayer, Dalloz, 2008.

<sup>1255</sup> En ce sens, J. Guillaumé, *Ibid.*, pour qui « lorsqu'une valeur intangible de l'ordre juridique est en cause, la défense de l'intérêt général conduirait à utiliser l'ordre public atténué, tandis que l'ordre public de proximité serait compétent pour protéger un droit subjectif de l'individu, autrement dit un intérêt particulier ».

<sup>1256</sup> J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*, p. 304, n° 21 et les auteurs par elle cités A. Bénabent, « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Th. Revet coord., Dalloz, 1996, p. 26 s. ; J. Hausser, « L'ordre public dans les relations de famille. Rapport français », in *Travaux Association Henri Capitant, L'ordre public*, t. XLIX/1998, LGDJ, 2001, p. 475 s.

## B. L'évolution dans l'agencement des conditions

**489.** Il est possible de confronter la grille de lecture proposée avec les derniers développements en droit positif ; or, toujours en dehors de la matière contractuelle nos développements ne sauront être que limités. À l'hypothèse selon laquelle l'affinement de l'ordre public de proximité se limiterait, pour le cas du mécanisme d'exception d'ordre public, à l'accentuation de certaines conditions lors du raisonnement permettant son déclenchement, l'observateur rétorquera avec justesse que la Cour de cassation a eu, à plusieurs reprises, recours au mécanisme d'exception d'ordre public, sans expliciter dans son raisonnement le respect des conditions de proximité ou de protection des droits fondamentaux, profitant ainsi à la concurrence entre mécanismes. En effet, il s'agit des espèces où le juge ne raisonne pas en termes de proximité, alors que la situation présente un lien avec l'ordre juridique français. En guise d'exemple, nous reprendrons le cas du recours à l'ordre public à propos de l'ancien régime légal suisse de l'union des biens<sup>1257</sup>. Dans son arrêt du 24 février 1998<sup>1258</sup>, la Haute juridiction décide d'écarter la loi étrangère par la seule référence au principe européen de l'égalité des époux. La justification étant que l'application du régime légal suisse conduisait à accorder un bénéfice moindre à l'épouse en raison d'une discrimination dans la liquidation et le partage des biens. Or, il nous semble que l'économie du raisonnement ne doit pas forcément se comprendre comme une absence de prise en compte du critère de proximité, une sorte d'abandon tacite. En l'espèce, plusieurs éléments permettaient de justifier la proximité de la situation litigieuse avec la France : la nationalité de l'épouse et le domicile du couple en France. Toutefois, la doctrine a identifié cet arrêt comme une intervention de l'ordre public plein, c'est-à-dire sans prendre en compte la proximité avec la France<sup>1259</sup>.

**490. Le cas de la répudiation unilatérale.** En outre, l'appréhension de l'affinement des conditions au sein de la notion d'ordre public de proximité et de leur accentuation se confirme par l'exemple tiré de la répudiation unilatérale<sup>1260</sup>. On rappellera, de manière générale, que la

<sup>1257</sup> Exemple avancé par Mme Guillaumé dans « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*, p. 301, n° 14. L'auteur affirme que « concernant les situations nées en France, l'*Inlandsbeziehung* n'est utile que si la règle n'est pas en elle-même d'ordre public ».

<sup>1258</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 1998, *Rev. crit. DIP* 1998. 637, note Droz ; *D.* 1999. Somm. com. 290, obs. B. Audit.

<sup>1259</sup> En ce sens J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*, p. 301, n° 14 ; « c'est donc l'ordre public plein qui a été mis en œuvre, ni la nationalité française de l'épouse ni le domicile du couple en France n'ayant été invoqué au soutien de la solution. En l'espèce, le choix de l'ordre public plein ou de l'ordre public de proximité est sans importance, car il existe une fongibilité entre les deux mécanismes dès lors que l'ordre public est concerné et que la situation présente des liens avec le for ».

<sup>1260</sup> À ce sujet voir, par ex., Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, p. 682, § 816. Les auteurs rappellent que « le divorce et la séparation de corps ont traditionnellement soulevé des difficultés dans l'ordre international en raison de la diversité des législations en la matière, reflet de conceptions différentes du mariage, et de leur caractère impératif », § 802.

dissolution du lien conjugal a subi en France une succession de sources et de régimes : dans un premier temps en tant que matière relevant du statut personnel, le divorce fut soumis à la loi nationale par application de l'art. 3, al. 3 du Code civil. Cette première règle de conflit posait des difficultés, entre autres, à l'égard des époux de nationalité différente. Ces difficultés furent surmontées par un système de rattachements en cascade de l'article 309 du Code civil<sup>1261</sup>, jusqu'à l'avènement du règlement Rome III<sup>1262</sup>.

Plus particulièrement, concernant la répudiation unilatérale<sup>1263</sup> il est affirmé que pendant une certaine période, la Cour de cassation refusait de donner « sa pleine portée au principe d'égalité des époux lors de la dissolution du mariage, posé par l'article 5 du protocole n° 7 de la Convention européenne des droits de l'homme, *qu'à la condition que* « l'épouse, sinon les époux [soient] domiciliés sur le territoire français » ou que les époux soient de nationalité française »<sup>1264</sup>. Nous trouvons donc, que dans son dernier état<sup>1265</sup> la protection d'une valeur essentielle fut appliquée avec son corollaire, la condition de proximité, manifeste dans le domicile ou la nationalité des parties.

**491.** La vérification de l'hypothèse de l'accentuation dans les conditions du déclenchement du mécanisme d'exception d'ordre public se complète grâce aux observations récentes effectuées par la doctrine. À ce titre, il est intéressant de rappeler la possible disparition de l'ordre public de proximité en droit positif français étudiée par M. Sindres<sup>1266</sup>. Si l'affirmation avancée est

<sup>1261</sup> « À l'occasion de la réforme du droit du divorce par la loi du 11 juillet 1975, le législateur introduisit une disposition relative aux conflits de lois, l'article 310 C. civ., devenu 309 par l'effet de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005, entrée en application le 1<sup>er</sup> juillet 2006 », Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, p. 673, § 804.

<sup>1262</sup> Cons. UE, régl. (UE) n° 1259/2010, 20 déc. 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps : *JOUE* n° L 343, 29 déc. 2010, p. 10. Et l'analyse proposée par Mme Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et la séparation de corps », *Rev. crit. DIP*, 2011. 291, spéc. n° 43.

<sup>1263</sup> « La répudiation non consentie par la femme heurte le sentiment élémentaire de l'égalité qui doit régner entre époux à l'égard du divorce, tant au point de vue du fond que de la procédure. Il serait exclu de l'entériner en France par application d'une loi étrangère (dans la mesure où une autorité publique est appelée à y intervenir). C'est donc à propos de répudiations intervenues à l'étranger que les tribunaux ont à en connaître... Sur le terrain de l'ordre public, la répudiation n'est pas repoussée lorsqu'elle est intervenue, en fait, du consentement des deux époux ou lorsque l'épouse y a acquiescé, ces deux hypothèses étant assimilables respectivement aux deux formes de divorce par consentement mutuel prévues par la loi française. Intervenue hors de ces cas, la répudiation (« unilatérale ») a donné lieu de la part de la Cour de cassation à des variations insolites », *Ibid.*, §816.

<sup>1264</sup> D. Sindres, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, 2012. 887, c'est nous que soulignons. Par dernier état nous faisons référence aux arrêts cités par l'auteur, n° 5 : « Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 févr. 2004 : *D.* 2004, p. 824, concl. F. Cavarroc. – P. Courbe, Le rejet des répudiations musulmanes : *D.* 2004, p. 815 ; *JDI* 2005, p. 1200, note L. Gannagé ; *Rev. Crit. DIP* 2004, p. 423, note. P. Hammje ; *JCP* 2004, II, 10128, note H. Fulchiron ; *Grands arrêts*, n° 64 » ; et n° 6 « Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 mai 2006 : *BCI* n° 224 ».

<sup>1265</sup> Pour l'évolution des solutions jurisprudentielles voir Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, p. 683, § 816.

<sup>1266</sup> D. Sindres, *Ibid.*, « L'ordre public de proximité serait-il en train de disparaître du paysage juridique français ? Tel est le sentiment que l'on peut éprouver à la suite de deux évolutions récentes du droit positif. La première résulte de l'adoption du règlement « Rome III » sur la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, dont l'article 10 condamne, sans condition de proximité, les lois n'accordant pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, un égal accès au divorce et à la séparation de corps. La seconde est le fruit

convaincante par l'argumentaire de l'auteur, elle l'est également par un phénomène qui mérite d'être identifié, celui du transfert des conditions.

**492. Le transfert de conditions.** En effet, l'évolution du droit positif permet d'observer un transfert des conditions, à partir du mécanisme d'exception d'ordre public vers la règle de conflit de lois, dès lors que la condition de protection des droits fondamentaux, mais aussi celle de la proximité, opèrent désormais au sein de cette dernière. Autrement dit, les conditions naguère exigées au déclenchement de l'exception, se retrouvent désormais transférées à l'application de la règle<sup>1267</sup>.

Le constat de cette évolution prend comme point de départ l'exemple de l'application de l'ancien régime suisse de séparation des biens et son évincement car contraire au principe d'égalité entre époux et sert à vérifier nos propos. Dans cette hypothèse on constatait les deux conditions au déclenchement du mécanisme : celle du respect des droits fondamentaux (l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit fut écartée, dès lors que son application était contraire au principe de l'égalité entre époux) et celle de la proximité (dès lors que l'épouse, sinon les époux étaient domiciliés sur le territoire français ou étaient de nationalité française). Il est fort à parier que le résultat d'un litige en ces termes, et découlant d'une situation de fait similaire, serait de nos jours susceptible de recevoir une solution très différente compte tenu de l'évolution du contexte législatif.

Le point d'arrivée dans l'évolution se constate au sein du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce et à la séparation des corps. Cet instrument dispose dans son article 10, que la loi du for s'applique lorsque la loi normalement applicable « n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce et à la séparation des corps ». Le but de la protection d'une valeur fondamentale, en l'espèce celle de l'égalité d'accès au divorce entre époux, est clairement affiché par le règlement et se rend possible par le biais d'une clause d'exception<sup>1268</sup>. Ainsi quant à la condition de protection de l'égalité entre époux, elle est désormais protégée par un critère de rattachement dérogatoire. À cet égard il a été affirmé que « la règle nouvelle permettra d'évincer toute loi discriminatoire,

---

d'un arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 octobre 2011, qui a opposé l'ordre public international à la loi ivoirienne dans la mesure où celle-ci privait un enfant né hors mariage du droit d'établir sa filiation paternelle : là encore, la mise à l'écart de la loi étrangère n'était pas fondée sur les liens entretenus par la situation avec l'ordre juridique français. Ces deux solutions prennent le contrepied de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, qui avait eu recours à l'ordre public de proximité au sujet des répudiations unilatérales et de l'établissement de la filiation ».

<sup>1267</sup> Phénomène qui s'accorde avec celui de la cristallisation des politiques législatives, voir *supra* §311-319.

<sup>1268</sup> *Rappr.* de l'analyse proposée par M. González Campos concernant la matérialisation de la localisation par la recherche d'un résultat, « Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé », *Recueil des cours*, 2000, vol. 287, spéc. §258 et s.

qui viendrait porter atteinte à l'égal accès des époux au divorce et à la séparation de corps, sans que cette éviction ne soit subordonnée à la moindre exigence de proximité »<sup>1269</sup>. Toutefois, avant de conclure à l'abandon de la condition de proximité un point mérite d'être soulevé.

**493.** Certes, concernant la condition de proximité l'observation du transfert s'avère plus délicate mais demeure possible. Un élément permet de conclure à un déplacement de la condition à partir du mécanisme d'exception vers la règle de conflit par un agencement des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions d'une finesse redoutable. Tout d'abord, il est nécessaire de constater que le choix de la loi applicable par les parties au divorce est désormais admis en son article 5<sup>1270</sup>, il s'agit là de l'innovation majeure du règlement<sup>1271</sup>. Dans l'hypothèse de choix des parties de la loi applicable au divorce ou la séparation des corps, on constate une possibilité de *choix limitée* à quatre lois possibles, les trois premières gardant une proximité avec la situation litigieuse, soit par le critère de la nationalité de l'une des parties, soit par le critère de la résidence habituelle, la dernière ouvrant la possibilité à la loi du for. Concernant cette liberté encadrée Mme Hammje affirme que « le but est de favoriser la prévisibilité et la sécurité juridique, tout en évitant le choix d'une loi « exotique », c'est-à-dire n'entretenant aucun lien avec la situation »<sup>1272</sup>. Comme l'exprime le considérant n° 16 du règlement, le choix des époux doit se porter sur la « loi d'un pays avec lequel ils ont des liens particuliers ». En effet, si l'on entend la proximité comme un lien entre la situation de fait et la loi qui est appelée à la régir, on retrouve la condition de proximité dans les lois susceptibles d'être appliquées. D'ailleurs, un rapprochement peut être fait avec la loi applicable à défaut de choix par les parties, question régie par l'article 8<sup>1273</sup> du règlement Rome III.

<sup>1269</sup> D. Sindres, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *op. cit.*

<sup>1270</sup> Article 5 « Choix de la loi applicable par les parties

1. Les époux peuvent convenir de désigner la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, pour autant qu'il s'agisse de l'une des lois suivantes :

a) la loi de l'État de la résidence habituelle des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou  
 b) la loi de l'État de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que l'un d'eux y réside encore au moment de la conclusion de la convention ; ou  
 c) la loi de l'État de la nationalité de l'un des époux au moment de la conclusion de la convention ; ou  
 d) la loi du for. [...] »

<sup>1271</sup> « L'innovation majeure du Règlement est sans nul doute l'introduction d'une véritable faculté pour les époux de choisir la loi applicable à leur divorce ou séparation des corps, mais aussi et surtout, d'avoir fait de ce choix la règle de principe, le rattachement objectif étant ravalé au rôle de règle subsidiaire », P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010... », *op. cit.*, n° 21.

<sup>1272</sup> P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010... », *op. cit.*, § 22. Nous n'aurons pas l'occasion de développer à ce sujet mais il est important de signaler qu'au sein de cet instrument l'autonomie des parties s'accompagne de la possibilité pour elles, si le for le permet, de recourir à un choix de loi procédural.

<sup>1273</sup> Article 8. « Loi applicable à défaut de choix par les parties.

À défaut de choix conformément à l'article 5, le divorce et la séparation de corps sont soumis à la loi de l'État :  
 a) de la résidence habituelle des époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,



Ensuite, il a pu être affirmé que la validation d'une loi étrangère - choisie ou désignée par la règle de conflit - au stade de la reconnaissance, que la protection du principe d'égalité entre époux devrait impliquer le refus pour l'ordre juridique français de reconnaître les répudiations unilatérales prononcées à l'étranger par le mari<sup>1274</sup>. Or, pour que la clause d'exception prévue à l'article 10 du règlement trouve son sens, c'est-à-dire que la loi du for soit appliquée, il est nécessaire que la compétence judiciaire indirecte soit accordée au juge de l'un des États participants. Ainsi, il nous semble que l'éviction de la loi étrangère discriminatoire au profit de la loi du for, n'est pas complètement affranchie de proximité, et ce malgré l'élargissement du domaine d'application spatial de l'instrument européen. Un degré, certes très faible, de rattachement est exigé dès lors que, les chefs de juridiction posés par le règlement Bruxelles II *bis* exigent que le demandeur, l'épouse en l'occurrence, installe sa résidence pendant un an dans l'un des États participants au règlement Rome III<sup>1275</sup>. La condition de proximité est réduite à un seuil minimal, celui de la résidence de la demanderesse pendant un an dans l'un des États participant au règlement Rome III, mais n'est pas totalement écartée.

Finalement, on signalera que la formulation de l'article 10 du règlement Rome III compte un avantage technique très important à nos yeux. Par cet article, une valeur essentielle au for, largement partagée par les États membres de l'Union européenne, est identifiée de manière précise (l'égalité entre époux), pour un ensemble de questions spécifiques, celles relatives au divorce et à la séparation des corps et le seuil de proximité, sensiblement affaibli, est de la même manière clairement établie.

**494.** Il est dès lors possible de conclure sur ce que les conditions de proximité et de protection des droits fondamentaux, analysées de concert dans la notion d'ordre public de proximité, se

---

b) de la dernière résidence habituelle des époux, pour autant que cette résidence n'ait pas pris fin plus d'un an avant la saisine de la juridiction et que l'un des époux réside encore dans cet État au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,

c) de la nationalité des deux époux au moment de la saisine de la juridiction ; ou, à défaut,

d) dont la juridiction est saisie ».

<sup>1274</sup> D. Sindres, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *op. cit.*, n° 19, « De la même manière, le principe d'égalité entre hommes et femmes devrait impliquer le refus pour l'ordre juridique français de reconnaître les répudiations unilatérales prononcées à l'étranger par le mari, sur le fondement d'une loi discriminatoire, y compris lorsqu'elles ont été entérinées par une décision étrangère et les époux ne sont ni français, ni domiciliés en France ».

<sup>1275</sup> « L'on notera que l'application de la loi du for bénéficie ici d'un fort rayonnement, en raison de l'absence de toute exigence de proximité, d'autant plus perturbant et signifiante que la compétence même du juge de l'État participant ne nécessite pas un fort lien du couple avec l'Union compte tenu des chefs de compétence posés par le règlement Bruxelles II *bis*. Ainsi, même des couples qui ne seraient pas ressortissants de l'Union, ni résidents dans l'Union pourraient se voir appliquer cette disposition. Il suffit que soit saisi le juge d'un État membre participant, ce qui suppose simplement que le demandeur (en l'occurrence l'épouse) y installe sa résidence pendant un an. Au-delà de ce que prévoient en général les droits nationaux exigeant des liens avec le for, l'égalité entre époux dans la dissolution du mariage se voit ainsi protégée dès lors qu'une juridiction « européenne » est saisie. L'on n'est pas loin d'une application directe et immédiate des droits fondamentaux, ici l'égalité entre époux dans l'accès à la dissolution du mariage », P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010... », *op. cit.*, § 43.

traduisent comme des affinements endogènes auxquels la doctrine a essayé de reconnaître un volet fonctionnel. Ces conditions ont été accentuées dans le raisonnement lors du déclenchement du mécanisme d'exception d'ordre public de manière variable. Le transfert de ces conditions vers la règle de conflit des lois aura par conséquence une diminution considérable du recours au mécanisme<sup>1276</sup>. Sans porter de jugement sur la pertinence de l'abandon de l'ordre public de proximité il est possible d'observer d'une part que, lorsque la doctrine constate la disparition de l'ordre public de proximité, il est fait référence expresse au délaissement de la condition de proximité et non à l'abandon du mécanisme d'exception d'ordre public en sa totalité. D'autre part, malgré les critiques<sup>1277</sup> la condition de proximité persiste et révèle un équilibre entre la règle de conflit et son mécanisme d'exception.

**495. Transition.** Ainsi, nous avons constaté que l'ordre public de proximité est né d'une hypertrophie des conditions pour le déclenchement du mécanisme traditionnel d'exception d'ordre public. Cependant, le tropisme de la condition de protection des droits fondamentaux a été plus profond et a abouti à l'idée d'un ordre public de rattachement, lequel mérite notre attention.

## *Section 2. L'ordre public de rattachement*

**496. Définition.** Cette fonction positive de l'ordre public demeura longtemps « parmi les zones d'ombre », comme l'affirmait, il y a plus de dix ans, Mme. Hammje<sup>1278</sup>. À défaut d'une

---

<sup>1276</sup> « Il reste que les cas d'intervention de l'exception d'ordre public se trouvent grandement amputés par l'existence parallèle de l'article 10, qui prend en charge spécifiquement l'atteinte à l'égalité entre époux dans l'accès au divorce, donc en particulier de la confrontation à des lois étrangères admettant la répudiation, de même que l'hypothèse des lois prohibitives du divorce », P. Hammje, « Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010... », *op. cit.*, § 45.

<sup>1277</sup> « L'essentiel, au fond, est ailleurs. Il réside dans le malaise que suscite l'existence même de ce « droit à l'indifférence », que s'octroie l'ordre juridique du for concernant des situations ne présentant pas avec lui la proximité requise. N'est-il pas paradoxal, en effet, d'admettre l'existence d'un tel droit à l'égard d'une solution que le for entérine et dont il reconnaît qu'elle puisse produire des effets dans son ressort, au besoin grâce à son appareil de contrainte ? Le simple fait qu'il soit amené à faire valoir, par l'entremise de ses juges et de ses organes de contrainte, son point de vue concret sur la situation ne devrait-il pas le priver de ce droit à l'indifférence dont l'ordre public de proximité constitue l'avatar ? », D. Sindres, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *op. cit.* Voir également la contribution et les débats à l'occasion de l'intervention de Mme Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Trav. com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 205 et s.

<sup>1278</sup> « Ce « mécanisme controversé » que l'on désigne sous le vocable d'ordre public de rattachement reste en effet une notion fuyante, envers laquelle l'internationaliste éprouve une réticence instinctive, tant elle semble opposée à la recherche d'une coordination harmonieuse des systèmes. Or curieusement, certaines évolutions récentes remettent à l'ordre du jour l'existence d'un tel ordre public de rattachement », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 153. Voir également D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé, Tome I, Partie générale*, PUF, 2017, n° 471, p. 557.

définition qui lui soit spécifique, la doctrine a identifié l'ordre public de rattachement par la fonction que celui-ci pourrait avoir. Le conditionnel de la phrase qui précède s'explique car la notion d'un ordre public de rattachement demeure une hypothèse, que nous essayerons de restituer par la suite.

497. Concernant la protection des droits fondamentaux par le biais de l'ordre public, une première opinion doctrinale admettait que celle-ci n'appellerait aucun traitement particulier<sup>1279</sup>. Hypothèse selon laquelle « la contrariété à l'ordre public devrait toujours être appréciée en fonction du seul résultat concret auquel conduit l'application de la norme étrangère dans l'hypothèse considérée »<sup>1280</sup>. Or, une autre proposition doctrinale, après avoir analysé l'intermède prônant l'assouplissement des conditions du déclenchement de l'exception d'ordre public devant les droits fondamentaux<sup>1281</sup>, a suggéré qu'une certaine évolution de l'ordre public de proximité pourrait conduire à l'admission de l'ordre public comme un critère de rattachement indépendant<sup>1282</sup>. L'origine de cette idée a été retracée chez Mancini qui voyait « dans l'ordre public un facteur autonome de rattachement, au même titre par exemple que la nationalité ou l'autonomie de volonté »<sup>1283</sup>. L'idée se trouvait également chez Pillet, bien que de manière nuancée, lorsque ce dernier considérait que le but de garantie sociale de certaines

<sup>1279</sup> « Comme le souligne M. Pierre Mayer, la Cour de cassation n'attachant aucune importance dans le jeu de l'exception d'ordre public au fait que le principe considéré ait « valeur constitutionnelle », il devrait en aller de même des droits fondamentaux issus d'instruments qui, dans les hiérarchies des sources formelles, sont situés à un niveau inférieur à la Constitution », Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », dans *Libertés et droits fondamentaux*, R. Cabrillac (dir.), Dalloz, 24<sup>ème</sup> éd., 2018, p. 152, n° 191. Voir P. Mayer, *Rev. crit. DIP* 1991. 663. Comp. P. Hammje, « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP* 1997.1.

<sup>1280</sup> Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 152, n° 191 ; voir aussi J. Foyer, « Droits internationaux de l'homme et ordre public international », *Mélanges R. Goy*, 1998, p. 333.

<sup>1281</sup> « Selon une autre opinion, le concept d'ordre public devrait être l'objet d'un « affinement » afin de « coller aux impératifs des normes fondamentales internationales ». Plus précisément, les conditions mises au déclenchement de l'exception d'ordre public international devraient être assouplies, la « supériorité » des principes fondamentaux commandant une application préférentielle de ceux-ci. En d'autres termes, l'exception d'ordre public devrait être entendue de façon plus sévère lorsqu'elle se propose de défendre les droits fondamentaux. » Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *Ibid.*

<sup>1282</sup> « La règle de conflit normalement applicable est donc mise à l'écart au profit d'une application directe de la loi française (loi nationale ou loi du domicile), au nom du respect des droits fondamentaux... Tout en se situant apparemment dans le cadre du jeu classique de l'exception d'ordre public, assortie d'un critère de proximité, ces décisions recèlent dans le même temps l'impression qu'il s'agit surtout d'imposer l'application des dispositions de la *lex fori* exprimant les valeurs fondamentales », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 158.

<sup>1283</sup> V. par exemple, Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, n° 380, p. 359. Mme Hammje prend le soin de rappeler la distinction : « ce n'est cependant pas cette acception de l'ordre public de rattachement qui nous retiendra ici. L'objectif est en effet de rechercher si une troisième voie d'intervention de l'ordre public ne se développe pas actuellement, voie médiane entre l'exception d'ordre public et lois de police. En d'autres termes, peut-on concevoir l'ordre public en tant que catégorie autonome de rattachement, justifiant la compétence générale et préférentielle de l'ordre juridique du for ? À la différence de l'exception d'ordre public, il ne s'agit pas d'un ordre public d'éviction, mais d'un ordre public positif de désignation ; à la différence d'une loi de police, ce n'est pas une 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. », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 154.

lois imposait leur application sur l'ensemble du territoire du for. En effet, l'idée de ces auteurs a été traduite dans le mécanisme de lois de police, lequel peut avoir comme nous l'avons constaté, un effet positif.

#### **498. La différence entre l'ordre public de rattachement et le mécanisme des lois de police.**

Toutefois, l'ordre public de rattachement se différencie de l'effet positif de l'ordre public tel qu'à l'œuvre dans le mécanisme des lois de police<sup>1284</sup>, en ce sens que la construction doctrinale de l'ordre public de rattachement<sup>1285</sup> conçoit l'ordre public comme une règle d'ampleur générale, avec la particularité d'être, sinon circonscrite, au moins fortement identifiée avec le domaine du statut personnel<sup>1286</sup>. C'est précisément dans ce domaine que l'intervention du mécanisme d'exception d'ordre public a subi « un net renforcement sous l'impulsion des droits fondamentaux »<sup>1287</sup> mais qui est désormais, affecté d'une ambiguïté méthodologique. En revanche, force est de constater que lorsqu'on songe à la possible manifestation d'un ordre public de rattachement en matière de contrats, les cas d'espèce sont visiblement réduits, voire inexistant.

**499.** L'idée de l'ordre public de rattachement a trouvé son paroxysme avec le développement des droits fondamentaux compte tenu de la « primauté matérielle » que l'opinion dominante s'accorde à leur reconnaître et qui « devrait, selon certains, conduire à leur attribuer une emprise beaucoup plus forte sur la vie internationale. Cette emprise se traduirait de manière différente selon que le juge du for applique directement et immédiatement les droits fondamentaux ou ne

<sup>1284</sup> Le rapprochement est souvent effectué, voir par exemple « opérant sans la médiation des règles ordinaires de conflits de lois, l'application des règles consacrant des droits fondamentaux s'effectuerait, selon un processus qui n'est pas sans rappeler celui des lois d'application immédiate », Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 149, n° 187.

<sup>1285</sup> Intéressante affirmation selon laquelle l'ordre public a « longtemps été perçu comme un facteur de rattachement » d'où « résultait une confusion entre l'ordre public interne et l'ordre public international », J. Guillaumé, « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », *op. cit.*, p. 297, n° 3, note en bas de page n° 11. Sur ce point, voir également F. X. Train et M. N. Jobard-Bachellier, V° « Ordre public international », *J. – Cl. Int.*, n° 5 s. ; et R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, T. Revet coord., Dalloz, 1996, p. 65, spéc. 65-67.

<sup>1286</sup> « L'émergence de cet ordre public de rattachement se rencontre avant tout dans le domaine du statut personnel, donc là où les spécificités des législations nationales demeurent les plus fortes. » P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 162.

<sup>1287</sup> *Ibid.*, p. 154. Notamment dans le contentieux des répudiations ou bien du mariage polygamique. À ce sujet, M. Mayer observe : « Tous les États tolèrent certaines entorses à l'ordre public international, lorsque la situation a été créée à l'étranger. Certains vont fort loin en ce sens : on sait que la polygamie est largement pratiquée en France, en toute licéité, lorsque les époux de religion musulmane ont contracté mariage à l'étranger ; même la répudiation est admise, pour peu que le mari prenne soin de se rendre à l'étranger pour la prononcer. Pourtant ces pratiques paraissent contraires à l'article 5 du Protocole n° 7, aux termes duquel « les époux jouissent de l'égalité de droits et de responsabilités [...] durant le mariage et lors de sa dissolution ». » <sup>1287</sup> P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit.* 1991. 652.

les envisage qu'«à travers l'exception d'ordre public international »<sup>1288</sup>. De cette primauté matérielle découlerait une application directe et immédiate des droits fondamentaux.<sup>1289</sup>

**500.** Au risque de tomber dans la répétition des développements précédents, on limitera nos observations concernant l'ordre public de rattachement à deux éléments : le résultat de la perturbation qui est assimilé à une ambiguïté méthodologique (§1) et le cadre institutionnel profitant à une telle ambiguïté (§2).

### § 1. L'ambiguïté méthodologique de l'ordre public de rattachement

**501.** Contrairement à l'exception d'ordre public qui se présente en complément de la règle de conflit bilatérale dont il vient corriger la neutralité, l'ordre public de rattachement agirait comme une règle subsidiaire en cas d'inadéquation de la principale<sup>1290</sup>. Cette conception comporte une ambiguïté méthodologique qu'il convient de déceler.

**502.** Il a été établi que le mécanisme d'exception d'ordre public répond à une logique particulière, laquelle respecte certaines conditions pour son déclenchement. Nous avons également constaté que la doctrine voit la possibilité d'un renfort de ce mécanisme. Le renforcement, relève d'un fondement à double volet : à la fois matériel et localisateur<sup>1291</sup>. Le fondement substantiel étant l'ensemble des droits fondamentaux, et le fondement localisateur se retrouvant dans l'existence d'un lien étroit entre la loi du for et la situation litigieuse.

**503.** Toutefois, une ambiguïté méthodologique émerge lorsque les auteurs affirment que cet ensemble de principes supérieurs, - droits fondamentaux ou autre dénomination quelconque -, comportent un « champ d'application spatial étendu, pouvant être différent de ce que postulerait

<sup>1288</sup> Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 149, n° 186.

<sup>1289</sup> « Dans les cas où le juge français est directement saisi d'une affaire, un courant doctrinal qui s'est concrétisé dans certaines décisions soutient que les dispositions constatant des droits fondamentaux devraient être appliquées directement et immédiatement par le juge du for aux situations présentant des éléments d'extranéité. », Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 149, n° 187. L'analyse proposée par l'auteur n'évoque pas précisément la notion d'ordre public de rattachement mais l'idée d'application directe et immédiate des droits fondamentaux en rappelant l'exemple de l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 14 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1995, 308 note Y. Lequette, concernant l'affaire du sexe dit « boiteux ». Or, le lien entre les idées mérite, à notre sens, d'être signalé. Dans cette affaire selon l'auteur « l'ordre public joue ici non plus comme un correctif mais comme circonstance de rattachement. En raisonnant comme si la situation était purement interne, une telle démarche revient à nier la différence entre les relations internationales et les relations purement internes », Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 150, n° 187.

<sup>1290</sup> « Détaché de la règle principale qu'il corrige, l'ordre public fonctionne de façon autonome, à partir de ce que réclament les exigences impératives du for. Ainsi, la consultation concrète du contenu du droit étranger ne semble plus essentielle. La principale nécessité tient au constat de l'inadéquation de la règle principale... » P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 161 ; l'auteur rappelle deux exemples dans lesquels à l'appui de son affirmation, c'est-à-dire des cas dans lesquels l'intervention de l'ordre public se mue en véritable règle de rattachement, il s'agit des arrêts : *Cressot*, Civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1987, *Rev. crit.* 1988, 540 note Y. Lequette ; *Clunet* 1988, 446 note Huet et l'arrêt *Fontaine*, Civ., 8 mars 1938, *Rev. crit.* 1938, 653 note H. Batiffol.

<sup>1291</sup> En ce sens P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 155.

une localisation de la situation selon les méthodes conflictuelles classiques »<sup>1292</sup>. Ainsi, le champ d'application spatial étendu des droits fondamentaux viendrait affiner le mécanisme traditionnel qui n'a pas, en soi, un champ d'application spatial mais respecte des conditions à son déclenchement. Pour ce qui concerne le rattachement ou la proximité entre la situation et le for, il a été préalablement établi qu'il s'agit d'une condition générale au déclenchement du mécanisme d'exception et non d'une particularité d'un ordre public de rattachement.

**504.** Le basculement vers l'ordre public de rattachement susceptible d'être compris comme un correctif, non à l'application d'une loi étrangère, mais à la règle de conflit du for, s'explique donc par une « mutation méthodologique »<sup>1293</sup> apportée par l'ordre public de proximité. L'addition d'un critère spatial conditionné à la proximité qui se traduit en la relativité de l'exception d'ordre public est une démarche bien connue en France<sup>1294</sup>.

**505.** On constate alors que l'hypothèse d'un ordre public de rattachement, concerne plus qu'une exception, une véritable règle de conflit, à caractère unilatérale<sup>1295</sup>. Ainsi il est possible d'affirmer que la spécificité de la méthode suivie par l'ordre public de rattachement effectue un renversement du mécanisme traditionnel : « de l'éviction pour contrariété aux droits fondamentaux, on semble être passé à une application directe de ceux-ci sous condition de proximité. Les différentes phases marquant traditionnellement le déclenchement de l'exception d'ordre public s'en trouvent modifiées »<sup>1296</sup>. Cependant, dans son analyse portant sur cette règle

---

<sup>1292</sup> « Ce double fondement commande alors la méthode employée. Sous couvert d'un appel à l'ordre public, c'est la compétence générale de l'ordre juridique du for qui est imposée *a priori*, à une situation qui aurait dû relever d'un ordre juridique étranger. On délaisse l'approche savignienne au profit d'une méthode de type statistique. A l'instar de la théorie des intérêts gouvernementaux, les intérêts d'ordre public du for – d'origine interne ou internationale – sont ici intégrés à une règle de rattachement de type unilatéraliste. D'un seuil de tolérance envers le droit étranger, l'ordre public devient le vecteur de l'impératif du for « pour aboutir à une meilleure définition de sa sphère d'efficacité ». », *Ibid.*

<sup>1293</sup> « Dans une première série d'hypothèses, le recours à l'ordre public de rattachement semble constituer un correctif à une règle existante : face à l'inadéquation de la règle de rattachement principale, l'ordre public justifierait la désignation à titre subsidiaire de l'ordre juridique du for pour régir une situation lui étant étroitement intégrée. Ce basculement de la classique exception d'ordre public vers un ordre public positif de rattachement trouve son illustration principale dans la « mutation méthodologique » qui affecte le recours à l'ordre public de proximité en jurisprudence française, spécialement lorsqu'il vient au service des droits fondamentaux. » P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 155. Voir également D. Bureau et H. Muir Watt, *op. cit.*, p. 471.

<sup>1294</sup> Mme Hammje constate le passage d'un stade initial dans lequel l'étroitesse de la situation avec le for constituait un critère de déclenchement de l'ordre public au stade où l'ordre public est vu comme un critère autonome de rattachement des droits fondamentaux. Ces constatations ont été possibles dans le cadre de décisions concernant le statut personnel. La variation est admise depuis l'arrêt *Rivière* : « En définitive, le recours à l'ordre public de proximité, en particulier lors de la reconnaissance en France de situations familiales créées à l'étranger, revient à ajouter au critère habituel de variation issu de l'arrêt *Rivière* un critère spatial qui vient le contredire : la création de la situation à l'étranger devient un critère inadéquat face à son intégration actuelle à la société française. Face à l'extranéité de valeurs, la distinction création/effets de situations n'est pas la seule pertinente. », P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 161.

<sup>1295</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>1296</sup> « Reposant sur une intervention unilatéraliste des droits fondamentaux, l'intervention de l'ordre public se détache alors du fonctionnement de la règle principale du for (...) La jurisprudence actuelle relative aux



de rattachement, Mme. Hammje adopte une réflexion nuancée compte tenu de l'insatisfaction d'adaptation de la règle de rattachement et du potentiel effet négatif que cette règle peut avoir dans les relations internationales.

**506.** La contrainte méthodologique s'explique par deux éléments : l'antagonisme entre les objectifs du droit international privé et ceux de la nouvelle appréhension des droits fondamentaux mais aussi par la contradiction entre le critère de proximité et la conception absolutiste des droits fondamentaux. D'une part concernant les objectifs, la démarche d'un ordre public de rattachement se trouverait à rebours de la discipline du droit international privé, telle qu'elle est conçue dans les systèmes de tradition civiliste, notamment les systèmes français et mexicain. Dans une discipline soucieuse du respect du pluralisme juridique, l'antagonisme semble moins important lorsque la réflexion se place sur des sujets du commerce international. En effet, une partie de la doctrine manifeste sa méfiance envers la consolidation d'un ordre public de rattachement qui pourrait altérer sensiblement la fonction traditionnelle de l'exception de l'ordre public mais aussi modifier la hiérarchie des objectifs de droit international privé<sup>1297</sup>. Ainsi le paroxysme de la protection des droits fondamentaux pourrait encourir dans la cristallisation en une véritable règle de droit international privé. D'autre part, l'articulation entre la condition de proximité et la défense des droits fondamentaux qui se veulent absolus, est une contradiction difficile à concilier. Comme Mme. Hammje l'observe, « l'absolutisme du principe semble en contradiction avec le relativisme de sa défense »<sup>1298</sup>. Toutefois comme nous l'avons constaté, il n'est point d'absolutisme même au sein d'un seul ordre juridique car les droits fondamentaux admettent des limites<sup>1299</sup>, c'est-à-dire l'opposition d'autres droits fondamentaux<sup>1300</sup>.

**507.** Un arrêt de la Cour de cassation a fourni l'occasion d'analyser la possible consolidation d'un ordre public de rattachement. Il s'agit de la décision rendue par la Chambre sociale dans

---

répudiations l'illustre très nettement, en confrontant le principe même d'une répudiation unilatérale à une égalité absolue entre époux. Ce raisonnement plus abstrait paraît alors indiquer que l'accent est d'avantage mis sur les valeurs fondamentales elles-mêmes, dont on cherche à mesurer le champ d'application, que sur un résultat, expression d'un seuil de tolérance à sauvegarder ». *Ibid.*, p. 159.

<sup>1297</sup> En ce sens, voir les explications de Mme. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 164.

<sup>1298</sup> *Ibid.*, p. 159 et « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP* 1997.1. Voir également L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP*, 2006-2008, Pedone, 2009, p. 205 ; L. d'Avout, Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, p. 169, n° 3 et les références citées.

<sup>1299</sup> C'est bien ce qui admet la jurisprudence mexicaine. « Limitations aux droits fondamentaux. Éléments dont le juge doit prendre en considération pour reconnaître leur validité. *Restricciones a los derechos fundamentales. Elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas validas*, Première Chambre, 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época*, México, Libro V, février 2010, Tome 1, p. 533, n° 160267 ». Arrêt étudié par M. Carbonell, *Derechos humanos en la Constitución mexicana*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>1300</sup> Voir nos développements sur le possible conflit des droits fondamentaux *supra* §384-390.

une affaire d'esclavage domestique<sup>1301</sup>. Les faits de l'espèce ayant été amplement repris par les commentateurs, nous nous bornerons à rappeler que le litige découlait d'une relation « contractuelle »<sup>1302</sup> pour laquelle aucun critère de rattachement pertinent permettait d'accorder la compétence de la loi française<sup>1303</sup>. Si la décision fut louée par la réponse qu'elle apporta au fond, la méthode employée souleva plusieurs questions.

On constate dans cette décision que l'ordre public fut employé afin de justifier la compétence des juridictions et de la loi française, pour sanctionner un état de servitude. En effet, les enjeux de l'arrêt étaient considérables<sup>1304</sup> puisque l'application de la règle de conflit de juridiction<sup>1305</sup> poussait à reconnaître la compétence des tribunaux du Nigeria, endroit où se trouvait le centre de gravité de la relation de travail, tandis que la règle de conflit de lois soumettait le contrat de travail à la loi du lieu d'exécution habituelle<sup>1306</sup>. Le juge du fond ont accordé la compétence de l'ordre juridique français, dans son double volet législatif et juridictionnel afin de sanctionner, non la contrariété de l'application de la loi étrangère à l'ordre public du for, mais le jeu normal des règles de conflit (de lois et de juridiction) du for.

---

<sup>1301</sup> L'arrêt *Moukarim* : Cass. Soc., 10 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10121, note S. Bollée ; *RDC* 2006. 1260, obs. P. Deumier ; *D.* 2006. 1400, obs. P. Guiomard ; *Rev. crit.* 2006. 856, note P. Hammje et E. Pataut ; *JDI* 2007. 531, note J.-M. Jacquet ; *D.* 2007. 1752, obs. Courbe. Il s'agit selon M. Bollée d'une « véritable curiosité du point de vue de la théorie du droit international privé ». Pour une synthèse de l'abolition de l'esclavage en France v. les commentaires de M. Kinsch sur l'affaire *Jean Boucaux*, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours*, 2005, t. 318, n° 136 ; « Vue sous l'angle du droit international privé, l'affaire *Jean Boucaux* est un cas classique d'éviction d'une loi étrangère (coloniale en l'espèce) en raison de son incompatibilité avec les droits de l'homme : comme l'ordre juridique français ne reconnaît pas la possession d'esclaves en France, le propriétaire perd ses droits et Jean Boucaux acquiert sa liberté ».

<sup>1302</sup> Les commentateurs retiennent à l'unisson qu'il est difficile d'appeler sous la dénomination de contrat. Pour nos développements sur cet arrêt voir *supra* § 82 et s.

<sup>1303</sup> Employeur britannique, employée nigérienne (22 ans) placée par sa famille, rémunération dérisoire (25 euros par mois), convention rédigée en anglais signée à Lagos (Nigeria) entre l'employeur et la famille, choix de loi nigérienne, le contrat fixait le lieu d'exécution habituel du travail au Nigeria, et l'une de ses clauses obligeait de suivre l'employeur à l'étranger, elle s'enfuit alors qu'elle séjourne en France, l'employeur invoque l'incompétence de juridictions françaises et conteste l'application de la loi française, compte tenu du lieu de signature du contrat, de la nationalité de son employée et du lieu d'exécution habituel du contrat.

<sup>1304</sup> L'importance de l'arrêt s'observe dans les moyens de sa diffusion (Cass. soc., 10 mai 2006, n° 03-46.593, FS P+R+B+I, *Epx Moukarim c/Isopéhi* : *Juris-Data* n° 2006-033408), mais aussi parce que la Cour se substitue aux motifs de la cour d'appel.

<sup>1305</sup> Règle prévue à l'article R. 517-1 du Code du travail. « Classiquement, la jurisprudence transpose en matière internationale les critères de compétence territoriale interne énoncés à l'article R. 517-1 du Code du travail, lesquels semblaient voués à rester inopérants si l'on considérait que la salariée travaillait bien de manière habituelle au domicile de son employeur. » *JCP* 2006. II. 10121, note S. Bollée. Intéressante l'affirmation de M. Bollée lorsqu'il affirme que le traitement fait par la Haute juridiction des dispositions de l'article L. 324-11-1 du Code du travail « conduit à traiter l'article L. 324-11-1 (et par renvoi l'article L. 325-10) comme une loi de police, en lui assignant un champ d'application spatial plus vaste que celui qui résulterait de la simple application de la règle de conflit bilatérale énoncée par l'article 6 de la Convention de Rome- cette dernière, en effet, ne donne pas compétence à la loi française toutes les fois qu'il arrive au salarié de travailler en France ».

<sup>1306</sup> Ou en l'absence d'un tel lieu, à celle du pays où se trouve l'établissement d'embauche. V. art. 6 Convention de Rome.

**508.** Une telle démarche fut critiquée par la doctrine<sup>1307</sup> et analysée sous plusieurs angles. Parmi ces différentes analyses, M. Bollée considère que la Cour de cassation a tout simplement consacré deux règles exceptionnelles au bénéfice du salarié engagé « sans manifestation personnelle de sa volonté et employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle »<sup>1308</sup>. La question de protection des droits fondamentaux était indirectement envisagée sous la perspective des obligations internationales de la France. Ces dernières imposeraient, en effet, l'éviction par son mécanisme d'ordre public, d'une loi étrangère qui permettrait une situation d'asservissement sans pour autant exiger l'application de ces règles à toute situation, même faiblement rattachée<sup>1309</sup>.

**509.** Le droit international privé, compte tenu des objectifs propres, a développé des mécanismes qui sont particuliers<sup>1310</sup> à la tâche de coordination entre systèmes. Les droits fondamentaux suivant une autre logique : celle de l'application universelle. Dans l'effort d'appréhension des droits fondamentaux par le droit international privé, il semble y avoir un chevauchement de méthodes qui se manifeste dans l'exemple de la jurisprudence citée.

**510.** On constate que l'emprise des droits fondamentaux s'est étendue aux mécanismes traditionnels de droit international privé. Désormais, il est possible d'appréhender les droits fondamentaux, soit comme une valeur assortie de sa propre méthode en droit interne, soit comme une composante d'une notion plus vaste, celle de l'ordre public international. Dans le

---

<sup>1307</sup> Nous limiterons nos exemples mais il demeure nécessaire d'illustrer ce point : « Bien sûr, il est toujours commode d'asseoir une innovation en la plaçant sous la bannière de ce terme passe-partout à la résonance solennelle, mais la fascination exercée par les mots n'est pas tout : elle est même une source d'égarement si ceux-ci ne sont l'écho d'aucune réalité. Admettre que le juge puisse neutraliser l'application de la loi française dans des cas où elle lui paraîtrait nocive ne reviendrait pas seulement à introduire une insécurité considérable, mais aussi à méconnaître ouvertement la séparation des pouvoirs... Il est vrai que cette dernière affirmation mériterait d'être nuancée, pour tenir compte du pouvoir reconnu au juge de sanctionner la primauté des normes de source internationale sur celles de source interne. Mais cette donnée ne permet nullement de justifier le bouleversement méthodologique introduit par l'arrêt. » V. *JCP* 2006. II. 10121, note S. Bollée

<sup>1308</sup> « 1° une règle de compétence juridictionnelle permettant audit salarié de saisir les juridictions françaises « si le litige présente un rattachement avec la France » ; 2° une règle de conflit de lois unilatérale s'énonçant ainsi : « la loi française est compétente si le litige présente un rattachement avec la France ». Apparentant la première règle avec la jurisprudence du risque de déni de justice. Plus intéressant à notre recherche est l'explication avancée lorsque l'auteur affirme « qu'il existe de fortes raisons de penser que le litige échappait, en réalité, à la Convention de Rome. Cette dernière ne s'applique en effet qu'aux situations *contractuelles*... », *Ibid.*

<sup>1309</sup> « À n'en pas douter, les obligations internationales de la France imposeraient l'éviction, par l'exception d'ordre public, d'une loi étrangère qui réagirait trop mollement à une situation d'asservissement ; en revanche, ces obligations ne commandent nullement que l'ordre juridique français applique de manière péremptoire les dispositions de son droit interne à toute situation en contact avec lui. La mise à l'écart des règles de droit international privé habituelles ne trouve donc là aucune explication probante. Si l'on reste sur le terrain de la hiérarchie des sources, il faut même relever que le procédé attire de graves objections dès lors qu'il est question de règles posées par une convention internationale : rejeter leur application pour contrariété à l'ordre public, c'est renier d'une bien curieuse manière les engagements internationaux de la France. En l'occurrence, la chambre sociale ne semble pas avoir fait grand cas du fait que la Convention de Rome, si elle permet d'opposer l'ordre public à l'application « d'une disposition de la loi désignée », ne prévoit pas l'éviction de ses propres règles de conflit... » *Ibid.*

<sup>1310</sup> Voir H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, repr. Dalloz 2002.

premier cas, l'application directe s'impose selon les mécanismes prévus par le for et pour son for interne, dans le deuxième le respect de la méthode conçue par le droit international privé s'impose. Ainsi, comme un auteur le releva, « le droit international privé a ses propres canons, notamment des méthodes de raisonnement, que les droits de l'homme et les systèmes juridictionnels institués pour leur protection, notamment à l'échelon supranational, pourraient venir remettre en cause »<sup>1311</sup>. En effet, la possibilité de cette remise en cause s'accroît avec le temps, raison pour laquelle il devient indispensable de s'intéresser à l'affinement du mécanisme traditionnel d'ordre public par les mécanismes propres aux droits fondamentaux.

**511.** Nous rappellerons la critique soulevée à l'encontre de la logique selon laquelle une loi étrangère doit être évincée dès lors qu'elle ne connaît pas un tel droit de l'homme en ce que cette analyse serait excessive et conduirait possiblement « au refoulement du droit étranger et à l'érection de cloisons hermétiques entre les ordres juridiques »<sup>1312</sup>. L'incidence de cette transformation est variable entre les systèmes juridiques français et mexicain compte tenu du cadre institutionnel et mérite d'être abordée.

## **§2. Le cadre institutionnel profitant à l'ambiguïté méthodologique**

**512.** La variable de l'incidence de l'ordre public de rattachement entre les systèmes juridiques français et mexicain s'explique, au moins en partie, par le cadre institutionnel permettant le recours au mécanisme d'exception d'ordre public. Ainsi, le raisonnement proposé par l'ordre public de rattachement montre une réelle incidence en droit français (A), tandis que le système juridique mexicain semble être acquitté (B).

---

<sup>1311</sup> L. d'Avout, Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé, *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, sous la direction de Edouard Dubout et Sébastien Touzé*, Pédone, p. 159-192, 2010. En droit de la famille le constat a été fait par Mme. L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes... », *Rev. crit. DIP* 2001.1.

<sup>1312</sup> Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 153, n° 192. M. Lequette ajoute que rien ne paraît l'imposer, « nombre de règles aujourd'hui couvertes par l'étiquette des droits de l'homme sont des créations totalement artificielles, commandées non par la nature de l'homme mais par le « prêt à penser » ambiant... Ainsi, parmi les droits qualifiés de fondamentaux, il en est qui ne présentent que fort peu ce caractère et dont la seule méconnaissance ne saurait sauf circonstances particulières, déclencher le jeu de l'exception d'ordre public. Aussi bien, a-t-il été souligné que « la prolifération des droits fondamentaux est telle qu'il devient urgent de repenser la définition d'un concept qui permet désormais de coiffer des droits individuels dont le caractère fondamental est pour le moins contestable ». » Voir aussi, L. Gannagé, « Le relativisme des droits de l'homme dans l'espace méditerranéen », *RID comp.* 2006. 101 s.

### A. L'incidence présente en droit français

**513. Exposition de l'incidence.** L'incidence de l'ordre public de rattachement démontre que l'emprise en tant que contenu n'est pas la seule que les droits fondamentaux ont exercé au sein du droit positif français. Comme nous l'avons observé, le développement de cet ensemble de prérogatives a abouti à un brouillage occasionné par les mécanismes d'application que lui sont propres. Cette veine d'analyse sera nourrie par l'étude ultérieure des affinements exogènes des mécanismes liés à l'ordre public ainsi, afin d'éviter des répétitions dépourvues d'utilité, les observations se limiteront, à ce stade, à poser les bases du raisonnement.

**514.** En droit français, il existe un élément d'affinement qui s'accroît lorsqu'on s'interroge sur le moyen de protection des droits fondamentaux, notamment à l'occasion de certaines décisions intégrant des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme au contenu de l'ordre public international. La formulation de la jurisprudence suggère « fortement un basculement vers une application immédiate des droits fondamentaux... (dès) lors que les personnes concernées « relèvent de la juridiction française », l'application des valeurs du for s'impose. L'ordre public remplit alors une fonction de désignation, non d'éviction »<sup>1313</sup>. Or, une contradiction se trouve en ce sens que les droits fondamentaux commanderaient leur application *immédiate* au sein d'un ensemble de valeurs pour lesquels la doctrine internationale privatiste a conçu une application *médiate* par voie d'exception.

**515. De l'effet horizontal des droits fondamentaux.** À cette contradiction il est nécessaire d'ajouter que la logique de départ pour la protection des droits fondamentaux, qu'ils découlent de la Constitution ou d'une convention internationale, était associée à un « effet vertical »<sup>1314</sup>, c'est-à-dire envisagés comme une protection face à l'État, qui doit veiller à ce que la législation n'introduise une atteinte aux droits des contractants<sup>1315</sup>. Or, l'expérience a démontré que cette protection s'avérait insuffisante puisque l'affront à l'ensemble de prérogatives pouvait aussi découler, dans une relation entre particuliers, des actions des particuliers mêmes. La protection insuffisante a animé donc les esprits leur permettant de préconiser une extension du champ d'application de la Convention européenne des droits de l'homme aux relations privées, non

<sup>1313</sup> P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », *op. cit.*, p. 159.

<sup>1314</sup> « Dotée d'un effet direct, la Convention européenne des droits de l'homme fait naître au profit des particuliers des prérogatives opposables à l'État. L'individu victime d'une atteinte aux droits et libertés garanties par la Convention peut demander une compensation financière à l'encontre d'une Haute partie contractante au nom de l'effet vertical de celle-ci. », S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 230.

<sup>1315</sup> Voir par exemple la Cour de cassation qui contrôle la vérification de la conformité du délai de l'ancien article 1648 du Code civil à l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 97 ; Civ 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, pourvoi n° 98-14.660.

sans s'heurter à des oppositions<sup>1316</sup>. Ainsi, la logique de l'effet vertical (État-particulier) a été doublée d'un effet horizontal<sup>1317</sup> (particulier-particulier), guidée par le sentiment que « les droits fondamentaux attachés à la personne ne peuvent varier selon que l'individu se place dans une relation privée ou dans un rapport public »<sup>1318</sup>. Traduite à la matière contractuelle cette évolution imposerait l'obligation des parties de ne pas porter atteinte contractuelle aux droits fondamentaux de l'individu.

Ainsi, l'effet horizontal imposerait à l'État l'obligation de ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux (obligation négative), mais également une obligation positive d'appliquer de mesures assurant le respect des droits fondamentaux. En ce sens, « l'État supporte donc la responsabilité internationale de prévenir les ingérences privées dans les droits fondamentaux du contractant. Les violations interindividuelles de la Convention européenne des droits de l'homme sont « imputées à l'État du chef de son abstention ». »<sup>1319</sup>.

**516.** Toutefois, lorsque la logique des droits fondamentaux se voit confrontée à celle du droit international privé, il est possible de se demander à quoi correspond l'effet vertical lors d'une violation des droits fondamentaux dans un litige contractuel international compte tenu du besoin de coordination des systèmes. On constate que l'hypothèse d'une atteinte aux droits fondamentaux *inter partes* dans un contrat interne implique que de l'ensemble des droits et obligations réciproques accordées entre les cocontractants émerge une violation à une prérogative fondamentale, ainsi par son effet horizontal, le juge judiciaire appliquera la Convention pour anéantir la clause ou le contrat attentatoire.

En revanche, l'hypothèse envisagée en droit international privé diffère puisque la justice conflictuelle cherche à valider l'application de la loi étrangère au contrat international et non le contenu du contrat. Ainsi, lorsque les droits fondamentaux sont appelés à justifier le déclenchement du mécanisme d'exception d'ordre public, ils le sont pour valider ou sanctionner l'application de la loi désignée comme compétente par la règle de conflit, même si cette application découle d'une clause de choix de loi, c'est-à-dire d'un critère subjectif de rattachement.

---

<sup>1316</sup> « L'extension du champ d'application de la Convention aux relations privées, idée étrangère à l'intention première des rédacteurs de ce texte, a suscité la réticence. L'intersubjectivité des droits fondamentaux s'est imposée difficilement », S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *op. cit.*, p. 230.

<sup>1317</sup> Ph. de Fontbressin, « L'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme et l'avenir du droit des obligations », in *Liber amicorum M.-A. Eissen*, Bruylant, LGDJ, 1995, p. 157.

<sup>1318</sup> *Ibid.* ; voir aussi J. Rivero, « La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées », in R. Cassin, *Amicorum discipulorumque liber*, Tome III, *La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées*, Paris, Pedone, 1969, p. 311 s.

<sup>1319</sup> S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *op. cit.*, p. 234.



**517. L'absence de compétence de la Cour européenne des droits de l'homme.** L'incidence en droit français s'explique par son cadre institutionnel puisque malgré l'admission de l'effet horizontal des droits fondamentaux, la Cour de Strasbourg n'a pas de compétence pour connaître des violations des droits fondamentaux entre particuliers et le contrôle se trouve abandonné aux juridictions nationales<sup>1320</sup>. Ainsi, en France la Cour de cassation a admis de sanctionner les atteintes contractuelles aux droits fondamentaux d'une partie<sup>1321</sup>. Cependant, cette sanction est limitée à un effet, identifié par la doctrine comme « élusif »<sup>1322</sup>, qui conduit à retirer au contrat la clause jugée attentatoire aux droits fondamentaux.

**518.** Pour compléter ces observations on rappellera qu'en France<sup>1323</sup>, la tâche du juge national s'avère des plus complexes puisqu'il est à la fois juge communautaire et doit sanctionner le respect des droits fondamentaux. Cependant, on observe que l'application médiate par voie d'exception des droits fondamentaux appartient à une juridiction civile non spécialisée dans la protection des droits fondamentaux et pour laquelle le raisonnement en termes de hiérarchie des normes n'est pas habituel. En effet, nous avons constaté que le mécanisme d'exception

<sup>1320</sup> « La Cour de Strasbourg, organe chargé de veiller au respect des droits énoncés par la Convention européenne des droits de l'homme, est incompétente pour connaître des requêtes dirigées contre une personne privée. Elle ne peut être saisie que pour constater une violation des dispositions de la Convention par une partie contractante, autrement dit un État. Cette restriction formulée par l'article 34 de la Convention ne constitue toutefois qu'une règle procédurale qui énonce les conditions de mise en œuvre de l'effet vertical de ce traité, elle n'exclut pas que la Convention puisse produire un effet horizontal direct. Si le principe d'une application de la Convention entre particuliers n'est pas rejeté, ce contrôle est abandonné aux juridictions nationales. », S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *op. cit.*, p. 236.

<sup>1321</sup> Voir par exemple dans un litige opposant un locataire et un bailleur la Cour de cassation a jugé que les clauses d'un contrat de bail ne peuvent « en vertu de l'article 8-1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avoir pour effet de priver le preneur de la possibilité d'héberger ses proches » Civ 3<sup>e</sup>, 6 mars 1996, *D.* 1997. Jur. 167, note B. de Lamy ; *RTD civ.* 1996. 1024, obs. J. -P. Marguénaud ; *Defrénois* 1996. 1432, obs. A. Bénabent. Également pour un litige concernant un contrat de travail comportant une clause de mobilité assortie d'une obligation de domiciliation v. Soc. 12 janv. 1999, *D.* 1999. Jur. 645, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly ; *JCP* 1999. I. 181, n° 3, obs. T. Lahalle ; *TPS* 1999. 96, obs. P.-Y. Verkindt. Voir aussi l'annulation par la Cour de cassation d'une clause dans un contrat de bail qui faisait obligation au preneur d'adhérer à une association de commerçants Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juin 2003, *D.* 2003. AJ. 1694, obs. Y. Rouquet ; *D.* 2004. Jur. 367, note C.-M. Benard ; *JCP* 2003. II, 1190, note F. Auque ; *JCP E* 2003. 2061, note M. Boutonnet ; *RDC* 2004. 2. 231, obs. J. Rochfeld.

<sup>1322</sup> Terme adopté pour distinguer d'un possible « effet additif » qui, au lieu d'enlever, ajouterait une obligation entre les parties. « Cet « effet additif » consisterait à imposer au contractant une obligation non prévue au contrat mais qui serait nécessaire au respect des droits fondamentaux de l'autre partie. La Convention européenne des droits de l'homme offrirait ainsi au juge un nouveau support pour découvrir des obligations contractuelles non formulées ; elle deviendrait un nouvel outil de « forçage » du contrat », S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *op. cit.*, p. 236-240. L'effet additif est refusé par la Cour de cassation v. Civ. 3<sup>e</sup>, 18 déc. 2002, *RTD civ.* 2003. 290, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD civ.* 2003. 383, obs. J.-P. Marguénaud ; *RTD civ.* 2003. 575, obs. R. Libchaber.

<sup>1323</sup> « Dans les pays voisins de la France, notamment en Allemagne et en Italie, la question fut vive – agitée par la doctrine et retraitée en jurisprudence – de savoir si la règle de droit international privé ne devrait pas être contrôlée au regard des droits fondamentaux constitutionnels. Ces pays s'étant précocement dotés d'un système juridictionnel de sanction des droits fondamentaux de la personne, ils furent naturellement précurseurs en Europe d'un contentieux nouveau de constitutionnalité du droit international privé », L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 159, n° 2.

d'ordre public effectue un contrôle du résultat de l'application d'une loi étrangère par l'application de la règle *lex specialis derogat legi generali*. En revanche, les droits fondamentaux, comme héritiers du *jus gentium* et comme la traduction d'un droit naturel moderne, comportent un contrôle établissant une hiérarchie des normes.

**519.** On comprend donc que pour une juridiction civile, la notion d'ordre public se présente comme le mécanisme permettant de « donner toute leur force aux droits fondamentaux dans leur confrontation avec les actes juridiques privés, ceux-ci sont traditionnellement rattachés à l'ordre public »<sup>1324</sup>. Cependant, cette solution a eu comme conséquence les brouillages préalablement décrits. Force est de constater que l'évolution des droits fondamentaux a eu une incidence réelle au sein du système juridique français, favorisée par le cadre institutionnel de recours au mécanisme d'exception d'ordre public. Il est désormais nécessaire de s'intéresser à l'exemple opposé, celui du défaut d'incidence en droit mexicain.

### **B. L'absence d'incidence en droit mexicain**

**520.** L'absence d'incidence des droits fondamentaux est pour le moins surprenante pour le juriste qui s'intéresse aux mécanismes liés à l'ordre public dans le droit international privé mexicain. Cependant, il est nécessaire de rappeler que dans le système juridique mexicain l'espace accordé au raisonnement conflictuel est considérablement réduit<sup>1325</sup>. Une telle observation se révèle essentielle puisque les conséquences de l'application du droit étranger sont directement liées. Ainsi, concernant l'organisation judiciaire au Mexique, il est nécessaire d'observer que ce système juridique prévoit des tribunaux spécialisés dans la protection des droits fondamentaux.

**521. La compétence des tribunaux fédéraux pour connaître des atteintes aux droits fondamentaux.** La République fédérale mexicaine ne dispose pas d'une Cour de cassation

<sup>1324</sup> S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *op. cit.*, p. 241. Voir également : B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », in 1804-2004 *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473, et J. Raynaud, *Les atteintes aux droits fondamentaux dans les actes juridiques privés*, préf. E. Garaud, PUAM, 2003, n° 90 qui relève que « cette approche tend à gommer la spécificité des droits fondamentaux, en privatisant les droits constitutionnels et en nationalisant les droits européens ».

<sup>1325</sup> Il est possible de se demander si une telle observation serait de nature à confirmer la crainte soulevée par M. Lequette selon laquelle l'impérialisme des droits fondamentaux au plan international « est de nature à réduire comme une « peau de chagrin », l'espace traditionnellement abandonné au jeu des conflits de lois » et si tel n'est pas la situation pour le système juridique mexicain. L'auteur affirme également que « tout étant potentiellement droits de l'homme et ceux-ci s'appliquant directement aux étrangers établis en France, les lois étrangères n'auraient plus lieu de jouer que de manière résiduelle dans les interstices non encore envahis par les juges européens. Les fruits d'un tel système pourraient bien être amers puisqu'ils conduisent à la ruine de l'effort que le droit international privé poursuit depuis plusieurs siècles pour assurer une plus grande continuité à la vie juridique des sujets de droit ». Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 190, n° 152.

comme la France ou d'autres pays culturellement proches comme la Colombie<sup>1326</sup>. En effet, un tel organe d'harmonisation ne peut pas avoir lieu dans un système juridique qui admet la souveraineté de ses États fédérés. Au Mexique, chacun des trente-deux États dispose d'un système juridique indépendant, notamment pour le droit privé. Toutefois, aucune règle n'impose que l'interprétation faite par les cours supérieures des États (deuxième instance) soient en harmonie avec les décisions prononcées dans d'autres États. Par exemple, le *Tribunal Superior* de l'État de Nuevo León ne s'intéresse pas aux arrêts décidés par le *Tribunal Superior* de l'État de San Luis Potosí. Ce manque d'harmonie est irrémédiable, dans une certaine mesure, car aucune cour supérieurement hiérarchique ne possède de compétence pour harmoniser l'interprétation de la loi, notamment en matière civile. Cette lecture, appliquée aux mécanismes porteurs d'ordre public, permettrait d'affirmer que ce sont les *Tribunales Superiores* des États fédéraux le mieux placés pour mettre en œuvre les mécanismes étudiés, mais malheureusement l'accès aux décisions de ses organes est très restreint. En revanche, le République mexicaine s'est doté d'une Cour constitutionnelle permettant d'assurer une harmonie des décisions mais agissant uniquement par des moyens propres d'un juge constitutionnel.

**522.** Dès lors, pour comprendre l'absence d'un affinement endogène substantiel en droit mexicain il est nécessaire de retenir deux éléments : premièrement, que l'ordre juridique mexicain par sa composition est privé d'une Cour de cassation ayant pour objectif d'harmoniser les décisions. Deuxièmement, que les tribunaux fédéraux ne sauront pas intervenir lors du litige qu'en cas de violation aux droits fondamentaux. La conséquence directe est l'incidence des mécanismes liés à l'ordre public par des affinements exogènes auxquels il est nécessaire de s'intéresser par la suite.

\*

\*       \*

**523. Conclusion au chapitre.** À la différence des affinements endogènes substantiels, les éléments étudiés dans ce chapitre ne sont pas assimilables à l'intégration de règles matérielles protégées par les mécanismes liés à l'ordre public. Avec l'analyse des affinements endogènes fonctionnels nos efforts cherchent à démontrer que les mécanismes liés à l'ordre public subissent l'influence d'une hypertrophie dans certaines de ces conditions, par exemple la

---

<sup>1326</sup> Il s'agit d'une Chambre de cassation civile au sein d'un Tribunal suprême.

condition du respect dû aux droits fondamentaux ou la condition de proximité. Cette incidence s'est avérée source de confusion lorsque le recours aux mécanismes est nécessaire, notamment pour le cas de l'exception d'ordre public. Nous avons affirmé que ces modalités, sans constituer de mécanismes à part entière, répondent à l'accentuation de certaines conditions dans le raisonnement déployé pour justifier le déclenchement de l'exception d'ordre public. Pour l'étude de ces notions, les regards de droit comparé ont été écartés d'emblée puisque l'ordre public de proximité et l'ordre public de rattachement sont des modalités inconnues du système juridique mexicain.

**524.** Il a été rappelé que l'intégration des droits fondamentaux comme *contenu* dans l'ensemble des valeurs protégées par l'exception d'ordre public pourrait ne pas avoir eu d'incidence majeure. En effet, cet ensemble de valeurs possède le double caractère d'être variable dans le temps et dans l'espace, s'accordant ainsi parfaitement avec le caractère de l'ordre public-*contenu* régi par un principe d'actualité. En revanche, c'est dans la portée accordée aux droits fondamentaux au sein du mécanisme d'exception d'ordre public que leur perturbation trouve son paroxysme. À défaut d'être considérés comme une catégorie, au sens du droit international privé, et faute d'accord sur le critère de rattachement correspondant, la doctrine se divise concernant l'affinement que les droits fondamentaux doivent avoir au sein de la logique conflictuelle. À notre sens l'affinement consiste à accentuer certaines conditions justifiant le déclenchement du mécanisme d'exception. Limiter l'affinement en ces termes permettrait d'expliquer pourquoi une même disposition étrangère peut, à la même époque, être déclarée tantôt contraire, tantôt conforme à l'ordre public du for. L'intérêt a donc été porté sur les notions d'ordre public de proximité et d'ordre public de rattachement.

**525.** La modalité de l'ordre public de proximité trouve son fondement dans l'arrêt *Fontaine* de 1938 et fût considérée comme la transposition en France de la théorie allemande d'*Inlandsbeziehung*. Sa particularité est l'emphase de deux éléments : la condition de proximité et la condition de protection des droits fondamentaux. Ainsi, il a été observé que la proximité, comprise comme le rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique avec lequel il présente les liens les plus étroits, exerce une influence non seulement dans les règles de conflit de lois mais aussi sur ses exceptions. Cette condition a été consolidée au sein du mécanisme d'exception d'ordre public et, plus récemment, élucidée dans le recours au mécanisme des lois de police. En effet, la proximité s'avère être un tempérament indispensable pour donner un caractère raisonnable au déclenchement du mécanisme d'éviction de la loi étrangère et éviter ainsi de tomber dans le cloisonnement des systèmes juridiques. Les exemples permettant d'illustrer l'accentuation de la condition de proximité se présentent, certes, en dehors de la

matière contractuelle mais s'avèrent utiles à la compréhension de l'affinement de manière générale. Il n'est nullement ignoré qu'une partie de la doctrine annonce l'abandon de cette condition en France par l'observation de certains arrêts récents de la Cour de cassation. Cette conclusion n'emporte pas notre entière conviction car, à notre sens, le fait pour la Haute cour de passer sous-silence la condition n'implique pas, nécessairement, l'abandon de la proximité pour le déclenchement du mécanisme d'exception. Si l'on entend la condition de proximité en termes de l'étroitesse de relation qui existe entre l'ordre juridique dans lequel les valeurs ont une emprise (élément de référence) et la situation litigieuse, dans les espèces étudiées la proximité demeure. La théorisation de l'ordre public de proximité a eu lieu dans de litiges concernant la protection des droits fondamentaux, de la présence des deux conditions la doctrine a déduit le besoin de renforcer l'intervention de l'ordre public, c'est bien la constatation d'un affinement.

Nous avons également fait état des critiques à l'hypertrophie des conditions au sein de l'ordre public de proximité, qui est à la fois taxé de discrimination et critiqué pour imposer une vision particulière à une échelle universelle. Ces critiques découlent, au moins en partie, d'un problème dans l'agencement des conditions, mais certaines évolutions présentent des alternatives intéressantes. L'affinement apporté par les conditions accentuées dans la modalité de l'ordre public de proximité méritent de se limiter à l'éclaircissement du fonctionnement du mécanisme sans modifier son fonctionnement. Or, il n'est point de refuser toute possible évolution mais bien de reconnaître que cette dernière doit se faire à pas mesurés comme il a été apprécié au sujet de l'égalité entre époux.

D'abord protégé par le mécanisme d'exception d'ordre public, le droit fondamental de l'égalité entre époux reçoit désormais une protection par un critère de rattachement dérogatoire de la règle de conflit dans l'article 10 du règlement Rome III. Nous avons affirmé que cette protection manifeste le transfert des conditions, à partir du mécanisme d'exception vers la règle de conflit de lois, dès lors que la condition de protection des droits fondamentaux, mais aussi celle de la proximité, opèrent désormais au sein de cette dernière. L'évolution dans cet instrument représente une alternative bien plus mesurée aux vœux de la doctrine qui cherchaient par le passé à ériger l'ordre public comme une catégorie de rattachement et qui proposent de faire de même aujourd'hui avec les droits fondamentaux. La formulation de l'article 10 du règlement Rome III compte un avantage technique très important à nos yeux. Par cet article, une valeur essentielle au for, largement partagée par les États membres de l'Union européenne, est identifiée de manière précise (l'égalité entre époux), pour un ensemble de questions spécifiques, celles relatives au divorce et à la séparation des corps et le seuil de proximité, sensiblement

affaibli, est de la même manière clairement établie. Ainsi, nous avons constaté que l'ordre public de proximité est né d'une hypertrophie des conditions pour le déclenchement du mécanisme traditionnel d'exception d'ordre public. Cependant, le tropisme de la condition de protection des droits fondamentaux a été plus profond et a abouti à l'idée d'un ordre public de rattachement, lequel a mérité notre attention.

**526.** Pour le cas de l'ordre public de rattachement, nous avons observé qu'une partie de la doctrine considère que l'accentuation de deux conditions, celle de la proximité et du respect dû aux droits fondamentaux, conduit nécessairement à l'évolution du mécanisme d'exception d'ordre public. Ainsi, il a été suggéré l'admission de l'ordre public comme un critère de rattachement indépendant au même titre que la nationalité ou l'autonomie de la volonté, par exemple. Cette première proposition a été traduite ensuite par la notion d'ordre public de rattachement qui conçoit l'ordre public comme une règle générale, avec la particularité d'être, sinon circonscrite au moins fortement identifiée avec le domaine du statut personnel. Cependant, la théorie de l'ordre public de rattachement est entachée d'une ambiguïté méthodologique importante, nourrie par un cadre institutionnel à son profit, qui n'a pas pu être surmontée.

Nous adhérons volontiers à l'idée selon laquelle les droits fondamentaux méritent, en droit international privé, de respecter le schéma traditionnel selon lequel le motif retenu pour l'éviction de la loi étrangère est la violation des droits fondamentaux mais toujours en respect du mécanisme prévu pour leur protection, c'est-à-dire de l'exception d'ordre public. Autrement dit, l'affinement apporté par les conditions est limité et ne justifie pas de l'évolution dans la fonction du mécanisme. Un raisonnement de l'ordre public comme un critère général et positif de rattachement nous semble se trouver à rebours de l'évolution en droit positif, en ce qui concerne la règle de conflit pour les contrats internationaux. Elle risque de se confondre avec un territorialisme, ou avec un fort unilatéralisme, et se heurter à la sécurité juridique tant cherchée par les parties en matière contractuelle. Cette crainte se confirme par l'observation en parallèle des systèmes juridiques français et mexicain que nous développerons avec les affinements exogènes.

**527. Conclusion au titre.** Les grandes matrices constituées par les mécanismes d'exception d'ordre public et des lois de police ont subi l'incidence de certaines évolutions depuis leur identification. Un nombre de ces affinements s'observent à l'intérieur des mécanismes liés à l'ordre public dans l'opération de sélection de la loi applicable au contrat international, et peuvent être catégorisés comme des affinements endogènes. En effet, le raisonnement



permettant de déclencher ces mécanismes a abouti à une maturation, grâce à des éléments internes qui révèlent la dynamique que caractérise l'ordre public en droit international privé des contrats.

**528.** Ainsi nous avons concentré nos efforts dans un premier temps, à la saisine des évolutions endogènes illustrées par l'adoption de règles matérielles comme faisant partie de l'ordre public, notamment les droits fondamentaux et les dispositions matérielles protectrices des parties faibles. Ces éléments que nous avons étudiés sous la catégorie d'affinements endogènes substantiels se sont introduits de manière progressive dans le contenu de la notion d'ordre public et se consolident désormais.

Leur incidence demeure limitée en ce sens que les droits fondamentaux sont venus consolider la notion des valeurs dotées d'un degré d'importance considérable dans le for. Malgré leur évolution, les droits fondamentaux se caractérisent pour être, encore aujourd'hui, essentiellement indéterminables, montrant ainsi une perméabilité avec la notion d'ordre public en droit international privé. De la sorte, l'exception d'ordre public, considérée comme leur « véhicule historique », s'est avérée comme le mécanisme idéal pour la protection des droits fondamentaux en la matière. Cette observation a pu être vérifiée dans le système juridique français de longue date, tandis que pour le système mexicain elle reste une hypothèse fortement envisageable. En revanche, nous avons écarté l'affinement produit par les droits fondamentaux sur le mécanisme des lois de police compte tenu du risque de revenir à la confusion entre la protection des valeurs et politiques législatives, ces dernières étant spécifiques au mécanisme des lois de police. À ce stade du raisonnement, l'affinement par consolidation du contenu apportée par les droits fondamentaux demeure cantonnée au fonctionnement normal du mécanisme.

Quant à la protection de la partie faible, nous avons observé la forte incidence de cet objectif en droit international privé des contrats, qui s'explique comme contrepoids nécessaire au principe d'autonomie de la volonté susceptible de profiter au déséquilibre par la désignation d'une loi favorable à la partie en position de force. La notion de partie faible manquant de définition précise est affectée d'une forte hétérogénéité, ainsi la protection de la partie faible en droit international privé a affiné les mécanismes liés à l'ordre public grâce à deux procédés différents : par la limitation de la règle générale d'autonomie et par l'addition au contenu de l'ordre public. L'étude nous a amené à comparer, entre les systèmes juridiques français et mexicain, les procédés de protection des catégories pour lesquelles le règlement Rome I a instauré des régimes conflictuels dérogatoires, à savoir, le salarié, le consommateur et l'assuré. Or, comme nous l'avons observé la protection des parties faibles ne se limite pas aux cas

nominatifs précités, et les lois de police sont susceptibles de venir perturber le jeu des règles de conflit applicables aux contrats non spécifiquement reconnus par le règlement Rome I comme comportant une partie faible, par exemple dans les cas du sous-traitant et de l'agent commercial. Dans ces hypothèses, l'extension de la notion d'ordre public présentait des avantages s'agissant de catégories moins homogènes que le salarié ou le consommateur.

Les affinements endogènes substantiels ont consolidé des valeurs ou des objectifs dans la logique traditionnelle du droit international privé. La protection ponctuelle et circonstanciée de ces valeurs et intérêts est possible, sans incidence majeure par l'intervention des mécanismes liés à l'ordre public. Or, il est d'autres affinements endogènes qui semblent altérer le fonctionnement des mécanismes.

**529.** Ainsi, nous nous sommes intéressés dans un second temps aux affinements endogènes fonctionnels. Nos efforts ont cherché à démontrer que les mécanismes liés à l'ordre public subissent l'influence d'une hypertrophie dans certaines de ces conditions, notamment la condition du respect dû aux droits fondamentaux ou la condition de proximité. Cette incidence a donné lieu en doctrine au foisonnement des mécanismes. Nous avons affirmé que ces modalités, sans constituer des mécanismes à part entière, répondent à l'accentuation de certaines conditions dans le raisonnement déployé pour justifier le déclenchement de l'exception d'ordre public. Pour l'étude de ces notions les regards de droit comparé ont été écartés puisque l'ordre public de proximité et l'ordre public de rattachement sont des modalités inconnues du système juridique mexicain. À notre sens l'affinement apporté par l'ordre public de proximité et l'ordre public de rattachement consiste à accentuer certaines conditions justifiant le déclenchement du mécanisme d'exception.

Les conditions accentuées sont la proximité et le respect dû aux droits fondamentaux. Ainsi, il a été observé que la proximité, comprise comme le rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique avec lequel il présente les liens les plus étroits, exerce une influence non seulement dans les règles de conflit de lois mais aussi sur ses exceptions. Cette condition a été consolidée au sein du mécanisme d'exception d'ordre public et, plus récemment, élucidée dans le recours au mécanisme des lois de police. En effet, la proximité s'avère comme un tempérament indispensable pour donner un caractère raisonnable au déclenchement du mécanisme d'éviction de la loi étrangère et éviter ainsi de tomber dans le cloisonnement des systèmes juridiques. La théorisation de l'ordre public de proximité a eu lieu dans de litiges concernant la protection des droits fondamentaux, de la présence des deux conditions la doctrine a déduit le besoin de renforcer l'intervention de l'ordre public, c'est bien la constatation d'un affinement. L'affinement apporté par les conditions accentuées dans la modalité de l'ordre public de

proximité méritent de se limiter à l'éclaircissement du fonctionnement du mécanisme sans modifier son fonctionnement.

Pour le cas de l'ordre public de rattachement, nous avons observé qu'une partie de la doctrine considère que l'accentuation de deux conditions, celle de la proximité et du respect dû aux droits fondamentaux, conduit nécessairement à l'évolution du mécanisme d'exception d'ordre public. Cependant, la théorie de l'ordre public de rattachement est entachée d'une ambiguïté méthodologique importante, nourrie par un cadre institutionnel à son profit, qui n'a pas pu être surmontée.

**530.** Nous adhérons volontiers à l'idée selon laquelle les droits fondamentaux méritent, en droit international privé, de respecter le schéma traditionnel selon lequel le motif retenu pour l'éviction de la loi étrangère est la violation des droits fondamentaux mais toujours en respect du mécanisme prévu pour leur protection, c'est-à-dire de l'exception d'ordre public. Autrement dit, l'affinement apporté par les conditions est limité et ne justifie pas de l'évolution dans la fonction du mécanisme. La démarche contraire risque de se confondre avec un territorialisme, ou avec un fort unilatéralisme, et se heurter à la sécurité juridique tant cherchée par les parties en matière contractuelle. Cette crainte se confirme par l'observation en parallèle des systèmes juridiques français et mexicain que nous développerons avec les affinements exogènes.

## Titre II

### Les affinements exogènes

**531.** Comme nous l'avons précédemment évoqué, l'agencement proposé entre affinements endogènes et affinements exogènes répond à un objectif didactique. En effet, la doctrine n'a pas manqué de signaler et traiter les évolutions en droit international privé et avertit que « tout en restant la méthode prédominante de traitement des relations privées internationales, la méthode des conflits de lois est altérée par de nouveaux procédés qui se développent en son sein... voire refoulée dans certains domaines par des procédés concurrents »<sup>1327</sup>. Dans la même veine de raisonnement, il nous est apparu que certains procédés viennent affiner, non seulement la règle de conflit de lois, mais également les exceptions apportées par les mécanismes liés à l'ordre public. Leur analyse révèle que ces affinements partagent un trait en commun : il s'agit de dispositifs de contrôle de la loi<sup>1328</sup>. Cette observation aura toute son importance dans la suite de notre réflexion et le contexte dans lequel elle prend place doit être rappelé, l'observation de la possible concurrence d'autres mécanismes avec ceux liés à l'ordre public se développe dans le cadre d'une étude comparative<sup>1329</sup>.

**532.** Les mécanismes perturbateurs de la règle de conflit qui ont été analysés sont, foncièrement, des mécanismes de régularité de la règle<sup>1330</sup> ; de son contenu, concernant l'exception d'ordre public<sup>1331</sup>, ou de son critère de rattachement, concernant le mécanisme des lois de police. Nous essayerons de démontrer dans les chapitres à suivre que lorsque les mécanismes de régularité de la loi étrangère, par le biais des règles de droit international privé sont déclenchés, le

---

<sup>1327</sup> Y. Lequette, « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *Recueil des cours*, 2016, t. 387, p. 24, n° 2. L'affirmation de M. Lequette prend place dans l'analyse de l'érosion du paradigme conflictuel.

<sup>1328</sup> Mme. Deumier en analysant la différence entre les types de règles, dans sa section dédiée à l'organisation des normes à l'intérieur d'un système, distingue les règles substantielles et les règles structurelles, (V. P. Deumier, Introduction générale au droit, *op. cit.*, p. 138, n° 150). Dans ce dernier groupe l'auteure range les règles de conflit : « D'autres normes enfin constituent le pan entier des règles de combinaison de normes dont l'unique objet est de désigner la norme applicable quand sont en concurrence, par exemple, une loi ancienne et une loi nouvelle (art. 2 du Code civil), une loi française et une loi étrangère (art. 3 du Code civil), une loi française et une convention internationale (art. 55 de la Constitution) ».

<sup>1329</sup> Il ne s'agit point, dans le cadre limité de cette étude, de prendre position sur le devenir du paradigme conflictuel. Pour une analyse de la concurrence entre mécanismes, notamment avec celui de la méthode de la reconnaissance voir. P. Lagarde, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? », *Recueil des cours*, 2005, t. 371, p. 19-42.

<sup>1330</sup> De mécanismes qui répondent chacun à des conditions et avec des effets différents mais tous les deux suivant la logique attachée à la protection de l'ordre public international du for.

<sup>1331</sup> P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *Recueil des cours*, Vol. 371, 2014.

raisonnement spécifique à d'autres méthodes de contrôle de la loi est susceptible d'affiner leur mise en œuvre. Alors, deux options se présentent : soit le raisonnement de ces mécanismes de contrôle vient compléter celui des mécanismes liés à l'ordre public en permettant d'effectuer un affinement par complément ; soit il s'avère être un raisonnement concurrent, conduisant à un affinement par retranchement. L'intérêt de cette identification se manifeste au regard de la question de la sécurité juridique<sup>1332</sup> dans le conflit de lois en matière contractuelle. Identifier les différents raisonnements susceptibles d'intervenir lors de l'opération de sélection de la loi applicable au contrat international permettra alors de mieux prévoir son résultat.

**533.** Ainsi, on a pu établir que les mécanismes de droit international privé liés à l'ordre public subissent des affinements dans le cadre de leur mise en œuvre, il est désormais nécessaire d'étudier d'autres éléments plus distants sans pour autant être moins forts<sup>1333</sup>. Il s'agit des mécanismes conçus en droit interne qui semblent pouvoir concurrencer, dans une certaine mesure, la logique des mécanismes de droit international privé<sup>1334</sup>. Les affinements exogènes que nous étudierons par la suite retiennent un élément de référence à partir duquel une hiérarchie entre les règles est établie, par conséquent un système de validation des normes hiérarchiquement inférieures par rapport à des normes hiérarchiquement supérieures est alors mis à l'œuvre. La doctrine a naguère constaté l'influence exercée par les systèmes de validation hiérarchisés en droit international privé. Comme Léna Gannagé l'a clairement formulé : « pour peu [...] que la norme supérieure ne soit animée d'aucune préoccupation d'ordre méthodologique, elle risque de refouler en conséquence des méthodes de réglementation, spécialement adaptées au traitement des rapports internationaux, mais portées par des sources inférieures et affectées inévitablement d'une certaine subsidiarité »<sup>1335</sup>. On constate en parallèle

---

<sup>1332</sup> Comme l'exprimait l'Institut de droit international, dès la Session de Paris en 1910, par la voix de son rapporteur général, « l'Institut exprime le vœu que, pour éviter l'incertitude qui prête à l'arbitraire du juge et compromet, par cela même, l'intérêt des particuliers, chaque législation détermine avec toute la précision possible, celles de ses dispositions qui ne seront jamais écartées par une loi étrangère, quand même celle-ci paraîtrait compétente pour régler le rapport de droit envisagé ».

<sup>1333</sup> L'analyse effectuée par M. Marzal (La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé –de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et lois de police, *Arch. Phil. Droit* 58, 2015, 241-252), nous renvoie à l'idée d'une perturbation exogène par une sorte de force de gravité.

<sup>1334</sup> « Certes, ce sont en premier lieu les internationalistes qui, depuis longtemps, se sont occupés des problèmes concernant l'application des lois étrangères, ce qui, du reste, n'est que trop compréhensible. Car, dans ce cas-là, la plupart du temps, c'est une règle de conflit, une règle de D.I.P., qui, en soumettant une question déterminée à une loi étrangère, oblige le juge de prendre en considération cette loi au lieu de celle édictée par le législateur du for. Cette application elle-même fait surgir des problèmes qui ne se posent pas, ou ne se posent pas de la même façon dans les cas réguliers où le juge applique son propre droit au litige dont il est saisi. », H. Lewald, « Le contrôle des cours suprêmes sur l'application des lois étrangères », *Recueil des cours*, Vol. 57, 1936, p. 205.

<sup>1335</sup> L. Gannagé, « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes... », *Rev. crit. DIP* 2001.1, spéc. p. 7, l'auteur affirme ensuite : « La prolifération aux échelons les plus élevés de la pyramide d'un nombre impressionnant de normes à portée très générale, comme les droits fondamentaux, les principes constitutionnels ou encore les libertés du droit communautaire montre que de telles appréhensions ne sont pas hypothétiques. La

que ces normes supérieures sont accompagnées de mécanismes d'application, lesquels affirment leur place dans le raisonnement juridique contemporain. Tel est le cas des contrôles dits de *constitutionnalité* et de *conventionnalité*<sup>1336</sup>, laissant apparaître un domaine à explorer dans la relation que ceux-ci entretiennent avec les mécanismes liés à l'ordre public<sup>1337</sup>. Nous nous intéresserons successivement donc au contrôle de constitutionnalité (Chapitre 1) et au contrôle de conventionnalité (Chapitre 2).

---

primauté dont bénéficient ces règles de droit leur confère une emprise inévitable sur le règlement du conflit de lois alors même que leur teneur méthodologique est pour le moins incertain ». V. également, « La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – étude de droit international privé de la famille », Préf. Yves Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé t. 353, 2001.

<sup>1336</sup> Ces deux notions ont été réunies sous l'étiquette de la « supralégalité », V. P. de Vareilles-Sommières, « Le conflit hiérarchique étranger des normes devant le juge judiciaire français. Application à la constitutionnalité et à la conventionnalité de la loi étrangère », dans *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger*, Société de Législation Comparée, Collection colloques, Vol. 34, 2016. D'autre part, M. Boudon nous rappelle que « le terme « contrôle » suppose une confrontation entre deux normes juridiques mais les deux expressions ne renseignent que sur *un* versant du contrôle, ce qu'il est convenu d'appeler les normes de contrôle ou les normes de référence. Il s'agit dans un cas de la Constitution et dans l'autre cas des conventions internationales », J. Boudon, « Contrôle de constitutionnalité, contrôle de conventionnalité, et la figure de l'altérité », *ibid.*, p. 37.

<sup>1337</sup> Plus précisément, participer à la continuation de cette exploration. Voir par ex. H. Fulchiron, « Le droit étranger à l'épreuve de la Constitution française et des conventions internationales liant l'ordre juridique français », dans *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger*, G. Cerqueira et N. Nord (dir.), Société de législation comparée, Collection colloques, vol. 34, 2016, p. 63 et s.



## Chapitre 1 - Le contrôle de constitutionnalité

**534. Observations liminaires.** La doctrine s'est interrogée sur la possibilité ou l'utilité pour le juge de contrôler les normes relevant de son for par le biais des mécanismes de droit international privé<sup>1338</sup> ; autrement dit, « de soumettre les normes nationales au crible de l'exception d'ordre public et du mécanisme des lois de police »<sup>1339</sup>. À l'occasion, le manque de pertinence de ce procédé fut constaté s'expliquant « non pas tant par une impossibilité logique de se livrer à un tel exercice » mais « par des raisons hautement politiques qui sont la traduction de l'organisation étatique que l'on souhaite établir »<sup>1340</sup>. Il est donc peu contesté que la spécificité du contrôle effectué par les mécanismes liés à l'ordre public est bien celle de l'application de la loi dans des situations affectées par un élément d'extranéité.

**535.** Une autre distinction doit être esquissée à titre liminaire puisque le contentieux de la constitutionnalité, et parallèlement, celui de la conventionnalité, admettent deux variables. La première, est celle du *contrôle de la règle de conflit de lois du for* vis-à-vis de la Constitution ou d'une convention internationale<sup>1341</sup> ; la deuxième, est celle du *contrôle d'une loi étrangère*, désignée par la règle de conflit de lois, par rapport à un instrument du for hiérarchiquement

<sup>1338</sup> Voir. B. Remy, L'exception d'ordre public...*op. cit.*, n° 605 et s.

<sup>1339</sup> *Ibid.*, n° 603.

<sup>1340</sup> *Ibid.*

<sup>1341</sup> Pour une analyse du contrôle de la compatibilité des règles de conflit de lois avec les droits fondamentaux voir Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, dans Libertés et Droits Fondamentaux, 2018, spéc. p. 139, n° 175 et s. ; M. Lequette rappelle que compte tenu de la neutralité de la règle de conflit de lois, l'opinion longtemps majoritaire soutenait l'impossibilité des règles de conflit (à l'exception des règles à coloration matérielle) de contrevenir à l'essence des droits fondamentaux. Or, cette analyse a été remise en cause en Europe par la jurisprudence du tribunal constitutionnel fédéral allemand, suivi par la Cour constitutionnelle italienne, qui ont admis « le principe de la confrontation de l'ensemble des règles de droit international privé, y compris donc les règles des conflits de lois, aux exigences du droit constitutionnel ». À cet égard on notera que, à l'argument selon lequel « la valeur éminente des droits fondamentaux veut que ceux-ci règnent sans partage sur toutes les règles, y compris les règles de conflit », s'adhère l'élément d'hégémonie de la constitution sur tout le système juridique. En ce sens, nous compatissons avec l'argument selon lequel « ce contentieux de constitutionnalité, ou parallèlement de la conventionnalité, des règles de droit international privé ne présente pas de spécificité notable par rapport à toute autre matière de droit interne. La règle de droit commercial, celle de droit pénal, comme celle de droit de la nationalité ou de droit des conflits de lois, se doivent – à raison de l'unité et de la cohérence de l'ordre juridique français – de n'être pas contraires aux droits fondamentaux de valeur juridique formellement supérieure », L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », dans *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, E. Dubout et S. Touzé (dir.) Pédone, 2010, p. 167, n° 2. Le contentieux de constitutionnalité et de conventionnalité en principe relevé d'un conflit de normes hiérarchisées au sein d'un même système juridique, appartenant donc au droit interne. Dans cette veine se range, par exemple, le contrôle des privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du Code civil français mesurés au principe de l'égalité processuelle (Civ. 1<sup>re</sup> 30 mars 2004, *Rev. crit. DIP* 2005.89 note L. Sinopoli). Par ailleurs, M. Lequette observe que « ce renversement des analyses est, pour l'instant, resté sans conséquence sur le droit international privé français. Des recherches doctrinales ont certes été conduites. Mais aucune décision n'a encore écarté une règle de conflit de lois française au motif qu'elle serait contraire à un droit fondamental ». Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.* p. 141, n° 179.

supérieur, c'est-à-dire la constitution ou une convention internationale<sup>1342</sup>. C'est seulement ce dernier type de contrôle qui nous intéressera par la suite en raison des difficultés que celui-ci soulève<sup>1343</sup> en droit international privé. Le sujet, tel que nous avons choisi de le traiter, s'appréhende donc « après le fonctionnement de la règle de conflit ayant prescrit l'application d'un droit étranger »<sup>1344</sup>. Plus spécifiquement, le seul type de situation retenue est celle du contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité au regard de la constitution du for ou des traités liant le for<sup>1345</sup>.

**536.** Le choix de ce cadre de réflexion s'explique par l'observation suivante : en principe le droit international privé n'a pas pour objet le contrôle d'une règle interne et la réciproque est vraie concernant les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité à l'égard de la loi étrangère ; toutefois, la pratique révèle des chevauchements occasionnels entre les mécanismes liés à l'ordre public et les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité comme nous essayerons de le démontrer par la suite. En effet, affirmer un remplacement pur et simple des mécanismes liés à l'ordre public par les systèmes de contrôle mentionnés est peu envisageable. Cependant, avec l'avancée générale des droits fondamentaux et le phénomène de constitutionnalisation du droit privé, la question de l'influence que les mécanismes de contrôle relevant d'une logique hiérarchisée peuvent avoir sur les mécanismes liés à l'ordre public mérite d'être posée. À cet égard, nous observerons que les réponses apportées divergent entre le système français et le système mexicain ; les mécanismes étant effectivement conditionnés par l'environnement institutionnel dans lequel ils s'inscrivent.

**537.** En outre, il est nécessaire de constater que la notion de droits fondamentaux se présente toujours en arrière-plan dans ce type de contentieux en ce sens que la Constitution ou la convention internationale donnée constituent les instruments idéaux pour la consécration des

---

<sup>1342</sup> « La matière est complexe et les illustrations, si elles ne sont pas rarissimes, doivent être glanées avec opiniâtreté. Il n'est pas si fréquent en effet que le juge interne soit amené à se prononcer sur la constitutionnalité ou la conventionnalité du droit étranger », J. Boudon, « Contrôle de constitutionnalité, contrôle de conventionnalité, et la figure de l'altérité », *op. cit.*, p. 39.

<sup>1343</sup> « Ce n'est donc pas tant l'impossibilité ou l'inutilité pour le juge de contrôler et, partant, éventuellement de critiquer les normes produites par le législateur qui explique que la loi du for ne puisse pas être l'objet contrôlé dans le cadre de l'exception d'ordre public ou du mécanisme des lois de police, que l'existence de procédures spécifiques pour ce contrôle – qu'il s'agisse par exemple du contrôle de la constitutionnalité ou de la conventionnalité de la loi. C'est, plus précisément, l'exclusivité de ces procédures spécifiques qui est déterminante ici », B. Remy, *op. cit.*, n° 605.

<sup>1344</sup> Pour une reprise des différentes hypothèses voir : rapport de synthèse de M. Lagarde au colloque « Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger », G. Cerqueira et N. Nord (dirs.), tenu à la Cour de cassation le 23 septembre 2016 et publié par la Société de législation comparée, Collection colloques, Vol. 34, 2016.

<sup>1345</sup> Le contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité au regard de la constitution de l'État dont la loi est applicable ou des traités liant cet État mais pas l'État du for est traité par les interventions lors du colloque « Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger », G. Cerqueira et N. Nord (dirs.), *op. cit.*

droits fondamentaux<sup>1346</sup>. En principe, les textes énonçant les droits fondamentaux, Constitution et convention internationales, semblent éloignés tant du domaine contractuel que du droit international privé. Néanmoins, la pratique révèle l'importance croissante de ces instruments en la matière puisque, avec les conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme, ils consacrent l'ensemble des droits fondamentaux qu'intègrent la notion d'ordre public<sup>1347</sup>. La consécration des droits fondamentaux dans de textes de ce niveau hiérarchique possède une incidence aussi forte que la doctrine a pu se demander si une substitution de ces derniers au droit international privé<sup>1348</sup> était susceptible d'être opérée.

**538.** Les propos de M. Lequette guident la construction de cette analyse, notamment lorsque l'auteur observait : « constitutionnalisation, internationalisation, européanisation, ces trois mots résument l'essentiel des bouleversements qui ont affecté les sources du droit privé depuis une trentaine d'années. À considérer plus particulièrement le droit international privé, ces phénomènes y interfèrent avec des intensités variables. La constitutionnalisation, qui a joué un rôle décisif dans l'évolution du droit international privé de certains de nos voisins, soumis à des contraintes historiques propres, n'a eu, en France, qu'une médiocre portée »<sup>1349</sup>. Les regards croisés entre la France et le Mexique confirment l'observation de l'auteur, notamment en ce que les procédés d'évolution de ces systèmes juridiques s'avèrent déterminants dans la manière dont les mécanismes liés à l'ordre public sont conçus et appliqués.

---

<sup>1346</sup> Concernant le contrôle de la compatibilité des règles de conflit de lois avec les droits fondamentaux pendant longtemps il a été affirmé que la règle de conflit de lois par son double caractère d'être *indirecte* et *neutre* pouvait difficilement contrevenir aux droits fondamentaux. « De ce caractère purement instrumental des règles de conflit de lois, on a longtemps déduit que leur compatibilité avec les exigences des droits fondamentaux ne pouvait faire l'objet d'aucun contrôle », Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, dans Libertés et Droits Fondamentaux, 2004, p. 133, n° 233.

<sup>1347</sup> L'hypothèse d'une interaction entre les mécanismes liés à l'ordre public et les éléments exogènes se voit confortée par les observations venant d'autres branches du droit, par exemple, on observe que la notion d'ordre public est également appréciée à partir d'une analyse du droit public, V. J.-M. Larralde, « La constitutionnalisation de l'ordre public », in M.-J. Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, spéc. pp. 213-245. L'auteur observe que « l'application de la notion d'ordre public au droit constitutionnel pose effectivement problème si l'on se réfère aux normes écrites de valeur constitutionnelle. En droit positif, cette notion ne peut être trouvée que dans l'article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 selon lequel « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi ». ».

<sup>1348</sup> L. d'Avout, Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé, *op. cit.*, p. 170, n° 5, « Substitution des droits fondamentaux au droit international privé : l'expression est forte et risquée, peut-être, de ne correspondre à l'heure actuelle qu'à certaines systématisations doctrinales de manifestations éparses du droit positif. Le sillon mérite cependant d'être creusé, et avec esprit de contradiction, le risque étant que, de la tendance croissante à la superposition des systèmes supranationaux de protection des droits de l'homme sur les règles nationales de droit privé, survienne une modification imperceptible des méthodes de coordination ».

<sup>1349</sup> Propos exprimés dans la préface à la thèse de Mme L. Gannagé, « La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – étude de droit international privé de la famille », LGDJ, bibliothèque de droit privé t. 353, 2001.

539. La nature de l'analyse proposée exige que l'on s'intéresse dans un premier temps à l'environnement institutionnel<sup>1350</sup> qui rend possible le contrôle (Section 1) pour étudier ensuite les caractéristiques du contrôle de constitutionnalité qui subordonne la régularité d'une loi à son respect dû à la Constitution, source fondamentale d'un système juridique (Section 2).

### *Section 1. La diversité d'environnements institutionnels*

540. Il est peu discuté que le contenu de l'ordre public se trouve affecté par le temps et l'espace dans lequel il se déploie. Or, il est possible de considérer qu'à l'instar du contenu, les mécanismes liés à l'ordre public sont affectés par les structures assurant leur intervention. Pour les cas français et mexicain, il sera l'occasion d'évoquer l'influence exercée par le contexte<sup>1351</sup>, notamment lorsqu'il s'agit d'un *espace fédéral*<sup>1352</sup>. Certes, à défaut de constitution<sup>1353</sup> le contrôle de constitutionnalité dans l'Union européenne n'a pas lieu d'être ; or, ce modèle d'intégration régionale exerce une influence sur les mécanismes liés à l'ordre public qui mérite d'être identifiée. À cette fin on rappellera à titre liminaire que, pour une partie de la doctrine, le sens traditionnel du terme « territoire » se trouve dépassé par les mouvements d'intégration économique, politique et sociale des États réunis en blocs. Ainsi, dans l'étude de l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public l'expression « espace fédéral » semble pouvoir se

---

<sup>1350</sup> R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 2016, 12<sup>e</sup> éd., p. 12, n° 12. Les auteurs constatent que « L'étude d'un droit donné suppose que l'on prenne conscience de la diversité des structures qui peuvent exister entre ce droit et le nôtre... l'équilibre entre intérêts opposés et la réglementation de justice que le droit cherche à réaliser peuvent, dans des droits variés, être obtenus par des voies différentes... Le comparatiste doit appeler l'attention sur la diversité de ces manières de voir ; il doit mettre en évidence la nécessité pour le juriste, lorsqu'il entreprend la comparaison des droits, d'envisager *le problème* qui l'intéresse, plutôt que la place offerte à tel ou tel concept », texte souligné par les auteurs.

<sup>1351</sup> Au sujet de l'espace créé au sein de l'Union européenne les études sont diverses et approfondies concernant l'influence que celui-ci peut avoir sur les règles tantôt matérielles (voir par ex. Fentiman et al., « L'espace judiciaire européen en matières civile et commerciale », Bruylant, Bruxelles, 1999) tantôt conflictuelles (cf. J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, 2010 et Y.-E. Le Bos, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, Paris, 2010). Le prolongement de cette veine d'analyse permet d'affirmer que les mécanismes liés à l'ordre public, se présentant comme une exception à la règle de conflit, sont à leur tour affinés par cet espace.

<sup>1352</sup> Pour un rapprochement de l'Union européenne et d'autres structures fédérales : v. par ex. T. Chopin, « L'héritage du fédéralisme ? États-Unis/Europe », mars 2002, disponible sur le site <http://www.robert-schuman.eu/fr/doc/notes/notes-8-fr.pdf>

<sup>1353</sup> Constitution au sens formel du terme, car il n'est nullement ignoré l'existence des traités fondateurs. Pour un rappel des évolutions des traités fondateurs voir M. Croizat et J.-L. Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, 1999.

justifier<sup>1354</sup>. À l'occasion des affinements exogènes, il est apparu qu'une approche analytique des systèmes juridiques commande l'analyse de l'« espace juridique »<sup>1355</sup>, terme plus apte à cette étude comparée que celui de « territoire », ou même de la seule idée de fédération, et ce pour deux raisons : le glissement à partir de la notion de territoire vers celle d'espace en droit international privé et la différence de configurations fédératives.

**541. Du territoire à l'espace.** En premier lieu, un argument récemment avancé en doctrine envisage le droit européen comme une certaine vision du droit pouvant être qualifiée de « cosmologie juridique »<sup>1356</sup>. Selon M. Marzal, auteur de l'hypothèse précitée, le droit de l'Union européenne ne serait pas simplement un agrégat de règles et principes organisés hiérarchiquement ou par domaines de compétence mais aussi « une certaine représentation du droit, étrangère à celle qui anime les systèmes de droit nationaux »<sup>1357</sup>. Lors de cette analyse, l'auteur constate que la notion d'« espace » tend à remplacer la notion de territoire en droit international privé<sup>1358</sup>. Le changement d'approche, glissant de la notion de *territoire* à celle d'*espace* aurait pour conséquence de créer une dissonance entre les procédés du droit européen et les méthodes du droit international privé national, particulièrement au stade de la détermination du droit applicable<sup>1359</sup>. L'argument étant révélateur et riche en enseignements, sa reprise nous semble nécessaire.

---

<sup>1354</sup> Dans sa thèse M Le Bos recourt à l'expression de « contexte fédéral » et prend le soin d'avancer les raisons de son choix, l'auteur affirme que : « le choix d'une expression à la rigueur juridique discutable s'explique par la volonté de comparer, en vue d'approfondir les différentes analyses théoriques développées au préalable, deux contextes fédéraux particuliers : les États-Unis et l'Union européenne. Or, l'utilisation des termes traditionnels attachés aux unions d'États pour procéder à une telle association aurait pu constituer un handicap majeur pour les développements à venir. En effet, en l'état actuel du débat européen sur l'avenir institutionnel de l'Union européenne, il est apparu que l'expression « contexte fédéral » permettait d'échapper à l'emprise des considérations strictement politiques qui l'accompagnent. », Y.-E. Le Bos, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, *op. cit.*, n° 2.

<sup>1355</sup> Pour une analyse des instruments juridiques permettant la mise en place d'un tel espace pour l'Union européenne voir S. Oschinsky et P. Jenard, « L'espace juridique et judiciaire européen », Bruylant, Bruxelles, 1994.

<sup>1356</sup> T. Marzal, « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé –de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et lois de police », *Arch. Phil. Droit* 58, 2015, p. 243.

<sup>1357</sup> « Dès lors, le rapport entre le droit européen et le droit national doit être analysé, à la manière pluraliste, comme un conflit entre conceptions juridiques différentes et incommensurables », *ibid.*

<sup>1358</sup> « En effet, en ce qu'il tend à remplacer la notion de territoire, si centrale au droit international privé, par celle d'« espace », le droit de l'Union européenne, en particulier dans l'application de ses libertés de circulation, semble se concevoir comme opérant dans un milieu cosmique, dépourvu de forces gravitationnelles », *Ibid.*, p. 243 et 244.

<sup>1359</sup> Dans son article M Marzal nous met en garde sur la logique employée par la Cour de justice justifiant ce glissement, selon l'auteur « la première question qui concerne la Cour est d'identifier les droits particuliers, émancipés de tout « sol » légal... et, *a fortiori*, débarrassés de toute méthodologie de conflits de lois », *Ibid.*, p. 245.

542. L'auteur constate la tendance à décrire le champ d'application du droit européen comme se projetant sur un « espace »<sup>1360</sup>, et remplaçant ainsi la notion du territoire. L'observation trouve tout son intérêt à l'occasion d'un regard comparatiste avec d'autres ensembles pluri-législatifs pour lesquels il est peu commun d'avoir recours à la notion d'espace, tel le système juridique mexicain ou nord-américain. L'évolution des systèmes d'organisation socio-politique a démontré que lorsqu'on parle d'espace, il est possible également de faire référence à un marché. Pour le cas de l'Union européenne, on constate que l'idée d'origine d'un marché commun a évolué en marché intérieur<sup>1361</sup>. Le recours à la notion d'espace est cependant possible lorsque l'adjectif fédéral lui est attaché.

543. **La diversité de configurations fédératives.** L'analyse de l'environnement institutionnel est également l'opportunité d'approfondir les difficultés liées à la comparaison des contextes fédéraux. En effet, la France participe à un processus plus au moins fédérateur d'États tandis que le Mexique constitue en lui-même un État fédéré. De la sorte, la pertinence de la comparaison entre les systèmes juridiques français et mexicain laisse songeur. Celle-ci rapproche deux éléments distincts et, en principe, non comparables c'est-à-dire, un État central, composante à la fois d'un ensemble plus large (la France au sein de l'Union européenne), et d'un ensemble composé (les États-Unis du Mexique)<sup>1362</sup>. Nonobstant, l'asymétrie de cette comparaison présente à nos yeux l'avantage, non négligeable, de retracer les chemins aboutissant à la construction d'un espace qui a certainement affiné les mécanismes liés à l'ordre public. Un deuxième argument pour la comparaison entre la France et le Mexique tient à la gestion de la diversité des ordres juridiques. Dans sa thèse, M. Heymann rappelle qu'une fédération d'États, dans sa dimension interne, a pour objet « la gestion de la diversité des ordres juridiques au sein d'une unité politique »<sup>1363</sup>. Pour le cas de l'Union européenne, cette gestion est laissée aux États membres, et notamment lorsqu'il s'agit des mécanismes liés à l'ordre

<sup>1360</sup> « L'emploi de ce terme n'est assurément pas anodin. La notion d'espace, qui désigne en géométrie le milieu vide et que l'on emploie également pour désigner le milieu cosmique, sert en droit européen à remplacer celle de territoire. », *Ibid.*, p. 247.

<sup>1361</sup> « La notion de marché commun s'est prêtée à une construction intellectuelle fortement évolutive. Elle progressera particulièrement à partir de l'Acte unique, vers la notion de marché intérieur qui, au-delà de la simple variation sémantique, témoignera en réalité d'un élargissement conceptuel. Celui-ci n'est naturellement pas anodin car il démontrera clairement la volonté des auteurs de l'Acte unique d'assimiler le marché européen à un marché national, affranchi de toute barrière. », Ch. Boutayeb, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, 2014, p. 14.

<sup>1362</sup> Et en ce sens, la comparaison appropriée serait celle par exemple entre la France et l'un des États mexicains, ou bien la comparaison entre les États-Unis du Mexique et l'Union Européenne.

<sup>1363</sup> J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op. cit.*, n° 468. Voir également le compte rendu de Mme M.-E. Ancel dans *RIDC*, Vol. 63, n° 4, 2011, pp. 1001-1004. *Contra* « À la différence des États-Unis, l'Europe n'est pas une fédération et il est possible d'être un européen convaincu tout en étant persuadé qu'il est heureux qu'il en soit ainsi », H. Gaudemet-Tallon, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », dans *International conflict of laws for the third millenium, Essays in Honor of Friederich K. Juenger*, 2001, p. 330.



public. Dès lors, le centre d'intérêt de cette recherche se trouvant dans ces mécanismes, une comparaison effective exige de prendre comme référent au moins l'un des États membres. Ainsi donc, la comparaison nous paraît défendable en ce sens que pour l'ensemble des États membres la gestion reste, en grande partie, à la charge des droits nationaux tandis que pour les États fédérés mexicains la gestion revient au niveau fédéral.

Finalement, bien que l'existence d'un fédéralisme européen relève d'une évidence pour une partie considérable de la doctrine en droit international privé français<sup>1364</sup>, le terme « espace » est préféré à la notion de « fédération » pour effectuer une parenthèse comparatiste, compte tenu des débats et des réticences<sup>1365</sup> qui existent encore autour de l'Union européenne vue comme une fédération d'États. La comparaison entre la France et le Mexique révèle un intérêt particulier sur ce point par la diversité des processus de formation.

**544. Les processus centrifuge et centripète de formation d'une fédération.** En second lieu, une observation s'impose en vertu de la comparaison de deux contextes fédéraux : l'Union européenne et les États-Unis mexicains<sup>1366</sup>. Le processus de création d'un état fédéral, comme M. Le Bos le rappelle, répond à deux variables : le processus *centrifuge* et le processus *centripète*<sup>1367</sup>. Les deux ordres juridiques étudiés respectent des procédés de formation différents, comme il sera développé par la suite. La fédération mexicaine est le résultat d'un processus dissociatif d'une communauté unitaire initiale qui resta soumise à une forme fédérale. En revanche, l'Union européenne est le résultat d'une agrégation volontaire afin de conformer une nouvelle unité politique et juridique. Ainsi, la formation de cette dernière se révèle comme un phénomène politique et juridique sans précédent ; phénomène complexe qui a été assimilé à un procès de fédéralisation dans un contexte particulier<sup>1368</sup>.

<sup>1364</sup> « Si l'existence d'un fédéralisme européen relève à présent de l'évidence, il aura néanmoins fallu au préalable s'assurer de ses fondements, lesquels ont été découverts dans la notion de Fédération d'États. Entendue *lato sensu*, celle-ci a en effet pour particularité de se concevoir en deux dimensions, constitutionnelle et internationale, ce à quoi l'Union européenne s'acclimate parfaitement », J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op. cit.*, n° 468.

<sup>1365</sup> M. Croizat et J.-L. Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, Montchrestien, 2<sup>e</sup> édition, 1999.

<sup>1366</sup> Nom officiel adopté par la République mexicaine.

<sup>1367</sup> Y.-E. Le Bos, *op. cit.*, p. 4. « Il existe deux grandes manières pour un contexte fédéral de se créer : la fédéralisation par un processus centrifuge, également appelé dissociatif, ou la fédéralisation par un processus centripète, c'est-à-dire associatif. Dans la première, l'avènement d'un contexte fédéral est le résultat de la désagrégation d'une communauté unitaire initiale qui demeure alors sous une forme désormais fédérale. »

<sup>1368</sup> Cette affirmation doit être prise en compte avec une certaine mesure car on peut l'affirmer si nous considérons que : « le fédéralisme est une idée, qui combine unités autonomes, des institutions communes et un gouvernement qui les rassemble [...] Il s'agit alors de partir de critères objectifs qui sont autant d'indices en faveur de la qualification d'un ensemble comme étant fédéral. Il n'est donc pas question ici de militer pour que l'Europe devienne fédérale, sous la forme d'un État fédéral ou d'une Fédération d'États-nations, ou au contraire pour qu'elle renonce à cette voie. Il est simplement considéré que l'Union européenne est déjà un contexte fédéral, et ce en raison d'un certain nombre d'éléments objectifs et juridiques qui vont en permettre une comparaison intéressante avec les États-Unis, notamment sous l'angle du droit international privé. » *Ibid.*, p. 2

545. Après ces observations liminaires il est nécessaire de constater, dans un premier temps, la manière dont la construction européenne néglige tout contrôle de constitutionnalité (§1) pour observer dans un deuxième temps l'effet de la réalisation mexicaine, notamment à l'égard du fort développement de ce type de contrôle (§2).

### § 1. La construction européenne

546. L'idée de « construction européenne » est sans doute complexe, car composée de moult strates : qu'il s'agisse de son volet historique, politique, économique, ou institutionnel. À son sujet les débats sont profonds et les enseignements riches. Malgré l'évolution de cette construction il n'existe pas, à ce jour, une constitution européenne. Les essais pour édicter un tel instrument n'ont pas manqué ; dernier en date est l'effort du 18 juin 2004, des chefs d'État et de gouvernement de l'Union européenne pour adopter un traité établissant une constitution pour l'Europe qui fédérait et complétait les différents textes existants. Celui-ci, officiellement signé à Rome le 29 octobre 2004, devait ensuite être ratifié par chacun des États signataires pour entrer en vigueur, mais il a été rejeté par les électeurs français et néerlandais lors des référendums du 29 mai et du 1er juin 2005.

Le traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1er décembre 2009, a ensuite modifié le traité sur l'Union européenne (TUE) et celui instituant la Communauté européenne (TCE), rebaptisé traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Il est couramment désigné comme un « traité modificatif ». L'architecture européenne continue donc de reposer sur les traités adoptés successivement par les États membres de l'Union (Rome en 1957, Acte unique en 1986, Maastricht en 1992, Amsterdam en 1997, Nice en 2001, Lisbonne en 2007), et non sur un texte unique comme une Constitution.

Cependant, malgré l'absence de Constitution<sup>1369</sup>, la création de l'espace d'intégration a permis l'habilitation d'un espace juridique de libre circulation des personnes, des biens et des services ayant une incidence certaine sur les mécanismes liés à l'ordre public. Ce point de départ adhère au registre modeste selon lequel « le fédéralisme est déjà latent à travers le fonctionnement même de l'Union »<sup>1370</sup>. Ainsi, en marge de l'analyse d'une incidence du contrôle de

<sup>1369</sup> Bien que l'on parle d'une « Charte constitutionnelle de l'Union », voir J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> ed. 2015, p. 51, n° 70 et s.

<sup>1370</sup> Expression empruntée de M. Croizat et J.-L. Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, op. cit., n° 139. Les auteurs affirment ensuite « les européens faisant en quelque sorte du fédéralisme comme Monsieur Jourdain faisait de la prose... ».

proportionnalité sur les mécanismes liés à l'ordre public pour le cas européen il est nécessaire de s'intéresser à l'influence de cet espace.

**547.** Appréhendé régulièrement lors de l'étude des sources du droit international privé par la doctrine<sup>1371</sup>, le droit européen est sans doute un facteur d'évolution des systèmes de droit nationaux des États membres<sup>1372</sup>. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, les pays du continent européen ont favorisé un mouvement d'intégration économique et juridique, permettant la mise en place de plusieurs institutions communes. Parmi ces sources européennes, la doctrine en retient deux comme ayant « un impact important sur l'évolution des sources du droit international privé dans cette région du globe »<sup>1373</sup> : la Communauté Économique Européenne transformée en Union européenne<sup>1374</sup> (qui se caractérise pour son impact direct) et le Conseil de l'Europe (considéré comme une source indirecte)<sup>1375</sup>. Aujourd'hui il est peu discutable que le contenu de l'ordre public se nourrit des sources communautaires et européennes<sup>1376</sup>.

**548.** Toutefois, le mouvement d'intégration suivi de la multiplication des sources du droit pour les États membres a révélé la nécessité de la coordination des différents ordres juridiques nationaux<sup>1377</sup>. En effet, la formation de l'Union européenne s'est vue accompagnée de l'essor

<sup>1371</sup> Audit et d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 57-63 (Sources européennes) ; Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, n° 69-80 (Les sources européennes) et Mayer et Heuzé, n° 33.

<sup>1372</sup> « À côté des traités, le droit de l'Union européenne occupe une place grandissante parmi les sources du droit international privé », Mayer et Heuzé, n° 33. Sur la problématique des sources européennes du droit international privé, v. Blanchin, *Sources et méthodes du droit international privé européen*, thèse, Paris II, 2000, Heymann, *op. cit.* ; Le Bos, *op. cit.*, spéc. 39 s. ; Loussouarn, « Les incidences des Communautés européennes sur la conception française du droit international privé », *RTD eur.* 1974. 708 ; Partsch, *Le droit international privé européen, de Rome à Nice*, Bruxelles 2003 ; Rigaux, « Droit international privé et droit communautaire », in *Mélanges Loussouarn*, 1994. 341.

<sup>1373</sup> Par ex., Audit et d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 57 ; Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, n° 69.

<sup>1374</sup> Dans sa forme actuelle, elle est organisée par le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

<sup>1375</sup> « On distingue le droit de l'Union européenne, devenu source régionale *directement concurrente* des sources nationales traditionnelles du droit international privé et celui, prétorien, émanant *indirectement* du Conseil de l'Europe, à travers la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », Audit et d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 57 (texte souligné par nous).

<sup>1376</sup> « *In Europe the public policy reservation, traditionally inspired in values and principles of the national legal order of the forum, is being nourished by other sources, which are, firstly, that of the communitarian and European law. This is due to a regional, not universal, contextual reality* », C. Fresnedo de Aguirre, « Public Policy : Common Principles in the American States », *Recueil des cours*, Vol. 379, 2016.

<sup>1377</sup> « L'institution à la seconde moitié du XXe siècle d'un ordre juridique « communautaire » créa entre les États membres une situation hybride au regard du droit international privé traditionnel. Celui-ci procède de l'indépendance des ordres juridiques et prend acte de la diversité des droits qui en découle en s'efforçant de coordonner leur application. De son côté, le droit de l'Union, tendant à une certaine intégration, peut être porté à voir dans la diversité des droits une entrave à celle-ci. Il existait ainsi une antinomie latente entre les deux approches, « conflictualiste » et « communautaire ». En toute hypothèse, cependant, l'intensité et l'étroitesse des liens entre les États membres plaident au moins pour une certaine uniformité des règles appelées à organiser les conséquences de la diversité des systèmes juridiques, ne serait-ce que pour prévenir le *forum shopping* au sein de l'ensemble créé », Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 58.

de son droit matériel<sup>1378</sup> mais aussi des règles conflictuelles. Les dispositions de droit international privé ont été introduites dans un premier temps par voie conventionnelle<sup>1379</sup> et consolidées ensuite par une succession de traités<sup>1380</sup>. Nous observerons que, au plus haut point de cette consolidation, une concurrence normative en matière de droit international privé a été mise en place<sup>1381</sup>.

**549.** L'influence du Conseil de l'Europe est également importante dans le scénario européen. À l'égard de son influence la doctrine affirme qu'elle « est nettement plus diffuse que celle de l'Union européenne, mais elle n'est pas moins réelle et croissante »<sup>1382</sup>. Son instrument principal est la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme de 1950. Nous avons étudié au préalable cette influence, lors de l'analyse de l'ordre public de proximité et de rattachement et nous ferons de même à l'occasion du contrôle de conventionnalité<sup>1383</sup>, raison pour laquelle nous n'y reviendrons que de manière ponctuelle.

**550.** La combinaison du cadre institutionnel et des développements législatifs a abouti à la mise en place d'un espace juridique qui, par sa fonction, est désormais identifié comme un contexte fédéral permettant l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public. Ceci se comprend aisément car l'incidence de l'Union européenne, qui ne cesse de s'accroître en droit international privé, que ce soit par l'adoption de textes ou bien par l'intervention de la Cour de justice, a comme résultat « un grand tumulte méthodologique »<sup>1384</sup>. Nous insisterons sur ce point, puisque tandis que l'analyse de l'évolution des *règles* de conflit de lois et de juridictions

---

<sup>1378</sup> Ch. Boutayeb, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, 2014.

<sup>1379</sup> Les exemples les plus récurrents (adoptés sur le fondement de l'art. 220 du traité CEE, devenu article 239 CE) sont ceux de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sur la compétence judiciaire et l'effet des jugements en matière civile et commerciale et la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles. « Ces deux instruments étaient des conventions internationales ordinaires (toutefois non ouvertes aux États tiers), nécessitant une ratification des États ainsi qu'un engagement particulier pour que l'interprétation en soit confiée à la Cour de justice par voie de question préjudicielle » Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 59.

<sup>1380</sup> Maastricht, Amsterdam et Lisbonne sur le fonctionnement de l'Union européenne du 13 décembre 2007. Voir Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, n° 57 et s.

<sup>1381</sup> « Cet état des choses a pourtant connu une sérieuse altération à la fin du XXe siècle lorsque l'Union européenne a entendu prendre pour partie en main la direction du théâtre du droit international privé. Contestée dans son fondement, l'hégémonie des États membres dans ce domaine se trouve depuis lors placée dans une situation de concurrence, si bien que ces derniers ont été conduits à devoir composer, c'est-à-dire à s'accommoder aux contraintes qu'implique une direction devenue bicéphale », J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op. cit.*, n° 1.

<sup>1382</sup> Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 63.

<sup>1383</sup> Voir *infra* § 676 et s.

<sup>1384</sup> Comme l'affirme Mme Ancel dans son compte rendu à la thèse de M Heymann, dans *RIDC*, Vol. 63, n° 4, 2011, pp. 1001-1004.

dans ce contexte a fait l'objet d'études approfondies et systématisées<sup>1385</sup>, la confrontation des *exceptions* l'est de manière plus éparse<sup>1386</sup>.

**551.** L'espace européen repose sur deux composantes permettant de comprendre l'affinement subi par les mécanismes liés à l'ordre public : la concurrence normative (A) et les libertés de circulation (B).

### **A. La mise en place d'une concurrence normative au sein de la construction européenne**

**552.** L'Union européenne se fonde sur le principe selon lequel chaque État membre garde sa souveraineté sur le plan international et conserve donc son propre droit international privé<sup>1387</sup> ; générant de la sorte un espace juridique « mêlant unité et diversité »<sup>1388</sup>. Ainsi, l'adoption de dispositions de droit international privé pour les relations intra-européennes, inéluctablement partielle<sup>1389</sup>, a eu comme résultat une concurrence normative au sein de la construction européenne. En effet, les sources communautaires « ont pris le dessus »<sup>1390</sup> mais les problèmes de coordination n'ont pas été épuisés. L'origine du problème découle du fait que l'attribution des compétences législatives en droit international privé s'est faite sans répondre à la question de savoir « si le droit international privé de l'Union doit concerner les rapports intra-communautaires, ou aussi les rapports extra-communautaires impliquant des États tiers, c'est-à-dire les rapports véritablement internationaux »<sup>1391</sup>. Dès lors, un hiatus a été observé par la doctrine car la réponse à cette question semble avoir été forcée. L'appréhension de cette concurrence est indispensable à l'appréhension de l'affinement des mécanismes liés à l'ordre

<sup>1385</sup> Voir par ex. L. Radicati di Brozolo, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *RCDIP* 1993.401 ; Wilderspin, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres », *RCDIP*, 2002.1.

<sup>1386</sup> Notamment les contributions de S. Francq et F. Jault-seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, in *Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexis-Nexis, Paris, 2011 ; E. Pataut, *Lois de police et ordre juridique communautaire*, in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Fuchs, Muir-Watt et Pataut (dir.), Dalloz, 2004, p. 118 et s. ; S. Poillot Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *Travaux Comité fr. dr. int. pr.* 2002-2004, p. 65-116.

<sup>1387</sup> Ainsi Mme Gaudemet-Tallon affirme « L'Union européenne (UE) n'est pas une fédération », H. Gaudemet-Tallon, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », *op. cit.*, p. 317.

<sup>1388</sup> S. Poillot Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP*, 2002-2004, Pedone, Paris, p. 69.

<sup>1389</sup> Phénomène identifié par G. Badiali comme l'insuffisance normative de l'ordre communautaire dont le fonctionnement complet ne peut se faire sans l'intégration des ordres nationaux, « Le droit international privé des communautés européennes », *Recueil des cours*, 1985, II, n° 191, p. 9.

<sup>1390</sup> Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, n° 58 ; les auteurs signalent également que « cependant, les instances européennes ont souvent outrepassé les compétences que leur attribuaient les textes, justifiant rituellement leurs interventions par l'objectif d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » sans prendre la peine de préciser le lien entre les dispositions édictées et cet objectif ».

<sup>1391</sup> H. Gaudemet-Tallon, *op. cit.*, p. 317.

public car avec la volonté d'harmonisation des règles, ces mécanismes expriment de manière indirecte la marge d'appréciation des États membres<sup>1392</sup>.

**553. Le problème, la division des compétences.** Le traité de Rome instituant la Communauté économique européenne a été modifié par le traité d'Amsterdam, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1999. Dans l'évolution de la construction européenne, ce dernier possède une importance toute particulière puisqu'il a permis au Conseil d'adopter des mesures en matière civile, « ces dispositions se sont traduites par une succession de règlements tendant à supplanter les sources nationales ou à se superposer à elles »<sup>1393</sup>. L'adoption de ces compétences suscite de fortes critiques de la doctrine<sup>1394</sup>, d'autant plus qu'elle ne cesse de s'accroître. Nous limiterons nos observations à la matière contractuelle en appui des observations au règlement Rome I, afin d'étudier l'agencement des compétences à l'épreuve des mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé (1).

### *1. L'agencement des compétences*

**554.** Avec l'évolution de la construction européenne, son corpus juridique a été consolidé, qu'il s'agisse des Traités ou du droit dérivé, intensifiant les questions en droit international privé. Actuellement, la détermination de la compétence législative en droit international privé des États membres de l'Union européenne respecte une construction hybride qui se présentait déjà

<sup>1392</sup> Marge d'appréciation qu'a été limitée par le besoin d'unification pour lequel les systèmes juridiques nationaux ont été considérés comme de barrières. Ainsi, par exemple, M Marzal affirme que la jurisprudence de la Cour de justice montre que sous certaines hypothèses lorsqu'il s'agit d'apprécier l'existence d'une entrave, la Cour laisse du côté le raisonnement en termes de proportionnalité et accepte une « marge d'appréciation » de la part des autorités nationales « les autorités étatiques bénéficient d'une marge d'appréciation en raison de la nature de la question posée, car impliquant des considérations de type moral et culturel, et donc irréductibles à une rationalité instrumentale », T. Marzal, La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 251.

<sup>1393</sup> Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 59 « Le traité d'Amsterdam modifiant le traité de Rome (TCE), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 1999, procéda – sans négociation connue – à une « communautarisation » de la « coopération judiciaire en matière civile », transférée au premier pilier (nouveau titre IV, relatif aux « politiques liées à la libre circulation des personnes », art. 61, 65, 67 du traité), et permit au Conseil d'adopter des mesures dans ce domaine ».

<sup>1394</sup> Cf. V. Heuzé, « D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière des conflits de lois », *JCP* 2008.1.166 et « La Reine Morte : la démocratie à l'épreuve de la conception communautaire de la justice », *JCP* 2011, 359 et 397. Voir également, les commentaires de MM Audit et d'Avout concernant l'adoption de ces compétences : « Ces mesures s'inscrivaient dans le champ de l'art. 65 TCE en ce que celui-ci visait la « coopération judiciaire ». Le même texte parlait de « favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflit de lois » (mais ce, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur). *Si vague que soit cette formule insolite, elle ne pouvait être entendue comme visant une unification pure et simple (moins encore lorsque ces règles ne se limitent pas aux relations intra-européennes...)*. Néanmoins, un règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 dit « Rome I » a remplacé en 2009 la convention de Rome... les auteurs de ces textes n'ont pas justifié au fond l'usage qu'ils en faisaient », Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 59, texte souligné par nos soins.



au sein de la Communauté européenne en ce sens que, de manière parallèle à l'adoption des conventions, un certain nombre de règles matérielles fut assortie d'un champ d'application<sup>1395</sup>.

**555. Le fondement de la compétence.** Le fondement de la compétence en matière de droit privé se trouve aujourd'hui dans l'article 81 du traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> décembre 2009. Ce fondement reprend le contenu de l'article 65 TCE « avec certaines modifications rédactionnelles mais sans remédier à ses ambiguïtés, dont la principale consiste à appréhender les conflits de lois sous l'étiquette de la « coopération judiciaire » ». <sup>1396</sup> À son égard, la doctrine a averti que « loin de fonctionner sur la base de la répartition de deux ordres de compétences exclusives, selon la tradition des États fédéraux de type classique, la « gouvernance » de l'Union européenne s'exerce à travers le développement, tantôt explicite et tantôt implicite, des compétences concurrentes ou partagées entre ses institutions et ses États membres »<sup>1397</sup>. La discussion autour du fondement de cette concurrence normative permet d'observer des affinements achevés au sein des mécanismes liés à l'ordre public mais laisse également songeur sur certaines opportunités manquées.

**556. Le principe de subsidiarité.** Avant d'analyser les affinements des mécanismes liés à l'ordre public, il est nécessaire d'observer que l'agencement des compétences au sein de la construction européenne repose sur le principe de subsidiarité<sup>1398</sup> qu'accompagne le principe

---

<sup>1395</sup> « Pendant toute cette période, dans le cadre des compétences reconnues à la Communauté, un certain nombre d'actes de droit dérivé (règlements et directives) furent assortis – sans souci, en matière contractuelle, de coordination avec la convention de Rome, dont l'existence même a pu sembler parfois ignorée – de dispositions relatives à leur champ d'application dans l'espace ; d'où un certain nombre de règles sectorielles dans des matières diverses : assurances, propriété industrielle, détachement des travailleurs, contrats de consommation (clauses abusives, contrats à distance, vente de biens de consommation), commerce électronique... », Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 59. Sur la question de savoir comment le droit de l'Union européenne appréhende ces questions v. H. Gaudemet-Tallon, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », *op. cit.* Mme Gaudemet-Tallon affirme qu'« à ces interrogations, les réponses sont variées, pragmatiques, évolutives. Il n'y a pas de solution unique, catégorique et immuable... il semble que deux impératifs, assez largement contradictoires, doivent cependant être conciliés. D'une part l'impératif d'une certaine unification du droit international privé, à même d'assurer l'unité nécessaire pour la réalisation de l'intégration européenne ; d'autre part, le respect de la diversité du droit international privé de chaque État membre, et ce pour tenir compte aussi bien du principe de subsidiarité et du maintien de la souveraineté de chaque État sur la scène internationale, que de la nécessité de permettre l'adoption de règles de droit international privé à vocation universelle et non plus seulement régionale ».

<sup>1396</sup> Audit et d'Avout, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 59. Les auteurs affirment ensuite : « On peut voir dans la version nouvelle une extension de la compétence de l'Union en ce que celle-ci peut adopter des mesures dans le domaine de la coopération judiciaire « notamment », c'est-à-dire non exclusivement, lorsque cela est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur ; et que ces mesures visent désormais à « assurer », et non plus simplement à favoriser, la compatibilité des règles de conflit ».

<sup>1397</sup> M. Croisat et J.-L. Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, *op. cit.*, n° 139.

<sup>1398</sup> L'observation a été faite dès avant l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam. Voir H. Gaudemet-Tallon, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », *op. cit.*, p. 328 qui exprime : « cette « invasion » des règlements communautaires en droit international privé semble difficilement compatible avec le principe de « subsidiarité » pourtant réaffirmé par le traité d'Amsterdam (v. art. 5 CE et 2 UE). Sans doute la Commission dans la présentation de sa proposition de règlement devant remplacer la convention de Bruxelles de 1998 affirme-t-elle que le test de subsidiarité justifie la transformation : pour elle, les objectifs poursuivis « ne peuvent pas être réalisés par les États membres individuellement et doivent donc, en raison de l'incidence transfrontière, être réalisés au niveau communautaire » et les moyens retenus sont proportionnés aux objectifs puisque « l'acte

de souveraineté des États membres. Souveraineté et subsidiarité sont les principes assurant un équilibre délicat puisqu'il s'agit de « préserver à la fois une certaine unité et une certaine diversité, ce qui rend la tâche particulièrement difficile »<sup>1399</sup>.

**557. Les affinements manifestes.** La conséquence la plus marquante de cette concurrence normative<sup>1400</sup> en droit international privé a été l'intégration des mécanismes liés à l'ordre public, pensés initialement pour un cadre national puis transposés au cadre européen. Les questions sur leur intégration et leur adaptation dans la construction européenne ont été traitées abondamment<sup>1401</sup>. On notera que les analyses respectives emploient souvent l'expression d'ordre public européen<sup>1402</sup> pour faire référence à un contenu spécifique au droit de l'Union mais sans dégager un mécanisme spécifique et différent de ceux traditionnellement employés par le droit international privé. Il est donc possible d'affirmer que l'espace intégré par les États membres, avec des objectifs propres ainsi que des institutions et instruments juridiques adaptés, a changé les rapports entre États membres qui ne sont plus totalement « étrangers » entre eux. Malgré l'évolution des rapports, les mécanismes liés à l'ordre public au sens du conflit de lois restent figés à leur fonctionnement de base.

**558.** Une nuance doit être apportée. L'hypothèse d'un défaut de spécificité des mécanismes d'ordre public pour régir les relations entre États membres semble se heurter à la doctrine préconisant l'existence autonome d'un ordre public européen<sup>1403</sup> qui se développerait en parallèle des ordres publics nationaux. La contradiction n'est à notre sens qu'apparente, puisque l'argument que nous avançons se concentre sur l'affinement des mécanismes porteurs de cet ordre public et non de son contenu. Autrement dit, l'existence d'un ordre public européen autonome (contenu) ne se traduit pas automatiquement par l'existence de mécanismes propres

---

proposé se limite au minimum requis pour atteindre ces objectifs et n'excède pas ce qui est nécessaire à cette fin ». *Mais c'est là plus une pétition de principe qu'une démonstration argumentée* », souligné par nous.

<sup>1399</sup> H. Gaudemet-Tallon, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », *op. cit.*, p. 319.

<sup>1400</sup> « La nature fédérale de l'Union européenne ne permet donc pas à celle-ci de revendiquer pour elle seule l'exercice d'une compétence normative en matière de droit international privé. Une telle compétence est en effet concurrente, *i.e.* partagée par l'Union européenne et les États membres, ces derniers ne cessant pas d'être, nonobstant leur appartenance à une Fédération, des ordres juridiques autonomes et complets », J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op. cit.*, n° 468.

<sup>1401</sup> V. par ex. S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », *op. cit.*, p. 93. L'auteure affirme : « l'expression « droit international privé dans l'ordre communautaire » nous semble préférable à l'expression « droit international privé communautaire » ou « droit international privé européen » car ce droit international privé ainsi réceptionné n'est plus entièrement national, même s'il est très inspiré des différents outils du droit international privé classique, mais il n'est pas non plus entièrement communautaire malgré sa source formelle. » V. également sur l'incidence de l'ordre communautaire sur les mécanismes classiques de l'ordre public, S. Poillot Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *Travaux Comité fr. dr. int. pr.* 2002-2004, p. 65-116.

<sup>1402</sup> J. Basedow, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 55 s.

<sup>1403</sup> J. Basedow, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, p. 55 s.

à la protection d'un ordre public européen. Ainsi, par exemple, Mme Poillot Peruzzetto affirme que dans les rapports entre ces deux ordres, « la question de l'incidence réciproque de l'ordre communautaire sur les mécanismes d'ordre public et de loi de police initialement de conception nationale, se pose ainsi dans le référentiel national comme dans le référentiel communautaire »<sup>1404</sup>. Si notre interprétation ne trahit pas la pensée de l'auteure, le référentiel compris comme un ensemble de valeurs et d'objectifs s'associe au contenu de l'ordre public et non aux mécanismes qui permettent d'évincer la loi désignée comme compétente.

**559.** Finalement, nous rappellerons que l'influence européenne sur le droit international privé des États membres a emprunté deux voies différentes : celle de l'édition d'une réglementation de droit international privé spéciale et celle du contrôle de régularité des règles nationales<sup>1405</sup>. C'est la combinaison de cette double voie à l'origine de certains effets sur l'exception d'ordre public (a) et sur le mécanisme des lois de police (b).

a. Les effets sur le mécanisme d'exception d'ordre public

**560.** L'agencement des compétences au sein de l'espace européen révèle deux effets sur le mécanisme d'exception d'ordre public : un effet d'intégration et un effet de contrôle.

**561. L'effet d'intégration.** Premièrement, on rappellera une observation faite constamment par la doctrine et confirmée par la jurisprudence, qui considère que la « réserve d'ordre public »<sup>1406</sup> est nourrie par le droit européen<sup>1407</sup>. À cet égard, il a été avancé que « l'expression « ordre public européen » signifie d'abord un ordre public que chaque État européen fait sien ; à ce titre, il s'intègre dans l'ordre juridique de l'État et, plus particulièrement, dans sa catégorie

<sup>1404</sup> S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP*, 2002-2004, Pedone, Paris, p. 65. Dans son étude, Mme Poillot Peruzzetto adopte le référentiel national comme point de départ, c'est-à-dire en partant des définitions nationales de l'ordre public et des lois de police sans justifier d'un tel choix.

<sup>1405</sup> « Ces modifications sont le résultat d'influences européennes ayant emprunté deux voies principales : l'Europe a parfois édicté une réglementation de droit international privé se substituant, pour les questions qu'elle vise, aux règles nationales préexistantes ; dans d'autres cas, l'Europe a laissé l'initiative de la réglementation des questions de droit international privé aux États membres, en se bornant à contrôler la façon dont ces dernières procèdent, par le biais de procédures de contrôle de régularité des règles nationales », Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 58, n°69.

<sup>1406</sup> Les termes « clause d'exception » et « réserve d'ordre public » sont souvent empruntés du droit international privé suisse, qui compte la particularité d'être constitué en une fédération. Notamment la loi fédérale sur le droit international privé, du 18 décembre 1987, art. 15. À ce sujet voir Othenin-Girard, *La réserve d'ordre public en dr. int. pr. Suisse*, Schulthess, Zurich, 1999 ; « Les conflits de lois et de juridiction dans un espace économique intégré. L'expérience de la communauté européenne », *Recueil des cours*, 1995, vol. 253, p. 249 et s., spéc. §144. Au sens du droit public une réserve se comprend comme une « déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale, avant et/ou lors de l'expression de son consentement à être lié par un traité, tendant à modifier, au regard du texte conventionnel adopté, la portée des engagements du déclarant à son égard », J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001.

<sup>1407</sup> « La réserve de l'ordre public qui s'inspire traditionnellement des valeurs et principes de l'ordre juridique national du for se nourrit en plus d'une autre source : celle du droit communautaire et européen » J. Basedow, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, p. 55.

des principes d'ordre public international »<sup>1408</sup>. L'effet d'approvisionnement est peu débattu, les mécanismes liés à l'ordre public déclenchés à l'encontre de l'application d'une loi d'un État tiers, peut se justifier par la protection de l'ordre national et par extension de l'ordre communautaire. Nous rajouterons que l'alimentation du contenu de l'ordre public est bidirectionnelle<sup>1409</sup> puisque l'ordre public européen ne peut pas être autre chose qu'un condensé des valeurs partagées par la majorité des États membres. Il existe un effet second, celui du contrôle.

**562. L'effet de contrôle.** En second lieu, l'on observe que les difficultés d'agencement des compétences se présentent en arrière-plan lorsque l'ordre public européen agit comme une limite aux mécanismes nationaux liés à l'ordre public<sup>1410</sup>. L'illustration de l'effet de contrôle se retrouve dans le schéma d'opérations intellectuelles d'application de la loi aux termes desquelles l'application de la règle de conflit, couplée d'un contrôle par les mécanismes liés à l'ordre public, serait susceptible d'être contrôlée à son tour par l'ordre européen<sup>1411</sup>. L'analyse des exemples jurisprudentiels permet d'affirmer que ce contrôle retrouve comme majeur du syllogisme soit une disposition de droit matériel européen comme dans l'arrêt *Koestler*<sup>1412</sup> ou

<sup>1408</sup> P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit.* 1991, pp. 664.

<sup>1409</sup> J. Basedow, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, p. 61 : « Quand l'ordre public est invoqué au stade des conflits de lois dans les rapports entre les États membres de l'Union européenne, le droit communautaire peut revêtir deux fonctions : il peut donner lieu à la naissance d'un ordre public communautaire, qui comme l'ordre public national s'oppose sous certaines circonstances à l'application du droit d'un autre État membre ; inversement, quand le juge national invoque son ordre public national afin d'échapper au droit d'un autre État membre, le droit communautaire peut lui imposer des limites. Jusqu'à présent il semble exister sur ces deux fonctions alternatives plus de réflexions théoriques que d'utilisations pratiques dans la jurisprudence communautaire ».

<sup>1410</sup> C'est l'argument avancé par Mme Poillot Peruzzetto lorsqu'elle affirme que le raisonnement suivi par les mécanismes liés à l'ordre public est prolongé dans l'ordre communautaire ayant par conséquence un contrôle indirect de la loi désignée par le mécanisme national. S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 72 et ss.

<sup>1411</sup> « Ce contrôle se situera toujours en aval des deux mécanismes de désignation, ce qui fait perdre aux lois de police leur caractère de loi d'application immédiate », *Ibid.* L'auteure développe l'analyse de ce contrôle en matière des effets de jugements, hypothèse qui n'est pas traitée dans nos développements qui se concentrent sur le conflit de lois (v. page 75). Néanmoins, il est intéressant de rappeler que dans l'arrêt *Krombach* (CJCE 28 mars 2000, *Dieter Krombach*, *Rev. crit. DIP*, 2000. 481, comm. Muir Watt) la Cour pose les conditions du recours à la réserve d'ordre public en matière des effets de jugements : « Si les états contractants restent, en principe, libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 27, point 1, de la convention, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de la convention. Dès lors, s'il n'appartient pas à la cour de définir le contenu de l'ordre public d'une État contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant », texte souligné par nous.

<sup>1412</sup> Arrêt CJCE, aff. 15/78, 24 octobre 1978, Rec. 78, p. 1971, cité par M. Fallon, « Les conflits de lois et de juridiction dans un espace économique intégré. L'expérience de la communauté européenne », *Recueil des cours*, 1995, vol. 253, p. 253, §146 : « Ainsi, dans l'arrêt *Koestler*, le juge allemand s'interrogeait sur la compatibilité de l'exception de jeu du droit allemand avec l'article 59 du Traité instituant la Communauté européenne. Il importe peu que l'application du droit du for soit poursuivie selon la méthode des lois de police ou de l'exception d'ordre

bien effectuée un contrôle de régularité des règles nationales vis-à-vis des principes contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme.

**563.** Une illustration de cette dernière hypothèse se présente à l'occasion d'un arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2016. La doctrine a observé en l'occurrence que l'ordre public « est mis en œuvre à l'encontre de la loi française, et non de la loi étrangère »<sup>1413</sup>, la valeur protégée se retrouvant dans le droit à la vie privée reconnu par la Convention précitée. M. Haftel observe que « ce ne sont pas les liens significatifs avec la loi française qui sont scrutés mais ceux existant avec un ordre juridique étranger, en l'occurrence l'Espagne, lesquels conduisent *in fine* à écarter la loi française normalement applicable. Il s'agirait donc plutôt d'un *Auslandsbeziehung*, ce qui constitue une véritable curiosité »<sup>1414</sup>. L'affirmation de l'auteur emporte notre conviction sur la difficulté technique, si l'on se doit de respecter les canons de l'exception d'ordre public international et suscite une double observation de notre part. Premièrement, concernant le rattachement nous avons préalablement affirmé que le recours au mécanisme d'exception commande l'écart de la solution, mais non le rattachement à la règle matérielle du for. En l'espèce, les rattachements avec l'Espagne sont plus faibles mais restent des rattachements avec un État membre, élément non négligeable dans le raisonnement. Deuxièmement, la France et l'Espagne partagent une source d'ordre public, la Convention européenne des droits de l'homme et un espace fédérateur. En effet, c'est la contrariété à cette source d'ordre public qui a conduit à l'application du contrôle de proportionnalité avec les effets du mécanisme d'exception. Ainsi, l'affinement de l'espace fédéral est donc manifeste, en ce sens qu'il permet de rattacher une situation juridique à l'un des États signataires de la Convention avec lequel cette dernière présente certains liens. Discutable certainement, mais en soi, cette solution représente une solution alternative à la question du rattachement postérieur au déclenchement de l'exception d'ordre public. Il ne passera pas inaperçu que malgré le partage d'une source d'ordre public, lorsqu'un conflit de lois se présente entre deux États membres, le recours aux mécanismes pensés dans un cadre national demeure. Dès lors, il est possible de se demander si les mécanismes porteurs d'ordre public, conçus pour répondre aux besoins de coordination d'un milieu réellement international ont manqué une opportunité d'affinement à cette occasion.

**564. L'opportunité d'affinement manquée.** Désormais les compétences intra-européennes sont traitées de la même manière que les contrôles de régularité internationaux. La construction

---

public ; et la Cour de justice, dans sa réponse à la question posée par le juge national, n'opère pas de distinction de ce type », pour un rappel des faits d'espèce voir § 34.

<sup>1413</sup> B. Haftel, note sous CE, 31 mai 2016, 396848, D. 2016. 1477.

<sup>1414</sup> *Ibid.*

européenne, pour coordonner les droits des États membres, a fait le choix d'avoir recours au droit international privé<sup>1415</sup>. Toutefois, un souci de cohérence impose que les mécanismes liés à l'ordre public soient adaptés en conséquence à un espace juridique qui vise à s'intégrer.

**565.** La question révèle tout son intérêt à l'égard des compétences exclusives des États membres. Selon M. Marzal la tâche du mécanisme d'exception est nouvelle car elle permettrait de réintroduire la compétence des États membres. L'auteur constate un paradoxe, en ce sens que la Cour « refuse d'abord l'argument de la compétence, pour affirmer que les libertés de circulation s'appliquent aussi dans les domaines couverts par les compétences exclusives des États membres ; pourtant, la compétence qui leur était ainsi déniée leur revient aussitôt par le biais de la marge d'appréciation »<sup>1416</sup>. Le paradoxe est réel mais non insurmontable si l'on considère, que les libertés de circulation sont une valeur fondamentale pour rendre possible l'Union. Il n'est pas d'union sans cette liberté, les compétences exclusives restent valables à condition qu'elles ne s'opposent pas à cette valeur mais dans l'adaptation les États gardent une marge d'appréciation.

**566.** Les exemples se multiplient concernant le recours à l'exception d'ordre public pour écarter l'application de la loi d'un État membre pour la considérer comme contraire à une valeur fondamentale du for sans avoir établi une différence lorsque cette valeur est partagée par l'ensemble des États membres. L'influence de l'espace européen n'est pas exclusive du mécanisme d'exception d'ordre public. Le mécanisme des lois de police serait également affecté. À titre liminaire, on rappellera que contrairement à l'influence exponentielle du mécanisme de lois de police que nous observerons par la suite, le rôle de l'exception d'ordre public est négativement touché. La doctrine affirme que les États membres de l'Union

---

<sup>1415</sup> « Il est alors nécessaire de prévoir des mécanismes de coordination entre les droits différents, afin d'éviter qu'ils ne constituent des barrières infranchissables à l'intérieur de l'Union : c'est précisément le rôle du droit international privé, droit de coordination entre les systèmes juridiques », H. Gaudemet-Tallon, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », *op. cit.*, p. 320.

<sup>1416</sup> T. Marzal, La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé –de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et lois de police, *Arch. Phil. Droit* 58, 2015, p. 252, l'auteur rajoute : « bien entendu, il ne faut pourtant conclure que l'exception d'ordre public sert à préserver le système de répartition de compétences entre l'Union et les États membres, tel que consacré dans les Traités par le biais notamment du principe d'attribution. La marge d'appréciation, tout en réintroduisant un espace d'autonomie étatique, redessine entièrement ce système de répartition. Au lieu d'une répartition opérée par des domaines matériels, le critère essentiel est ici la nature de la question posée, et surtout le type de rationalité dominante à son égard. La Cour se proclame compétente pour porter des appréciations techniques par le biais de l'application du principe de proportionnalité, en contrôlant l'efficacité et l'efficacité des mesures adoptées par les autorités étatiques. Ces dernières, en revanche, demeurent souveraines pour réaliser des jugements de valeur, liés à des systèmes de valeurs de type culturel et moral ».



européenne unis par une communauté de droit auront un recours moindre à l'exception dans une situation litigieuse intra-européenne<sup>1417</sup>.

#### b. Les effets sur le mécanisme de lois de police

**567.** Il a été affirmé que « les lois de police sont incontestablement à l'avant pont des rencontres entre droit communautaire et droit international privé »<sup>1418</sup>, conduisant à l'observation selon laquelle le bouleversement du droit communautaire sur les lois de police est double : le contrôle de lois de police nationales et l'émergence de lois de police communautaires<sup>1419</sup>.

**568. L'émergence de lois de police communautaires.** En accord avec l'objectif initial de l'établissement d'un marché unique, l'adoption des politiques communes aux États membres se traduisant ensuite par des règles assorties d'un champ d'application (et ainsi assimilées à des lois de police) a vu le jour. Il a été observé à leur égard que « la communauté européenne a dès le début fixé le domaine d'application de ses lois économiques par ses propres règles de conflit unilatérales » et que « ces dispositions font recours à une variété de techniques juridiques »<sup>1420</sup>. Ainsi, l'installation d'un espace européen a affiné le mécanisme de lois de police par dédoublement des instruments, nationaux et européens, sans pour autant l'adapter aux particularités de ce marché intérieur ce qui présente certaines difficultés, d'ores et déjà relevées par la doctrine. Tout d'abord, Mme. Poillot-Peruzzetto constate la difficulté formelle de retenir la notion de loi de police communautaire ou européenne du fait de la définition retenue par le règlement Rome I, notamment puisque « la référence au « pays » dans le règlement Rome I rend difficile l'utilisation de l'exception pour l'application d'une norme de source

<sup>1417</sup> C'est l'observation faite par Mme Gaudemet-Tallon et M. Lagarde : « Le rapport de synthèse insiste sur ce point estimant qu'il convient de 'théoriser le droit international privé spécial de l'Union européenne' : ainsi, le rôle de l'exception d'ordre public sera nécessairement moindre dans les rapports entre les divers États de l'Union européenne qui sont unis par une communauté de droit, et son intervention sera contrôlée par la Cour de justice de l'Union européenne qui dégage peu à peu un 'ordre public européen'... », préface aux actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes.

<sup>1418</sup> E. Pataut, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Fuchs, Muir-Watt et Pataut (dir.), Dalloz, 2004, pp. 118. Et les ouvrages cités par l'auteur, parmi eux : L. Bernardeau, *Droit communautaire et lois de police*, *JCP*. 2001. I. 238 ; M. Fallon et S. Francq, « *Towards internationally mandatory directives for consumer contracts ?* », in *Mélanges K. Siehr*, TMC Asser Press, 2000, p. 155 ; C. Nourissat, « La loi nationale de transposition d'une directive peut-elle être qualifiée de loi de police dans l'ordre international ? », *LPA*, 22 juin 2001. 10 ; A. Nuyts, « L'application des lois de police dans l'espace », *Rev. crit. DIP* 1999. 31 et 245 ; S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et lois de police en droit communautaire », *op. cit.* ; et, L. Idot, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », *LPA*, n° 248, 12 décembre 2002, p. 27.

<sup>1419</sup> *Ibid.*

<sup>1420</sup> J. Basedow, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 55.

communautaire, l'Union n'étant pas un pays »<sup>1421</sup>. Cette impossibilité est mesurée car la protection d'une disposition impérative dérogatoire par le mécanisme de lois de police peut par dédoublement du for, intégrer en son sein une norme de source communautaire. Notamment lorsqu'une politique législative commune, transposée par une loi nationale, se voit appliquée par le mécanisme des lois de police. Cette possibilité a donné lieu à une deuxième difficulté ; celle de la divergence de qualifications.

**569. La divergence de qualifications.** En effet, la difficulté formelle précitée n'a pas empêché le déclenchement du mécanisme de lois de police pour la protection de règles communautaires conduisant ainsi à un écueil technique. L'illustration de la divergence de qualifications s'observe dans la comparaison entre le raisonnement de la CJCE dans l'arrêt *Ingmar*<sup>1422</sup> et celui de la Cour de cassation dans l'arrêt *Allium*<sup>1423</sup>, découlant des litiges relatifs aux règles harmonisées qui assurent une protection minimale à l'agent commercial au sein de l'Union européenne. Pour sa part, la CJCE admet la qualification d'une règle communautaire, spécifiquement de la directive « agents commerciaux »<sup>1424</sup>, comme loi de police. Étudié préalablement, nous ne reviendrons sur cet arrêt que pour observer la divergence de résultats entre la Cour de justice et la Cour de cassation qui a décidé, à la même époque, en sens contraire. Ainsi, par son arrêt du 28 novembre 2000, la Haute juridiction française a décidé que la loi n° 91-593 du 25 juin 1991, loi de transposition de la directive, « d'ordre public interne, n'est pas une loi de police applicable dans l'ordre international ».

Pour résoudre cette divergence, la doctrine avance l'argument de la primauté de l'ordre juridique communautaire qui devrait conduire le juge français<sup>1425</sup> à s'aligner sur la jurisprudence européenne. Dans le prolongement de ces réflexions, il est important de signaler la différence des rôles entre la Cour européenne et la Haute juridiction française. En effet, la CJCE est garante d'une interprétation unifiée des directives européennes, en l'occurrence de la

<sup>1421</sup> S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », in M. Fallon, P. Lagarde et S. Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2008, p. 102.

<sup>1422</sup> CJCE 9 nov. 2000, n° C-381/98, *Ingmar*, *Rev. crit. DIP* 2001, p. 107, note L. Idot ; *JCP* 2001. II. 1159, note L. Bernardeau ; *JDI* 2001. 511, note J.-M. Jacquet.

<sup>1423</sup> Cass. com., 28 novembre 2000, *SA Allium c/Sté Alfin incorporated et a.* ; *JDI* 2001. 511, note Jacquet, *JCP* 2001. II. 10527, comm. Bernardeau, *D. Aff.* 2001. 305, note Chevrier.

<sup>1424</sup> Précisément les articles 17 et 18 de la directive 86/653/CEE du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

<sup>1425</sup> « Une telle divergence ne saurait subsister longtemps. Le principe de primauté de l'ordre communautaire ne peut en effet s'accorder d'une divergence d'appréciation sur la qualification de loi de police. Désormais, donc, lorsqu'un juge français s'interroge sur la qualification à donner à l'une des règles du for, il devra nécessairement intégrer les exigences du droit communautaire. Autrement dit, l'intérêt général, en principe véhiculé par la règle qualifiée de police, doit ici être appréciée à l'aune du droit communautaire », E. Pataut, *Lois de police et ordre juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 120.

politique législative communautaire qui vise à supprimer les restrictions à l'exercice de la profession d'agent commercial et à uniformiser les conditions de concurrence à l'intérieur de la Communauté. En effet, la directive européenne fut transposée avec une différence sensible, notamment concernant les dispositions de droit international privé. La Belgique, par exemple, a défini expressément le champ d'application de la directive, dans sa loi de transposition, aux activités d'un agent commercial ayant son établissement dans cet État membre<sup>1426</sup>. Il semble compréhensible donc, que la même question n'ait pas reçu la même réponse car la solution fut analysée par deux perspectives différentes. La divergence de qualifications a donné lieu au contrôle des lois de police nationales, manifeste par un souci d'harmonisation, qui s'est accentué dans l'affaire *Unamar*.

**570. Le contrôle des lois de police nationales au sein de l'espace européen.** Le deuxième élément de bouleversement identifié par M. Pataut se retrouve dans la possible limitation des lois de police nationales par la Cour de justice<sup>1427</sup>. À défaut de disponibilité d'un mécanisme proprement européen, les discussions ont foisonné concernant l'agencement du mécanisme de lois de police national et le contenu du droit européen. En effet, il a été affirmé que dans la rencontre entre ordre interne et ordre communautaire les mécanismes d'ordre public et de loi de police « se présentent comme des éléments d'architecture qui garantissent la cohésion de la construction d'un ordre juridique »<sup>1428</sup>. Ils le garantissent à condition de respecter les sources européennes car en cas contraire ils peuvent être à l'origine des fractures dans la construction, cet alignement se traduit par un effet de contrôle sur les lois de police nationales.

**571.** Dans le cadre de cette interaction la Cour de Justice revient, après l'arrêt *Ingmar*, sur la notion de lois de police dans son arrêt *Unamar*<sup>1429</sup> pour imposer une interprétation restrictive

<sup>1426</sup> L'un des commentateurs à l'arrêt *Allium* observe : « Le texte de 1991 ne contient certes aucune disposition de droit international privé, contrairement par exemple à la réglementation anglaise qui régit « *les relations entre les agents commerciaux et leurs commettants et (...) s'applique aux activités des agents commerciaux en Grande-Bretagne* » mas ne s'applique pas lorsque « *les parties ont convenu que le contrat d'agence sera régi par la loi d'un État membre* » (*Commercial Agents [Council Directive] Regulations 1993, art. 1<sup>er</sup>*). De plus, elle ne définit pas son champ d'application comme le fait notamment la loi belge ayant transposé la directive qui prévoit que « *toute activité d'un agent commercial ayant son établissement principal en Belgique relève de la loi belge* » (*L. 13 avr. 1995, art. 27*). », *JCP* 2001. II. 10527, comm. Bernardeau.

<sup>1427</sup> Point soulève au premier chef par M Pataut, voir *supra* § 567.

<sup>1428</sup> S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *TCFDIP*, 2002-2004, Pedone, Paris, p. 65. Dans son analyse l'auteur traite de la question suivante : « puisque l'ordre communautaire modifie les équilibres nationaux, comment ces mécanismes d'ordre public et de loi de police se présentent-ils ? Mais également, puisque l'ordre communautaire lui-même se construit à partir d'architectures nationales distinctes qu'il cherche à organiser en un tout cohérent et équilibré, dans le respect des diversités, quel rôle jouent-ils ? ».

<sup>1429</sup> CJUE, 17 octobre 2013, *Unamar*, aff. C-184/12 : « l'exception relative à l'existence d'une « loi de police », au sens de la législation d'un État membre concerné, telle que visée à l'article 7, §2 [de la Convention de Rome], doit être interprété de manière stricte » (pt. 49). *JDI* 2014.7, comm. J.-M. Jacquet ; *JCP G* 2013.1287, note C. Nourissat ; *Europe* 2013, comm. 560 obs. L. Idot ; *D.* 2014. 60, note L. d'Avout ; *ibid.* 893, obs. D. Ferrier ; *ibid.*

de la définition apportée par la Convention de Rome. Le contexte dans lequel se déroula l'affaire comptait des liens avec plusieurs États membres sans lien avec un État tiers<sup>1430</sup>.

En analysant l'arrêt *Unamar*, M. Marzal observe que dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, la constatation d'une entrave à la circulation « ne signifie pas que l'obstacle soit *ipso facto* illicite. Au contraire, la Cour se centre sur l'examen de la proportionnalité de la mesure en cause, c'est-à-dire à vérifier que cette dernière est efficace pour atteindre un certain but légitime et constitue l'alternative la moins coûteuse pour le faire »<sup>1431</sup>. Ainsi, la protection de l'ordre public interne, dans son volet socio-économique, reste en principe susceptible de protection par le juge du for face à l'emprise du droit européen mais conditionnée au respect de la proportionnalité. L'on observe donc un affinement direct sur le mécanisme des lois de police par l'exigence d'un complément dans le raisonnement, élément non exigé dans les conditions traditionnelles posées au mécanisme interne. Du point de vue du droit international privé, l'auteur observe une généralisation des lois des police à l'ensemble du droit, mais aussi le fait que « la question de l'applicabilité du droit national est effectivement toujours posée par la Cour dans les termes des lois de police »<sup>1432</sup>. Ce procédé est expliqué par M. Marzal.

**572. L'explication du procédé de la Cour de Justice.** Selon M. Marzal, la Cour de justice considère « que l'applicabilité de toute réglementation soumise à son contrôle ne peut se justifier qu'à partir du but poursuivi » et en ce sens elle suit le modèle des lois de police. Ainsi, un objectif identifié par la Cour serait susceptible de justifier en même temps « le contenu de la mesure en cause », autrement dit la règle matérielle, et « son *champ d'application*

---

1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *RTD civ.* 2014. 107, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2014. 457, obs. P. Delebecque.

<sup>1430</sup> Nous rappellerons brièvement les faits de l'espèce : contrat dans le domaine de transports conclu par *Unamar* (intermédiaire belge) pour la représentation en Belgique d'une société bulgare, le contrat comportait une clause de choix de la loi bulgare et une clause de résolution des litiges par arbitrage en Bulgarie (M. d'Avout l'identifie comme un « contrat régional européen »), le contrat a été rompu par le commettant bulgare. « Il en résulta un litige relatif à l'indemnisation de l'agent sur le fondement du dispositif protecteur issu des articles 17 et 18 de la directive européenne n° 86/653 du 18 décembre 1986. La transposition n'était pas équivalente en Belgique et en Bulgarie... ici apparaît une dimension nouvelle du problème, d'ordre processuel : qualifiée de loi de police applicable au contrat international, la loi belge de transposition de la directive semble pouvoir constituer un motif d'inefficacité de la clause d'arbitrage et permet d'examiner favorablement la compétence du juge judiciaire belge. En droit belge, effectivement, la clause compromissoire, par principe respectée en application de la Convention de New York du 10 juin 1958, peut semble-t-il être déclarée inefficace au constat de l'application d'une loi de police locale et d'une compétence corrélée du juge local... », L. d'Avout, Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux, *D.* 2014, p. 60.

<sup>1431</sup> T. Marzal, « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé – de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et lois de police, *Arch. Phil. Droit* 58, 2015, p. 247. Voir aussi sur la proportionnalité la thèse de l'auteur *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation de l'Union européenne*, Institut Varenne/LGDJ, 2014.

<sup>1432</sup> T. Marzal, « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne... », *op. cit.*, p. 249.

*territorial* »<sup>1433</sup>. Une telle observation amène l'auteur à affirmer que le contrôle de proportionnalité, lorsqu'il est déclenché par le biais des libertés de circulation « conduit à concevoir tout le droit national comme un agrégat gigantesque de lois de police » et ce « contrairement au droit international privé traditionnel, où le mécanisme des lois de police est exceptionnel et déroge à la méthode de conflits de lois de principe, la Cour généralise ici la méthode des lois de police à tous les domaines »<sup>1434</sup>. L'auteur suggère que l'exercice du contrôle de proportionnalité conduit à qualifier une règle substantielle de loi de police<sup>1435</sup>. Si notre lecture ne trahit pas la pensée de l'auteur, l'équation décrite correspondrait au postulat suivant : toute disposition matérielle appliquée par la Cour de justice sous le prisme de la proportionnalité est considérée comme une loi de police. L'observation qui en découle est d'autant plus intéressante qu'elle illustre l'affinement que subit le mécanisme de lois de police dans à l'espace européen : « le contrôle de proportionnalité, en ce qu'il conduit à généraliser le modèle des lois de police, conduit donc à la pulvérisation du droit national en une pléthore de réglementations, actes et mesures individuelles, qui viennent perturber, chacune à sa manière, l'espace du droit de l'Union, à l'instar d'un champ d'astéroïdes »<sup>1436</sup>.

**573.** Nous retiendrons finalement que, selon M. Marzal l'extension du recours aux lois de police possède une incidence directe sur l'exception d'ordre public : « en principe, la totalisation des lois de police que nous venons de décrire ne laisse aucune place à la notion d'ordre public, sauf peut-être à en faire un but à poursuivre par le biais d'une loi de police »<sup>1437</sup>. Sans nous prononcer

---

<sup>1433</sup> *Ibid.* L'auteur prend appui dans l'arrêt *Alpine Investments* pour rappeler que « concernant l'interdiction néerlandaise d'une certaine technique de marchandage par téléphone utilisée par des entreprises établis aux Pays-Bas proposant des services financiers, la Cour de justice se penche autant sur la proportionnalité du contenu de l'interdiction (sert-elle à protéger efficacement la réputation des fournisseurs de services financiers néerlandais ? existe-t-il d'autres mesures moins restrictives tout aussi efficaces ?) que sur le champ d'application extraterritorial de l'interdiction (est-il efficace et indispensable, au regard du but poursuivi, d'étendre l'interdiction aux actes de marchandage auprès de consommateurs établis dans d'autres États membres ? » CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, aff. C-384/93, *Rec.* p. I-01141.

<sup>1434</sup> *Ibid.*

<sup>1435</sup> Contrairement à l'appréhension traditionnelle de la doctrine, notamment celle exprimée par P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, §130. En mots de l'auteur « Il est donc erroné de suggérer, comme le fait souvent la doctrine, que la qualification comme loi de police déclenche le contrôle de proportionnalité : à l'inverse, c'est l'exercice de ce contrôle qui conduit à qualifier une réglementation de loi de police » T. Marzal, « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne... », *op. cit.*, p. 250.

<sup>1436</sup> *Ibid.* Ensuite l'auteur affirme « Nous constatons ainsi un lien entre la conception spatiale des conflits de lois, où l'identification des droits subjectifs précède la détermination du droit applicable, et la généralisation de la méthode des lois de police. Ceci ne devrait pas surprendre. La doctrine a déjà identifié un tel lien, notamment dans le domaine du droit des contrats : c'est parce que le principe d'autonomie conflictuelle a été admis, que la notion de lois de police a pu émerger. De la même manière, l'application des libertés de circulation dans tous les domaines du droit implique aussi, en une sorte d'effet-réflexe, la généralisation de la méthode des lois de police. »

<sup>1437</sup> T. Marzal, « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne... », *op. cit.*, p. 251. « Ceci voudrait dire que les États membres pourraient invoquer la protection de l'ordre public en tant qu'*objectif* justifiant une entrave à la question, conduisant ensuite la Cour de justice à se pencher sur la question de savoir si la mesure est instrumentalement apte à atteindre cet objectif. Ceci est fort improbable et semble peu praticable, puisque la Cour préfère évaluer la proportionnalité d'une mesure par rapport à un objectif concret à atteindre, au lieu d'une

sur la règle de relativité qui existerait entre les mécanismes liés à l'ordre public au sein de l'Union européenne, il est néanmoins possible de constater que l'effet de contrôle est plus important pour les lois de police puisque le droit européen s'est plutôt développé dans la sphère économique.

**574.** Le recours au mécanisme des lois de police par les juges des États membres a donné l'occasion de préciser la teneur de ce contrôle. Ainsi, dans son arrêt *Arblade* la Cour de justice jugeait : « l'appartenance de règles nationales à la catégorie des lois de police et de sûreté, ne les soustrait pas au respect des dispositions du traité, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire. Les motifs à la base de telles législations nationales ne peuvent être pris en considération par le droit communautaire qu'au titre des exceptions aux libertés communautaires expressément prévues par le traité et, le cas échéant, au titre des raisons impérieuses d'intérêt général »<sup>1438</sup>. La *ratio decidendi* de la Cour de justice laisse apparaître une spécificité, le contrôle de la politique législative nationale se heurte au respect d'un principe spécifique, celui de la liberté de circulation. Il est donc nécessaire de développer sur ce second élément d'affinement des mécanismes liés à l'ordre public.

## **B. Les libertés de circulation au sein de la construction européenne**

**575.** Le principe de liberté de circulation s'avère être également un élément à la compréhension de l'affinement sur les mécanismes liés à l'ordre public. En effet, le Traité de Rome a consacré un ensemble de libertés : de circulation des personnes et des capitaux, d'établissement et de prestation des services réfléchis d'après un objectif d'intégration économique<sup>1439</sup>. Cependant, les besoins à la construction d'un marché intérieur unifié ont dépassé rapidement le cadre strictement économique<sup>1440</sup>. Ainsi, initialement prévue pour le travailleur, la liberté de

---

notion floue et se prêtant à des interprétations diverses comme l'est celle de l'ordre public. *En tout état de cause, cette possibilité ferait perdre à l'exception d'ordre public toute autonomie, étant totalement absorbée par le modèle instrumentaliste des lois de police.* », texte souligné par nous. À notre sens, ce serait oublier que le mécanisme des lois de police est porteur en soi et aussi d'un des composants de l'ordre public lato sensu, l'ordre public protège objectifs et valeurs.

<sup>1438</sup> CJCE, 23 nov. 1999, *Rev. crit. DIP* 2000, 710, comm. M Fallon ; *Rev. science crim.* 2000, p. 248, obs. L. Idot ; *RTD eur.* 2000, p. 727, note J. Huglo.

<sup>1439</sup> « L'objet premier de la Communauté européenne était l'établissement d'un marché intérieur sans frontières qui se caractérisait par la libre circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux. Cet objectif central était complété par la mise en place de certaines politiques communes dont la plus importante pour la France sera la politique agricole commune », J.-P. Jacqué, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> ed. 2015, p. 5, n° 7.

<sup>1440</sup> « La construction communautaire s'est d'abord préoccupée de la création d'un marché intérieur unifié. Mais, rapidement il est apparu qu'on ne pouvait s'en tenir à cet aspect strictement économique. Les objectifs de progrès social, de liberté, de paix qui figuraient déjà en 1957 dans le préambule de Traité instituant la Communauté économique européenne portaient en quelque sorte en germe les développements ultérieurs et le passage d'une Communauté économique à une Union de « citoyens européens », H. Gaudemet-Tallon, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », *op. cit.*, p. 319.



circulation fut étendue à « tout citoyen européen », influençant ainsi, dans une grande mesure le droit international privé<sup>1441</sup>.

**576.** La nature des libertés de circulation n'est pas sujet aisé, mais il est possible d'affirmer que les libertés de circulation constituent des principes contenus dans les traités fondateurs<sup>1442</sup>. Comme principes, les libertés possèdent la particularité d'être dépourvues d'un moyen direct d'application. Ainsi, à défaut de mécanisme d'application des principes, les mécanismes liés à l'ordre public ont servi comme véhicule d'application de ces principes<sup>1443</sup>, menant à des observations intéressantes<sup>1444</sup>.

**577.** Au passage on peut noter que l'interaction entre libertés de circulation et mécanismes d'ordre public a été possible puisque le souci d'harmonisation législative<sup>1445</sup> a été renforcé par la jurisprudence de la Cour de justice, des communautés puis, de l'Union européenne. En effet, la Cour de justice est compétente pour connaître de l'interprétation des libertés visées à l'article 65 du traité d'Amsterdam<sup>1446</sup>. L'influence de ces principes a déjà été mesurée par la doctrine<sup>1447</sup> et les critiques ont aussi été soulevées<sup>1448</sup>.

**578.** L'affinement de la construction européenne sur les mécanismes liés à l'ordre public, notamment concernant l'effet de contrôle précédemment relevé, se complète par l'intervention

<sup>1441</sup> L'étendue de la liberté de circulation à tout citoyen européen à d'autres domaines (notamment en matière familiale) a mis en cause non seulement les conflits de lois et de juridictions mais également la nationalité et la condition des étrangers. « Si le droit communautaire laisse les États entièrement libres de régler leur droit à la nationalité, il ne peut être totalement indifférent dans la mesure où l'appartenance à la nationalité d'un État de l'UE suffit à entraîner l'application du droit communautaire », H. Gaudemet-Tallon, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », *op. cit.*, p. 321.

<sup>1442</sup> Il est particulièrement intéressante la référence faite par Mme Poillot Peruzzetto à des « principes fondamentaux de libre circulation » lesquels « s'appliquent chaque fois qu'une pratique ou une législation nationale y porte atteinte, ce qui fondamentalement permet un contrôle potentiel de toute législation ou pratique nationale et qui fait dire à certains qu'il s'agit d'un véritable contrôle de constitutionnalité », S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 66. Ces libertés sont inséparables de l'objectif de réalisation d'un marché européen, pour un développement approfondi voir, J.-S. Bergé et S. Robin-Olivier, *Droit européen*, PUF, 2<sup>ème</sup> ed., 2011, p. 85, spéc. §122 et s.

<sup>1443</sup> « Le droit communautaire, de son côté, s'il est avant tout un droit préoccupé des résultats matériels déterminés, ne peut rester indifférent aux questions de champ d'application spatial », E. Pataut, *Lois de police et ordre juridique communautaire*, *op. cit.*, p. 119.

<sup>1444</sup> Notamment lorsque la clause « marché intérieur » est rapproché des mécanismes liés à l'ordre public, Voir par ex. M Wilderspin et X. Lewis, « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des États membres », *Rev. crit. DIP*, 2002, 1.

<sup>1445</sup> L'article 65 du traité d'Amsterdam était invoqué par les autorités communautaires comme fondement de leur activité législative en droit international privé dans la mesure où le droit international privé permet de créer un « espace de liberté, de sécurité et de justice ».

<sup>1446</sup> Art. 68 du traité CE qui renvoie à l'art. 234 du même traité (ancien article 177 du Traité de Rome).

<sup>1447</sup> Voir, par ex. G. Radicati di Brozolo, « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation », *Rev. crit. DIP* 1993, 401.

<sup>1448</sup> « Cependant, les instances européennes ont souvent outrepassé les compétences que leur attribuaient les textes, justifiant rituellement leurs interventions par l'objectif d'un « espace de liberté, de sécurité et de justice » sans prendre la peine de préciser le lien entre les dispositions édictées et cet objectif... ces instances semblent inspirées par un tropisme d'uniformisation du droit en matière civile au sein des États membres » ; Audit et d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 58.

des libertés de circulation. En effet, ce contrôle est décrit par Mme Poillot Peruzzetto comme « la conformité de la loi nationale qui revendique son application, quel que soit le titre, au principe de libre circulation, lequel, a priori, sans désigner véritablement la loi d'origine (car il ne s'agit pas d'une règle de conflit au sens du droit international privé) conduit cependant à appliquer cette loi du pays d'origine »<sup>1449</sup>. Dès lors, le contrôle s'effectue car le principe de liberté de circulation, comme référentiel ou majeure du syllogisme, permettra de confirmer ou contrecarrer la loi désignée comme applicable suite au déclenchement d'un mécanisme lié à l'ordre public. Toutefois, nous observerons que le raisonnement permettant une telle opération de contrôle échappe au syllogisme juridique et fait jouer le contrôle de proportionnalité.

**579. L'exemple de l'arrêt *Viking*.** Un exemple permettant d'illustrer l'agencement entre libertés de circulation et les mécanismes liés à l'ordre public nous est donné dans l'affaire *Viking*<sup>1450</sup> dans lequel la Cour de justice des communautés européennes a examiné la « conformité à la liberté d'établissement d'une grève entreprise par des travailleurs pour tenter d'éviter que leur employeur, une compagnie de ferry, se serve d'un pavillon de complaisance pour bénéficier d'une législation sociale moins onéreuse »<sup>1451</sup>. Pour une question de concision de nos propos, on se limitera à rappeler qu'afin de trancher la question, la Cour constate dans un premier temps la violation de la liberté d'établissement de la compagnie, pour ensuite aborder son éventuelle justification par le biais d'un contrôle de proportionnalité. La CJCE conclut que les travailleurs « auraient pu se servir de moyens moins restrictifs pour protéger leurs intérêts tout aussi efficacement, et que leur grève constitue donc une mesure disproportionnée »<sup>1452</sup>. Dans cette espèce nous trouvons dans un premier temps une situation de fait, la relation de travail, régie par une loi nationale. La loi applicable modifiée ensuite par l'adoption de la part de l'employeur, d'un pavillon de complaisance<sup>1453</sup>. Puis, cette dernière loi

<sup>1449</sup> S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 72. L'auteur affirme ensuite que « les tests du contrôle sont la non-discrimination, l'existence d'un intérêt général comme objectif, la proportionnalité. À l'issue de ce contrôle, joueront un effet négatif et positif : un effet négatif d'éviction du principe de libre circulation, ou de la loi nationale revendiquant son application comme loi de police ou comme loi de substitution à la loi étrangère par le mécanisme de l'ordre public, un effet positif d'application de la loi de police nationale malgré le principe de libre circulation et éventuellement en sus de la loi d'origine... ».

<sup>1450</sup> CJCE 11 déc. 2007, aff. C-438/05, *International Transport Workers' Federation et Finish Seamen's Union c/ Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, Rec. I-10779 ; *AJDA* 2008. 240, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; *D.* 2008. 2560, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *RTD com.* 2008. 445, obs. G. Jazottes.

<sup>1451</sup> T. Marzal, La Cour de cassation à « l'âge de la balance », *RTD civ.* 2017. 789.

<sup>1452</sup> « Ainsi, une affaire politiquement très chargée (le conflit entre liberté économique et droit social) est présentée par le biais de la proportionnalité comme entièrement dépolitisée, ce qui réduit le problème à une simple question technique sur l'efficacité des moyens employés, alors que les conséquences de la décision sont indubitablement très lourdes (si les employés doivent renoncer à la grève comme moyen disproportionné, peut-on continuer à parler d'un droit fondamental à la grève ?) », *Ibid.*

<sup>1453</sup> Comme l'expliquent MM. d'Avout et Bollée : « Soit une entreprise intracommunautaire du transport maritime, exploitant une ligne fixe desservant les ports de deux États membres. Elle est depuis des années sévèrement concurrencée dans l'exploitation de cette ligne, pour elle très déficitaire à raison de coûts comparativement élevés

sera écartée par le juge du for par recours au mécanisme d'exception d'ordre public. Finalement, l'application du mécanisme est confrontée au principe de la liberté de circulation en effectuant un contrôle de proportionnalité.

**580.** L'accommodement des libertés de circulation et des mécanismes de droit international privé s'avère très délicat<sup>1454</sup>, notamment car, comme Mme Poillot Peruzzetto l'affirme, leurs points de départ « sont différents puisqu'en effet *a priori*, l'ordre communautaire n'est pas neutre mais porteur de la finalité de la création du marché intérieur, à la différence du droit international privé dans le modèle savignien en tout cas, qui affiche sa neutralité »<sup>1455</sup>. D'autant plus que les libertés de circulation lorsqu'elles sont confrontées aux valeurs protégées par le mécanisme d'exception d'ordre public, ou bien à la politique législative rendue effective grâce au mécanisme de lois de police, échappent à l'idée d'une hiérarchisation entre elles.

**581. L'impossibilité du recours à une hiérarchisation.** Il est intéressant d'observer que malgré l'importance des libertés de circulation au sein de l'Union européenne elles ne sont pas affectées d'une prédominance hiérarchique<sup>1456</sup> et elles ne sont appliquées qu'à la suite d'un raisonnement en termes de proportionnalité permettant de croire à leur relativité<sup>1457</sup>. L'une des conséquences directes de la mise en place de la logique des libertés de circulation permet d'affirmer que « le droit européen conçoit les individus comme flottant dans cet espace, libres de tout rattachement juridique à un certain ordre juridique »<sup>1458</sup>. Ainsi, à l'intérieur de l'espace

---

de main d'œuvre. Pour diminuer sa masse salariale, l'entreprise envisagea un dépavillonnement du navire dans l'État membre d'origine au bénéfice d'un repavillonnement dans un autre État membre ayant un droit du travail plus favorable », *D.* 2008. 2560.

<sup>1454</sup> « Mais au-delà de cette perméabilité entre les deux référentiels, les grammaires restent largement distinctes ou plus exactement, étaient distinctes, grammaire économique pour l'ordre communautaire, grammaire civiliste pour le droit international privé, ce qui faisait justement dire à Savatier qu'il fallait transposer le langage économique de la libre circulation en langage juridique », S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 67.

<sup>1455</sup> S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 67.

<sup>1456</sup> *Contra* S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 73, pour qui l'effet du contrôle est d'abord vertical plutôt qu'horizontal.

<sup>1457</sup> Elles ne se traduisent pas comme une clause « *full faith and credit* » présente dans le système juridique nord-américain, échappant ainsi à une hiérarchisation nette. Pour la fonction de cette clause voir, par ex., P. Herzog, « *Constitutional limitations on choice of law rules in the United States* », *Recueil des cours*, Vol. 234, 1992. III, spéc. p. 273-284 : « *The « Full Faith and Credit » Clause is part of Article IV of the Constitution, sometimes called the Constitution's « Federal » Article because, unlike another Articles, it is less concerned with the « vertical » relationship between the central authorities and the states than the « horizontal » relationship amongst the states* », p. 273.

<sup>1458</sup> « À l'instar de ces domaines déterritorialisés, où règne l'autonomie conflictuelle, le droit européen conçoit les individus comme flottant dans cet espace, libres de tout rattachement objectif à un certain ordre juridique, plutôt qu'ancrés à des données territoriales concrètes et précises », T. Marzal, *La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne...* *op. cit.*, p. 247. Voir les contre-exemples cités par l'auteur : l'arrêt *Ruiz Zambrano*, (CJUE, 8 mars 2011, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*, aff. C-34/09, *Rec.* p. I-1177), où la Cour évoque directement le « territoire de l'Union ».

commun, le rattachement au territoire national est brouillé et dès lors les mécanismes liés à l'ordre public dépendant d'éléments de rattachement sont forcément affectés.

**582.** Dans ce chapitre dédié à l'étude de l'affinement produit par le contrôle de constitutionnalité nous avons dû respecter une étape, qui tient à l'observation des environnements institutionnels des systèmes juridiques français et mexicain. Concernant l'environnement institutionnel français il était indispensable d'analyser sa participation dans le modèle d'intégration politique, économique et sociale, constitué par l'Union européenne. Il ne s'agit pas de se prononcer sur le débat politique mais de vérifier si, malgré l'absence d'une Constitution européenne et *a fortiori* d'un contrôle constitutionnel à son échelle, l'espace juridique européen exerce un affinement sur les mécanismes liés à l'ordre public.

Nous avons donc observé que la construction de l'Union européenne entraîne une incidence peu contestable sur le contenu de l'ordre public<sup>1459</sup>, en effet le dédoublement des sources nourrit l'ensemble des valeurs et des politiques législatives susceptibles d'être protégées ou rendues efficaces par les mécanismes liés à l'ordre public. L'on a constaté également, que le recours aux mécanismes liés à l'ordre public demeure inchangé et persiste dans sa forme traditionnelle<sup>1460</sup> au sein de l'espace juridique européen. S'ajoute ainsi aux débats sur l'adoption forcée des compétences par l'Union européenne l'absence de mécanismes aptes à résoudre les conflits de cette nature au niveau intra-européen, invitant les juges nationaux à employer les mécanismes classiques du droit international privé entre États membres, d'autres options ont été envisagées mais sans succès<sup>1461</sup>. L'affinement par cet espace, avec ses deux composantes (compétences concurrentes et libertés de circulation) est appréhendé par la doctrine comme une internationalité dédoublée<sup>1462</sup>. À l'analyse, la question se pose de savoir si l'internationalité dite

<sup>1459</sup> « On distingue le droit de l'Union européenne, devenu une source régionale directement concurrente des sources nationales traditionnelles du droit international privé et celui, prétorien, émanant indirectement du Conseil de l'Europe, à travers la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », Audit et d'Avout, 8<sup>ème</sup> ed., 2018, p. 58, n° 57.

<sup>1460</sup> Persistance qui n'était le seul scénario envisageable car comme l'affirme Mme Poillot Peruzzetto « on aurait pu craindre que l'ordre communautaire pour affirmer son existence écarte de son vocabulaire les mécanismes de réserve nationale que sont l'ordre public et les lois de police et par là-même, écrase la vitalité des États », S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 70.

<sup>1461</sup> MM Audit et d'Avout observent que : « dans leur domaine matériel, celui de la coopération judiciaire, les mesures prises par la Communauté devaient se borner aux matières « ayant une incidence transfrontière ». Cela excluait d'abord les relations internes aux États membres », 8<sup>e</sup> édition, n° 60 ; et la note en bas de page 197 des auteurs : « à l'occasion du règlement sur la procédure d'injonction de payer, la Commission européenne a tenté d'édicter un texte applicable dans l'ordre interne, ce à quoi se sont opposés les États membres. La directive n° 2008/52/CE sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale a donné lieu à une tentative du même ordre, repoussée par le Parlement et le Conseil ».

<sup>1462</sup> J.-S. Bergé, « La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé », *Trav. com. Fr. DIP*, 2004-2006, p. 29 et s. La difficulté a été aussi relevée par Mme Poillot Peruzzetto : « l'ordre communautaire pose la difficulté de ses contours tant du point de vue des textes que des situations, il ne fait qu'amplifier la difficile question de l'internationalité puisqu'au rapport interne/externe, il ajoute l'externe aux

interne qui est propre aux États membres, n'est pas autre chose que la manifestation de l'espace fédéral et l'affinement qui en est la conséquence. L'affirmative à cette question s'aligne avec la doctrine selon laquelle l'espace européen fournit un scénario pour le développement des conflits des lois mais ayant été distingués comme des conflits interterritoriaux<sup>1463</sup> résultant de la disparité législative des États membres.

**583.** Une partie de la doctrine conclut à un constat particulièrement intéressant concernant l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public entre États membres, il s'agit de l'hypothèse de la réduction de « l'utilité du recours à la méthode des lois de police »<sup>1464</sup>. Si l'évolution préconisée s'avérait réelle<sup>1465</sup>, la construction européenne achevée comme un ensemble de droit privé unifié conduirait, non à l'affinement mais à la désactivation quasi-totale, des mécanismes liés à l'ordre public à l'intérieur de l'Union européenne. En effet, ceci n'est pas l'état du droit positif dans lequel les mécanismes liés à l'ordre public, affinés par la création d'un espace européen, continuent à régler les conflits de lois entre les États membres pour lesquels une unification totale des droits substantiels n'est pas souhaitée à l'unanimité<sup>1466</sup>.

**584.** Les observations précédentes trouvent écho dans la thèse de M. Heymann<sup>1467</sup> et avec sa proposition de re-conceptualiser les conflits de lois intra-européens. L'auteur conclut par le constat d'une réalité, celle « du fédéralisme européen et de sa mise à l'épreuve du droit international privé »<sup>1468</sup>. La construction de ces arguments emporte notre conviction et nous permettent d'accentuer l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public notamment lorsqu'ils

---

États membres qui se trouve cependant être l'interne de l'Union », S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 66.

<sup>1463</sup> Bien que les conflits interterritoriaux et les conflits interfédéraux gardent une vraisemblance, il ne s'agit pas de même type de conflits. D'ailleurs, l'Union Européenne n'est pas identifiée totalement à un État fédéral. Dans ce sens, Loussouarn, Bourel et de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 138.

<sup>1464</sup> V. S. Francq et F. Jault-Seseke, *Les lois de police, une approche de Droit Comparé*, in Le règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux, Lexis-Nexis, Paris, 2011, p. 371 : « En effet, le jeu des libertés de circulation et le test de compatibilité communautaire qu'il implique, le développement de normes impératives communautaires (qui sont visées à l'article 3 du règlement) et la spécialisation des règles de conflit se conjuguent pour réduire l'utilité du recours à la méthode des lois de police ».

<sup>1465</sup> Audit et d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 8<sup>e</sup> édition, 2018, n° 58 : « À défaut de parvenir à une union politique, la construction européenne semble être perçue par certains comme devant inéluctablement conduire à un ensemble dont le droit privé serait unifié, y compris en matière de droit des personnes sous couvert de la citoyenneté européenne tandis que la relative indifférence de nombreux États membres dans ce domaine laisse le champ libre à cette unification rampante ».

<sup>1466</sup> « S'agissant du droit substantiel, certains règlements parvinrent à une véritable unification (par exemple sur certaines questions de droit social), alors, que, plus souvent, le recours à la technique des directives a assuré au moins un rapprochement, une harmonisation entre les droits (que l'on pense particulièrement au droit des sociétés, ou au droit de la consommation). Il est en tout cas clair, après plus de trente ans de fonctionnement des institutions communautaires qu'il est utopique (et qu'il serait d'ailleurs sans doute regrettable) de vouloir une unification totale des droits substantiels », H. Gaudemet-Tallon, « Quel droit international privé pour l'Union européenne », *op. cit.*, p. 319.

<sup>1467</sup> J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Préface de Horatia Muir Watt, Economica, 2010.

<sup>1468</sup> J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, *op. cit.*, n° 468.

seront déclenchés à l'intérieur d'un espace de libre circulation. À ce stade, l'affinement est d'envergure en ce sens que les mécanismes liés à l'ordre public sont susceptibles d'être contrôlés par la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que par la Cour européenne des droits de l'homme. Autrement dit, les mécanismes liés à l'ordre public servent au sein de l'Union européenne comme remède pour freiner les débordements d'une concurrence normative entre États membres mais limités à leur tour. Ce stade semble voué à se prolonger en ces termes, d'autant plus que l'« arsenal constitutionnel »<sup>1469</sup> est aperçu de manière négative au sein de la construction européenne.

**585. Transition.** Comme nous l'avons affirmé dans notre introduction, l'étude de droit comparé se doit d'être sobre en propositions notamment lorsque, comme nous avons essayé de le démontrer, les logiques directrices des systèmes juridiques sous scrutin divergent. Ainsi, l'analyse proposée ne prétend pas traiter la question de l'opportunité pour l'Union européenne de se doter de mécanismes spécifiques pour traiter les conflits de lois intra-européens. Toutefois, il est possible de noter que les cas de confrontation entre les impératifs nationaux et ceux du marché unifié sont récurrents mais que ces derniers ne sont pas associés à un ensemble constitutif comme l'est le cas de la réalisation mexicaine qu'il convient d'analyser désormais.

## § 2. La réalisation mexicaine

**586.** Le terme « réalisation » s'impose pour décrire le système fédéral mexicain car, plus qu'une construction graduelle, l'organisation fédérale s'est réalisée au Mexique de manière abrupte comme résultat de son développement historique<sup>1470</sup>. Si l'on admet que la mise en place d'un espace d'intégration économique est un élément exerçant un affinement sur les mécanismes liés à l'ordre public à l'intérieur de cet espace, l'appréhension des particularités de cet espace permettrait de comprendre, au moins en partie, pourquoi les mécanismes tels que l'exception d'ordre public et les lois de police retrouvent un maigre, voir nul emploi au sein de la Fédération mexicaine.

---

<sup>1469</sup> Expression empruntée à Mme Muir Watt, « L'expérience américaine », *op. cit.*, p. 157, n° 19 : « Même dans les domaines où l'unification du droit substantiel n'est pas perçue *a priori* comme désirable, la compétition normative peut entraîner des effets pervers. Le remède ne consiste pas forcément à supprimer la diversité, mais à freiner les débordements, au moyen de contraintes exercées sur le règlement du conflit de lois. Celles-ci sont contenues dans tout un arsenal constitutionnel, comprenant *Full Faith and Credit*, la *Commerce clause* « dormeuse » et *Due Process*, qui policent les activités des États dans les situations comportant un conflit de lois, au nom de la solidarité et du principe de reconnaissance mutuelle ».

<sup>1470</sup> Historiquement, après son indépendance de la Couronne espagnole, le Mexique traversa plusieurs étapes et formes d'organisation pour aboutir, avec la Constitution de 1824, au fédéralisme. V. P. Escalante Gonzalbo (et al.), *Historia mínima de México*, Colmex, México, 2008, p. 264 et s.



**587.** Un constat liminaire s'impose, concernant l'intégration régionale dans le continent américain où le « droit communautaire » n'existe pas en tant que tel, en dépit de la présence de certains organismes régionaux<sup>1471</sup>. Comme l'observe Mme Fresnedo, le point de départ est donc différent puisqu'il n'existe pas dans la région ni un droit communautaire, ni une délégation du pouvoir législatif, les instruments de droit international privé doivent être incorporés dans chaque État par les procédés traditionnels<sup>1472</sup>. À l'instar de notre paragraphe précédent, l'analyse se concentrera sur l'affinement des mécanismes et non du contenu de l'ordre public. Ainsi, la question de l'existence de mécanismes propres à la protection d'un « ordre public américain » ou un « ordre public des pays américains » doit être écartée.

**588.** Par conséquent, pour effectuer l'analyse de l'affinement de l'espace fédéral mexicain sur les mécanismes liés à l'ordre public le regard pertinent est bien celui vers l'intérieur de la Fédération mexicaine. Ce regard doit se faire à pas mesurés car le fédéralisme mexicain comporte des particularités qui le différencient d'autres structures fédérales. Ainsi, par exemple, Horatia Muir Watt relevait le paradoxe du système des États-Unis en ce sens « qu'en dépit de l'omniprésence de la référence constitutionnelle, le fédéralisme est apparemment peu intrusif »<sup>1473</sup>, ce paradoxe ne se retrouve pas dans le fédéralisme mexicain qui s'avère bien intrusif<sup>1474</sup>. Dans le système juridique mexicain, il est rarement fait distinction entre les sources fédérales et les sources nationales des règles de conflit de lois<sup>1475</sup>. Ainsi, lorsque l'on raisonne

---

<sup>1471</sup> « *What happens in other regions, like the American region (Organization of American States, MERCOSUR, and others), where a « communitarian » law does not exist, but where there is an Inter-American private law system and an American Convention on Human Rights ? Do fundamental principles belong exclusively to each State or are some of them common to several States ?* », C. Fresnedo de Aguirre, « *Public Policy : Common Principles in the American States* », *Recueil des cours*, Vol. 379, 2016, p. 94, n° 1.

<sup>1472</sup> « *In our region (Organization of American States, MERCOSUR, and others) the starting point is different. There is neither communitarian law nor delegated legislative power. Private international law instruments must be incorporated in each State's legal order through their constitutional procedures* », *Ibid*, note en bas de page n° 6.

<sup>1473</sup> H. Muir Watt, « L'expérience américaine », dans *Les conflits de lois et le système communautaire*, *op. cit.*, p. 146, n° 3.

<sup>1474</sup> Pour une étude des raisons socio-politiques à l'origine des particularités du fédéralisme mexicain voir, M. Modoux, *Démocratie et fédéralisme au Mexique (1989-2000)*, éd. Karthala, 2006, spéc. p. 25 et s. L'auteur décrit le régime comme un « système fédéral centralisé », et explique que « le régime mexicain instauré en 1917 allie deux notions *a priori* antinomiques : le fédéralisme, qui renvoie à l'idée de pouvoir partagée, et le présidentielisme, qui implique au contraire la centralisation du pouvoir dans les mains d'une seule autorité », et sa note en bas de page n° 1 : « Le Mexique n'est pas le seul État à institutionnaliser ce paradoxe apparent : ses constituant se sont en effet inspirés des États-Unis. Mais le contexte n'est pas le même, car l'État nord-américain est né de l'union d'entités politico-administratives déjà constituées, alors qu'au Mexique l'unité territoriale a précédé l'adoption du fédéralisme ».

<sup>1475</sup> De manière parallèle au ce sujet il est nécessaire d'observer que concernant la loi applicable, lorsque la règle de conflit de lois du for désigne la loi d'un État fédéral, la Cour de cassation a récemment énoncé que si la question litigieuse relève de la compétence des États fédérés, les juges du fond doivent rechercher de quel État fédéré la loi est applicable, en mettant en œuvre les règles de conflit internes de l'ordre juridique globalement désigné, *Civ. 1<sup>re</sup>*, 20 avr. 2017, n° 16-14.349, *D.* 2017. 918 ; *ibid.* 2018. 966, *pan. S.* Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam.* 2017. 416, *obs. A.* Bioché ; *Dr. fam.* 2017. *Comm.* 194, *obs. M.* Farge.

en termes de mécanismes liés à l'ordre public, on peut se poser la question de savoir si les mécanismes employés pour protéger l'ordre public face à l'application de la loi étrangère<sup>1476</sup> trouvent également application pour la protection de l'ordre public d'un État fédéré face à l'application de la loi d'un autre État fédéré, autrement dit la question se pose de savoir si les conflits intra-fédéraux sont résolus en termes de conflit des lois. Afin de pouvoir tracer des parallèles entre la construction européenne et la réalisation mexicaine il est nécessaire de transposer la grille d'analyse appliquée précédemment, celle de l'étude des deux composantes permettant de comprendre l'affinement subi par les mécanismes liés à l'ordre public : la concurrence normative (A) et les libertés de circulation qui se traduisent au Mexique par une obligation de respect des actes émanant des autorités locales d'autres États fédérés (B).

### **A. L'absence de concurrence normative effective au sein de la Fédération mexicaine**

**589.** De manière générale, il est admis en droit international privé que dans un État fédéral « l'exception d'ordre public peut certainement jouer : si chaque État membre de l'Union est maître de sa législation, cette compétence emporte la faculté de repousser les lois des autres membres de l'Union qui lui paraîtraient contraires à sa propre politique législative. Mais il en va de soi que la communauté juridique exprimée et favorisée par le fédéralisme limitera notablement l'intervention de l'ordre public »<sup>1477</sup>. La précision de l'emplacement du conditionnel dans la formulation préalable est révélatrice de la logique du recours au mécanisme d'exception<sup>1478</sup> : pour que l'État fédéré puisse repousser les lois des autres États fédérés, il doit être maître de sa législation.

**590.** Nous noterons que le système juridique mexicain ne remplit pas cette condition puisque bien que les États aient, en principe, une autonomie législative, une grande partie de la législation en matière de contrats est de source fédérale. Ce trait est dû aux particularités du fédéralisme mexicain. Il est nécessaire d'écarter le conflit de lois entre la législation fédérale et une législation locale en vertu du principe de hiérarchie établi par la Constitution<sup>1479</sup> à l'article

<sup>1476</sup> La loi d'un État tiers à la fédération.

<sup>1477</sup> Batiffol et Lagarde, *Droit international privé*, vol. I, 8<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1993, n° 358 ; et note en bas de page n° 7, p. 357 : « V. aux États-Unis Leflar, Mc Dougal et Felix, § 74, citant *Bradford Electric Light Co v. Clapper*, 286.U.S.145 (1932). La *Full Faith Credit Clause* ne fait pas obstacle à ce qu'un État de la Fédération oppose l'exception de *public policy* à une loi ou à un acte public d'un *sister state* ».

<sup>1478</sup> Logique qu'à notre sens peut être étendue au mécanisme des lois de police en ce sens que : pour qu'un État puisse imposer le respect d'une politique législative, il doit être le maître de cette dernière.

<sup>1479</sup> José Luis Siqueiros affirme que « dans cette dernière hypothèse, le conflit est seulement apparent. Les lois fédérales et les lois locales opèrent dans une juridiction et une hiérarchie spécifique, dans une zone délimitée par la Constitution fédérale », *Síntesis del derecho internacional privado*, 2<sup>e</sup> éd. IIJ, UNAM, México, 1971, p. 70.

133. Ainsi, dans l'hypothèse de l'invasion par l'un des États dans la sphère de compétences fédérale ou dans le cas d'une atteinte à la souveraineté des États par une autorité fédérale, la controverse sera résolue par la *Suprema Corte de Justicia de la Federación*.

**591. Les particularités du fédéralisme mexicain.** La formation de la Fédération mexicaine a façonné la construction de sa règle de conflit de lois et par conséquent ses exceptions. L'organisation politique du Mexique est prévue par l'article 40 de la Constitution Fédérale établissant que : « c'est la volonté du peuple mexicain de se constituer en une République représentative, démocratique, laïque, fédérale, composée par des États libres et souverains en tout ce qui concerne son régime interne ; mais unis en une fédération établie selon les principes de cette loi fondamentale »<sup>1480</sup>. De ce fait, chacun des États composant la République est censé être doté d'un corpus juridique à part entière, comprenant une Constitution qui lui est propre, des codes et des lois.

**592.** En effet, le modèle d'organisation fédérale adopté par le Mexique a été influencé par les événements qui suivirent la guerre d'indépendance de la couronne espagnole<sup>1481</sup>, notamment la forte influence du modèle politique adopté aux États-Unis d'Amérique et de la Constitution espagnole de 1812<sup>1482</sup>. Ainsi, en 1823 le pays se constituait en *Estados Unidos Mexicanos*<sup>1483</sup>, établissant une République représentative, populaire et fédérale. Cependant, l'adoption d'un modèle d'organisation politique fût durement débattue et critiquée par diverses factions allant jusqu'au conflit armé<sup>1484</sup>. Les détracteurs du modèle fédéral mexicain soutenaient qu'il était question d'une mauvaise copie et d'un système inadapté aux besoins réels du territoire. Le principal argument contre le fédéralisme reposait sur le fait que, contrairement au cas nord-américain, la fédération mexicaine n'est pas apparue comme une conséquence naturelle et spontanée et fut plutôt un moyen contestataire à l'encontre du système centraliste venu d'ailleurs<sup>1485</sup>. Sans prendre position sur la pertinence du fédéralisme, il demeure possible de

<sup>1480</sup> Traduction proposée par la Direction générale de la coordination du recueil et systématization des décisions de la Cour suprême de justice de la Nation, disponible sur <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/mx/mx047fr.pdf>.

<sup>1481</sup> Pour une présentation des événements après la guerre d'indépendance mexicaine voir, Escalante Gonzalbo, *op. cit.*, p. 245-280.

<sup>1482</sup> Constitution promulguée par les *Cortes Españolas* réunies à Cadix, établissant une monarchie constitutionnelle, avec une division des pouvoirs et l'organisation en provinces (six pour la Nouvelle Espagne).

<sup>1483</sup> Acte du 31 janvier 1824, préalable à l'adoption de la Constitution de 1824.

<sup>1484</sup> Sur les diverses étapes centralisme et fédéralisme mexicain voir ; Escalante Gonzalbo, *op. cit.* spéc. p. 281-322.

<sup>1485</sup> Siqueiros, *op. cit.*, p. 65 et s.: « *Sin embargo, contrariamente a lo que sucedió en los Estados Unidos, la federación mexicana no surgió como una consecuencia natural y espontánea a las causas que la originaron en el vecino país del norte, y más bien fue, al menos en su inicio, un ensayo político representativo de una reacción violenta a los sistemas autárquicos y centralistas contra los que se revelaban los principios de la Independencia recién obtenida.* »

constater que l'adoption de ce modèle peut s'expliquer grâce à une forte tradition régionaliste des anciennes provinces espagnoles dans le territoire mexicain. Pour schématiser, il est possible d'affirmer que le fédéralisme au Mexique a été imposé à une unité préconstituée révélant par la suite les problèmes notamment, qu'il nous soit permis de le dire, d'un centralisme mal assumé.

**593.** Le paroxysme de ce fédéralisme de façade a été atteint très récemment. En effet, la République mexicaine respecta pendant longtemps une configuration fédérale composée de trente-et-un États et d'un territoire fédéral (*Distrito Federal*), siège principal du pouvoir fédéral. Ainsi, les États fédérés, libres et souverains, décidaient de participer au *pacte fédéral*<sup>1486</sup>. Néanmoins, et sous une indifférence étonnante de la part des États fédérés, l'unité administrative territoriale dénommée *Distrito Federal* est devenue depuis le 29 janvier 2016 un État fédéré à part entière<sup>1487</sup>. La transition a été amorcée grâce à une réforme politique<sup>1488</sup>, par laquelle la capitale mexicaine est devenue le 32ème État de la République sous un nouveau nom : *Ciudad de México*. La nouvelle entité fédérative dispose désormais d'autonomie de gestion et d'une Constitution propre, conservant le statut de capitale du pays. Ce bref regard s'avère indispensable afin de comprendre les conséquences juridiques.

**594. Les conséquences sur le plan juridique.** Contrairement au système nord-américain où « les conflits de lois s'élevaient à tout moment dans la vie juridique aux États-Unis du fait de la diversité du droit entre les États »<sup>1489</sup>, le droit international privé mexicain a rarement vu son juge trancher sur les conflits internes de lois<sup>1490</sup>. Les conflits interterritoriaux naturels aux nations à structure fédérale sont absents du système juridique mexicain. L'observation est indispensable à notre étude puisque l'absence de conflits des lois entre États fédérés, souverains et indépendants, entraîne l'impossibilité de recours aux mécanismes liés à l'ordre public. Ainsi une précision s'impose concernant le cas mexicain et les conflits interfédéraux.

<sup>1486</sup> Le Mexique à la différence de l'Allemagne ou de la Suisse n'a pas suivi un processus de liens confédéraux. L'Union Européenne et les États-Unis, ont suivi un processus centripète.

<sup>1487</sup> E. Rabell Garcia, « *La reforma política de la Ciudad de México* », *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 36, janvier-juin 2017.

<sup>1488</sup> La réforme politique du District Fédéral était l'un des sujets non résolus du programme législatif du Congrès de l'Union depuis les dernières 15 années. La Chambre des Sénateurs a organisé douze forums et deux audiences entre décembre de 2012 et juin 2014, pendant lesquels l'initiative de réforme du DF a été présentée et finalement a été adoptée par la Chambre de Sénateurs en plénière. Cette réforme fut achevée par la publication dans le *DOF* du 29 janvier 2016 le décret relatif à la réforme politique de la *Ciudad de México*. Postérieurement par décret publié le 05 février 2017 la nouvelle entité fédérative s'est pourvue d'une Constitution politique propre.

<sup>1489</sup> Audit et d'Avout, *op. cit.*, p. 128.

<sup>1490</sup> Les conflits internes possèdent la caractéristique de naître de la coexistence au sein d'un même État, de droits propres à différentes portions du territoire ou à différentes catégories de personnes.

**595.** Il est possible d'observer que pour le cas de l'Union européenne<sup>1491</sup> ou des États-Unis d'Amérique, chaque État de la fédération est maître de sa propre législation et de ses propres règles de conflit de lois<sup>1492</sup>. Aux États-Unis, par exemple, en plus des conflits entre la loi d'un État Américain et une loi étrangère, le droit international privé analyse les conflits entre les lois des différents *sister states*. On observe donc, que l'adoption d'un système fédéral<sup>1493</sup> entraîne l'admission d'une multiplicité des sources juridiques<sup>1494</sup> et d'une distribution nécessaire de compétences. S'agissant de la règle de conflit de lois, il demeure essentiel de signaler ces particularités afin de nourrir l'analyse comparatiste proposée<sup>1495</sup>.

**596. L'agencement de compétences.** L'organisation politique de l'État mexicain octroie des domaines de compétence selon deux niveaux hiérarchiques différents : les États et la Fédération. Le critère principal de distribution des compétences est prévu par l'article 124 de la Constitution mexicaine, selon lequel les facultés qui ne sont pas expressément octroyées à la fédération sont réservées aux États<sup>1496</sup>. Une telle énonciation se comprend également comme le respect d'un principe de subsidiarité.

**597. Les compétences en matière de droit international privé.** Concernant le droit international privé au Mexique il est possible de constater que celui-ci ne fait pas l'objet d'une codification ou d'un instrument harmonisé, contrairement à certains pays où de véritables codes de droit international privé ont été promulgués<sup>1497</sup>. Ainsi, au Mexique les règles de droit international privé, et ses exceptions, peuvent trouver tantôt une source fédérale tantôt une

<sup>1491</sup> Affirmation fortement nuancée pour le cas de l'Union européenne compte tenu des problèmes suscités par l'agencement des compétences voir *supra* § 553 et s.

<sup>1492</sup> Certes chaque État de la Fédération Américaine possède son propre *corpus juridique*, nonobstant plusieurs efforts d'harmonisation ont rendu ses fruits au cours des dernières décennies, preuve de ses efforts nous trouvons le *Uniform Commercial Code* en matière commerciale et le *Second Restatement* en matière de conflit de lois. Au sujet des conflits de lois, un *Third Restatement* est en préparation, voir. H. Muir Watt, *Rev. crit. DIP* 2017, 508, en rapport avec le séminaire tenu à l'Université de *Duke* et publié par Ralf Michaels, Christopher A. Whytock (dir.), *Special Issue, Duke Journal of Comparative & International Law*, vol. 27, Spring 2017, n° 3, 540 p.

<sup>1493</sup> Pour une analyse approfondie du droit international privé dans un contexte fédéral cf. Muir Watt, « L'expérience américaine » dans *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, spéc. p. 145 s. ; Le Bos, *Renouveau de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz 2010 ; J. Heymann, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, 2010.

<sup>1494</sup> Les principales sources de droit dans la République mexicaine sont les sources fédérales et locales, mais aussi, avec un degré inférieur en importance, les sources municipales.

<sup>1495</sup> L'intérêt que cette section comporte est d'établir les bases d'une analyse postérieure sur le statut constitutionnel de la norme établissant la formule de distribution de compétences, car il s'avère essentiel afin de déterminer si celle-ci peut être à l'origine d'un possible conflit « interne » de lois mais aussi de son influence sur la méthode de conflits de lois « externe » ou international.

<sup>1496</sup> « Article 124. Les compétences n'étant pas conférées explicitement aux fonctionnaires fédéraux par cette Constitution, sont réservées aux États de la Fédération ». Traduction proposée par la Direction générale de la coordination du recueil et systématisation des décisions de la Cour suprême de justice de la Nation, *op. cit.*

<sup>1497</sup> Pour une appréciation d'ensemble de la codification du choix de lois dans divers pays Latino-Américains voir, M.-M. Albornoz, « *El derecho aplicable a los contratos internacionales en el sistema interamericano* », IUSTITIA, ITESM, 2007, num. 16 ; et, « *El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR* », UNAM, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLII, n° 125, mai-août 2009, p. 631-666.

source locale en fonction de la matière régulée<sup>1498</sup>. Plus spécifiquement, il est possible d'observer que la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (référée par la suite comme CPEUM) ne réserve pas de manière expresse l'exclusivité du Congrès fédéral pour légiférer sur les conflits de lois. Ainsi, M. Contreras Vaca considère que le résultat de cette situation, en plus de différents critères dans l'évolution du système juridique mexicain concernant l'application du droit étranger, se traduit par la difficulté de trouver dans le droit mexicain des critères uniformes pour les conflits de lois et encourage l'existence de critères contradictoires<sup>1499</sup>.

**598.** La division de compétences au sein du système juridique mexicain n'est pas de nature à réduire les conflits interterritoriaux<sup>1500</sup> bien au contraire. Nonobstant, en ce qui concerne le régime interne et compte tenu de la distribution des compétences établie par la Constitution, le cas mexicain présente des particularités qui expliquent l'absence quasi totale de conflits internes<sup>1501</sup>. Ces particularités ont affiné le recours aux mécanismes liés à l'ordre public à l'intérieur de la fédération, notamment en provoquant leur anéantissement<sup>1502</sup>.

**599.** Comme il a été signalé préalablement ; la Constitution mexicaine octroie deux domaines de compétences principaux<sup>1503</sup> : le domaine fédéral et le domaine des États. La règle de division des compétences est donnée par l'article 124 de la CPEUM qui prévoit que les facultés qui ne sont pas expressément octroyées à la fédération s'entendent réservées aux États. L'énoncé de cet article se couple avec un ensemble d'articles constitutionnels, lois fédérales et règles

<sup>1498</sup> Il s'agira de sources locales quand la matière correspond à celles laissés aux États et de source fédérale aux matières réservées à la Fédération.

<sup>1499</sup> Dans ce sens F.-J. Contreras Vaca, *Derecho Internacional Privado Parte General*, 2013, 5<sup>ème</sup> édition, OUP, p. 10 et 126. Il remarque aussi que la production législative en matière de règles de conflit est limitée, que son contenu est hétérogène et ne suit pas un critère uniforme dans l'application de droits étrangers au for. Les critères changent en fonction de la matière et les objectifs poursuivis par le législateur à des époques différentes.

<sup>1500</sup> Ces conflits sont envisageables quand deux législations (en l'occurrence des États) entendent régir la même situation juridique et sont communs aux pays avec un système d'organisation politique fédérale.

<sup>1501</sup> Sur l'ensemble du problème, v. Eliesco, *Essai sur les conflits de lois dans l'espace sans conflit de souveraineté*, Thèse, Paris, 1925 ; Arminjon, « Les systèmes juridiques complexes en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 74, p. 79 s. et Gannagé, « La distinction entre les conflits internes et les conflits internationaux », in *Mélanges Roubier*, 1966, t. I, p. 229 s.

<sup>1502</sup> L'hypothèse a été analysée également pour l'Union européenne voir S. Poillot-Peruzzetto, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 76 : « Si l'intégration communautaire prolonge les mécanismes nationaux d'ordre public et de loi de police, il est vrai que parfois elle annihile non seulement les contenus nationaux mais surtout les mécanismes eux-mêmes. Tel est en effet le résultat de la création progressive d'une territorialité communautaire, soit d'un espace unifié. L'ordre communautaire crée ainsi un « universalisme régional » qui *de jure* ou *de facto* limite le recours aux exceptions d'ordre public et de lois de police par l'existence d'une culture juridique commune et l'absence de saut dans le vide ».

<sup>1503</sup> Principaux puisque la Municipalité se voit allouer un domaine de compétence aussi, délimité par l'article 115, alinéa 3 de la CPEUM qui lui réserve, parmi d'autres, les fonctions et services publics tels que : eau potable, égouts, propreté et recollection de résidus, marchés, cimetières, etc.



prétoriennes fixant le régime de la division de compétences prévue par l'article précité.<sup>1504</sup> De l'ensemble de ces facultés, les plus importantes à l'égard de cette analyse demeurent les facultés énoncées par les articles 28 et 73 de la Constitution mexicaine lesquels prévoient une liste de domaines où le gouvernement fédéral détient une compétence exclusive (par ex., le pétrole et les hydrocarbures, l'industrie minière, le *commerce*, les services de banque et de crédit, l'énergie électrique et nucléaire, entre autres). Parmi ces domaines exclusifs de compétence, l'un relève d'une importance transcendante pour cette recherche ; c'est le pouvoir exclusif du Congrès Fédéral de légiférer en matière commerciale.

**600. Compétence fédérale exclusive sur le commerce.** Dans le territoire de la République mexicaine, trente-deux Codes civils trouvent application tandis que, sur le même territoire un seul Code de commerce est applicable. La même situation se retrouve dans bon nombre de dispositions touchant essentiellement à l'intégration économique de la Fédération mexicaine. Force est de constater que la compétence fédérale sur le commerce ne fut pas toujours octroyée de manière exclusive, car la première Constitution mexicaine de 1824 n'attribua pas au législateur fédéral la faculté d'édicter un Code de commerce. Au début de leur vie indépendante, divers États édictèrent des lois régissant le commerce mais dans une sphère exclusivement locale<sup>1505</sup>. En 1854 le premier Code de commerce a été promulgué, avec une application sur tout le territoire de la République mexicaine. Il demeure intéressant de signaler que ce code avait pour origine les dénommées *Bases Orgánicas*<sup>1506</sup> qui prônaient un régime centraliste et non fédéral.

**601.** Le Code de commerce en vigueur au Mexique fut promulgué le 15 septembre 1889 suivant la tradition européenne d'ordonnances exhaustives et omni-compréhensives. Contrairement aux codes préalables, le code de 1889 s'éloigna du modèle ibérique et subit une forte influence du Code français.<sup>1507</sup> Dans ce code, le caractère fédéral du commerce prenait place ; pourtant, comme Barrera Graf le signale, tandis que la matière commerciale se fédéralisait, la matière

---

<sup>1504</sup> Dans le système juridique mexicain le contenu de 'facultés expressément octroyées' est discuté et traité par la doctrine qui crée une distinction entre facultés expresses, implicites, exclusives, concurrentes, coïncidentes, résiduelles et d'aide. Sur cette classification voir, E. Aguirre Saldívar, *Los retos del derecho público en materia de federalismo. Hacia la integración del derecho administrativo federal*, IIJ, UNAM, 1997, Serie G, Estudios doctrinales, p. 187.

<sup>1505</sup> J. Barrera Graf, « *Codificación en México. Antecedentes. Código de Comercio de 1889, Perspectivas* », dans *Centenario del Código de Comercio*, IIJ, UNAM, México, p. 72.

<sup>1506</sup> Constitution d'ordre centraliste promulguée en 1843, voir ; Escalante Gonzalbo, *op. cit.*, p. 287.

<sup>1507</sup> J. Barrera Graf, *op. Cit.*, p. 73. Cette divergence reste à l'origine d'un problème majeur, à-savoir, l'incertitude dans l'application d'un code local à l'occasion d'une lacune de la législation commerciale rendant pour le surplus, impossible l'unification législative du droit privé. En l'opinion de Barrera Graf, la seule possibilité d'avoir un seul Code Civil et un seul Code de commerce, sur les obligations et les contrats, serait d'expédier un texte uniforme que serait ultérieurement adopté par les législations locales, comme ce fut le cas du Code de Commerce Uniforme aux États Unis d'Amérique.

civile subsistait comme réservée à chaque État. Bien que la nature commerciale des situations privées dépasse bien évidemment le phénomène de la frontière des États à l'intérieur d'une fédération, la possibilité d'un conflit de lois locales (lois des États) n'est pas envisageable au Mexique. Conformément à l'article 73, alinéa X de la CPEUM, le Congrès Fédéral garde une compétence exclusive pour légiférer en la matière, il n'existe donc qu'un seul Code du Commerce en vigueur pour tout le territoire.

**602.** Les observations préalables sont particulièrement importantes pour le mécanisme des lois de police. En effet, la mise en place d'une unification des droits substantiels pour les domaines qu'intéressent l'intégration économique<sup>1508</sup> permet de comprendre l'absence du recours au mécanisme des lois de police en matière de contrats.

**603.** Pour les contrats en dehors du cadre commercial l'appréhension de l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public découlant d'un espace fédéral dans le système juridique mexicain se complète par l'observation de l'obligation du respect des actes passés dans d'autres États fédérés.

### **B. L'obligation de respect des actes émanant des autorités locales d'autres États fédérés**

**604.** À la différence de l'Union européenne, la Fédération mexicaine ne repose pas sur des traités fondateurs mais sur une Constitution fédérale dans laquelle les compétences sont délimitées mais aussi les mécanismes permettant d'assurer l'équilibre des compétences. Toutefois à l'instar de la construction européenne, le système juridique mexicain ne dispose pas d'une clause « *full faith and credit* »<sup>1509</sup>. Ainsi, en dehors des règles à caractère fédéral susceptibles de s'appliquer à un contrat, deux éléments découlant de l'interprétation de l'article 121 de la Constitution<sup>1510</sup> viennent affiner le recours aux mécanismes liés à l'ordre public entre

<sup>1508</sup> Il est intéressant d'observer que dans le commentaire à la section IX de la traduction de la Constitution mexicaine, il est signalé que « Contrairement à la stricte réglementation que le constitutionnalisme nord-américain avait mise en place afin de renforcer l'autonomie des États, le constitutionnalisme mexicain n'avait pas empêché que l'Exécutif fédéral agisse systématiquement en faveur des instances économiques à caractère fédéral », E. Cabrero, « Mexique : les dilemmes de la décentralisation », *Problèmes d'Amérique Latine*, n° 37, avril-juin 2000. Alors que les représentants des niveaux sub-nationaux nord-américains étaient dépourvus de toute limite afin d'intéresser les investisseurs privés régionaux, les liens entre le gouvernement mexicain et les entrepreneurs se jouaient plutôt par le biais des fonctionnaires fédéraux qui, par la suite, dirigeaient les investissements dans les régions leur étant électoralement plus rentables. Si la levée d'impôts aux États-Unis a toujours été conférée aux niveaux les plus décentralisés, l'activité des administrations fiscales régionales du Mexique était en revanche marquée par la ligne de conduite définie par le bureau du Ministre des finances au niveau fédéral, cf. B. Bellon, « Des acteurs économiques majeurs : États fédérés et régions », in M-F. Toinet, (éd.), *L'État en Amérique*, Paris, Presses de la Fondation Nationale des Sciences Politiques, 1989, p. 208-215.

<sup>1509</sup> Voir *supra* § 581.

<sup>1510</sup> « Article 121. Chaque État sera contraint à reconnaître la validité des actes émanant des autorités locales des autres entités fédérées, en matière de registres publics et d'actes judiciaires. Sur la base de la législation applicable,

États fédérés : l'obligation de reconnaître la validité des actes émanant des autorités locales des autres entités fédérées, notamment en matière d'actes judiciaires et la restriction de l'application extraterritoriale des lois locales. L'affinement en ces termes tend également à l'effacement du recours aux mécanismes liés à l'ordre public dans un conflit de lois entre États fédérés.

**605. L'imposition d'un territorialisme local de principe.** L'article 121, alinéa 2 de la Constitution fédérale dispose que « l'application des lois locales est restreinte au territoire de l'État en question ; par conséquent, aucune loi locale n'est jamais contraignante en dehors de cette entité ». De ce fait, les lois locales sont obligatoires uniquement dans la circonscription du territoire de l'État qui les édicte. La lecture de la disposition permet de croire à l'imposition d'un territorialisme pour les lois locales et laisse songeur sur l'effectivité de choix de la loi applicable par les parties lorsqu'il s'agit d'un contrat interne à la Fédération mexicaine. Pour illustrer cette interrogation, il est possible d'envisager l'hypothèse dans laquelle deux contractants, l'un domicilié en l'État de *Nuevo León* et l'autre domicilié dans l'État de *Morelos* décident de soumettre leur contrat à la loi de l'État de *Sinaloa*. Un litige découle du contrat et le juge saisi est celui du domicile défendeur, l'État de *Morelos*. La lecture de l'article constitutionnel précité semble effacer la possibilité d'appliquer la loi d'un État fédéré autre que celui du for. Néanmoins, une nuance doit être apportée compte tenu de l'interprétation la *SCJN*<sup>1511</sup> à ce sujet, selon laquelle dans le cas d'une concurrence normative entre les lois des États fédérés il est possible pour les parties de choisir comme loi applicable à leur contrat, une loi ayant une connexion avec leur situation et ce dans les limites fixées par l'ordre public. L'on observe donc que le recours aux mécanismes liés à l'ordre public dans les conflits de lois internes à la Fédération mexicaine n'est que récemment envisagée par l'interprétation faite par la Cour suprême du pays.

---

le Congrès de l'Union détermine les modalités probatoires autorisées ainsi que les effets produits dans chaque cas. Cette reconnaissance des actes, des registres et de procédures est soumise aux termes et aux conditions suivantes :  
I. L'application des lois locales est restreinte au territoire de l'État en question ; par conséquent, aucune loi locale n'est jamais contraignante en dehors de cette entité.

II. Le régime juridique applicable aux meubles et aux immeubles est celui du lieu où ils se trouvent.

III. Les sentences prononcées par les tribunaux locaux sur des droits réels ou des biens immobiliers situés dans un autre État ne seront exécutoires dans cet État, que si la législation locale de ce dernier le prévoit... »

<sup>1511</sup> « *Nulidad de contrato. Condiciones necesarias para que el pacto de sumisión a cierta ley conduzca a su invalidez por violación al artículo 121 constitucional.* TA, LXXVII/2017, 10<sup>ème</sup> époque, Première chambre, *Semanario Judicial de la Federación*, 7 juin 2017, n° 2014692. « *En dichas reglas se ha admitido la posibilidad de que por autonomía de la voluntad, las partes elijan o determinen la ley que hay que regirlos cuando exista alguna conexión o concurrencia de diversas leyes, por lo cual debe considerarse admisible la sumisión de las partes a cierta ley en casos de conflictos normativos entre leyes de distintas Entidades Federativas, siempre y cuando no se traspasen los límites de la libertad contractual, es decir, no se prive de derechos o se libere de obligaciones irrenunciables por su carácter de orden público, como sucede con el derecho a alimentos, las normas de protección de menores de edad, entre otros, o que lleven a desconocer la capacidad o el Esado Civil de las personas.* »

**606.** Naguère la lecture d'ensemble des articles 121, alinéa I de la Constitution et l'article 13, alinéa V du Code civil fédéral<sup>1512</sup> admettant le principe d'autonomie de la volonté pour les contrats, semblait limiter la possibilité de choix de la loi applicable en matière contractuelle à un droit étranger et le refuser pour les cas des conflits de lois internes à la Fédération mexicaine.

**607. L'obligation de respect des actes émanant des autorités locales d'autres États fédérés.**

En dehors du cadre contractuel, on notera finalement que l'alinéa IV de l'article 121 de la CPEUM, dispose que le fait que les actes de l'état civil des personnes qui sont conformes aux lois d'un État seraient valables dans les autres « implique la reconnaissance pleine de tout acte de l'état civil qui accomplirait les formalités prévues par la loi locale »<sup>1513</sup>. La raison principale de ce dispositif est de sauvegarder les intérêts du pacte fédéral et de garantir la sécurité juridique. De manière plus générale M. Siqueiros considère que la fédération devra imposer à tous les États l'obligation de reconnaître les lois et procédures judiciaires des autres, afin d'éviter une situation de chaos au sein du système fédéral<sup>1514</sup>.

**608.** Lors des discussions relativement récentes sur le mariage entre personnes du même sexe, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* se prononçait sur la question du respect des législations entre États. Selon l'interprétation de la SCJN : conformément au système fédéral, les États sont libres et souverains en tout ce qui concerne leur régime intérieur, mais jouissent d'une indépendance limitée tandis qu'ils doivent respecter le Pacte Fédéral à tout moment. En conséquence, le fait pour un État de réguler une institution civile d'une façon donnée, n'impose pas l'obligation aux autres États de légiférer de la même manière.

**609.** Dans ce chapitre dédié à l'étude de l'affinement produit par le contrôle de constitutionnalité nous avons dû respecter une étape, qui tient à l'observation des environnements institutionnels des systèmes juridiques français et mexicain. Concernant l'environnement institutionnel français il était indispensable d'analyser sa participation dans le modèle d'intégration politique, économique et sociale, constitué par l'Union européenne. L'observation de l'environnement institutionnel de la France, partagé avec les autres États membres de l'Union européenne, a permis de constater un affinement sur les mécanismes liés

<sup>1512</sup> Article 13, al. V. « *Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.* »

<sup>1513</sup> « *Matrimonio entre personas del mismo sexo en el distrito federal. Tiene validez en otras entidades federativas conforme al artículo 121 de la constitución general de la república (artículo 146 del código civil para el distrito federal, reformado mediante decreto publicado en la gaceta oficial de la entidad el 29 de diciembre de 2009).* Tesis: P./J. 12/2011, Jurisprudencia 161270, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, Página: 875.

<sup>1514</sup> J.-L. Siqueiros, p. 70 et s. : « *la federación, respetando dicha autonomía, debe imponer a los Estados la obligación de reconocer las leyes y procedimientos judiciales de los otros, ya que de no existir dicha obligación se provocaría una situación caótica en el sistema federal.* »

à l'ordre public, en dépit de l'absence d'une Constitution européenne, et *a fortiori* d'un contrôle de constitutionnalité de la loi étrangère à son échelle. Nous avons tracé ensuite un parallèle pour étudier l'environnement institutionnel mexicain, tout en signalant l'absence d'une formation équivalente à l'Union européenne pour les pays américains. L'Union Européenne est le résultat d'une agrégation volontaire afin de conformer une nouvelle unité politique et juridique. En revanche, le Mexique a suivi un processus dissociatif d'une communauté unitaire initiale qui resta soumise à une forme fédérale. En effet, le principal argument contre le fédéralisme reposait sur le fait que, contrairement au cas nord-américain, la fédération mexicaine n'est pas apparue comme une conséquence naturelle et spontanée et fut plutôt un moyen contestataire à l'encontre du système centraliste venu d'ailleurs.

**610.** L'analyse du développement historique concernant le fédéralisme mexicain permet de retenir le concept d'une réalisation mexicaine, par opposition à l'idée d'une construction graduelle. Les traits caractéristiques de cette réalisation mexicaine expliquent, dans une certaine mesure, le faible recours aux mécanismes liés à l'ordre public. Afin de garder une cohérence dans l'analyse comparative nous avons transposé la grille de lecture permettant de comprendre l'affinement subi par les mécanismes liés à l'ordre public.

Il a été établi premièrement qu'au sein de la Fédération mexicaine il n'existe pas une concurrence normative effective. La possibilité d'écarter une loi étrangère par sa contrariété à l'ordre public, ou la protection d'une politique législative par dérogation au critère de rattachement, présupposent pour un État d'être maître de sa législation. Dans le même registre, pour que l'État fédéré puisse repousser les lois des autres états fédérés, il doit être maître de sa législation. Or, malgré l'autonomie législative des États fédérés au Mexique et compte tenu de la distribution de compétences établie par la Constitution, le cas mexicain présente des particularités qui expliquent l'absence quasi totale des conflits internes. Ces particularités ont affiné le recours aux mécanismes liés à l'ordre public à l'intérieur de la fédération, notamment en provoquant leur anéantissement.

Deuxièmement il a été observé qu'en plus de la division des compétences, deux éléments découlant de l'interprétation de l'article 121 de la Constitution viennent affiner le recours aux mécanismes liés à l'ordre public entre États fédérés : l'obligation de reconnaître la validité des actes émanant des autorités locales des autres entités fédérées, notamment en matière d'actes judiciaires et la restriction de l'application extraterritoriale des lois locales. L'affinement en ces termes tend également à l'effacement du recours aux mécanismes liés à l'ordre public dans un conflit de lois entre États fédérés. Après l'étude des environnements institutionnels des

systèmes juridiques français et mexicain, il est désormais possible de s'intéresser à la teneur du contrôle de constitutionnalité.

### *Section 2. La teneur du contrôle de constitutionnalité*

**611.** Afin de rendre compte par la suite de l'impact que peut avoir le contrôle de constitutionnalité sur la mise en œuvre, par les juges français et mexicain, de la loi étrangère, il est nécessaire de retenir une définition large de la Constitution. La limitation au sens formel<sup>1515</sup> nous paraît inadéquate à l'analyse comparative que nous envisageons pour une raison d'envergure : le Code civil des Français est considéré en même temps comme la « Constitution civile »<sup>1516</sup>, et négliger un tel aspect conduirait à une compréhension inachevée, voir inexacte du droit international privé français et ses mécanismes. L'appréhension de la Constitution dans son sens matériel, comme l'instrument permettant l'organisation d'une société<sup>1517</sup>, permet de comprendre le symbolisme de la fonction des mécanismes permettant le contrôle de la loi étrangère. D'autant plus qu'il est peu discuté que le droit privé français trouve ses principes recteurs dans son Code, clef de voute de ce système<sup>1518</sup>. Ainsi, l'adoption d'une telle définition s'impose.

**612. Intensités variables.** L'on parle de la constitutionnalité d'un acte lorsqu'il est conforme à la Constitution. Le contrôle de constitutionnalité compris comme le mécanisme permettant de résoudre l'opposition entre une règle légale et une règle constitutionnelle est employé avec une intensité variable au sein des différents systèmes juridiques. Le contentieux de la

---

<sup>1515</sup> « Constitution. Désigne principalement soit un corps de règles (la Constitution d'un État), soit le texte qui les consacre, soit une opération ou un acte juridique établissant une situation, soit le document écrit qui constate cet acte. -\* formelle. Règles revêtant une forme spéciale, consistant en un document écrit, solennellement adopté, d'une autorité, généralement supérieure à celle des lois ordinaires. », *Vocabulaire juridique Cornu*, PUF, 8<sup>ème</sup> édition, 2009.

<sup>1516</sup> J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 27<sup>ème</sup> éd., Thémis, PUF, 2002, n° 112, p. 218.

<sup>1517</sup> Comme le dépositaire de la mémoire collective, « Si c'est être un lieu de mémoire que de garder mémoire d'un passé, que de mémoriser, thésauriser des textes antérieurs, proches ou lointains, le Code civil est déjà en ce sens un lieu de mémoire. En lui les droits qui lui-même abrogeait se sont déposés par strates que sait discerner l'œil de l'historien », J. Carbonnier, « Le Code civil », paru dans la collection *Les lieux de mémoire*, sous la direction de Pierre Nora, t. 2, vol. 2, Bibliothèque illustrée des histoires, 1986, Éditions Gallimard et repris dans *Le Code civil 1804-2004, Le livre du Bicentenaire*, Dalloz, LexisNexis, 2004, p. 17-37.

<sup>1518</sup> « Le droit privé français, tel qu'il s'exprime notamment dans le Code civil, repose dans une large mesure sur une tradition philosophique et religieuse de plusieurs siècles. Parmi les principes supérieurs qui l'inspirent, on peut citer la reconnaissance de la personnalité juridique à tout individu, l'indisponibilité du corps humain, l'égalité civile, la liberté matrimoniale, la reconnaissance du droit de propriété et son corollaire, la faculté de transmettre ses biens par succession, la force obligatoire des engagements librement consentis, l'obligation de réparer le dommage que l'on a occasionné... On comprend donc que des normes étrangères qui les méconnaîtraient soient déclarées contraires à l'ordre public », Audit et d'Avout, 8<sup>ème</sup> édition, n° 390, p. 335 et s.



constitutionnalité est un phénomène relativement récent en droit français mais qui ne cesse de gagner de l'ampleur<sup>1519</sup>. Étranger dans ses débuts au droit international privé, ce type de contentieux réveille l'intérêt de la doctrine depuis quelques années<sup>1520</sup>. En revanche, pour le système juridique mexicain le contrôle de constitutionnalité est un outil largement employé<sup>1521</sup> qui comporte divers types de contrôles que nous analyserons par la suite.

**613. L'élément de référence, le bloc de constitutionnalité.** Puisque la loi est soumise au respect de la Constitution, les conflits qui peuvent apparaître sont résolus par le recours à la hiérarchie des normes. Au sommet de cette hiérarchie se trouve ce qui est convenu d'appeler le « bloc de constitutionnalité » d'où découle la majeure du syllogisme à appliquer. Le bloc de constitutionnalité en droit positif français est compris comme l'ensemble des droits et libertés garantis constitutionnellement aux gouvernés<sup>1522</sup> et se compose notamment de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, du préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et de la Charte de l'environnement<sup>1523</sup>. En droit mexicain, la notion de bloc de constitutionnalité n'a pas de

<sup>1519</sup> J.-E. Gicquel, « La dimension constitutionnelle des libertés et droits fondamentaux », dans Cabrillac (Dir.) *Libertés et droits fondamentaux*, 2018, Dalloz, pp. 97-128. L'auteur affirme : « si la montée en puissance du contrôle de conventionnalité de la loi a renouvelé profondément les contours de la protection des droits et libertés fondamentaux, la dimension constitutionnelle ne saurait pour autant être négligée. D'abord, parce que la Constitution est au sommet de la hiérarchie des normes. Ensuite parce que les modalités de contrôle du Conseil constitutionnel, substantiellement modifiées par l'insertion de la question prioritaire de constitutionnalité depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010, assurent aussi une garantie effective et diversifiée des droits et libertés fondamentaux. Devenue « l'affaire des citoyens », la Constitution est donc pleinement celle des justiciables et de leurs avocats ». Voir également, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 307, p. 269 : « le contrôle de constitutionnalité n'est pas inhérent à la tradition française, loin de là. Portant haut l'adoration de la loi et la défiance envers le juge, cette tradition est hostile à l'idée même que la loi, expression de la volonté générale, puisse être contrôlée par le juge ».

<sup>1520</sup> Preuve de cet intérêt se trouve dans le colloque organisé par la Société de Législation Comparée, intitulé « Le droit étranger à l'épreuve des contrôles de constitutionnalité et conventionnalité (Amérique Latine - États-Unis - Europe) » le 23 septembre 2016 sous les auspices de la Cour de cassation. Voir également, les travaux de l'Association Henri Capitant à ce sujet, « Le contrôle de constitutionnalité en France », dossier préparé par Camille Broyelle et Wanda Mastor, *Revue de droit Henri Capitant*, n° 8, 2015 ; et, E. Zollern « Le constitutionnalisme français », *Revue de droit Henri Capitant*, n° spécial, 2018.

<sup>1521</sup> Voir par ex. J.-F. Castellanos Madrazo, *El control de constitucionalidad de la ley en México*, 1<sup>ère</sup> ed. Porrúa, 2014 ; L. Silva Ramírez, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, Porrúa, 2<sup>ème</sup> ed., Mexique, 2010. De parution récente, voir l'analyse alternative chez C. McLachlan : « Entre le conflit de lois, le droit international public et l'application internationale du droit public : le droit des relations externes des États », *Rev. crit. DIP*, 2018, p. 191. L'auteur explore un troisième champ disciplinaire entre le droit international privé et public, identifié par l'ensemble de questions « qui, apparaissant à la périphérie du droit international privé, sont cependant trop imprégnées de considérations qui lui sont hétérogènes pour relever des outils et de ses valeurs propres ».

<sup>1522</sup> Voir, P. Deumier, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 205 et s. Également F. Terré, *Introduction générale au droit*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2015, n° 250 et s., p. 201.

<sup>1523</sup> « Par sa célèbre décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association, le Conseil constitutionnel, étendant sa compétence bien au-delà de ce qu'avaient voulu les auteurs de la Constitution, a intégré au bloc de constitutionnalité, par rapport auquel il apprécie la conformité des lois, le Préambule de la Constitution de 1958 et, par une cascade de renvois, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, catégorie des plus incertaines et propre à favoriser de singulières décisions », F. Terré, op. cit., n° 251, p. 202.

signification précise et largement acceptée<sup>1524</sup> mais la doctrine admet que la notion fait référence à l'ensemble de normes ayant une hiérarchie constitutionnelle dans l'ordre juridique de chaque pays<sup>1525</sup>.

**614.** Comme figure naturelle à l'idée d'une hiérarchie des normes kelsénienne, ce mécanisme de contrôle, lorsqu'il doit trancher sur l'accord d'une norme étrangère à la Constitution du for, se trouve face au malaise d'inclure dans le mythe de la pyramide, les vicissitudes de la vie internationale<sup>1526</sup>. Sur ce point d'inflexion, les systèmes juridiques étudiés adoptent deux postures différentes, voire opposées. Ainsi, il est possible d'adopter soit une posture privilégiant le raisonnement international privatiste (§1), soit une posture privilégiant le raisonnement constitutionnaliste (§2).

### § 1. La posture international-privatiste du droit français

**615. Présentation.** La posture international-privatiste prend comme point de départ l'idée selon laquelle « le droit international privé, science étatique, regarde les choses « d'en bas » »<sup>1527</sup>, et, plus important, privilégie la continuité de traitement des relations privées internationales. Elle respecte la logique de l'évolution du droit international des XIXe et XXe siècles notamment en ce que « la coordination est étatique ; elle est par conséquent relative »<sup>1528</sup>, en faisant abstraction

<sup>1524</sup> M. Cabo de la Vega analyse la pluralité de sens de l'expression bloc de constitutionnalité, « *Nota sobre el bloque de constitucionalidad* », dans *Jueces para la democracia*, n° 24, Madrid, 1995.

<sup>1525</sup> Voir, E. Carpio Marcos, « *Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes* », *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n° 4, México, 2005, disponible sur <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2530938>, (consulté juillet 2018).

<sup>1526</sup> Il est intéressant de noter que la doctrine observe une évolution à partir du dogme de la pyramide des lois de Kelsen vers un supposé réseau, voir F. Ost et M. Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 587 pages. Et la note E. Foster, dans *Revue internationale de droit comparé*, vol. 55, n° 3, Juillet-septembre 2003. p. 730-742.

<sup>1527</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », dans *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, E. Dubout et S. Touzé (dir.) Pédone, 2010, p. 170, n° 5, l'auteur rappelle que le droit international privé « régleme la situation privée transfrontière, pour compte propre mais en espérant que la qualité de son intervention puisse engendrer des solutions véritablement internationales, c'est-à-dire acceptables par la communauté des États concernés ».

<sup>1528</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 171, n° 6. Comme l'auteur le soulève, il s'agit d'une conséquence liée à la souveraineté étatique et de la prise en conscience qu'« il n'y a point de répartition multilatérale des compétences, non plus que d'obligation des États de coopérer pour la réglementation et la sanction satisfaisantes des relations privées internationales. » *ibid.* Voir également : P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP*, 1979, 1, 349 et 357 ; et P. de Vareilles-Sommières, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, thèse, éd. LGDJ, bibl. dr. privé, tome 257, Paris, 1997, préf. P. Mayer. Également en ce sens P. Lagarde : « Dans un système bilatéraliste, de loin le plus répandu dans les pays de droit civil, la désignation d'un droit étranger obéit moins au souci de ménager les souverainetés étrangères qu'à la recherche de l'arrangement optimal, par l'ordre juridique dur for, des rapports de droit privé qui sont soumis à ses juridictions », rapport de synthèse au colloque « Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger », G. Cerqueira et N. Nord (dirs.), tenu à la Cour de cassation le 23 septembre 2016 et publié par la Société de législation comparée, Collection colloques, Vol. 34, 2016.

des conventions internationales en la matière. Dans le cadre de notre étude comparée, la posture international-privatiste sera identifiée comme trait particulier du droit français.

Il est intéressant de noter qu'en droit français, cette posture a été nourrie par la règle prétorienne<sup>1529</sup> et que son résultat a été l'installation d'un environnement juridique favorable au développement des relations privées internationales<sup>1530</sup>. A cet égard, M. Lequette observe que dans cet environnement « la méthode qu'une longue tradition historique avait progressivement forgée pour apporter un traitement approprié à ces relations a ainsi pu prendre son plein essor »<sup>1531</sup>. Dans cette posture, il est amplement admis que la continuité des relations internationales trouve sa limite dans l'atteinte à la cohérence de l'ordre interne. La teneur de la posture internationale privatiste mérite d'être explicitée (A) ainsi que les conséquences qui en découlent (B).

### A. Les fondements de la posture international-privatiste

**616.** Deux facteurs permettent de comprendre l'admission de la posture international-privatiste en droit positif français : le facteur organique (1) mais aussi un facteur institutionnel (2).

#### *1. Le facteur organique*

**617.** Dans le système juridique français, le Code civil garde un rapport très particulier avec l'essence de l'État. L'affirmation du doyen Carbonnier<sup>1532</sup> selon laquelle « le Code civil est la véritable Constitution de la France » est très présente dans l'esprit du juriste français<sup>1533</sup>. À son égard, la doctrine a affirmé que « la densité du message qu'elle exprime font sentir l'honneur, mais aussi le péril du commentaire »<sup>1534</sup>. Ainsi, il est largement admis que le Code civil est

<sup>1529</sup> « Soucieuse de promouvoir les relations privées internationales, la jurisprudence française a-t-elle fait sauter, il y a maintenant plus d'un demi-siècle, les verrous qui avaient longtemps entravé la participation des étrangers à la vie juridique française » Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », dans *Libertés et droits fondamentaux*, 2018, p. 130, n° 164.

<sup>1530</sup> V. R. Sefton-Green et L. Usunier (dir.), « La concurrence normative mythes et réalités », Société de législation comparée, 2013.

<sup>1531</sup> Y. Lequette, *ibid.*

<sup>1532</sup> J. Carbonnier, « Le Code civil », in P. Nora, *Les lieux de mémoire*, t. II, *La nation*, pp. 293 et s.

<sup>1533</sup> P. Mazeaud, « Le code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs*, 2004/3 (n° 110), p. 152-159 : « Par sa stabilité comme par son contenu, le code civil est apparu à nos plus grands juristes comme la véritable constitution de la France. À la suite de Demolombe qui, le premier, a qualifié le code civil de « Constitution de la société civile française », le doyen Carbonnier, à qui doit tant la rénovation du droit de la famille, développait cette idée : « La véritable constitution de la France, c'est le code civil... sociologiquement, il a bien le sens d'une constitution, car en lui sont récapitulées les idées autour desquelles la société française s'est constituée au sortir de la Révolution et continue de se constituer de nos jours encore, développant ces idées, les transformant peut-être, sans jamais les renier ». On ajoutera que la solidité de cette « constitution civile » a grandement aidé la société française à traverser une histoire mouvementée, longtemps caractérisée par l'instabilité des constitutions politiques ».

<sup>1534</sup> Y. Gaudemet, « Le Code civil, « constitution civile de la France », dans *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 297-308, dans sa contribution l'auteur pose la question sur la pertinence de revenir à

l'élément structurant de la société française puisque son ambition est de « fixer les principes » de la société civile « dans la durée et pour organiser l'ordre social »<sup>1535</sup>, bien au-delà de l'objectif d'être un recueil de législation civile. Plus important, la constitution civile se trouve au premier plan de l'organisation sociale en France et ce au détriment de sa constitution politique<sup>1536</sup> puisque le Code civil s'est avéré un élément durable face aux constitutions politiques qui se sont succédé continuellement<sup>1537</sup>.

**618.** En effet, le droit international privé est présent dans cette Constitution civile des français<sup>1538</sup> mais de manière éparse<sup>1539</sup>. Il est possible d'affirmer que faisant corps avec le Code civil, les règles de droit international privé ont hérité des mécanismes de protection et de correction pensés à partir d'une logique privatiste. Cela n'est point étonnant puisque l'ordre juridique qui se fonde sur un état d'esprit découlant d'une constitution civile, garde un fort intérêt de protection de cette même société. Cet intérêt s'est fait ressentir sur le plan international lorsque les relations privées ont dépassé les frontières<sup>1540</sup>, puisque « le droit

---

l'étude de la formule et affirme : « D'autant que, sans disputer la paternité de la formule, il n'est que de relire la littérature contemporaine de l'élaboration du Code civil pour se convaincre que ses auteurs – et notamment Cambacérés – l'ont bien voulu et conçu comme une constitution civile, aux côtés de la constitution politique, fondée sur la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et de la constitution religieuse que constitue le concordat de 1804, contemporain presque exact du Code civil ».

<sup>1535</sup> Y. Gaudemet, « Le Code civil, « constitution civile de la France », *op. cit.*, n° 2, p. 298. L'auteur affirme également : « semblable constitution civile n'est en rien réductible, ni dans son ambition ni dans sa réalisation, à un simple recueil de législation civile ; sa fonction est bien plus large ; au-delà et à travers l'énoncé de droits subjectifs et de l'exposé de leur maniement, c'est toute une organisation sociale qui est voulue et décrite. L'objet ne se réduit pas à ce que nous appelons le droit civil, éclaté aujourd'hui en tant de disciplines filles, et d'ailleurs le Code civil comprend nombre de règles de droit public ou matériellement rattachées à d'autres domaines du droit privé. Il s'agit, en réglant la société civile, de fonder l'ordre social, bien plus important finalement que l'ordre politique, puisque la première fonction du second est de servir le premier ».

<sup>1536</sup> « Car la constitution civile est faite pour durer, davantage que la constitution politique, parce que l'homme, ses habitudes, sa façon de vivre, ses convictions n'évoluent que lentement tandis que le gouvernement de la société politique est régulièrement remis en question », Y. Gaudemet, « Le Code civil, « constitution civile de la France », *op. cit.*, n° 3, p. 298.

<sup>1537</sup> Donnant ainsi raison à Portalis qui dans son discours préliminaire affirmait « l'expérience prouve que les hommes changent plus facilement de domination que de lois ».

<sup>1538</sup> La bibliographie est vaste sur les mérites ou les inconvénients de la codification du droit international privé français, à titre d'exemple : D. Bureau, « La codification du droit international privé », in *La codification*, Dalloz, 1996, Actes du Colloque de Toulouse des 27-28 oct. 1995, p. 119 et s. ; P. Lagarde, « Sur la non-codification du droit international privé français », *Syracuse Journal of International Law*, 1998, vol. 25, p. 45 ; H. Muir Watt, « La codification en droit international privé », *Revue Droits*, 1998, n° 27, p. 149 ; H. Gaudemet-Tallon, « Droit international privé et Code civil », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 749 et s.

<sup>1539</sup> Pour une liste des dispositions de droit international privé dans le Code civil voir H. Gaudemet-Tallon, « Droit international privé et Code civil », *op. cit.*, n° 3, p. 750.

<sup>1540</sup> « En 1804, ces rapports de droit privé étaient dans l'écrasante majorité des cas des rapports purement internes, rapports qui s'établissaient entre citoyens français, concernant des familles françaises, des contrats français, des biens situés en France, des délits civils commis en France. Les rapports de droit privé affectés d'un élément d'extranéité étaient rares et les rédacteurs du Code s'en sont peu préoccupés », H. Gaudemet-Tallon, « Droit international privé et Code civil », *op. cit.*, n° 7, p. 752.

international privé n'est rien d'autre que, comme le droit civil interne, l'étude des rapports entre particuliers, mais rapports qui comportent un élément étranger »<sup>1541</sup>.

Or, comme nous l'avons constaté, quand les rapports particuliers portaient atteinte au tissu social, c'est la notion d'ordre public<sup>1542</sup> et les mécanismes par lui mis en place qui ont assuré la protection de la Constitution civile des français. Sur ce point il ne passera pas inaperçu que l'article 3 concernant l'autorité des lois de police a été considéré comme faisant partie « d'une sorte de cadrage matériellement constitutionnel »<sup>1543</sup>.

**619.** En plus du facteur organique, il est nécessaire de noter un deuxième facteur tout aussi important, l'application des mécanismes protecteurs de la Constitution civile par le juge judiciaire, autrement dit, le facteur institutionnel.

## *2. Le facteur institutionnel*

**620.** L'essor et le maintien d'une posture international-privatiste vis-à-vis du contrôle des lois a été également favorisé par le facteur institutionnel en ce sens que le système juridique français se prêtait auparavant peu au contrôle de constitutionnalité<sup>1544</sup>. Le facteur institutionnel présente un double volet : la formation assez récente d'un organe compétent (a) et le recours à l'argument de constitutionnalité par la Cour de cassation (b).

### a. L'organe compétent pour connaître du contrôle de constitutionnalité

**621.** Concernant le contrôle de constitutionnalité à proprement parler, on notera que le système juridique français ne s'est pourvu que très récemment d'un organe de contrôle de constitutionnalité des lois : le Conseil constitutionnel<sup>1545</sup>. En effet, ce type de contrôle n'est pas

<sup>1541</sup> H. Gaudemet-Tallon, « Droit international privé et Code civil », *op. cit.*, n° 8, p. 753.

<sup>1542</sup> Sur ce point voir B. Fauvarque-Cosson, « L'ordre public », in *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473 et s.

<sup>1543</sup> « Le titre préliminaire, bref, expose ce que l'on pourrait appeler les principes de la loi (publicité de la loi et modes d'application, non-rétroactivité, rôle et autorité des lois de police et de sûreté, prohibition des arrêts de règlement, etc.) La matière n'est pas à proprement civile ni exclusivement destinée à la loi civile : c'est d'une sorte de cadrage matériellement constitutionnel de la loi qu'il s'agit ; la fonction de constitution civile est manifeste », Y. Gaudemet, « Le Code civil, « constitution civile de la France », *op. cit.*, n° 9, p. 302.

<sup>1544</sup> Le raisonnement n'est pas conçu pour le contrôle des règles de conflit du for, au regard contrôle de conformité des règles de conflit de lois par rapport à un droit fondamental M. Lequette affirme que : « Cela tient, sans doute, d'abord au fait que l'environnement institutionnel français se prêtait peu jusqu'à ces derniers temps à l'exercice d'un tel contrôle. Alors qu'en Allemagne et en Italie un recours constitutionnel peut être formé contre un texte en vigueur, il n'allait pas de même en France jusqu'à la réforme opérée par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 introduisant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Une fois les lois promulguées, un contrôle de conventionnalité était seul envisageable », Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 141, n° 179.

<sup>1545</sup> Au moins dans sa forme actuelle. Sous la Constitution de 1946, un tribunal constitutionnel a vu le jour.

inhérent à la tradition française qui porte haut l'adoration de la loi et la défiance envers le juge, se montrant hostile à l'idée même que la loi, expression de la volonté générale, puisse être contrôlée par le juge<sup>1546</sup>. La Constitution de 1958<sup>1547</sup> confia à un « organe d'émanation politique »<sup>1548</sup> le soin de veiller au respect de la primauté de la Constitution et le reconnaitra comme le seul organe compétent pour contrôler la constitutionnalité des lois. Les juges ordinaires, gardiens du respect de la loi et de son application, ne sauraient être aussi les juges de la loi. Le sujet du contrôle de constitutionnalité étant assez vaste, l'on s'en tiendra, dans le cadre limité de cette recherche, à l'observation des types de contrôle.

**622.** Dans ses débuts, le contrôle de constitutionnalité ne pouvait s'effectuer qu'*a priori*<sup>1549</sup> par des organes politiques<sup>1550</sup>. Plus tard, avec la modernisation des institutions, opérée par la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, le contrôle de constitutionnalité s'est ouvert à la Question prioritaire de constitutionnalité (QPC) permettant ainsi un contrôle *a posteriori*<sup>1551</sup>. La QPC permet depuis le 1er mars 2010, à tout justiciable, à l'occasion d'une instance en cours, de contester la constitutionnalité de la loi. Plus précisément, ce contrôle n'est ouvert que lorsqu'est en cause une atteinte aux « droits et libertés que la Constitution garantit ». Néanmoins, pour les deux types de contrôle l'effet est radical : soit la loi est déclarée conforme à la Constitution et pourra entrer ou rester en vigueur, soit elle est contraire et sera censurée par le Conseil. En ces termes le contrôle de constitutionnalité est bien cantonné et ne risque pas de s'immiscer dans des litiges privés et *a fortiori* dans le contentieux privé avec un élément d'extranéité. Il est possible d'affirmer que l'incidence du contrôle de constitutionnalité sur les mécanismes liés à l'ordre public en droit français demeure limitée. Toutefois, l'on observe que la Cour de cassation, malgré son absence de compétence pour connaître du contrôle de constitutionnalité, fait référence dans sa jurisprudence à la protection de la Constitution, notamment dans des situations privées comportant un élément d'extranéité. Nous nous intéresserons au recours de

---

<sup>1546</sup> Nulle trace historique de ce contrôle existe en France, à la différence par exemple de l'histoire américaine qui fonde une large part de son système sur ses juges, autoproclamés compétents pour contrôler la constitutionnalité des lois depuis l'arrêt *Marbury v. Madison* de 1803. À cet égard, voir l'analyse de Mme. W. Mastor, « Les rapports de systèmes au sein d'un État fédéral : l'exemple des États-Unis », dans *Traité des rapports entre ordres juridiques*, B. Bonnet (dir.), LGDJ, 2016, p. 1769 et s.

<sup>1547</sup> En France, le contrôle de constitutionnalité s'effectue selon la procédure prévue aux articles 60 et s. de la Constitution du 4 octobre 1958.

<sup>1548</sup> P. Deumier, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 308, p. 271.

<sup>1549</sup> Pour éviter à la loi d'être en permanence contestée, la saisine ne pouvait être exercée qu'entre l'adoption définitive du texte par le Parlement et sa promulgation par le président de la République (et donc *a priori*, avant l'entrée en vigueur).

<sup>1550</sup> De manière limitative par le Président, le Premier ministre et les présidents des deux Assemblées. Depuis le 29 octobre 1974, par 60 députés ou 60 sénateurs.

<sup>1551</sup> En insérant un article 61-1 dans la Constitution, la « QPC ».



l'argument de contrariété à la Constitution par la Cour de cassation, non sans rappeler au préalable le rapport qu'entretient le Conseil constitutionnel avec le droit international privé.

**623. Le Conseil constitutionnel et le droit international privé.** Dans un premier temps, le Conseil constitutionnel n'admettait pas d'accéder à la question du contrôle des règles de droit international privé au regard des droits fondamentaux constitutionnels<sup>1552</sup>. Toutefois, une évolution se constate dans une décision du Conseil constitutionnel sur la loi du 3 mai 2005 en matière maritime<sup>1553</sup> amorcée ensuite par un arrêt de la Cour de cassation du 11 avril 2018<sup>1554</sup>, même si à cette occasion la Haute cour judiciaire considère que les questions prioritaires de constitutionnalité critiquant le caractère exclusif de la compétence internationale des juridictions françaises pour connaître de la dévolution successorale d'immeubles situés en France ne présentaient pas un caractère sérieux. Ainsi, l'on constate que les règles de droit international privé législatives sont susceptibles d'être contrôlées au regard des droits fondamentaux constitutionnels, pour lesquelles est désormais accessible, dans le contentieux judiciaire, le mécanisme de la QPC ouvrant un recours constitutionnel *a posteriori*<sup>1555</sup>.

**624.** L'évolution est d'autant plus intéressante que le rôle originel du Conseil constitutionnel de gardien des institutions et de la séparation des pouvoirs, s'est graduellement transformé en gardien des droits fondamentaux. L'évolution a été acquise lors d'une décision du Conseil constitutionnel<sup>1556</sup> par laquelle il intégrait au bloc de constitutionnalité : le Préambule de la Constitution de 1958, la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, le Préambule de la Constitution de 1946, ainsi que les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République. Le développement de la protection des droits fondamentaux en France<sup>1557</sup> permet de comprendre la raison sous-jacente aux variations dans la référence à la Constitution

<sup>1552</sup> Ainsi l'explique M. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 167, n° 2 et sa note en bas de page n° 10.

<sup>1553</sup> Loi n° 2005-412 du 3 mai 2005 relative à la création du registre international français et la décision Cons. const. 28 avril 2005, déc. n° 2005-514, *DMF* 2005.514, note P. Bonassies. *Adde* obs. P. Lagarde, *Rev. crit. DIP*, 2005. 529. Cette loi prévoyait une différence de traitement des salaires entre les navigants résidant en France (soumis au Code du travail maritime) et les navigants résidant hors de France, y compris ceux résidant dans un État membre de l'Union européenne (pour lesquels un socle minimum de protection est constitué par les conventions internationales du travail ratifiées par la France et certaines dispositions de la loi). Cette différence de traitement, établie par la loi, a été contestée par un groupe de parlementaires devant le Conseil constitutionnel du fait de sa contrariété au principe d'égalité.

<sup>1554</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, QPC, 11 avr. 2018, F-P+B, n° 17-21.869, *Daloz actualité*, 23 mai 2018, obs. F. Mélin.

<sup>1555</sup> L'évolution de la jurisprudence a donné raison à M. d'Avout, *Ibid.*

<sup>1556</sup> D.C. 16 juillet 1971, *D.* 1972, 685 ; *AJDA* 1971, 533, note J. Rivero.

<sup>1557</sup> Pour une synthèse de son évolution v. P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours*, 2005, t. 318, n° 135-138 : « L'histoire constitutionnelle française s'est caractérisée notamment, à certaines époques, par l'instabilité qui fait partie de son charme ; l'actuelle Constitution de la V<sup>e</sup> République est la quinzième constitution de la France depuis 1789... Actuellement, et depuis une décision de principe du Conseil constitutionnel du 27 décembre 1973, la Déclaration de 1789 est la norme de référence la plus importante dans le cadre du contrôle de la constitutionnalité des lois tel qu'il est assuré en France depuis la V<sup>e</sup> République ».

par la Cour de cassation à travers les diverses époques. Bien que le juge constitutionnel ait admis cette nouvelle fonction, la Haute cour judiciaire n'hésite pas à recourir à l'argument de protection de la Constitution dans l'accomplissement de sa mission.

b. Le recours à l'argument de constitutionnalité par la Cour de cassation

**625.** En effet, la Cour de cassation n'effectue pas un contrôle de constitutionnalité, au sens strict du terme, contrôle qui est par ailleurs réservé au juge constitutionnel. Cependant, on constate que la jurisprudence de la Cour de cassation a eu recours, lors d'une éviction de la loi étrangère pour la considérer comme contraire aux valeurs essentielles du for, à l'argument du respect de la Constitution. Sur ce point, la doctrine observe que l'argument de constitutionnalité n'est pas exclusif du juge constitutionnel<sup>1558</sup>. Dans le cadre de sa mission, le juge judiciaire fait face à certains problèmes concernant l'argument de constitutionnalité, entre autres, le fait que « le raisonnement judiciaire du Conseil constitutionnel reste (...) dans la plus grande opacité »<sup>1559</sup>, mais aussi le fait que les modalités de l'argument de constitutionnalité ne sont pas clairement définies<sup>1560</sup>. Il a été avancé que dans cette zone d'ombre, un dialogue entre juges<sup>1561</sup> s'installe. Certains arrêts de la Cour de cassation semblent avoir recours à l'argument de constitutionnalité, c'est dans ce contexte que l'hypothèse d'un affinement du contrôle de constitutionnalité sur les mécanismes liés à l'ordre public doit être considéré en droit international privé français.

**626.** Avant d'analyser les exemples fournis par la Cour de cassation, il est nécessaire de rappeler qu'en droit international privé l'argument de constitutionnalité est susceptible de se présenter lorsque le juge judiciaire a recours au mécanisme d'exception d'ordre public. Comme nous l'avons établi, le déclenchement du mécanisme d'exception se justifie dès lors que l'application

<sup>1558</sup> F. Jacquelot, « L'argument de constitutionnalité », dans *Le raisonnement juridique, recherche sur les travaux préparatoires des arrêts*, P. Deumier (dir.), Dalloz, Méthodes du droit, 2013, pp. 138-157 ; « L'argument de constitutionnalité évolue au sein du raisonnement judiciaire dans un complet paradoxe : il est censé être le fruit du travail d'un juge, le juge constitutionnel, qui pourtant a pris le parti de ne pas communiquer à son propos si ce n'est au travers de la seule décision de justice ».

<sup>1559</sup> F. Jacquelot, « L'argument de constitutionnalité », *op. cit.* n° 177.

<sup>1560</sup> « On ne trouve pas davantage d'éléments dans la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'État. Les décisions restent laconiques en la matière même si l'argument de constitutionnalité a bel et bien fondé la solution », F. Jacquelot, « L'argument de constitutionnalité », *op. cit.* n° 177.

<sup>1561</sup> F. Jacquelot, « L'argument de constitutionnalité », *op. cit.* n° 177 : « Dans ces conditions, le dialogue des juges comporte un interlocuteur, le juge constitutionnel, qui est partiellement muet sur un argument de constitutionnalité qui n'est pas, *a priori*, un élément comme les autres du discours juridique. Cela tient non seulement à la valeur suprême du texte constitutionnel dans l'ordre juridique interne mais aussi à la position spécifique du Conseil constitutionnel. Celui-ci n'est pas un simple juge. Il est le garant de la Constitution et contrôle seul la constitutionnalité de la loi, ce qui, en théorie, revient à faire de lui un vecteur naturel de l'argument de constitutionnalité ».

de la loi étrangère est considérée par le juge du for comme contraire à l'une des valeurs essentielles qui peut, au surplus, être protégée par la Constitution. On notera également que le recours à l'argument de constitutionnalité se présente en marge d'un phénomène plus vaste qui touche le droit dans toutes ses branches<sup>1562</sup>. En effet, à ce stade la question du contrôle de constitutionnalité ne se pose en France que par rapport à la loi française. Or, nous avons vu que la communication existe entre règle (règle de conflits de lois française) et son exception (exception d'ordre public)<sup>1563</sup>. La question se pose donc de savoir si, par un phénomène d'émulation ou un glissement méthodologique, l'argument de constitutionnalité serait susceptible de perturber la tradition française marquée par la posture international privatiste<sup>1564</sup>.

**627.** Un exemple majeur des variations de référence à la Constitution, et aux droits fondamentaux qu'elle intègre, comme moyen de contrôle d'une loi, est celui de la non-reconnaissance en France des nationalisations opérées sans indemnisation des anciens propriétaires, c'est-à-dire lors de litiges de droit international privé concernant le droit de propriété. En effet, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen consacre parmi les « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » la propriété, à côté de la liberté, de la sûreté et la résistance à l'oppression. Plus précisément l'article 17 dudit instrument affirme que « la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est que lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Ce droit est également consacré par l'article 545 du Code civil selon lequel, « nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité ».

À l'occasion des événements historiques, tels que les nationalisations, ayant suivi la révolution russe ainsi que les expropriations opérées par l'Espagne républicaine<sup>1565</sup>, les tribunaux français

---

<sup>1562</sup> Un « phénomène dynamique de constitutionnalisation des branches du droit » pour reprendre l'expression de F. Jacquolot, « L'argument de constitutionnalité », *op. cit.* n° 178. En témoignent de cette tendance certaines études récentes, voir par ex. B. Bauduin, *La constitutionnalisation du droit du travail : étude d'une dynamique contemporaine*, thèse, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, IRJS, 2017. Pour une appréciation de l'envergure de la constitutionnalisation en droit comparé voir C. Haguenu-Moizard, *Introduction au droit comparé*, Dalloz, 2018, p. 63 et s.

<sup>1563</sup> Exception à la règle de conflit de lois et élément de référence, devant être respectée par l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois, en tant qu'élément contrôlé.

<sup>1564</sup> « Certains indices mettent implicitement sur la voie : l'utilisation directe des dispositions constitutionnelles, indépendamment des décisions du Conseil constitutionnel, montre sans le dire que ce dernier n'est pas un intermédiaire incontournable pour accéder à l'argument de constitutionnalité. Si un tel positionnement restait plutôt discret, l'entrée en vigueur de la question prioritaire de constitutionnalité a contribué à le révéler au grand jour si ce n'est à l'hypertrophier. Les deux ans de pratique de cette nouvelle voie de recours devant le Conseil constitutionnel ont très nettement montré la volonté tant du Conseil d'État que de la Cour de cassation de s'insinuer dans le chemin qui mène au contrôle de la constitutionnalité de la loi, allant même jusqu'à trouver des moyens détournés pour l'exercer sans le dire », F. Jacquolot, « L'argument de constitutionnalité », *op. cit.* n° 178.

<sup>1565</sup> Pour une analyse complète voir P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Recueil des cours*, 2005, t. 318, n° 138.

ont dû confronter les jugements étrangers à la notion d'ordre public. Sur ce point, il est intéressant de noter que les tribunaux ont maintenu la même posture, avec des variations dans la motivation des décisions<sup>1566</sup>.

**628.** Dans un premier temps, dans son arrêt *La Ropit*<sup>1567</sup>, la Cour de cassation affirmait que :

« Attendu qu'aux termes de l'article 545 du Code civil, nul en France ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité ; que cette règle insérée dans nos codes et affirmée par nos constitutions successives est une des bases fondamentales de nos institutions sociales ; qu'on ne saurait la faire fléchir en considération des dispositions d'une législation étrangère sans troubler profondément l'ordre établi sur le territoire de la République ».

Il est curieux que dans une telle argumentation permettant de refuser la reconnaissance d'une décision étrangère, la Constitution civile et la constitution politique servent toutes les deux de fondement, le Code civil au premier chef. Il est possible de constater dans cet arrêt que la Cour de cassation fait référence à la Déclaration de 1789 sans la présenter comme partie intégrante du droit positif de la III<sup>e</sup> République.

**629.** Ultérieurement, le juge français a fait référence à la déclaration de 1789 mais cette fois comme faisant partie de son droit positif<sup>1568</sup> ou bien à la seule exception de l'ordre public au sens du droit international privé<sup>1569</sup>. Or, comme le soulève M. Kinsch, « à partir de 1939 (à l'occasion du refus de la reconnaissance des expropriations opérées par l'Espagne républicaine), la Cour de cassation elle-même se référa uniquement à l'exception de l'ordre public, sans référence expresse aux « constitutions successives » de la France »<sup>1570</sup>.

**630.** Les arrêts précédemment cités permettent de constater que l'argument du respect de la Constitution a été soulevé par le juge judiciaire français lors de litiges présentant un critère d'extranéité mais ce ne fut que de manière ponctuelle. Certes, l'argument du respect de la

---

<sup>1566</sup> « Les nationalisations soviétiques apparurent aux tribunaux français comme des actes foncièrement contraires à l'ordre public. Le fait qu'il se soit agi de nationalisations opérées sur le territoire d'un État étranger et qui y avaient réalisé un transfert de propriété au profit de l'Union soviétique ne jouait pas de rôle, de même que la reconnaissance de l'URSS par le Gouvernement français de 1924 », P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Ibid.* «

<sup>1567</sup> Req., mars 1928, *DP*, 1928, 1,81, rapport Célice, note Savatier ; *Rev. dr. int. pr.*, 1929, p. 288, note Niboyet.

<sup>1568</sup> Cas de confiscation dans l'Espagne républicaine v. Trib. com. Marseille, 25 mars 1937, *Rev. crit. DIP.*, 1938, p. 67.

<sup>1569</sup> Paris, 23 décembre 1930, *JDI*, 1931, p. 400, note Tager.

<sup>1570</sup> P. Kinsch, « Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé », *Ibid.* V. Civ., 14 mars 1939, *Rev. crit. DIP.*, 1939, p. 280. La même motivation se retrouve sous la Ve République en rapport avec les nationalisations algériennes : Civ. 1<sup>re</sup>, 23 avril 1969, *Rev. crit. DIP.*, 1969, p. 717, note Schaeffer ; *JDI*, 1969, p. 912, note Chardenon.

Constitution ne se traduit pas automatiquement comme un contrôle de constitutionnalité *stricto sensu*, mais il reste que dans le syllogisme juridique la règle à valeur constitutionnelle se situe à la place de la majeure. Ainsi, l'on peut affirmer que confronté à une situation présentant un élément d'extranéité, le juge français qui résout la question par recours au syllogisme juridique préfère placer le respect de l'ordre public français comme majeure au lieu de la norme constitutionnelle.

**631.** Au passage on notera deux choses : premièrement, il est possible d'affirmer (peut-être au risque d'aller trop loin dans l'analogie), que l'ordre public à travers ses mécanismes a rempli la fonction de protection de la Constitution civile des français comme le font aujourd'hui les mécanismes de contrôle de constitutionnalité pour la Constitution politique. Deuxièmement, cette perspective propre au système français serait transposable à d'autres pays de tradition civiliste, fortement influencés par le Code civil français, tel que le droit mexicain<sup>1571</sup>, hypothèse qui reste à vérifier. Ayant établi les fondements de la posture international-privatiste il est nécessaire de s'intéresser à sa portée.

### B. La portée de la posture international-privatiste

**632.** Les composantes de la posture international-privatiste permettent de croire à un contrôle de l'application de la loi étrangère par le for cantonné aux mécanismes qui lui sont les plus adaptés, les mécanismes liés à l'ordre public<sup>1572</sup>. Ainsi, la conséquence principale de cette posture qui adopte les postulats d'une justice propre au droit international privé est celle d'un équilibre, c'est-à-dire d'une mise en œuvre délicate entre l'ouverture à l'international et le respect du particularisme normatif<sup>1573</sup>. La posture international-privatiste présente l'avantage

<sup>1571</sup> Or, la réalité est tout autre et nous aurons l'occasion d'observer que la posture international-privatiste n'est pas reproduite en droit mexicain, voir *infra* § 645 et s.

<sup>1572</sup> Les développements de M. Boudon nous réconfortent sur cette hypothèse d'affinement lorsqu'il schématise les rapports normatifs entre Constitution, conventions internationales et droit étranger : « Pour schématiser, quatre rapports normatifs sont envisageables : la confrontation entre le droit étranger et la Constitution du for ; celle entre le droit étranger et la Constitution étrangère ; celle entre le droit étranger et une convention internationale qui lie tant l'État du for que l'État étranger ; celle entre le droit étranger et une convention internationale qui lie l'État étranger mais pas l'État du for (en revanche, du moins en droit conventionnel, en tant qu'il faudrait s'intéresser à la coutume internationale ou au *jus cogens*, on doit écarter la confrontation entre le droit étranger et un traité qui ne lie ni l'État du for ni l'État étranger). La doctrine classique des Maury, Niboyet et Batiffol, se penchait sur les trois dernières hypothèses mais passait sous silence la première, celle d'une confrontation entre le droit étranger et la Constitution du for. *Sans doute parce que, au-delà de la Constitution formelle, on arriverait à l'exception d'ordre public* – la régularité ou la validité du droit étranger ne serait pas seulement affrontée aux dispositions formelles de la Constitution mais aux valeurs véhiculées par l'ordre juridique interne qui comprend mais ne se résume pas à la Constitution », J. Boudon, « Contrôle de constitutionnalité, contrôle de conventionnalité, et la figure de l'altérité », dans *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger*, *op. cit.*, p. 41 (texte souligné par nos soins).

<sup>1573</sup> « Dans le droit international privé positif, les données de base du modèle de coordination décentralisée sont l'autonomie procédurale des États et le particularisme normatif », L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 171, n° 6. L'auteur fait référence aux règles de

de s'adapter au contexte international en respectant les particularismes nationaux compte tenu du fait que le point de vue d'un État est « fatalement affecté de relativité »<sup>1574</sup>.

**633.** Les développements précédents peuvent, à notre sens, être liés à la discussion sur le risque de substitution des droits fondamentaux au droit international privé notamment et inclus aux craintes soulevées par la doctrine<sup>1575</sup>. De la lecture d'ensemble, il apparaît que les facteurs, organique et institutionnel, caractéristiques du système juridique français, lui octroient une certaine étanchéité face à la perturbation de la logique apportée par le contrôle de constitutionnalité, limitant ainsi son affinement.

**634. Identification de l'affinement.** Compte tenu de la montée en puissance des droits fondamentaux dans les litiges privés et de la consolidation des mécanismes de contrôle qui leur sont particuliers, il est possible de s'interroger sur l'avenir de la posture international-privatiste. À notre sens, il est légitime de se demander dans quelle mesure la liberté contractuelle serait susceptible de se voir estompée par les mécanismes liés à l'ordre public, et ce compte tenu de l'intégration de la Déclaration dans le bloc de constitutionnalité qui confère aux principes par elle envisagés la place la plus élevée au sein de la hiérarchie des normes. Autrement dit, s'il existe une relation d'affinement entre les mécanismes liés à l'ordre public et le contrôle de constitutionnalité. Une possibilité faible existe en matière contractuelle et mérite d'être signalée.

**635. Le contrat et le droit constitutionnel.** Si le contrat a été au centre des intérêts depuis longtemps pour les juristes privatistes, le droit constitutionnel en France ne s'est emparé de la notion qu'avec l'avènement du contrôle de constitutionnalité de la loi par la Constitution du 4 octobre 1958<sup>1576</sup>. Dans son dernier état, et après une longue hésitation, le Conseil constitutionnel a admis la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle<sup>1577</sup>, laquelle a pour

---

coordination en droit international privé et en identifie trois types : les règles de compétence juridictionnelle, les règles de compétence législative et les règles de reconnaissance. Les deux premières s'expriment, pour le plus souvent, en termes internationalement répartiteurs.

<sup>1574</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 175, n° 10. Relativité qui résulte préjudiciable pour les individus lorsque le point de vue des États est contradictoire, profitant ainsi à l'existence de « situations boiteuses ». En ce sens également, « Le droit international privé n'étant, selon une image chère à Martin, que la projection du droit civil interne au plan international, la règle de conflit est dans la dépendance directe de « l'esprit » des institutions du droit interne ». Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 141, n° 178.

<sup>1575</sup> « Le risque étant que, de la tendance croissante à la superposition des systèmes supranationaux de protection des droits de l'homme sur les règles nationales de droit privé, survienne une modification imperceptible des méthodes de coordination », L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 170, n° 5.

<sup>1576</sup> « Les textes énonçant les droits fondamentaux paraissent a priori étrangers à la matière contractuelle. Les lieux de consécration de ces droits semblent les maintenir hors du contrat », S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 226.

<sup>1577</sup> Décision 22 décembre 2016, n° 2016-742 DC. Dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité *à priori* de la loi instituée par l'article 61 al. 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, 60 députés et 60 sénateurs ont saisi le



corollaire le principe de l'autonomie de la volonté et les conséquences qui en découlent en droit international privé.

### **636. L'évolution de la protection de la liberté contractuelle par le Conseil constitutionnel.**

La consécration de la liberté contractuelle comme principe à valeur constitutionnelle relève d'une évolution intéressante à rappeler : dans une première étape, par sa décision du 3 août 1994, le Conseil constitutionnel a considéré « qu'aucune disposition de la Constitution ne garantit le principe de liberté contractuelle »<sup>1578</sup>. Plus tard, dans sa décision du 20 mars 1997<sup>1579</sup> le Conseil tempère la rigueur de son raisonnement et admet l'invocation de la liberté contractuelle en fixant une condition, toute demande devant s'accompagner d'un principe de fond. Finalement, le revirement de jurisprudence se produit avec la décision du 19 décembre 2000<sup>1580</sup>, dans laquelle le Conseil constitutionnel reconnaît explicitement la valeur constitutionnelle du principe et affirme que « la liberté contractuelle découle de l'article 4 de la Déclaration ». Plus tard dans cette évolution, une décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 affirmait qu'« il est loisible au législateur d'apporter à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l'article 4 de la Déclaration de 1789, des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »<sup>1581</sup>.

---

Conseil constitutionnel afin qu'il se prononce sur la conformité ou non à la Constitution de l'article 28 du projet de loi de financement de la sécurité sociale pour 2017 qui créait une contribution sociale à la charge des fournisseurs agréés de produits de tabac. Le paragraphe II de l'article 28 encadrait les conditions dans lesquelles les redevables de la contribution pouvaient la répercuter sur les producteurs de tabac et précisait qu'une telle répercussion « ne p[ouvait] avoir pour effet, pour les produits du tabac d'un même groupe dont le conditionnement et le prix de vente au détail sont identiques, de conduire à ce que la part nette de ce prix attribuée aux différents producteurs diffère de plus de 5 % ». Ces dispositions avaient pour effet d'encadrer indirectement le prix de gros pratiqué par les fabricants à l'égard de leurs distributeurs. Les requérants considéraient que les dispositions du paragraphe II de l'article 28 du projet de loi de financement de la sécurité sociale contrevenaient à la liberté contractuelle en imposant aux redevables de la contribution de la répercuter sur leurs fournisseurs et en fixant les modalités de cette répercussion. Dès lors, la question se posait de savoir si les dispositions d'un projet de loi encadrant les modalités de répercussion d'une contribution et limitant ainsi la liberté contractuelle des redevables sont-elles contraires à la Constitution. Le Conseil constitutionnel répond par l'affirmative et déclare le paragraphe II de l'article 28 du projet de loi de financement de la sécurité sociale contraire à la Constitution.

<sup>1578</sup> Cons. const., 3 août 1994, n° 94-348 DC. À l'époque, la doctrine fournissait plusieurs arguments pouvant justifier cette décision : d'une part, la liberté contractuelle n'est pas véritablement reconnue dans le droit positif, elle n'est finalement pas un « principe » et d'autre part, elle souffre d'une absence de fondement constitutionnel explicite. Or, ces arguments peuvent être combattus. En effet, il existe de nombreux principes absents des grands textes constitutionnels et qui, pourtant, s'y rattachent par interprétation. De plus, si la Déclaration de 1789 ne contient pas le terme « liberté contractuelle », l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, consacrant le principe de liberté en général, peut constituer le fondement de la liberté contractuelle.

<sup>1579</sup> Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC, concernant la condition, c'est-à-dire en ce que toute demande doit nécessairement s'accompagner d'un principe de fond, deux exemples communs sont le droit de propriété ou la liberté d'entreprendre.

<sup>1580</sup> Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC.

<sup>1581</sup> Cons. const., 13 juin 2013, n°2013-672 DC.

**637.** Finalement, par sa décision du 22 décembre 2016<sup>1582</sup>, le juge constitutionnel se porte garant de la liberté contractuelle pour la considérer comme un droit fondamental et refuse que l'une des clauses dans le contrat puisse porter atteinte à la liberté contractuelle, notamment la liberté de négocier librement avec ses fournisseurs.

En l'espèce, le Conseil constitutionnel censure l'article 28 paragraphe II de la loi de financement de la sécurité sociale au motif qu'il portait une « atteinte disproportionnée » à la liberté contractuelle des fabricants et des fournisseurs. Le juge constitutionnel rappelle que la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen<sup>1583</sup>, peut se voir limitée par des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général à la condition qu'il n'en résulte pas « d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »<sup>1584</sup>. Ce contrôle de proportionnalité implique deux éléments : l'exigence d'un intérêt général<sup>1585</sup> et l'exigence de ce que l'atteinte à la liberté contractuelle ne doit pas être disproportionnée compte tenu de l'objectif poursuivi<sup>1586</sup>. À la lecture de cette évolution, il est possible d'affirmer que lorsque le législateur souhaite réglementer les conditions d'accès à un contrat, il doit le faire en respectant la liberté des conventions et en limitant les entraves rendues nécessaires par l'intérêt général ou la protection de l'ordre public.

**638. La valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle.** L'élément qui retient notre attention est l'admission de la valeur constitutionnelle reconnue au principe de la liberté contractuelle, qui comprend également la liberté de choix de loi par les parties. Ainsi, sur la question de savoir si la règle de conflit en droit international privé des contrats, qui est par extension protégée par la liberté contractuelle, serait susceptible de se voir ensuite estompée par les mécanismes porteurs d'ordre public, tels que l'exception d'ordre public ou les lois de police, une réponse affirmative semble s'imposer.

<sup>1582</sup> Décision n° 2016-742 DC du 22 décembre 2016.

<sup>1583</sup> L'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 dispose que « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »

<sup>1584</sup> Le Conseil a relevé qu'« en encadrant la possibilité, pour le redevable de la contribution instituée à l'article L.137-27 du Code de la sécurité sociale, d'en répercuter le coût sur les producteurs de tabac, le législateur a entendu garantir une répercussion homogène de la contribution et éviter des distorsions de compétitivité entre ces producteurs. Il a ainsi poursuivi un objectif d'intérêt général. Toutefois, les dispositions contestées limitent la capacité des fournisseurs de produits du tabac à négocier librement leurs prix avec chacun des producteurs avec lesquels ils sont en relation contractuelle. Il en résulte, compte tenu de l'objectif poursuivi, une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle. Par suite, les dispositions du II de l'article 28 sont contraires à la Constitution ».

<sup>1585</sup> En l'espèce la garantie d'une répercussion homogène de la contribution et d'éviter des distorsions de compétitivité entre les producteurs.

<sup>1586</sup> En l'occurrence, les dispositions limitaient la liberté des fournisseurs de tabac de négocier librement leurs prix avec leurs producteurs ; une telle atteinte à la liberté contractuelle est jugée disproportionnée par le Conseil constitutionnel.

**639.** Il n'est pas exclu que la liberté contractuelle, principe à valeur constitutionnelle, soit confrontée à des dispositions la limitant. Une solution conforme à la hiérarchie des normes imposerait de reconnaître la primauté des normes constitutionnelles sur les normes de rang inférieur qui comportent des dispositions contraires. Toutefois, la solution apportée par la hiérarchie des normes n'est pas adaptée au contrôle de constitutionnalité d'une loi étrangère, qui est indirectement impossible<sup>1587</sup>. Ainsi, il est possible de songer à l'hypothèse d'un litige découlant d'un contrat international, devant le juge judiciaire, dans lequel l'une des parties invoque la protection constitutionnelle de sa liberté de contracter et donc de sa liberté de choisir la loi applicable, lorsque la loi désignée comme compétente est écartée par un mécanisme porteur d'ordre public. L'hypothèse d'affinement est bien réelle et se renforce par le problème de la dissociation entre l'ordre public et les droits fondamentaux.

**640. La confusion entre l'ordre public et les droits fondamentaux.** S'ajoute aux conséquences de la posture international-privatiste, un certain degré de brassage entre l'ordre public et les droits fondamentaux qui mérite d'être relevé pour la confusion qui se présente de manière récurrente. A cet égard, la doctrine observe un « phénomène, récent, d'accroissement exponentiel de l'emploi de l'argument tiré des droits fondamentaux par le juge judiciaire, dans le procès civil international pour lequel sont mises en œuvre les diverses règles de droit international privé »<sup>1588</sup>. Comme nous l'avons préalablement démontré, ce phénomène ne touche pas uniquement les règles mais aussi leurs exceptions tels les mécanismes liés à l'ordre public. Dans cette veine, il est possible de constater que lorsque le juge judiciaire fait entrer les droits fondamentaux à valeur constitutionnelle dans le procès civil il fait référence, ne serait-ce qu'à titre accessoire, à la notion d'ordre public.

**641.** En droit interne, par exemple, il a été observé qu'« un des premiers cas d'application d'un texte constitutionnel à un litige privé est, semble-t-il, le jugement rendu par le tribunal de la Seine le 22 janvier 1947 qui a annulé la clause d'un testament qui imposait au bénéficiaire de ne pas se marier avec une personne de confession juive. La clause a été déclarée contraire à

---

<sup>1587</sup> La saisine du juge constitutionnel est faite dans le cadre du contrôle *à priori* : L'article 61 al. 2 de la Constitution de 1958 permet au Président de la République, au Premier Ministre, au Président de l'Assemblée nationale, au Président du Sénat ainsi que depuis 1974 à 60 députés ou 60 sénateurs de saisir le Conseil constitutionnel pour qu'il se prononce sur la constitutionnalité d'une loi non encore promulguée (lorsqu'elle est à l'état de projet ou de proposition). La réforme du mode de saisine du conseil constitutionnel opérée en 1974 a permis un accroissement du nombre de lois soumises au juge constitutionnel avant leur promulgation. Cette saisine permet de neutraliser les dispositions contraires à la Constitution avant même qu'elles n'aient eu pour effet de porter atteinte aux droits des justiciables. Les dispositions déclarées inconstitutionnelles sont supprimées du projet ou de la proposition de loi.

<sup>1588</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 167, n° 3.

l'ordre public, défini à la lumière de la Constitution de 1946 »<sup>1589</sup>. La formulation de la Cour de cassation est révélatrice de la mécanique de son raisonnement qui peut se traduire par la formule suivante : l'ordre public est alimenté par les droits fondamentaux lesquels trouvent leur source dans un texte constitutionnel<sup>1590</sup> ; dès lors, le raccourci « ordre public – constitution » semble envisageable.

**642.** L'argument tiré du respect des droits fondamentaux sert à paralyser l'application des règles matérielles prohibitives du for<sup>1591</sup>, mais également des règles prohibitives étrangères. On rappellera que cette hypothèse se retrouve lorsque l'instance directe est introduite en France et la loi étrangère, par principe applicable, est évincée car contraire aux droits fondamentaux. Les exemples récurrents sont ceux du transsexuel étranger résidant en France, invoquant le droit à la vie privée<sup>1592</sup> ou les cas de répudiations<sup>1593</sup>.

**643.** Somme toute, on constate que parmi les évolutions ayant affecté le Code civil<sup>1594</sup>, et par conséquent à la posture international-privatiste qui est à l'origine des règles de droit international privé et ses mécanismes, il est possible d'en ajouter une, celle de l'incidence du contrôle de constitutionnalité.

**644. Transition.** Par la transposition de ces prémisses, il est envisageable que la posture international-privatiste soit reproduite dans les systèmes juridiques appartenant à la famille

<sup>1589</sup> S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *op. cit.*, p. 227. T. Seine 22 janv. 1947, *D.* 1947. 126. Voir sur l'essor de l'invocations des normes constitutionnelles dans les décisions des tribunaux de l'ordre judiciaire, N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, coll. « Bibl. dr. privé », t. 287, 1997, nos 675 et s.

<sup>1590</sup> La doctrine n'a pas hésité à en tirer d'autres conclusions en ce sens, par exemple : « Ces droits fondamentaux qui trouvent leur source dans un texte constitutionnel sont originellement appréhendés comme autant de protections de l'individu contre les interventions des pouvoirs publics. Ils seraient indifférentes à la matière civile. Pourtant, le droit privé est aujourd'hui soumis à un mouvement de constitutionnalisation auquel le contrat n'a pas résisté. » S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *op. cit.*, p. 226.

<sup>1591</sup> Pour un rappel des règles matérielles prohibitives paralysées parce que contraires aux droits fondamentaux, v. L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 167, n° 3.

<sup>1592</sup> Paris 14 juin 1994, *Rev. crit. DIP* 1995.308 note Lequette.

<sup>1593</sup> Comme M. d'Avout le rappelle « La contrariété aux droits fondamentaux, de fond et de procédure, tout spécialement dans les contentieux consécutifs au prononcé de répudiation, a été invoquée au sein de l'exception d'ordre public international, ce standard pouvant se déployer diversement en fonction de la proximité spatio-temporelle de la situation avec l'ordre juridique français », L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 168, n° 3.

<sup>1594</sup> Sur ce point les propos de M. Yves Gaudemet sont particulièrement saisissants, « Bref, le Code civil a vieilli et plutôt mal vieilli. Mais ce n'est pas l'essentiel – le plus grave – pour notre propos. En vieillissant il perd aussi son âme, c'est-à-dire la substance politique qui en faisait, au-delà des textes regroupés et ordonnés, une constitution civile des Français, une doctrine politique et juridique constitutive de la société française en laquelle celle-ci se réunissait et se reconnaissait. Le Code vieilli perd sa raison d'être initiale, sa fonction d'organisation et d'identification sociale, celle pour laquelle il a été voulu ; peut-être d'ailleurs tout simplement parce que cette mission est épuisée ; le Code a rempli son office ; il tend à n'être plus perçu aujourd'hui que comme un recueil – perfectible – de lois civiles ; la société civile française cherche ailleurs le symbole qui la constitue », Y. Gaudemet, « Le Code civil, « constitution civile de la France », *op. cit.*, n° 19, p. 306. Sur ce point il est possible de se demander si la société civile française dans cette recherche du symbole qui la constitue se profile vers l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme comme ce symbole.

romano-germanique, d'autant plus que, pour le cas mexicain, il existe une filiation directe avec le Code civil français de 1804<sup>1595</sup>. Or, nous observerons par la suite que le système juridique mexicain adopte une posture très différente fortement influencée par un raisonnement constitutionnaliste.

## § 2. La posture constitutionnaliste du droit mexicain

645. Un constat majeur conditionne le développement de cette recherche dès son début, celui du faible développement du droit international privé dans l'ordre juridique mexicain. Il s'agit d'une évidence tant au niveau de la production législative que doctrinale. Cette absence flagrante s'explique, à notre sens, par des éléments essentiels du droit mexicain qui peuvent être associés à une posture dite constitutionnaliste. À l'instar de notre analyse précédente on établira les fondements de la posture constitutionnaliste (A) ainsi que sa portée (B).

### A. Les fondements de la posture constitutionnaliste du droit mexicain

646. Adoptée ouvertement par le système juridique mexicain qui base fortement son raisonnement dans la logique des rapports verticaux, cette posture profite de la hiérarchie de normes prévue dans la Constitution mexicaine<sup>1596</sup>, laquelle se place à son sommet, suivie immédiatement par les traités internationaux. Sa caractéristique principale est celle d'une confiance envers le pouvoir judiciaire comme gardien de l'individu contre les abus du pouvoir<sup>1597</sup>. Dans cette posture, la soumission de la loi étrangère à la conformité de la Constitution du for se présente comme un procédé naturel, ou c'est du moins ce que nous essayerons de démontrer. Comme le Français dans son Code civil, le Mexicain trouve dans sa Constitution de 1917, le symbole qui le constitue. La teneur de la posture constitutionnelle se

<sup>1595</sup> « Le principe même d'un Code, sur le modèle du Code civil français ou par emprunt direct de celui-ci, a eu le succès que l'on sait, dans de nombreux pays étrangers. Et c'est parce qu'on en attendait le même gain politique : celui de forger l'unité d'une nation autour de sa législation civile, écrite, uniforme et stable ; pas tant en raison de la vertu technique de telle ou telle solution contenue dans le Code », Y. Gaudemet, « Le Code civil, « constitution civile de la France », *op. cit.*, n° 13, p. 304.

<sup>1596</sup> Article 133 de la Constitution. L'article admet que l'article 1<sup>er</sup> de la Constitution met au même niveau les droits fondamentaux reconnus par la Constitution et ceux reconnus par les traités internationaux. En ce sens voir M. Carbonell, *Derechos humanos en la Constitución mexicana*, *op. cit.*, p. 36 : « *Lo que hace el artículo primero es poner de manifiesto que son tan importantes los derechos humanos que tienen reconocimiento constitucional como aquellos que figuran en los tratados internacionales... El reconocimiento de rango constitucional a los tratados internacionales de derechos humanos es una tendencia bastante consolidada en el constitucionalismo de América Latina.* »

<sup>1597</sup> Sur ce point v. les développements introductifs de C. Echanove Trujillo, « La procédure mexicaine d'*amparo* », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 1, n° 3, juill.-sept. 1949, p. 229-248.

comprend d'abord par l'absence d'une Cour de cassation compétente pour harmoniser l'application des règles de droit privé au sein de la fédération mexicaine (1) mais également par le fort développement d'un mécanisme particulier : l'*amparo* (2).

### *1. Le facteur institutionnel marqué par l'absence d'un tribunal de cassation*

**647.** Avant toute chose, une remarque historique s'impose : le Mexique a pendant longtemps soumis systématiquement au droit mexicain les relations privées internationales. Ce n'est qu'avec la réforme du Code civil dans les années 80 que la possibilité de faire application des lois étrangères à des relations ayant un lien étroit avec un ordre juridique étranger a été adoptée.

**648.** Pour comprendre l'incidence du contrôle de constitutionnalité dans le système juridique mexicain il est nécessaire de rappeler que ce contrôle est confié à un organe juridictionnel à caractère fédéral. Le système juridique mexicain est organisé sous forme de fédération<sup>1598</sup>. Au Mexique, l'exercice du pouvoir judiciaire se divise en deux domaines de compétence, le pouvoir judiciaire fédéral et les pouvoirs locaux de chacun des États fédérés. Néanmoins, malgré la pluralité des juridictions présentes dans le système juridique mexicain il n'existe pas un tribunal permettant d'harmoniser l'interprétation de la loi, notamment le droit privé<sup>1599</sup>. L'étendue forcément limitée de ce travail nous conduit à concentrer nos développements concernant le système juridique mexicain au constat de l'absence de l'équivalent d'une Cour de cassation<sup>1600</sup> et sur le fait que le tribunal suprême mexicain, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, ne dispose pas d'un mécanisme apte à harmoniser l'interprétation du droit privé<sup>1601</sup>,

<sup>1598</sup> L'organisation juridique de l'État mexicain se fonde sur les articles 40 et 41 de sa Constitution, selon ces principes constitutionnels « c'est la volonté du peuple mexicain de se constituer en république représentative, démocratique, fédérale, composée d'États libres et souverains en tout ce qui concerne leur régime intérieur, mais unis au sein d'une fédération établie selon les principes de cette Loi fondamentale ».

<sup>1599</sup> Nous avons préalablement affirmé, schématiquement, que les législations civiles des États fédérés sont assez proches entre elles en esprit et en forme, or les divergences existent, le cas emblématique permettant de le démontrer, est celui du mariage homosexuel admis seulement dans trois États parmi les trente-deux conformant la fédération mexicaine.

<sup>1600</sup> Pour des développements historiques autour de la question de la formation de la Cour suprême au Mexique et les fondements du choix d'imiter le système américain avec une *Supreme Court* voir par exemple D. Pantoja Morán, *La Corte Suprema de Justicia de 1824. Notas para una perspectiva de continuidades y rupturas en la cultura jurídica*, UNAM, 2013, p. 76 et *Bases del constitucionalismo mexicano : la constitución de 1825 y la teoría constitucional*, México, Fondo de Cultura Económica Senado de la República, 2017 ; J. Bustillos, « *Breves apuntes del origen de la casación y su adopción en México* », *Retos. Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, México, n° 1, 2003.

<sup>1601</sup> Historiquement, un recours semblable a existé au Mexique, ce fut le « recours de nullité » hérité de l'influence espagnole, introduit dans l'ordre juridique mexicain en 1836 lequel avait pour fonction d'attaquer les décisions des juges locaux et, par conséquent, renforcer un centralisme politique et juridique caractéristique de l'époque. Plus tard, en 1872 la cassation fut admise dans la législation locale et fédérale mexicaine mais attaquée par une forte opposition elle a été rapidement délaissée, sur ce point v. l'analyse dans J. Bustillos, « *Surgimiento y decadencia de la casación en México* », *Reforma Judicial : Revista Mexicana de Justicia*, n° 3, 2004, p. 141-167.



du moins de la même manière que le ferait la Cour de cassation en France. Cependant, il est nécessaire de signaler que la possibilité d'intégrer dans les compétences de la *Suprema Corte* celle de connaître d'un recours de cassation est un sujet qu'intéresse la doctrine mexicaine de longue date<sup>1602</sup> et a été discuté dans une époque relativement récente<sup>1603</sup>.

**649.** L'article 94 de la Constitution fédérale dispose sur la composition de l'organe de justice fédéral et confie l'exercice du pouvoir judiciaire de la Fédération à la Cour suprême de justice - *Suprema Corte de Justicia de la Nación*, au Tribunal électoral, aux Tribunaux collégiaux - *Tribunales Colegiados*, et unitaires - *Tribunales Unitarios de Circuito* ainsi qu'aux Tribunaux de District - *Jueces de Distrito*<sup>1604</sup>. La mission de départ du pouvoir judiciaire fédéral consacrée dans l'article 105 de la Constitution était de résoudre les controverses entre la Fédération et les États, entre les États, entre les pouvoirs exécutif et législatif, entre autres, afin de contenir les pouvoirs politiques dans les limites de leurs attributions et assurer une harmonie entre leurs activités.

**650.** Néanmoins, cet ensemble de tribunaux a été également investi d'un office commun délimité par l'article 103, alinéa I, de la Constitution mexicaine : assurer la protection de la Constitution par le mécanisme d'*amparo*<sup>1605</sup> et protéger les garanties individuelles<sup>1606</sup>. Avec l'article 107 de la Constitution, ces dispositions constituent les fondements les plus cités dans des conflits traités par la voie procédurale de l'*amparo* au sein des tribunaux fédéraux. Ainsi, les tribunaux fédéraux possèdent un pouvoir spécial de protection des droits fondamentaux. Il

<sup>1602</sup> En ce sens v. les développements chez J. Bustillos, « *Surgimiento y decadencia de la casación en México* », *op. cit.*, p. 143 et s., l'auteur affirme que le sujet de la cassation, telle qu'employée en France, éveille l'intérêt au Mexique dès le siècle dernier par sa fonction de protection de la légalité des décisions des juges locaux : « *El tema de la casación o recurso de casación francés ha despertado interés en México desde el siglo antepasado por su función de tutela de legalidad de las resoluciones o sentencias de los jueces locales* ».

<sup>1603</sup> H. Fix-Fierro, *El futuro del amparo judicial*, Villahermosa, Poder Judicial del Estado de Tabasco, 2001, pp. 2 y 3, Serie Conferencias Magistrales, article publié dans *Bien Común y Gobierno*, México, año 7, n° 81, sept. 2001, p. 5-16.

<sup>1604</sup> Traduction proposée par la Direction générale de la coordination du recueil et systématisation des décisions de la Cour suprême de justice de la Nation, disponible sur <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/mx/mx047fr.pdf>, consulté le 30 août 2018. Pour une explication du système des tribunaux fédéraux et de leur distinction par rapport aux juridictions ordinaires V. S. García Ramírez, « La justice : évolutions récentes », *Revue Française d'Administration Publique*, n° 94, avril-juin 2000, p. 241-247.

<sup>1605</sup> Le mécanisme d'*amparo* sera explicité dans les développements à venir, voir *infra* § 654 et s.

<sup>1606</sup> « Article 103. Les Tribunaux fédéraux sont chargés de résoudre toute controverse qui dérive : I. Des lois ou d'actes émanant d'une autorité, qui violent les garanties individuelles », Traduction proposée par la Direction générale de la coordination du recueil et systématisation des décisions de la Cour suprême de justice de la Nation, *op. cit.* Suite à la réforme constitutionnelle du 29 janvier 2016 l'article a été modifié, la traduction proposée par nous, « Article 103.- Les Tribunaux fédéraux sont chargés de résoudre toute controverse suscitée : I. Par des lois générales, actes ou omissions de l'autorité qui lèsent les droits de l'homme reconnus et les sauvegardes octroyées par leur protection par cette Constitution, et les traités internationaux dont l'État mexicain fait partie ».

est intéressant de noter que ce recours a toujours été utilisé comme le meilleur moyen pour combattre les décisions des tribunaux de la juridiction locale.

**651.** Le fonctionnement du double degré de juridiction mexicaine reçoit les critiques de la doctrine puisque, entre autres, une grande partie du travail des tribunaux fédéraux<sup>1607</sup> est celle de connaître des litiges contre les décisions des tribunaux locaux<sup>1608</sup>. À ce sujet, dans le vif de la discussion il a été proposé par les États fédérés de créer des cours suprêmes locales ou bien des tribunaux locaux de cassation<sup>1609</sup>. Sans pouvoir approfondir le sujet, il est indispensable d'évoquer les observations de la doctrine en ce sens que l'autonomie judiciaire des États se voit fortement affectée et presque réduite à néant<sup>1610</sup>.

**652.** Dès lors, le dénommé *Poder Judicial de la Federación* au Mexique possède une double fonction<sup>1611</sup>, c'est-à-dire, une fonction politico-judiciaire lui permettant de résoudre les conflits et controverses mentionnées par l'article 104<sup>1612</sup> de la Constitution mexicaine et une fonction

<sup>1607</sup> « *Por un lado, el Poder judicial federal se lamenta de que la mayoría del trabajo del que conocen los tribunales colegiados de circuito son asuntos interpuestos para impugnar resoluciones de tribunales locales (función casacionista). Ante esta situación, el propio Poder Judicial de la Federación busca una solución al problema; por ejemplo, limitar la competencia federal del conocimiento de las causas de los tribunales comunes* », J. Bustillos, « *Surgimiento y decadencia de la casación en México* », *op. cit.*, p. 142.

<sup>1608</sup> Voir les commentaires à la traduction de l'article 103 de la Constitution : « La situation actuelle semble cependant évoluer, de telle sorte que les tribunaux des États acquièrent de plus en plus de notoriété tant qu'ils améliorent considérablement leur fonctionnement interne. La création progressive des Cours suprêmes au niveau local (tel que le modèle juridictionnel nord-américain adopté très partiellement au Mexique) pourrait contribuer à diminuer la concentration des décisions dans les juridictions fédérales. Un tel mouvement risquerait néanmoins de produire une prolifération de critères jurisprudentiels difficiles à maîtriser même par le juriste spécialisé dans ce type de litiges. Ceci concerne l'un des sujets les plus controversés des années à venir », traduction proposée par la Direction générale de la coordination du recueil et systématisation des décisions de la Cour suprême de justice de la Nation, *op. cit.*

<sup>1609</sup> J. Bustillos, « *Surgimiento y decadencia de la casación en México* », *op. cit.*, p. 142.

<sup>1610</sup> *Ibid.*, « *Las propuestas aludidas, y con los antecedentes anotados, son con base en que los tribunales ordinarios ven violada su autonomía judicial mediante la intromisión constante de los tribunales federales en la revisión de la legalidad de los fallos judiciales locales, emitidos con fundamento en leyes federales y en las propias leyes estatales. En este aspecto, la autonomía de los órganos judiciales locales se ha tornado en una cosa ilusoria, ya que día a día es casi obligado que las resoluciones de los tribunales locales serán impugnadas ante los órganos judiciales federales, por falta de confianza en los juzgadores locales y por la poca calidad en las sentencias que emiten estos* ».

<sup>1611</sup> L. Silva Ramírez, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, Porrúa, 2<sup>ème</sup> ed., Mexique, 2010, p. 39 et s.

<sup>1612</sup> « Article 104. Les Tribunaux fédéraux traitent les questions suivantes :

I. Les controverses de l'ordre civil et pénal qui dérivent de l'application d'une loi fédérale ou d'un traité international légalement souscrit par l'État mexicain. Lorsque ces questions affectent exclusivement les intérêts des particuliers, les parties concernées sont autorisées à faire un choix entre la juridiction fédérale et la juridiction locale. Les décisions de la première instance sont susceptibles de recours en appel devant l'instance immédiatement supérieure au juge compétent.

I-B. [...]

II. Les controverses relatives au droit maritime.

III. Les controverses où la Fédération intervient directement en tant que partie.

IV. Les controverses et les actions encadrées par l'article 105, dont se charge exclusivement la Cour suprême de justice de la Nation.

V. Les controverses suscitées entre un État de la Fédération et un habitant de l'un des États voisins.

VI. Les controverses concernant les membres du Corps diplomatique et consulaire. »

de protection des droits fondamentaux. C'est cette dernière fonction qui retient notre intérêt comme susceptible d'affiner les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé mexicain. Il est largement admis que les droits fondamentaux ou garanties individuelles sont parties composante de l'ordre public mexicain. Ainsi face aux atteintes de l'ordre public du for lors de l'application d'une loi étrangère, désignée par la règle de conflit ou choisie par les parties, le juge fédéral aura recours aux mécanismes à sa disposition. Constitué comme tribunal constitutionnel, les mécanismes à disposition de la Cour suprême mexicaine répondent forcément à une logique constitutionnelle.

**653.** Cette hypothèse se voit confortée par un point de droit comparé : le système mexicain n'est pas le seul à adopter une posture constitutionnaliste, l'Allemagne<sup>1613</sup> et l'Italie se sont saisies du contrôle vis-à-vis de la loi étrangère, mais également de la conformité de leurs propres règles de droit international privé avec leurs normes fondamentales<sup>1614</sup> à travers une posture constitutionnaliste. Demeure intéressant le fait que ce type de contrôle sur la loi étrangère ne serait possible qu'à la suite de l'application de la règle de conflit du for qui désignerait comme compétente une loi étrangère. En dehors de cette hypothèse, il est difficilement envisageable de trouver l'occasion pour ce type de contrôle. Au Mexique, la posture constitutionnelle est fortement nourrie par la procédure d'*amparo* qu'il convient d'explicitier.

## 2. Le mécanisme d'*amparo*

**654.** Il est inconcevable de parler de la protection des droits fondamentaux au sein du système juridique mexicain sans traiter de l'*amparo*<sup>1615</sup>. À défaut de disponibilité d'un recours en cassation, le système juridique mexicain a développé un tropisme qui lui est très particulier, bien qu'il ne lui soit pas exclusif<sup>1616</sup>. En plus, l'absence de véritables juridictions suprêmes au

<sup>1613</sup> Décision du 4 mai 1971, *Rev. crit. DIP*, 1974.57, spéc. p. 66 ; v. l'article de Mme. C. Labrusse, *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 1 et s.

<sup>1614</sup> Pour une analyse comparative voir Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », dans *Libertés et Droits Fondamentaux*, 2018, p. 132, n° 167, en reprenant les exemples de l'Allemagne et l'Italie affirme : « assez tôt en effet les plus hautes juridictions de ces pays se sont préoccupées de la conformité de leur propre règle de droit international privé avec leurs normes fondamentales. La distorsion s'expliquait, sans doute, d'abord par des *raisons institutionnelles* : alors que, dans ces pays, un recours constitutionnel peut être formé contre un texte en vigueur, il n'en allait pas de même, à l'époque, en France. En outre, *codifiées dans ces droits*, les règles de conflits de lois sont, en France, longtemps restées presque exclusivement jurisprudentielles, ce qui permettrait des ajustements plus discrets. Enfin, peut-être faut-il voir dans cette *différence d'attitude* le signe d'une certaine mauvaise conscience, de la part de pays qui s'étaient donnés à des *régimes qui avaient perdu le sens des droits de l'individu pour ne plus obéir qu'à leurs instincts collectifs* », (caractères soulignés par nos soins) ces affirmations de la part de M. Lequette sont révélatrices des disparités dans l'évolutions des droits positifs.

<sup>1615</sup> C. Echanove Trujillo, « La procédure mexicaine d'*amparo* », in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 1, n° 3, juill.-sept. 1949, p. 229-248.

<sup>1616</sup> L'*amparo* existe et a existé dans plusieurs ordres juridiques, H. Fix-Zamudio, et E. Ferrer Mac-Gregor, *El derecho de amparo en el mundo*, Mexico, Ed. Porrúa, 1<sup>ère</sup> éd., 2006.

niveau de la plupart des États fédérés a conduit la pratique judiciaire du pays à assurer la suprématie constitutionnelle devant un organe juridictionnel fédéral. Au Mexique, l'amparo est, entre autres, un « procès destiné à combattre les actes d'autorité qui lèsent les droits reconnus par la Constitution mexicaine aux nationaux et étrangers et, à maintenir le respect de la légalité avec la garantie de l'exacte application de la loi »<sup>1617</sup>.

**655.** L'amparo est un des mécanismes de protection de la constitution<sup>1618</sup> tels que la controverse constitutionnelle<sup>1619</sup> ou l'action d'inconstitutionnalité<sup>1620</sup>. D'autres mécanismes de protection existent mais dépassent largement le centre d'intérêt de cette recherche<sup>1621</sup>. La justification de cette limitation s'attache au fait que le reste des mécanismes ne permettent pas au justiciable d'atteindre l'effet de protection horizontal des droits fondamentaux<sup>1622</sup>.

**656.** Ainsi concentrés sur ce moyen de protection, il est nécessaire d'observer deux traits de l'amparo qui, à notre sens, renforcent le possible affinement sur les mécanismes liés à l'ordre public : cette voie de recours<sup>1623</sup> est recevable en cas de violation découlant des lois ou des actes d'autorité qui lèsent des droits fondamentaux (a) et ses effets sont concrets, c'est-à-dire, seul le plaignant en bénéficie (b).

<sup>1617</sup> « Amparo : juicio destinado a impugnar los actos de autoridad violatorios de los derechos reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a nacionales y extranjeros y, a mantener el respeto a la legalidad, mediante la garantía de la exacta aplicación del derecho », R. de Pina Vara, *Diccionario de Derecho*, Porrúa, Mexico, 2000, p. 79, traduction libre. Pour une analyse de la diversité des définitions Cf. L. Silva Ramírez, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, op. cit., p. 209 et s.

<sup>1618</sup> L'on comprend par mécanismes de protection de la Constitution l'ensemble d'instruments processuels avec l'objectif de faire valoir le contenu, l'étendue et l'évolution de la norme constitutionnelle, sur ce point SCJN, *Grandes temas del constitucionalismo mexicano, la defensa de la Constitución*, Mexico, SCJN, 2005, p. 16.

<sup>1619</sup> Ce moyen est prévu par l'alinéa I de l'article 105 de la Constitution fédérale et a pour finalité de rétablir l'ordre constitutionnel qui a été atteint par une loi ou un acte ayant envahi la sphère de compétences établie par la Constitution, le fédéralisme et la souveraineté populaire, Cf. *Suprema Corte de Justicia de la Nación, Qué son las controversias constitucionales ?*, SCJN, 2<sup>ème</sup> éd., México 2004. *Controversia constitucional et amparo* ne se confondent pas. La première a comme constitue un mécanisme à disposition des organes et pouvoirs gouvernementaux afin de défendre, devant la Cour suprême, leur sphère de compétences face aux possibles invasions de la part d'autres pouvoirs. En revanche, l'*amparo* est prévu afin que les particuliers puissent réclamer la constitutionnalité des actes ou des règles ayant une incidence dans leur sphère juridique et, seulement dans des cas exceptionnels, peuvent être connus par la Cour suprême.

<sup>1620</sup> L'action d'inconstitutionnalité est prévue par l'alinéa II de l'article 105 constitutionnel. Par ce dispositif la *SCJN* résout, en instance unique, de la possible contradiction entre une norme générale (loi ou décret) ou un traité international et la Constitution fédérale. En cas de contradiction, la décision de la *SCJN* aura pour effet de déclarer l'invalidité, totale ou partielle, de la norme en question. Le mécanisme se rapproche par sa composition au contrôle de constitutionnalité tel que conçu dans le système juridique français en ce sens que l'action d'inconstitutionnalité est restreinte à un certain nombre d'acteurs préalablement identifiés. L'action d'inconstitutionnalité peut être promue par le 33% des membres des chambres qui conforment le Congrès fédéral, par les congrès locaux, par les partis politiques, par le Procureur général de la république ou par les Commissions des droits de l'homme fédéral ou locales, dans le cadre de leurs compétences.

<sup>1621</sup> Il s'agit de mécanismes relatifs à l'exercice des droits politiques, notamment le procès de révision constitutionnelle en matière électorale et le procès pour la protection des droits politico-électoraux du citoyen.

<sup>1622</sup> Voir *supra* § 515.

<sup>1623</sup> Nous passerons outre la discussion au sein de la doctrine mexicaine sur le point de savoir si l'amparo constitue une instance (*juicio*) ou un recours (*recurso*).

a. La recevabilité de l'*amparo* contre les actes d'autorité

**657.** De la lecture des articles 103 et 107 de la Constitution mexicaine, il ressort la possibilité pour un individu de chercher la protection des tribunaux fédéraux à l'encontre des lois ou des actes d'autorité<sup>1624</sup> qui lèsent ses droits fondamentaux. De manière générale, la doctrine mexicaine s'accorde à affirmer que l'acte d'autorité est « tout fait intentionnel, volontaire, émis par les entités publiques de manière unilatérale, impérative et coercitive par lequel ils peuvent affecter la sphère juridique, les droits constitutionnels, les garanties individuelles des justiciables »<sup>1625</sup>. L'*amparo* n'est donc pas recevable à l'encontre des actes des particuliers<sup>1626</sup>. Parmi les actes d'autorité on retrouve les lois, les règlements et les décisions judiciaires. Spécifiquement l'article 170, alinéa I, de la Loi d'*amparo* prévoit que ce dernier est admissible à l'encontre :

« Des jugements définitifs, et résolutions qui mettent fin au procès, dictées par les tribunaux judiciaires, administratifs, agraires ou du travail, si l'infraction est commise par eux, ou commise pendant la procédure affectant les défenses du plaignant transcendant au résultat de la décision.

Les jugements définitifs ou les sentences doivent être compris comme ceux qui décident du procès dans l'ensemble ; pour les résolutions mettant fin au procès, celles qui, sans se prononcer sur l'essentiel, sont considérées comme fermes...»<sup>1627</sup>.

**658.** Cet élément est crucial pour comprendre l'incidence sur les mécanismes liés à l'ordre public. À l'instar de la posture international-privatiste, on constate que dans un litige découlant de l'application d'une loi étrangère, le juge du for lorsqu'il est contraint de protéger les valeurs fondamentales du for, déclenchera les mécanismes à sa disposition. Dès lors, dans un registre international-privatiste il actionnera son mécanisme d'exception, or comme nous l'avons préalablement étudié, ce mécanisme ne condamne pas la loi étrangère au fond. De la même

<sup>1624</sup> L'acte d'autorité n'est pas défini par la loi d'*amparo* (*Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos*, dernière réforme publiée au DOF le 15 juin 2018).

<sup>1625</sup> « *Es todo hecho intencional, voluntario que emiten los entes públicos, de manera unilateral, imperativa y coercible con el que pueden afectar la esfera jurídica, los derechos constitucionales, las garantías individuales de los gobernados* », L. Silva Ramírez, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, op. cit., p. 226, traduction libre.

<sup>1626</sup> « Actes des particuliers. Irrecevabilité. Ils ne peuvent pas être soumis à l'*amparo*, mécanisme institué pour combattre les actes des autorités considérés comme contraires à la Constitution. », *Actos de particulares. Improcedencia. No pueden ser objeto del juicio de garantías, que se han instituido para combatir los de las autoridades que se estimen violatorios de la Constitución*. Apéndice 1917-1985. Tesis 14, p. 32.

<sup>1627</sup> « *Artículo 170. El juicio de amparo directo procede: I. Contra sentencias definitivas, laudos y resoluciones que pongan fin al juicio, dictadas por tribunales judiciales, administrativos, agrarios o del trabajo, ya sea que la violación se cometa en ellos, o que cometida durante el procedimiento, afecte las defensas del quejoso trascendiendo al resultado del fallo.*

*Se entenderá por sentencias definitivas o laudos, los que decidan el juicio en lo principal; por resoluciones que pongan fin al juicio, las que sin decidirlo en lo principal lo den por concluido... »*. Traduction libre.

manière dans le registre constitutionnaliste, le mécanisme d'*amparo* ne sera pas déclenché à l'encontre d'une loi étrangère *in abstracto* qui serait considérée comme contraire à la loi suprême mexicaine, mais contre l'acte d'autorité du for, jugement, permettant de concrétiser l'atteinte aux droits fondamentaux reconnus par la Constitution mexicaine.

**659.** En ce sens, l'affinement de l'*amparo* est celui d'un remplacement au détriment du mécanisme d'exception d'ordre public. Deux éléments à l'appui de cette hypothèse doivent être apportés. Premièrement, on notera le fait que l'atteinte par une loi étrangère aux droits fondamentaux consacrés par la Constitution mexicaine n'est pas incluse dans les causes d'irrecevabilité de la demande de protection (i). Deuxièmement, la *Suprema Corte de Justicia* a expressément admis la recevabilité de l'*amparo* à l'encontre d'une sentence de reconnaissance d'un jugement étranger (ii).

*i. Les cas d'irrecevabilité de la protection de l'amparo*

**660.** Parmi les cas spécifiés à l'article 61 de la Loi d'*amparo*<sup>1628</sup>, la loi étrangère ne figure pas comme hypothèse d'irrecevabilité<sup>1629</sup>. En effet, il serait envisageable de limiter le déclenchement d'un mécanisme à caractère constitutionnel à l'encontre des actes d'autorité du for et de refuser leur recevabilité lorsque l'atteinte aux droits fondamentaux découle de l'application d'une loi étrangère. Une telle approche respecterait la hiérarchie des normes et comporterait l'avantage de respecter les exigences de la vie internationale. Néanmoins, comme nous l'avons préalablement affirmé, l'*amparo*, à l'instar du mécanisme d'exception d'ordre public, ne vise pas à condamner la teneur de la loi étrangère mais son application par le juge du for. Ainsi, aucun obstacle ne se dresse à l'encontre de l'*amparo* pour remplir une fonction similaire à celle de l'exception d'ordre public, la jurisprudence vient d'ailleurs confirmer cette hypothèse lorsqu'elle admet l'*amparo* à l'encontre d'un jugement étranger.

*ii. La recevabilité de l'amparo à l'encontre d'un jugement étranger*

**661.** Il est indispensable d'observer qu'en matière de compétence indirecte, la jurisprudence admet la recevabilité de l'*amparo* à l'encontre de la décision de reconnaissance d'un jugement

<sup>1628</sup> Modifié par la réforme publiée au *DOF* le 17 juin 2016, (ancien article 73).

<sup>1629</sup> Pour une analyse des cas d'irrecevabilité de l'*amparo* Cf. L. Silva Ramírez, *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, op. cit., p. 257.



étranger<sup>1630</sup>. La reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères sont régies en droit mexicain par les articles 569<sup>1631</sup> au 577 du Code fédéral de procédure civile. Schématiquement, il est à noter que la procédure d'homologation et d'exécution d'un jugement étranger est régie comme un « incident », dans lequel le tribunal national doit examiner que les exigences énoncées à l'article 571 du Code précité sont remplies afin de reconnaître la nature obligatoire du jugement étranger et ordonner son exécution sur le territoire national. Le juge mexicain n'a pas le pouvoir d'examiner la décision au fond, mais est contraint de vérifier son authenticité ainsi que le respect des exigences prévues à l'article 571. L'une des conditions pour que le jugement étranger soit validé au Mexique est qu'il constitue *res judicata* dans le pays où il a été délivré. Ainsi la *SCJN* a affirmé que « la résolution qui est dictée dans l'incident d'homologation et d'exécution de la décision est un acte dicté après la conclusion d'un procès et, par conséquent, est admissible à son encontre l'*amparo*, dans les termes de l'article 107, section IV, de la loi Amparo en vigueur, qui établit que contre les actes dictés dans l'exécution d'une décision, l'*amparo* est admissible à l'encontre de la dernière résolution dictée lors du procès, puisque le législateur a voulu que les jugements définitifs soient exécutés sans que la promotion de multiples *amparos* puissent entraver l'exécution d'un jugement qui est *res judicata* ». Par analogie, il est possible de croire à l'admission de l'*amparo* à l'encontre de la décision d'un juge mexicain lésant les droits fondamentaux du justiciable par l'application d'une loi étrangère. Certes, les modes d'intervention du mécanisme d'ordre public et de l'*amparo* ne sont pas similaires, tant s'en faut. Néanmoins, les deux éléments permettent d'empêcher l'application de la loi étrangère, choisie ou désignée par la règle de conflit, car cette dernière serait contraire aux droits fondamentaux reconnus par le for. Un affinement par retranchement se concrétise dans le système juridique mexicain, certes au détriment du mécanisme classique d'exception d'ordre public, mais cohérent avec la nature de la Cour

---

<sup>1630</sup> « Homologation et exécution d'un jugement étranger. L'*amparo* indirect est recevable contre la dernière résolution émise dans l'incident correspondant. *Homologación y ejecución de sentencia extranjera. Es procedente el amparo indirecto en contra de la última resolución dictada en el incidente respectivo.* », 1<sup>ère</sup> Chambre, 1a/J.65/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Livre 13, p. 194, n° 2008019, déc. 2014. Il est intéressant de rappeler que même en droit français « curieusement, le cas de mise en échec, en raison d'une contrariété aux droits de l'homme, d'une loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois sont quant à eux relativement rares à l'analyse de la jurisprudence », P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme. Fertilisation croisée du droit international privé et du droit privé interne », in *Mélanges Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 1031-1046, n° 3.

<sup>1631</sup> L'article 569 du Code fédéral de procédure civile prévoit que : « les jugements, décisions arbitrales privés de nature non commerciale et autres décisions juridictionnelles étrangères seront effectifs et reconnus dans la République dans tout ce qui ne serait pas contraire à l'ordre public interne aux termes du présent code et des autres lois applicables, sauf dans les cas prévus par les traités et conventions auxquels le Mexique est partie », Dernière réforme *DOF* 22 juillet 1993, traduction libre.

suprême qui l'applique. Un dernier élément permet de confirmer l'hypothèse avancée, il s'agit de l'effet de l'*amparo*.

#### b. L'effet concret de l'*amparo*

**662.** L'*amparo*, à la différence d'autres moyens de protection de la Constitution dans le système juridique mexicain, n'aura d'effet qu'envers le plaignant, ses effets sont concrets et seul le demandeur de la protection en bénéficie, ainsi la résolution n'engendre aucunement un précédent pour un jugement ultérieur. L'effet de l'*amparo* est régi par un « principe de relativité »<sup>1632</sup>, connu sous le nom de « *clause Otero* »<sup>1633</sup>, selon lequel la sentence n'aura des effets que pour les personnes ayant demandé la protection de la Constitution. Le fondement de l'effet relatif est consacré par la Constitution à son article 107, alinéa 2<sup>1634</sup>. Malgré les discussions doctrinales sur la pertinence de cette limitation des effets de l'*amparo*, le principe de relativité a survécu à la dernière réforme en la matière<sup>1635</sup>. Le nouvel article 73<sup>1636</sup> reprend le principe et le complète par de nouvelles dispositions relatives aux actions collectives.

**663.** Il est intéressant de noter que le principe de relativité est resté inchangé pendant longtemps au sein du système juridique mexicain. Or, la réforme de 2016 a modifié ce paradigme dans

<sup>1632</sup> J. F. Castellanos Madrazo, *El control de constitucionalidad de la ley en México, op. cit.*, page 163. L'auteur analyse les raisons qui ont permis de conserver l'effet relatif et ceux qui remettent en question sa pertinence, p. 166 et s.

<sup>1633</sup> En honneur du juriste ayant proposé la formule, Mariano Otero, Guadalajara, Mexique, 4 février 1817 - 31 mai 1850.

<sup>1634</sup> « Article 107.- Les controverses visées à l'article 103 de la présente Constitution, à l'exception de ceux en matière électorale, sont soumis aux procédures définies par la loi réglementaire, conformément aux règles suivantes : [...]

II. Les décisions rendues en *amparo* ne porteront que sur les plaignants qui l'ont demandé, en se limitant à les protéger, le cas échéant, dans le cas spécial sur lequel porte la demande.

Lorsque dans un procès d'*amparo* indirect en révision il est prononcé l'inconstitutionnalité d'une règle générale, pour la deuxième fois consécutive, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* en informera à l'autorité émettrice qui correspond.

Lorsque les organes du Pouvoir judiciaire de la Fédération établissent par la jurisprudence réitérée dans laquelle est déterminé l'inconstitutionnalité d'une règle générale, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* en informera l'autorité émettrice. Si après une période de 90 jours naturels le problème de l'inconstitutionnalité n'est pas surmonté, la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* émettra, chaque fois qu'il est approuvé par une majorité d'au moins huit votes, la déclaration générale d'inconstitutionnalité, dans laquelle seront fixés leurs conditions et portée dans les termes de la loi réglementaire.

Les dispositions des deux paragraphes précédents ne seront pas applicables à l'encontre des normes générales en matière fiscale ». Traduction libre, article réformé par décret publié au *DOF* le 6 juin 2011.

<sup>1635</sup> Réformé par décret publié au *DOF* le 17 juin 2016.

<sup>1636</sup> « Article 73. Les décisions prononcées en *amparo* ne porteront que sur les personnes physiques ou morales, particuliers ou officiels qui l'ont demandé, en se limitant à les protéger, le cas échéant, dans le cas spécial sur lequel porte la demande.

L'Assemblée plénière et les Chambres de la Cour suprême de justice de la Nation, ainsi que les Tribunaux de circuit, lorsqu'il s'agit des résolutions sur la constitutionnalité ou conventionnalité d'une règle générale et des *amparos* collectifs, devront publier les projets de résolutions qui seront abordés dans les sessions correspondantes, au moins trois jours avant la publication des listes des questions à résoudre », traduction libre. Article réformé au *DOF* 17 juin 2016.

une certaine mesure. Désormais, l'effet relatif demeure la règle de principe mais la possibilité a été ouverte pour la Cour suprême mexicaine, en respectant certaines conditions, de faire une déclaration d'inconstitutionnalité générale. Les discussions autour de l'effet relatif de l'amparo sont sans doute porteuses de sens<sup>1637</sup>, mais dépassent le cadre de notre hypothèse qui est celle de la protection à l'encontre d'un jugement qu'appliquerait une loi étrangère et léserait par conséquent les droits fondamentaux reconnus par la Constitution.

**664.** Ainsi, nous nous limiterons à observer que par son effet, l'amparo se rapproche de l'exception d'ordre public par lequel le juge du for effectue une analyse concrète. Ayant étudié les composantes de la posture constitutionnaliste il est nécessaire de s'intéresser à sa portée.

### **B. La portée de la posture constitutionnaliste**

**665.** La conséquence de la posture préalablement décrite est circonscrite au plan logique, en ce sens que le corollaire de la posture constitutionnaliste est la sclérose de la pensée internationaliste au sein du système juridique mexicain. Il est extrêmement difficile d'apporter des jugements des tribunaux mexicain faisant recours à l'exception d'ordre public ou au mécanisme des lois de police ; et de manière plus générale, de faire constater le faible développement de la pratique et de la doctrine mexicaine au regard du droit international privé<sup>1638</sup>. Or, cette absence renforce l'hypothèse d'un affinement du contrôle de constitutionnalité dans la posture constitutionnaliste sur les mécanismes liés à l'ordres public.

**666.** Il serait audacieux de condamner une posture quelconque, puisqu'elle est conditionnée par le contexte socio-politique du système juridique qui permet son développement mais aussi par son contexte historique. Ainsi, sans porter un jugement sur la pertinence de la posture constitutionnaliste, il est néanmoins possible de constater que son adoption risque de rompre la logique de la continuité du traitement des relations privées internationales<sup>1639</sup>.

**667.** L'hypothèse dans laquelle le juge emploierait des mécanismes constitutionnels pour écarter une loi étrangère contraire aux principes fondamentaux du for, est susceptible d'une remarque car il est délicat d'imposer un contrôle sur la loi étrangère au regard des droits fondamentaux positifs, notamment ceux protégés par la Constitution. Les deux normes

---

<sup>1637</sup> La bibliographie est vaste, à titre d'exemple : H. Fix-Zamudio, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. Ed., Mexico, Porrúa, 1999, spéc. pp. 183 et s. ; I. Burgoa, *El juicio de amparo*, 14<sup>ème</sup> éd., Mexico, Porrúa, 1998, spéc. p. 516 et s. ; J.V. Castro y Castro, *Garantías y Amparo*, Mexico, Porrúa, 1996, spéc. p. 185 ; F. Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México*, Mexico, Porrúa, 1985, spéc. 474.

<sup>1638</sup> C'est l'impression qui ressort lorsqu'on compare les développements de la pratique et de la doctrine entre la France et le Mexique.

<sup>1639</sup> V. A. Andere Mendiola, « *La inconstitucionalidad del territorialismo conflictual de leyes del Código Civil para el Estado de Baja California. Tema y materia del Derecho Internacional Privado* », Nov. 2002.

n'appartenant pas à un ensemble hiérarchisé commun, un mécanisme à caractère constitutionnel, comme l'*amparo*, semble présenter un défaut logique. Il ne doit pas être ignoré que les principes d'indépendance normative, et son complément de concurrence normative, sont admis par le droit international depuis l'arrêt *Lotus*<sup>1640</sup>. La diversité normative avérée dans un litige privé, la question se pose de savoir si le recours au contrôle de constitutionnalité par le juge du for, est souhaitable à l'égard d'une loi étrangère<sup>1641</sup>. En effet, l'État possède une compétence normative normalement illimitée<sup>1642</sup>, et comme le rappelle la doctrine, ce principe en droit privé se traduit par l'idée « chacun chez soi, chacun pour soi »<sup>1643</sup>. Or, il est légitime de se demander si le contrôle de la loi étrangère rentre dans cette logique. Une réponse négative conduit à considérer que la posture constitutionnaliste se heurte au particularisme normatif en imposant un contrôle non justifié.

**668.** Toutefois, un tel écueil peut être sauvé en traçant un parallèle avec l'argument avancé par le professeur Pierre Mayer à l'égard des mécanismes liés à l'ordre public, notamment en ce que la sanction ne concerne pas directement la loi étrangère, mais le résultat de l'acte du for qui lui permettrait d'avoir un effet<sup>1644</sup>. Appliquer une telle grille de lecture au contrôle de constitutionnalité reviendrait à dire que la contrariété à la Constitution du for découle, non de la loi étrangère, mais de l'acte du for qui lui donnerait effet. Ainsi, si le défaut logique peut être surmonté, il n'en est pas moins que le besoin d'avoir recours aux mécanismes de nature constitutionnelle contrarient à la sécurité juridique puisqu'en matière contractuelle la règle de conflit repose sur la loi d'autonomie et il est nécessaire que l'application faite par le juge ne déjoue pas leurs prévisions. Si aux risques de la correcte application par le juge du fond s'ajoute une possibilité de remise en cause par des mécanismes à caractère constitutionnel, la prévisibilité devient une affaire difficile.

<sup>1640</sup> CPIJ 7 sept. 1927, *France c/ Turquie*, Série A, n° 10.

<sup>1641</sup> Nous préférons le qualificatif souhaitable sur celui de possible, car rien n'empêche le juge de l'effectuer.

<sup>1642</sup> « Mis à part certains antécédents précurseurs de la jurisprudence arbitrale, c'est l'arrêt du « Lotus » de 1927 qui donna l'occasion à la Cour permanente de Justice internationale de limiter aux opérations de contrainte matérielle le domaine de la compétence territoriale exclusive des États et de constater le caractère concurrent et normalement illimité de la compétence normative des États, découlant du principe de leur indépendance », L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 171, n° 6.

<sup>1643</sup> « En droit privé notamment, la conséquence de ceci est le caractère foncièrement *unilatéral* de l'exercice de ces compétences pour les besoins du cas particulier. Sauf convention internationale, œuvrant dans le champ de l'unification normative ou de la coopération organique, le principe d'action pratique est celui du « chacun chez soi, chacun pour soi ». Il n'y a point de répartition multilatérale des compétences, non plus que d'obligation des États de coopérer pour la réglementation de la sanction satisfaisante des relations privées internationales », *Ibid.*

<sup>1644</sup> En ce sens également : M. de Vareilles-Sommières affirme que c'est le principe de *comitas gentium* et l'objectif de ne pas se rendre complice avec l'État étranger d'une violation aux droits fondamentaux : « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 153 s., spéc. 199-215.

À cet égard on rappellera finalement que le système juridique mexicain n'est pas un cas isolé de recours à une posture constitutionnaliste. En Allemagne, une décision de la Cour constitutionnelle fédérale imposa au juge judiciaire de contrôler la loi étrangère au regard des droits fondamentaux<sup>1645</sup> et en Italie, la Cour constitutionnelle a fait de même en 1987<sup>1646</sup>.

**669.** Pour étudier l'incidence du contrôle de constitutionnalité il fût nécessaire de retenir une définition large de la Constitution, et ce afin d'appréhender les finesses du système juridique français qui repose indéniablement sur sa Constitution civile. Nous avons donc retenu le sens matériel de la notion de « Constitution » comme l'instrument permettant l'organisation d'une société donnée. Il a été soutenu que les mécanismes liés à l'ordre public sont affinés par le contrôle de constitutionnalité. Or, l'affinement que ce dernier apporte est différent dans les deux systèmes étudiés : pour le système juridique français l'incidence est minime, en revanche pour le système juridique mexicain elle est profonde, le raisonnement constitutionnel venant éclipser le recours aux mécanismes de droit international privé. Dans cette dualité de postures nous avons observé une analogie permettant d'affirmer que les mécanismes liés à l'ordre public sont pour la posture international-privatiste française ce que le mécanisme d'*amparo* est à la posture constitutionnaliste mexicaine. Il ne passe pas inaperçu que les deux postures visent une même protection : pour la posture iusprivatiste « invoquer un droit fondamental, pour éviter d'être assujetti à l'intervention préjudiciable d'un ordre juridique étranger, s'analyse en une requête de protection civile adressée à la juridiction locale »<sup>1647</sup> ; en appliquant l'analogie, dans la posture constitutionnaliste invoquer un droit fondamental, pour éviter d'être assujetti à l'intervention préjudiciable d'un ordre juridique étranger, se traduit en une requête de protection constitutionnelle adressée à la juridiction fédérale<sup>1648</sup>. Nous avons analysé le phénomène pour la Cour constitutionnelle mexicaine de résoudre conformément aux outils à sa disposition, qui se distinguent de ceux à la disposition de la Cour de cassation en France.

**670.** Finalement, en approfondissant les conséquences desdites postures, on a proposé de trouver un lien de causalité entre l'appréhension de la posture mexicaine et le faible développement de la pensée international privatiste. Ainsi, comme le Français dans son Code civil, le Mexicain trouve dans sa Constitution le symbole qui le constitue.

<sup>1645</sup> BVerfG 4 mai 1971, *Rev. crit. DIP* 1974. 57, chron. Labrusse p. 1.

<sup>1646</sup> Cour const. 26 février 1987, *Rev. crit. DIP* 1987. 563 note B. Ancel.

<sup>1647</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *op. cit.*, p. 169, n° 3.

<sup>1648</sup> Tel semble être le sens de la sacro-sainte formule des décisions fédérales mexicaines lors d'une procédure d'*amparo* : « *la justicia federal ampara y protege* » qui pourrait se traduire par « la justice fédérale garantit et protège ».

\*

\* \*

**671. Conclusion au chapitre.** Parmi les affinements exogènes subis par les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats nous avons identifié le contrôle de constitutionnalité. En effet, à l'instar de l'exception d'ordre public et des lois de police, d'autres mécanismes remplissent une fonction de contrôle de régularité de la loi. Malgré une indifférence apparente entre le contrôle de constitutionnalité et les mécanismes liés à l'ordre public destinés à des fonctions spécifiques, la possibilité d'un affinement méritait d'être creusée compte tenu du fort développement des droits fondamentaux ainsi que du phénomène de constitutionnalisation du droit privé. Il nous est apparu qu'une certaine concurrence entre mécanismes pouvait s'apprécier dans le cadre de notre étude comparative. Ainsi, l'étude s'est concentrée sur l'hypothèse du contrôle d'une loi étrangère, choisie ou désignée par la règle de conflit de lois, par rapport à un instrument du for hiérarchiquement supérieur, notamment la Constitution.

**672.** Au préalable, une étape a dû être franchie, celle de l'observation des environnements institutionnels des systèmes juridiques français et mexicain. Concernant l'environnement institutionnel français il était indispensable d'analyser sa participation dans le modèle d'intégration politique, économique et sociale, constitué par l'Union européenne. L'observation de l'environnement institutionnel de la France, partagé avec les autres États membres au sein de l'Union européenne, a permis de constater un affinement sur les mécanismes liés à l'ordre public, en dépit d'une Constitution européenne, et *a fortiori* d'un contrôle de constitutionnalité de la loi étrangère à son échelle. Il a été observé que la construction de l'Union européenne possède une incidence peu contestable sur le contenu de l'ordre public, en effet le dédoublement des sources nourrit l'ensemble des valeurs et des politiques législatives susceptibles d'être protégées ou rendues efficaces par les mécanismes liés à l'ordre public. L'on a constaté également que le recours aux mécanismes liés à l'ordre public demeure inchangé et persiste dans sa forme traditionnelle au sein de l'espace juridique européen, non sans emporter certaines difficultés. À ce stade l'affinement par la création de cet espace, avec ses deux composantes (compétences concurrentes et libertés de circulation) est appréhendé par la doctrine comme une internationalité dédoublée. Nous avons tracé ensuite un parallèle pour étudier l'environnement institutionnel mexicain, tout en signalant l'absence d'une formation équivalente à l'Union européenne pour les pays américains.



La comparaison entre la construction européenne et la réalisation mexicaine a fourni l'occasion d'étudier l'affinement des mécanismes liés à l'ordre public produit par l'espace, associé à un contexte fédéral. En effet, la possibilité d'écarter une loi étrangère par sa contrariété à l'ordre public, ou la protection d'une politique législative par dérogation au critère de rattachement, présupposent pour un État d'être maître de sa législation.

Les traits caractéristiques de la réalisation mexicaine expliquent, dans une certaine mesure, le faible recours aux mécanismes liés à l'ordre public, compte tenu de la faible concurrence normative entre les États fédérés. En dépit de leur autonomie législative, la distribution des compétences établies par la Constitution rend les cas des conflits internes de lois internes quasi inexistants. Ces particularités ont affiné le recours aux mécanismes liés à l'ordre public à l'intérieur de la fédération, notamment en provoquant leur anéantissement. Après l'étude des environnements institutionnels des systèmes juridiques français et mexicain, nous nous sommes intéressés à la teneur du contrôle de constitutionnalité.

**673.** En droit français, l'étude du contexte institutionnel et de la teneur du contrôle de constitutionnalité a permis de constater que l'affinement se limite au complément, notamment lorsque le juge judiciaire a recours à l'argument du respect de la Constitution. En revanche, en droit mexicain les mécanismes liés à l'ordre public sont fortement concurrencés par un environnement institutionnel dans lequel les mécanismes de protection de la Constitution ont foisonné. Ces observations expliquent, à notre sens, le faible recours aux mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé mexicain. Le recours à l'*amparo* vient ainsi concurrencer fortement la logique des mécanismes de droit international privé.

**674.** La concurrence des mécanismes et les variations des affinements se conçoivent au sein de l'intérêt de la protection des droits fondamentaux, du contenu de l'ordre public, et des valeurs protégées par la norme supérieure. Dans certains systèmes la norme hiérarchiquement supérieure peut ne pas être accompagnée de préoccupations d'ordre méthodologique, tel le cas français qui a su adapter ses mécanismes à partir d'une posture international-privatiste. Dans d'autres systèmes la norme hiérarchiquement supérieure, c'est-à-dire la Constitution, s'accompagne d'un mécanisme de protection des droits fondamentaux qui lui est propre, profitant ainsi à une posture constitutionnaliste lorsque la protection des valeurs et politiques législatives est nécessaire à l'occasion de l'application d'une loi étrangère, choisie ou désignée par la règle de conflit de lois.

**675.** Dans cet entrecroisement de logiques, il apparaît que l'impossibilité pour le juge judiciaire français de contrôler les normes relevant de son for par les mécanismes de droit international

privé<sup>1649</sup> « par des raisons hautement politiques qui sont la traduction de l'organisation étatique que l'on souhaite établir »<sup>1650</sup>, trouve son équivalent lorsque le juge constitutionnel mexicain effectue un contrôle de la loi étrangère par les mécanismes constitutionnels. Ainsi, la spécificité du contrôle effectué par les mécanismes liés à l'ordre public est bien celle de l'application de la loi dans des situations affectées par un élément d'extranéité. Il existe un deuxième élément subordonnant l'affinement : le contrôle de conventionnalité sur lequel nous nous concentrerons par la suite.

---

<sup>1649</sup> Autrement dit, « de soumettre les normes nationales au crible de l'exception d'ordre public et du mécanisme des lois de police », Voir. B. Remy, L'exception d'ordre public...*op. cit.*, n° 605 et s.

<sup>1650</sup> *Ibid.*

## Chapitre 2 - Le contrôle de conventionnalité

**676. Notion.** Le Vocabulaire juridique Cornu présente la conventionnalité comme un néologisme construit sur convention (par imitation de constitutionnalité sur constitution<sup>1651</sup>), et définit la notion comme la « conformité d'une loi nationale à une convention internationale, supposée obligatoire »<sup>1652</sup>. Ainsi, il est admis que la production législative interne d'un État puisse être contraire à une convention internationale dont ce dernier est signataire. Le phénomène de la conventionnalité est appréhendé comme un contrôle hiérarchisé adoptant comme majeure du syllogisme la disposition matérielle<sup>1653</sup> du traité international qui validerait, ou non, le contenu de la règle substantielle de droit interne, occupant la place de la mineure. En ce sens, la confrontation est faite entre deux normes juridiques, la norme de référence se trouvant dans l'instrument international.

Seul le contrôle de conventionnalité de la loi étrangère fera l'objet des développements à suivre<sup>1654</sup>. Cantonnés à cette hypothèse, nous soutenons qu'à l'instar du contrôle de

---

<sup>1651</sup> Pour la justification d'une étude différenciée du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité les commentaires de M. Boudon nous sont essentiels : « Associer le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité dans leurs rapports au droit étranger peut surprendre au premier abord. En effet, la prise en compte de l'altérité ne se pose pas dans les mêmes termes dans les deux cas parce que le droit constitutionnel est par définition national – on pourrait même dire nationaliste – car il est un manifeste ou une revendication en faveur de la souveraineté de l'ordre juridique interne. Il est donc par essence rétif au droit étranger qui vient troubler son unité, son homogénéité et sa supériorité. En sens inverse, le contrôle de conventionnalité nous plonge déjà dans le monde des relations internationales et du droit international public ou privé, dans celui de la pluralité... », J. Boudon, « Contrôle de constitutionnalité, contrôle de conventionnalité, et la figure de l'altérité », dans *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger*, op. cit., p. 37-46.

<sup>1652</sup> G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 8<sup>ème</sup> ed., 2007. De manière parallèle pour l'étude de l'incidence des conventions sur le droit international privé, voir par ex. F. Marchadier, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007, 609-635.

<sup>1653</sup> Il paraît inexact de parler de contrôle de conventionnalité lorsqu'il s'agit de faire respecter l'application d'une convention internationale portant sur la règle de conflit de lois (Convention de Rome et Convention de Mexico), en ce sens que ce type d'instruments ne valident pas le contenu de la loi nationale. En tout état de cause, la notion de contrôle de conventionnalité n'est usitée de manière courante lorsqu'il est fait référence au respect des conventions portant sur la règle de conflit de lois.

<sup>1654</sup> Concernant la possibilité d'un contrôle de conventionnalité de la règle de conflit du for M. Lequette, en faisant référence à la Convention européenne des droits de l'homme, observe que « directement applicable en France, elle permettrait aux juges français ainsi éventuellement qu'à la Cour européenne de Strasbourg de vérifier si les règles de conflit de lois françaises respectent les droits fondamentaux. Un doute est néanmoins permis quant à la praticabilité de ce contrôle. On sait, en effet, que le contrôle de conformité à la Convention européenne s'opère *in concreto*... Partant, il ne s'agit pas de confronter abstraitement les rattachements utilisés par la règle de conflit aux exigences des droits fondamentaux, *comme dans l'hypothèse du contrôle de constitutionnalité*, mais de s'attacher au seul résultat produit par la règle de conflit. Or, du fait de son caractère indirect et de sa neutralité, ce résultat dépend de la teneur du droit désigné. La prise en compte de la Convention européenne paraît donc plus propre à s'opposer à l'introduction en France de normes étrangères dont l'application à l'espèce conduit à un résultat qui heurte les droits fondamentaux qu'à vérifier la conformité des rattachements utilisés à ces mêmes droits. » Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, dans Libertés et Droits Fondamentaux, 2004, p.

constitutionnalité, le contrôle de conventionnalité permet d'affiner le raisonnement des mécanismes liés à l'ordre public, notamment lorsque l'application de la loi étrangère par le juge est contrainte de respecter les conventions internationales liant l'État de son for.

**677.** Concernant l'étude du contrôle de conventionnalité la comparaison entre la France et le Mexique conserve sa pertinence. En effet, comme nous l'avons avancé à l'introduction, le Mexique est un État fédéral détenteur de la souveraineté au plan international. De la même manière, la France demeure détentrice de sa souveraineté au plan international nonobstant sa participation comme État membre de l'Union européenne. Les deux éléments base à la comparaison constituent des entités souveraines aptes à repousser une loi étrangère incompatible avec son ordre public. L'analyse proposée se circonscrit à l'influence que peut exercer le contrôle de conventionnalité au sein des organes juridictionnels compétents pour protéger l'ordre public en France et au Mexique. Il n'est nullement ignoré qu'en matière de protection des droits fondamentaux le déclenchement du contrôle conventionnalité, afin d'assurer la place reconnue aux traités et accords internationaux, revient à des organes supranationaux tels la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Rien ne nous interdira de mobiliser, à titre de comparaison, les arrêts de ses formations pour nourrir cette étude. Dans cet ordre d'idée, l'étude du droit européen, dans son sens large, mérite une approche circonspecte car, pour les rapports entre les États membres il est inexact de parler du contrôle de conventionnalité de la loi étrangère<sup>1655</sup>.

**678.** Afin de prouver et décanter l'affinement apporté par le contrôle de conventionnalité, il convient de constater, dans un premier temps, ses prémisses au sein des systèmes étudiés (Section 1) et, dans un second temps, s'intéresser au corollaire constitué par le contrôle de proportionnalité (Section 2).

---

135, n° 237, souligné ajouté par nos soins. La question de la conformité des règles de droit international privé avec la Convention a été également analysée en droit français par M. Cohen à l'égard de certains exemples (notamment les privilèges de juridiction prévus par les articles 14 et 15 du Code civil français, le droit de prélèvement pour les français dans les succession internationales...), D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989. 451.

<sup>1655</sup> « Dès lors qu'il est partie à une convention ou à une organisation internationale, ce dernier n'a pas un rapport d'extériorité au droit conventionnel ou au droit dérivé, il a un rapport d'appartenance. Autrement dit, ce colloque ne s'intéresse pas à la constitutionnalité des traités internationaux ou du droit dérivé produit par des organisations internationales, au premier rang desquelles l'Union européenne. », J. Boudon, « Les contrôles et la figure de l'altérité », *op. cit.*, p. 41, n° 3.

### *Section 1. Les prémisses du contrôle de conventionnalité*

**679.** L'opération du contrôle de conventionnalité prend comme point de départ le principe de droit international public de libre détermination des États admettant la force de l'engagement entre États souverains afin de créer des obligations réciproques<sup>1656</sup>. C'est en tant que Hautes parties contractantes que les États se portent garants du respect de leur production normative à la convention ou traité<sup>1657</sup> dont ils sont signataires. Ainsi, le contrôle de conventionnalité présuppose l'adhésion à un instrument international spécifique.

**680. Ancrage organique de l'opération.** Pour les systèmes juridiques français et mexicain, le fondement de l'opération de contrôle se trouve dans la partie organique de leurs constitutions respectives. Au sein du système juridique français, c'est l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958 qui prévoit que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie »<sup>1658</sup>. A son tour, le système juridique mexicain admet lors de l'interprétation du principe dit de « suprématie constitutionnelle »<sup>1659</sup>, consacré par l'article 133 de la Constitution Fédérale, la supériorité des conventions et traités sur les dispositions de droit interne.

**681.** En effet, le contrôle de conventionnalité existe dans les systèmes juridiques français et mexicain à l'égard des lois internes, lesquelles sont contraintes de respecter les engagements internationaux du for. Néanmoins, la question se révèle plus délicate lorsqu'on s'interroge sur la possibilité d'effectuer un contrôle de conventionnalité sur une loi étrangère. Il s'agit d'un élément clé pour comprendre l'incidence sur les mécanismes liés à l'ordre public puisque ce type de raisonnement se présente de manière indirecte dans le cadre des litiges découlant de situations privées internationales. Ainsi pour comprendre l'incidence du contrôle de conventionnalité sur les mécanismes liés à l'ordre public, il est nécessaire de retracer

<sup>1656</sup> Sur les différents procédés de formation des engagements internationaux voir, par exemple, R. Rivier, *Droit international public*, 2<sup>ème</sup> ed., PUF, 2013, p. 35 et s.

<sup>1657</sup> « Le mot « traité » (ou « convention ») désigne deux choses. Envisagé comme opération, il est un acte juridique de nature conventionnelle. Il formalise un échange de volontés. Envisagé comme produit de l'échange des volontés, il correspond aux règles conventionnelles qui alimentent la substance du droit international... Le traité nous intéresse comme mode de formation du droit international. En cette qualité, il institue une relation de droit entre ceux qui s'engagent, dont les effets sont réputés être le résultat de l'échange de leurs volontés », *Ibid.*, p. 37, n° 42.

<sup>1658</sup> « La supériorité des traités sur les lois internes avait été affirmée à l'article 28 de la Constitution du 27 octobre 1946... Dans la Constitution du 4 octobre 1958, la supériorité des traités sur les lois internes est formulée sous condition de réciprocité... », F. Terré, *Introduction au droit*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2015, p. 213, § 264.

<sup>1659</sup> Sur ce principe voir *supra* §646.

l'argument du respect des conventions internationales dans des situations privées internationales (§1) et observer ensuite les variations dans la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité dans les systèmes juridiques français et mexicain (§2).

### **§1. L'argument du respect des conventions internationales dans des situations privées internationales**

**682.** En dehors du contrôle de conventionnalité de la *loi interne*, il est nécessaire d'identifier les hypothèses du contrôle de conventionnalité de la *loi étrangère*. Dans cette veine trois rapports logiques s'avèrent possibles<sup>1660</sup> : premièrement la corrélation entre une convention internationale qui lie l'État étranger, mais pas l'État du for, et la loi étrangère<sup>1661</sup>; deuxièmement, celle qui met en relation une convention internationale liant l'État du for, et l'État étranger, et une loi étrangère<sup>1662</sup> ; et finalement, la relation entre une convention qui lie l'État du for, mais pas l'État étranger, et la loi étrangère<sup>1663</sup>. Parmi les hypothèses préalablement identifiées, nous retiendrons les deux dernières comme susceptibles d'introduire l'argument du respect des conventions internationales dans des situations privées internationales d'après la perspective du juge du for<sup>1664</sup>. En effet, la première hypothèse peut également introduire l'argument du respect des conventions internationales mais à partir de la perspective du juge étranger<sup>1665</sup>. Les cas préalablement identifiés supposent la possibilité pour le juge du for d'écarter l'application de la loi étrangère car contraire à une convention internationale liant le for. En ce sens, l'argument se rapproche de celui employé lors du recours au mécanisme

<sup>1660</sup> On écartera la confrontation entre le droit étranger et un traité qui ne lie ni l'État du for ni l'État étranger.

<sup>1661</sup> Le syllogisme se présente donc entre la majeure tirée de la convention internationale liant B mais non A et la mineure tirée de la loi étrangère (b).

<sup>1662</sup> Dans ce syllogisme la majeure se trouve dans une convention internationale liant le for (A) et l'État étranger (B) et la mineure dans la loi nationale étrangère (b).

<sup>1663</sup> A l'inverse de l'hypothèse antérieure, le syllogisme se présente entre la majeure tirée de la convention qui lie A mais non B et la mineure tirée de la loi étrangère (b).

<sup>1664</sup> On ajoutera que dès lors que les États ont signé ou ratifié une convention internationale, le droit qui en résulte ne saurait être considéré comme étranger au for, ainsi le contrôle d'une loi de l'État (b) vis-à-vis d'une convention qui lie les États (A) et (B) n'est pas, à proprement parler, un contrôle de conventionnalité d'une loi étrangère à la convention. D'autre part, si l'on se trouve dans l'hypothèse du contrôle d'une loi d'un État (b) vis-à-vis d'une convention internationale liant cet État (B) et non l'État du for (A) on observe également l'absence du caractère étranger entre la majeure et la mineure du syllogisme. En revanche, lorsqu'on analyse le respect d'une loi étrangère (b) d'une convention qui lie uniquement l'État du for (A) la justification du syllogisme ne coule pas de source puisqu'il n'y a pas de rapport hiérarchique entre les deux règles.

<sup>1665</sup> Cette situation concerne la correcte application de la loi étrangère et non son possible écart.



d'exception d'ordre public<sup>1666</sup>. Le rapprochement des raisonnements s'explique par la source de l'argument (A) et se présente dans des exemples en droit français (B).

### A. La source de l'argument du respect des conventions internationales

**683.** Ayant identifié notre centre d'intérêt on observera qu'à l'origine, les obligations prévues par certaines conventions supranationales des plus importantes avaient pour objectif de modeler la pratique des États<sup>1667</sup>. Il s'agissait d'une obligation internationale contractée par l'État, en vertu des principes de droit international public<sup>1668</sup>, notamment du respect de sa production normative vis-à-vis des engagements internationaux. En ces circonstances, l'hypothèse du contrôle de conventionnalité de la loi étrangère était peu envisageable puisqu'il s'agissait uniquement d'une obligation du respect de la convention envers sa propre production législative. Or, un type spécifique de conventions a bouleversé le *statu quo* et a ouvert la perspective de l'argument de conventionnalité dans des situations privées, notamment à des situations privées marquées par un élément d'extranéité.

**684. Les conventions internationales de protection des droits fondamentaux.** L'adoption de conventions internationales consacrant la protection des droits fondamentaux<sup>1669</sup> a profondément renouvelé les données du problème de l'interaction des droits fondamentaux (protégés par le for) et les normes étrangères (susceptibles d'être appliquées par la règle de conflit de lois). Compte tenu des systèmes juridiques faisant l'objet de notre étude, deux conventions se révèlent intéressantes : la Convention européenne des droits de l'homme<sup>1670</sup> et

<sup>1666</sup> « Il arrive certes que la violation de la Convention européenne des droits de l'homme soit alléguée dans l'hypothèse où le juge d'un État partie a appliqué au cas dont il était saisi une loi étrangère désignée par sa règle de conflit alors que le résultat consacré par cette loi serait contraire à tel ou tel droit de l'homme », P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme. Fertilisation croisée du droit international privé et du droit privé interne », in *Mélanges Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 1031-1046, n° 3.

<sup>1667</sup> « Aux lendemains de la seconde guerre mondiale, ce paysage juridique a changé en Europe, et notamment en France. A l'instar de la déclaration universelle des droits de l'homme élaborée dans le cadre de l'ONU en 1948, la Convention européenne des droits de l'homme de 1950 a été conclue pour éviter que le dernier mot revienne nécessairement au droit étatique, dont les dérives récentes avaient montré les monstruosité qu'il pouvait engendrer », *Ibid.*, note n° 2.

<sup>1668</sup> Notamment le principe de souveraineté des États et de *pacta sunt servanda*.

<sup>1669</sup> Il est intéressant de rappeler que naguère, les droits fondamentaux, identifiés aux *jus cogens*, c'est-à-dire « de normes impératives du droit international auxquelles aucune dérogation ne serait permise et dont la violation, à l'occasion de la conclusion de traités ou d'accords internationaux, entraînerait la nullité de ceux-ci », étaient considérés comme des limites à la liberté conventionnelle des États, « rappelant ce qu'est en droit interne l'ordre public », F. Terré, *Introduction au droit*, 10<sup>ème</sup> éd., Dalloz, 2015, p. 211, § 259.

<sup>1670</sup> Adoptée en 1950 par les États du Conseil de l'Europe et entrée en vigueur en France le 3 mai 1974. Ultérieurement, le 2 octobre 1981 la France a admis le droit de recours individuel, « qui permet aux personnes dont l'État aurait violé les droits et libertés reconnus par la convention de poursuivre notre pays devant la

son équivalent américain, la Convention américaine relative aux droits de l'homme<sup>1671</sup>. Instruments inspirés de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

**685.** Ce type d'instruments constitue un vaste sujet qui dépasse largement le cadre de notre recherche, les observations suivantes ne pourront être que superficielles à leur égard. On observera d'une part, que l'esprit guidant les conventions internationales des droits fondamentaux est celui du regroupement des prérogatives qualifiées comme primordiales, ce qui explique leur « tendance hégémonique »<sup>1672</sup>. D'autre part, le phénomène du développement des droits fondamentaux se voit renforcé par l'élargissement de l'ensemble des prérogatives initialement protégées<sup>1673</sup>. De plus, en droit interne les instruments précités sont désormais des textes susceptibles d'être invoqués directement devant les juridictions des pays contractants<sup>1674</sup>. Finalement, on évoquera les craintes que la doctrine a relevé concernant la consécration des dits instruments, notamment sur ce qu'il s'agit d'un phénomène de superposition des systèmes supranationaux de protection des droits de l'homme, « le risque étant que, de la tendance croissante à la superposition des systèmes supranationaux de protection des droits de l'homme sur les règles nationales de droit privé, survienne une modification imperceptible des méthodes de coordination »<sup>1675</sup>.

**686.** Ainsi, l'on retient que l'argument du respect des conventions internationales dans de situations privées internationales se fonde principalement sur les conventions internationales des droits fondamentaux comme le démontrent certains arrêts de la Cour de cassation qui méritent notre attention.

---

Commission européenne des droits de l'homme. », D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989. 451.

<sup>1671</sup> Adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969, à la Conférence spécialisée interaméricaine sur les Droits de l'Homme. Voir par exemple : « La Convention américaine des droits de l'homme : mécanismes de protection et étendue des droits et libertés », L. Hennebel et A. Trinidad, Bruxelles, Bruylant, 2007.

<sup>1672</sup> D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989. 452.

<sup>1673</sup> La Convention européenne des droits de l'homme par exemple, a été complétée depuis par huit protocoles additionnels.

<sup>1674</sup> « Ces textes peuvent naturellement être invoqués devant les juridictions françaises des deux ordres pour remettre en cause les lois et les règlements, mais aussi les solutions prétorienne et les pratiques administratives en vigueur chez nous et pourront, en cas d'insuccès, l'être ensuite devant la Commission européenne des droits de l'homme », D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989. 452. Le principe du recours individuel figure à l'art. 25 de la Convention. Recours conditionné par l'art. 26, selon lequel « la Commission ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes » et dans les 6 mois « de la date de la décision interne définitive ».

<sup>1675</sup> L. d'Avout, « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, sous la direction de Edouard Dubout et Sébastien Touzé*, Pédone, p. 170, n° 5.

## **B. Les exemples d'application de l'argument du respect des conventions internationales dans des situations privées**

**687.** La montée en puissance des conventions internationales de protection des droits fondamentaux a suscité plusieurs interrogations<sup>1676</sup>, parmi elles, celle de savoir si les droits fondamentaux consacrés par la convention internationale sont opposables à l'encontre des normes émanant d'un État non partie à la convention. Pour répondre à cette question l'on songe à la possibilité de raisonner en termes de contrôle de conventionnalité. Ce raisonnement manifeste d'un possible affinement du contrôle sur les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats. En effet, le rapport qu'entretient le droit international privé et les instruments consacrant les droits fondamentaux a été l'objet d'études intéressantes<sup>1677</sup>, approfondies par l'analyse des conventions internationales les consacrant, phénomène relativement récent<sup>1678</sup>.

**688.** On observe qu'en France<sup>1679</sup>, le juge judiciaire a été confronté à des situations concernant le respect de la Convention européenne des droits de l'homme, spécifiquement des cas dans lesquels il a été décidé que « l'application en France de normes étrangères – règles ou décisions, émaneraient-elles d'États qui ne sont pas parties à la Convention européenne -, n'est admissible que si elles en respectent les prescriptions »<sup>1680</sup>. En effet, une première réflexion pourrait amener à considérer que si toute norme du for doit respecter les engagements internationaux contractés par la France, le même respect est exigé de toute loi étrangère appliquée par le biais d'une règle de conflit de lois française.

---

<sup>1676</sup> « Mais les données du problème ont été profondément renouvelées par la montée en puissance de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Celle-ci a, en effet, suscité deux séries d'interrogations. En premier lieu, le fait que les droits fondamentaux aient leur origine dans une convention internationale n'exclut-il pas leur intervention à l'encontre de normes émanant d'États qui ne sont pas parties à celle-ci ? En second lieu, la primauté matérielle dont on gratifie volontiers ces mêmes droits ne devrait-elle pas conduire à leur application directe et immédiate ou du moins à une redéfinition des contours de l'exception d'ordre public international ? Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 147, n° 183.

<sup>1677</sup> Pour une analyse des rapports entre la CEDH et le droit international privé v D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989. 451.

<sup>1678</sup> « Les principes que consacre la Convention européenne des droits de l'homme étaient pour la plupart déjà reconnus par notre droit. La ratification de cette convention nous a pourtant apporté davantage qu'une énième formulation de règles admises ; elle a insufflé à ces préceptes familiaux une vigueur nouvelle, grâce à la supériorité que l'article 55 de notre Constitution reconnaît aux traités », *Ibid.*

<sup>1679</sup> « Il arrive que le juge de l'un des États parties à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales soit requis d'appliquer une norme étrangère contraire à l'un de ces droits ou libertés – par « application d'une norme » nous entendons ici aussi bien l'application d'une règle que la reconnaissance d'un jugement ou d'une autre décision. Le respect de la Convention exige-t-il dans tous les cas que le juge refuse cette application ?... Les tribunaux français n'ont pas encore clairement pris parti. », P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP*, 1991. 651. Article reproduit in *Choix d'articles de Pierre Mayer*, LGDJ 2015, 183, spéc. 190-191.

<sup>1680</sup> Y. Lequette, *op. cit.*, p. 148, n° 185.

**689.** Ainsi, M. Mayer s'interroge sur l'obligation du juge français, et plus généralement des juges des États parties, de faire respecter la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, en refusant l'application d'une loi étrangère, lorsqu'elle est contraire à l'un des droits ou libertés consacrés dans la Convention. À cet égard, l'auteur constate que la réponse des tribunaux français est ambiguë et le démontre par l'analyse de deux décisions :

Dans la première espèce<sup>1681</sup>, à l'occasion de son arrêt *Pistre*, la Cour de cassation n'a accepté d'appliquer la loi brésilienne qu'après avoir vérifié que son contenu n'était pas contraire aux droits garantis par la Convention ; *a contrario* « elle estimait donc que, si la disposition avait été contraire à la Convention, elle eût dû être évincée, bien que le Brésil ne soit pas l'un des États signataires ». En revanche, dans la deuxième espèce<sup>1682</sup>, la Cour de cassation écarte l'application de l'article 6 de la Convention européenne posant le droit à un procès équitable au motif « que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne crée d'obligation qu'à l'égard des États qui y sont parties, ce qui n'est pas le cas de la République du Gabon ». Cette situation d'apparente contradiction<sup>1683</sup> mérite notre attention.

**690.** Il est possible d'observer premièrement, que le choix de ne pas imposer le respect des droits fondamentaux, consacrés par une convention internationale, à un État non-partie semble respecter la règle de l'effet relatif des conventions<sup>1684</sup>. Or, la doctrine a soulevé que raisonner de la sorte « serait méconnaître la signification exacte du contrôle exercé par le juge du for sur les normes étrangères »<sup>1685</sup>. Comme l'affirme le Professeur Yves Lequette, le contrôle exercé par le juge du for sur les normes étrangères a pour objet « non de sanctionner la méconnaissance par un État étranger des règles conventionnelles qui s'imposent à lui mais de vérifier si

<sup>1681</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 1990, *Rev. crit.*, 1990.519, note Poisson-Drocourt, *JCP* 1991. II. 21635, note H. Muir Watt, *Grands arrêts*, n° 69 et Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. 1990. Dans cette espèce il était allégué que les dispositions de la loi brésilienne prohibant l'adoption d'un enfant en forme plénière par un étranger ne résidant pas au Brésil étaient contraires au respect de la vie familiale consacré par la Convention européenne des droits de l'homme.

<sup>1682</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juill. 1990, *Rev. crit. DIP*, 1991.757. « Mais six mois plus tard, à propos de l'introduction en France non plus d'une règle mais d'une décision étrangère, elle a adopté la solution contraire. Le défendeur à une action en *exequatur* d'un jugement gabonais... » Y. Lequette, *Ibid.*

<sup>1683</sup> Pour une analyse tentant de concilier les deux décisions, M. Lequette avance deux arguments : premièrement la différence de nature des normes étrangères, loi dans le premier cas, jugement dans le second ; deuxièmement la différence du droit transgressé pour le premier cas en raison de son contenu, dans le second en raison de la procédure. Néanmoins, l'auteur affirme qu'il n'est pas possible de s'en tenir à de telles analyses, voir Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 148, n° 185.

<sup>1684</sup> « En prenant en compte la contrariété d'une norme étrangère avec un droit fondamental d'origine conventionnelle, alors que l'État dont émane cette norme n'est pas partie à la convention, le juge du for imposerait à celui-ci le respect de prescriptions qui lui sont extérieures parce qu'il n'y a pas souscrit. » Y. Lequette, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », *op. cit.*, p. 147, n° 184.

<sup>1685</sup> « Le juge du for doit uniquement rechercher si, en mettant en œuvre telle norme étrangère, il contrevient ou non à un droit fondamental que l'ordre juridique auquel il appartient doit respecter parce que l'État dont il relève est partie à la convention qu'il édicte. Peu importe donc que l'État dont émane la norme qui doit être introduite en France soit ou non partie à cette convention. », *Ibid.*

l'introduction d'une norme étrangère dans l'ordre du for ne conduit pas à une violation de la convention par ce dernier »<sup>1686</sup>. Dans les espèces mentionnées, la Cour de cassation accepte de vérifier la compatibilité de la loi étrangère avec les droits fondamentaux consacrés par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme ; cependant, la question qui retient notre attention est celle de la justification d'un raisonnement en termes du respect de la Convention et non, dans des termes plus classiques, de l'exception d'ordre public<sup>1687</sup>.

**691.** En effet, dans la première espèce, si la Cour de cassation évoque une analyse en termes d'exception d'ordre public, ce n'est que de manière concomitante et en renfort du raisonnement selon lequel la loi étrangère n'admettant pas l'adoption plénière pour les étrangers, n'est pas contraire à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen. De même, dans la deuxième espèce, la mention est faite concernant la non-contrariété à l'ordre public mais comme une sorte d'*obiter dictum*<sup>1688</sup>.

**692.** Concernant l'argumentaire des arrêts précédents, la doctrine admet que « même si, dans la grande majorité des hypothèses, l'exception d'ordre public international suffirait, indépendamment de la Convention, à justifier l'éviction de la norme étrangère contraire à un droit de l'homme, ces questions revêtent une indéniable importance pratique »<sup>1689</sup>. L'importance se trouverait en ce que tous les États tolèrent certaines entorses à l'ordre public international lorsque la situation a été créée à l'étranger. Ainsi, la question se transforme en celle de savoir si ces entorses peuvent avoir lieu lorsque la loi étrangère favorisant la création

<sup>1686</sup> *Ibid.*

<sup>1687</sup> Comme l'affirme M. Lequette : « Se proposant de protéger les valeurs essentielles de la société française contre les atteintes que pourrait leur porter l'introduction de normes étrangères, règles ou décisions, l'exception d'ordre public semble être l'instrument idéal pour défendre, contre ces mêmes dangers, les droits fondamentaux consacrés par les conventions auxquelles la France est partie. Ceux-ci ne sont-ils pas une composante essentielle de ces valeurs ? Mais la primauté matérielle que l'opinion dominante s'accorde à reconnaître aux droits fondamentaux devrait, selon certains, conduire à leur attribuer une emprise beaucoup plus forte sur la vie internationale. Cette emprise se traduirait de manière différente selon que le juge du for applique directement et immédiatement les droits fondamentaux ou ne les envisage qu'à travers l'exception d'ordre public international », Y. Lequette, *Le droit international privé et les droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 149, n° 186. Cette observation n'est pas sans rappeler les développements préalables concernant les affinements endogènes notamment l'ordre public de rattachement, *supra* § 496 e s. Dans le même sens M. Cohen affirme que « la protection de l'ordre juridique français est d'abord assurée à travers la notion d'ordre public » et ajoute qu'« elle l'est aussi par le biais des lois de police, mais il n'est pas sûr que ces lois aient à être distinguées des autres au regard de la convention... Une loi de police peut comme toute autre être incriminée pour son contenu, indépendamment de son caractère de loi de police », D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989. 477 et 478.

<sup>1688</sup> Pour un exemple similaire voir Cass. civ. 1, 24 février 1998, 95-18.646/95-18.647, *Bull. civ. I*, n° 71, *Rev. crit. DIP* 1998, 637, note G. Droz. Ainsi M. P. de Vareilles-Sommières note : « cependant que dans cette affaire le recours à l'exception d'ordre public est au mieux implicite, la Cour se bornant à constater la violation de la Convention européenne des droits de l'homme, sans ramener formellement cette violation à celle de l'ordre public international français ». « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme... », *op. cit.*, n° 4.

<sup>1689</sup> P. Mayer, La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères, *Rev. crit. DIP*, 1991. 652.

de la situation à l'étranger est contraire à la Convention. De l'analyse des arrêts préalablement évoqués, M. Mayer affirme qu'« il semblerait ainsi que la Convention soit applicable aux situations internationales dès lors que le juge saisi est celui d'un État partie, peu important que la norme – loi ou jugement – qui est à l'origine de la violation alléguée d'un droit de l'homme soit étrangère à cet État. Mais il faut aussi tenir compte de l'extranéité de la situation litigieuse elle-même »<sup>1690</sup>. Si notre interprétation ne trahit pas l'esprit de l'auteur, il s'agirait donc de revenir au critère de proximité lors du recours au mécanisme de l'exception d'ordre public. Or, cela ne tient pas à une particularité de la Convention mais de la situation litigieuse en elle-même sans justifier une modification quelconque au mécanisme traditionnel d'ordre public.

**693.** Finalement, on rappellera qu'à cette occasion la doctrine a observé l'hypothèse d'une possible imposition du respect des droits contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme à un État non partie à la Convention en l'identifiant à un « effet extraterritorial de la Convention ». <sup>1691</sup> Or, il a été relevé qu'il ne s'agit pas d'imposer aux États la charge des obligations non assumées, mais de constater si la décision, du juge du for d'un État partie à la Convention, n'est elle-même constitutive d'une violation d'un droit de l'homme<sup>1692</sup>.

**694.** Ces exemples méritent des observations concernant le recours à l'argument du respect des droits fondamentaux consacrés dans une convention internationale. La première, et plus importante observation que méritent les exemples préalablement évoqués concerne le fait que l'argument du respect des conventions internationales dans des situations privées internationales ne doit pas se confondre avec un contrôle de conventionnalité *stricto sensu*. Le risque majeur est de confondre deux mécanismes foncièrement différents, le contrôle de conventionnalité et le mécanisme d'exception d'ordre public, lorsque ce dernier s'avère plus

---

<sup>1690</sup> *Ibid*, p. 659.

<sup>1691</sup> « En refusant d'opposer la Convention à une demande d'exequatur d'un jugement, parce que celui-ci émane d'un État non partie, la Cour de cassation paraît considérer que la solution contraire reviendrait à mettre à la charge de l'État d'origine une obligation internationale qu'il n'a pas volontairement assumée. Ce type de problème est désigné par les commentateurs de la Convention sous l'appellation d'« effet extraterritorial de la Convention ». Il a été posé à la Cour de Strasbourg dans une affaire *Soering*. » P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 653. Arrêt *Soering*, 7 juillet 1989, *Recueil*, Série A, n° 161. « De la même façon, lorsque le juge français est requis d'appliquer une loi étrangère contraire à la Convention, il doit seulement s'interroger sur le point de savoir *si le jugement français rendu en application de cette loi constituerait en lui-même la violation d'un droit de l'homme*. Dans l'affirmative, il doit évincer la loi, même si l'adoption de celle-ci par l'État étranger ne constitue pas, de la part de ce dernier, une violation de la Convention, parce qu'il n'est pas lié par elle. Dans la négative, à l'opposé, le juge n'est pas tenu de mettre à l'écart la loi étrangère contraire à la Convention, même si elle émane d'un État partie ; la Convention, dans son article 24, donne à chaque État partie le droit de saisir la Commission en cas de violation commise par un autre État partie, mais elle ne l'oblige pas à sanctionner lui-même cette violation ; il est donc libre, soit d'appliquer la loi étrangère soit de l'évincer au nom de l'ordre public international » *Ibid.*, p. 654.

<sup>1692</sup> « Il ne s'agit pas de constater ou prouver la responsabilité de ce pays en droit international général, en vertu de la Convention ou autrement. Dans la mesure où une responsabilité se trouve ou peut se trouver engagée sur le terrain de la Convention, c'est celle de l'État contractant qui extrade, à raison d'un acte qui a pour résultat direct d'exposer quelqu'un à des mauvais traitements prohibés », *Ibid.*



apte à s'appliquer lors de litiges privés internationaux. En effet, ni la Cour de cassation ni les commentateurs des arrêts n'évoquent le terme contrôle de conventionnalité pour identifier le mécanisme mis en place. Toutefois, les termes dans lesquels la question est formulée, c'est-à-dire, celle de savoir si les droits fondamentaux consacrés par la convention internationale sont opposables à l'encontre des normes émanant d'un État non-partie à la convention, risque d'induire en erreur.

**695.** À notre sens, dans le cas spécifique des situations privées internationales, la seule question pertinente est celle de savoir si l'application d'une loi étrangère, choisie ou désignée par la règle de conflit, respecte les valeurs essentielles du for<sup>1693</sup>. L'identification de la source de ces valeurs essentielles, n'est qu'une question secondaire : qu'elles découlent de la Constitution, d'une convention internationale, reconnues par la jurisprudence ou autre. La tentation est forte d'invoquer l'argument de la protection d'une convention internationale au premier chef, or il est nécessaire de rappeler que la protection de l'ordre public et des conventions des droits de l'homme se recourent<sup>1694</sup> à une différence près, les principes d'ordre public sont souvent non codifiés, tandis que les conventions offrent un corps législatif spécifique. À ce sujet, M. Cohen observe que la Convention à l'instar de l'ordre public français comporte « un corps de règles à vocation hégémonique »<sup>1695</sup> et que celle-là peut tantôt infléchir, tantôt fortifier l'ordre public. L'observation est importante puisqu'elle ouvre la réflexion sur l'ambivalence de l'argument tirée du respect de la Convention européenne des droits de l'homme.

**696. L'ambivalence de l'argument du respect de la Convention.** La deuxième observation concerne le fait que le respect des droits fondamentaux consacrés par une convention

---

<sup>1693</sup> Comme l'observe M. P. de Vareilles-Sommières : « le raisonnement en termes d'ordre public international [...] dispense les internationalistes d'insister sur la sanction d'une *inconventionnalité de la loi étrangère* comme justification de son inefficacité au cas d'espèce. Or, il y a une certaine part d'artifice à ne pas apparenter, malgré les mânes de la régularité qu'ils peuvent invoquer, le contrôle de la *lex fori* et le contrôle de la loi étrangère lorsque chacune de ces lois est arguée de non-conformité au droit conventionnel des droits de l'homme en vigueur dans l'État du for », P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme... », *op. cit.*, n° 5.

<sup>1694</sup> À la réflexion il nous paraît intéressante l'observation selon laquelle : « la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'ordre juridique français ne sont pas complètement étrangères l'une à l'autre, ce qui conduit nécessairement à s'interroger sur la compatibilité de leurs objectifs et par suite de leurs contenus. Il apparaît clairement que, pour tout ce qui ressortit au droit international privé, notre ordre juridique est pour l'essentiel en harmonie avec les principes qu'énonce la convention », D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989. 477. L'idée de compatibilité formulée en ces termes, c'est-à-dire, des objectifs et des contenus entre la Convention européenne des droits de l'homme et la protection de l'ordre juridique français semblerait redondante si l'on admet que protéger la Convention signifie, aussi, protéger l'ordre juridique français puisque le texte de la Convention fait partie du droit positif français et d'autant plus qu'il se place dans une position hiérarchie supérieure.

<sup>1695</sup> *Ibid.*

internationale peut donner lieu à deux résultats opposés<sup>1696</sup>: soit la loi nationale se trouve en contrariété avec un droit fondamental consacré par la convention et elle sera condamnée, soit elle est en harmonie, renforçant ensemble le contenu de l'ordre public<sup>1697</sup>.

On observe par exemple, que la Convention européenne des droits de l'homme peut infléchir l'ordre public français et que cet infléchissement se rend possible par un souci de hiérarchie de deux règles substantielles<sup>1698</sup>, la valeur essentielle appartenant à l'ordre public et le droit fondamental contenu dans la convention. Toutefois, l'opposition entre ordre public français (ou d'un autre État membre d'ailleurs) et la Convention ne peut pas être perçue comme deux ensembles confrontés puisque la Convention est partie intégrante de cet ordre juridique. En ce sens, M. Cohen affirme qu'« en cas de contrariété entre l'ordre public international français et la convention, celle-ci viendra, vu sa place dans la hiérarchie des normes, entraver – donc infléchir – celui-là »<sup>1699</sup>.

Pour illustrer nos propos, on retrouve l'exemple de l'interdiction suisse de remariage, existante auparavant. Il serait possible d'affirmer qu'une telle interdiction est contraire à l'ordre public français et à la Convention. Toutefois, l'argument ne doit pas être compris comme une contrariété cumulative mais plutôt comme une seule contrariété dédoublée puisque l'interdiction de remariage est contraire à l'ordre public français et au surplus à la Convention européenne contractée<sup>1700</sup>.

**697.** En effet, cette ambivalence peut créer une opposition justifiée par le sentiment d'abandonner la souveraineté nationale (et son dernier rempart, constitué par les valeurs réunies sous la notion d'ordre public) en faveur d'une convention internationale. Or, la convention internationale marque une évolution dans l'ordre public des pays contractants, et « constitue

---

<sup>1696</sup> Situation qu'explique la conclusion de M. Lequette : « En définitive, on constate que les droits fondamentaux jouent en droit international privé des rôles parfaitement contradictoires. Tantôt, en leur nom, on reconnaît à certaines personnes une sorte de droit à la continuité internationale des situations qui les concernent, alors même que ces situations ont été constituées en usant des facilités qu'offre un droit étranger permissif et que le pays d'origine de ces personnes les considèrent comme illégales. Tantôt, on érige ces mêmes droits fondamentaux en une sorte d'absolu qui conduit au cloisonnement des ordres juridiques. Autrement dit, il est possible de faire en leur nom tout et son contraire », Y. Lequette, *op. cit.*, p. 155, n° 194.

<sup>1697</sup> « En raison du caractère fondamental des principes qu'elle pose et de sa place dans la hiérarchie des normes, la convention paraît devoir s'incorporer à notre ordre public international et conduire ainsi au renforcement et à l'extension de celui-ci... La convention pourrait, on le conçoit, contribuer à rendre notre ordre public international plus exigeant, en particulier vis-à-vis des lois qui admettent la répudiation... ou de celles qui comporteraient un traitement inégalitaire... » D. Cohen, *op. cit.*, p. 480.

<sup>1698</sup> Une telle affirmation mérite d'être nuancée puisque le « contenu » des valeurs protégés par la notion d'ordre public est difficilement associable à une règle substantielle spécifique.

<sup>1699</sup> D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989, 478.

<sup>1700</sup> « Ce qui reste vrai, c'est qu'en évinçant la loi ou le jugement étranger, le juge d'un État partie accomplit deux choses : il défend son ordre public, qui intègre les droits de l'homme, et il assure le respect, par l'État dont il est organe, de son engagement international », P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 664.

donc un obstacle au retour à l'ordre public ancien »<sup>1701</sup>. À cet égard la doctrine française a identifié un phénomène de « superposition des contrôles »<sup>1702</sup>, en ce sens que « la règle d'ordre public, comme d'ailleurs la loi de police, exprime le souci de faire prévaloir, à travers certains principes, un ordre social déterminée »<sup>1703</sup>. Pour revenir au sujet du contrôle de conventionnalité de la loi étrangère, on observe que le souci de faire prévaloir un ordre social déterminé se traduit également par un contrôle exercé sur les solutions issues d'une loi étrangère choisie ou désignée par la règle de conflit du for.

Sur ce point l'avènement du paradigme de régularité substantielle internationale nous paraît révélateur. En parlant de régularité substantielle internationale, il est nécessaire de garder à l'esprit que s'agissant de l'ordre public tel que à l'œuvre dans l'exception d'ordre public, il s'agit d'une régularité internationale matérielle<sup>1704</sup> mais qui peut concourir avec le besoin de conformité à une règle de source internationale (régularité formelle)<sup>1705</sup>. Ainsi, il serait possible d'affirmer que les conventions internationales, notamment celles de protection des droits de l'homme, peuvent entrer dans la construction de l'ordre public. Le contrôle de conventionnalité et le mécanisme d'exception d'ordre public évoquent tous deux l'idée d'un contrôle de régularité qui s'apprécie *in concreto*<sup>1706</sup>. Toutefois comme nous l'avons affirmé, envisager le contrôle de la loi étrangère en termes de conventionnalité risque de perturber le raisonnement lié aux mécanismes d'ordre public, notamment l'exception d'ordre public.

---

<sup>1701</sup> D. Cohen, *op. cit.*, p. 479. L'auteur explique donc que les répudiations et le mariage polygamique furent reconnus en France à un moment donné si la Convention a toujours veillé à protéger l'égalité entre époux « tous deux heurtent en principe – autant dire pas toujours – notre ordre public. Pour expliquer que celui-ci puisse parfois s'accommoder de ce qu'en principe il condamne, on a forgé le concept d'ordre public variable, ou à géométrie variable... », *Ibid.*

<sup>1702</sup> D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *op. cit.*, p. 482.

<sup>1703</sup> *Ibid.*

<sup>1704</sup> Sur la distinction entre régularité internationale au sens formel et au sens matériel voir : P. de Vareilles-Sommières, « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère », *Recueil des cours*, 2014, t. 371, p. 201, spéc. p. 41-42.

<sup>1705</sup> « Il faut, pour être complet, souligner que la conformité à une règle *de source internationale* peut parfaitement faire partie des conditions de régularité internationale, *au sens matériel du terme*, retenues par un État dans le cadre du contrôle auquel il procède sur la base du mécanisme de l'exception d'ordre public en vigueur dans son droit des conflits de lois. La doctrine a alors tendance à évoquer un ordre public « réellement » ou « véritablement » international... », *Ibid.*, p. 202, spéc. p. 43. Et la note de l'auteur : « Les juges anglais l'ont bien formulé dans l'affaire *Oppenheimer c. Cattermole*, (1976) AC 249, p. 277-278 : la Chambre des Lords a pu y déduire, de ce que « *it is part of the public policy of this country that our courts should give effect to clearly established rules of international law* », que la législation du IIIe Reich « *which takes away without compensation from a section of the citizen body singled out on racial grounds all their property on which the state passing the legislation can lay its hands and, in addition, deprives them of their citizenship... constitutes so grave an infringement of human rights that the courts of this country ought to refuse to recognise it as a law at all* », note 66.

<sup>1706</sup> « Il faut se souvenir que la règle (ou la pratique) *mise en cause n'est pas jugée dans l'abstrait, mais sur le résultat concret qu'elle engendre*. C'est la conformité de ce résultat à la convention qu'apprécie la Cour », D. Cohen, « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989. 453, texte souligné par l'auteur.

**698.** Ces observations se complètent par des considérations permettant de comprendre les variations dans la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité. Notamment lorsqu'on constate que, encore une fois, les exemples en droit mexicain manquent à l'appel. Un indice de réponse se trouve dans les variations lors de la mise en œuvre du contrôle, particulièrement concernant les agents du contrôle.

## § 2. Les variations dans la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité

**699.** Le contrôle de conventionnalité existe dans les systèmes français et mexicain, mais la perturbation que celui-ci exerce présente des variations lors de sa mise en œuvre dans chaque système. Il est nécessaire de rappeler que notre analyse ne tient pas à l'examen du contrôle de conventionnalité de la loi interne. On s'intéresse en revanche, au rapport du contrôle avec la loi étrangère, et plus particulièrement, sur l'application de la loi étrangère par le juge interne et son éventuelle contradiction avec les conventions internationales liant l'État de son for. Deux variations majeures entre les systèmes français et mexicain méritent notre attention : les agents du contrôle de conventionnalité (A) et la possibilité de recours au contrôle de conventionnalité lors d'un litige en matière contractuelle (B).

### A. Les agents du contrôle de conventionnalité

**700.** En France, le contrôle de conventionnalité est assuré par les juges administratifs et judiciaires<sup>1707</sup> depuis les arrêts *Jacques Vabre*<sup>1708</sup> et *Nicolo*<sup>1709</sup>. Désormais le juge judiciaire français ne se limite plus à être juge du rapport de droit privé, « il [devient] en outre juge de la loi applicable à ce rapport, au moins sous l'angle de sa conventionnalité »<sup>1710</sup>. Ainsi, la Cour de cassation dispose d'un mécanisme de contrôle de la loi interne lorsqu'elle est contraire à la

<sup>1707</sup> En ce sens J. Boudon, « Contrôle de constitutionnalité, contrôle de conventionnalité, et la figure de l'altérité », *op. cit.*, p. 38 : « il appartient aux juridictions administratives et judiciaires : tout un chacun sait que le Conseil constitutionnel refuse s'exercer un tel contrôle sur les lois depuis la décision *IVG* du 15 janvier 1975 et qu'il a renvoyé ce soin aux juridictions ordinaires, la Cour de cassation s'emparant de cette compétence dès le mois de mai (arrêt *Jacques Vabre*) et le Conseil d'État lui emboitant le pas en 1989 (arrêt *Nicolo*) ». Voir aussi : Cons. Constit., décision 74-54 du 15 janvier 1975, *Loi relative à l'interruption volontaire de la grossesse*, in L. Favoreu et L. Phiillip et al., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 16<sup>ème</sup> éd. 2011, n° 9, p. 84.

<sup>1708</sup> Cass. Ch. Mixte, 24 mai 1975, n° 73-13556 ; *Rev. crit. DIP*, 1976, pp. 347-361, note J. Foyer et D. Holleaux ; *JDI*, 1975, pp. 801-808, note D. Ruzié ; *D.* 1975, pp. 497-507, concl. Touffait ; *JCP*, 1975.II.18180 bis, concl. Touffait ; *Gaz. Pal.*, 1975.2, pp. 470-475, concl. Touffait.

<sup>1709</sup> CE 20 oct. 1989, n° 108243 ; *Rev. crit. DIP* 1990, pp. 125-143, concl. P. Frydman, note P. Lagarde ; *JDI*, 1990, pp. 5-33, chron. J. Dehaussy ; *D.* 1990, pp. 135-141, note P. Sabourin ; *JCP*, 1989.II.21371, concl. P. Frydman ; *RGDIP*, 1989, p. 1041-1072, concl. P. Frydman ; *RGDIP*, 1990, pp. 91-102, note Boulouis ; *RFDA*, 1989, p. 812, concl. P. Frydman, note Genevois.

<sup>1710</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme... », *op. cit.*, n° 2.

Convention européenne des droits de l'homme et les droits fondamentaux consacrés dans cet instrument, le contrôle de conventionnalité. De la même manière, la Haute cour judiciaire française dispose d'un mécanisme de contrôle de la loi étrangère lorsqu'elle est contraire au dit instrument, le mécanisme d'exception d'ordre public. On évitera de répéter nos développements préalables, mais non sans insister sur le fait que le juge judiciaire qui détient les deux instruments risque de confondre l'argumentation comme nous l'avons établi avec les arrêts faisant recours à l'argument de respect de la Convention. En ce sens, la situation en France ne présente d'affinement majeur du contrôle de conventionnalité sur les mécanismes liés à l'ordre public, en revanche, l'affinement de ces derniers mécanismes se révèle beaucoup plus important pour le système juridique mexicain.

**701.** Au Mexique<sup>1711</sup>, le contrôle de conventionnalité fut réservé pendant longtemps au juge constitutionnel. Avant la réforme constitutionnelle de 2011, le Mexique adoptait un modèle de protection constitutionnelle reconnue exclusivement dans les compétences des juges fédéraux. Désormais, la *Suprema Corte de Justicia* admet que tous les juges qu'il soient locaux ou fédéraux, ont la faculté d'écarter l'application des lois contraires à la Convention interaméricaine pour le cas concret<sup>1712</sup>. Puisque les droits fondamentaux contenus dans les conventions internationales signées par le Mexique font partie intégrante de son droit positif au même niveau hiérarchique que les droits fondamentaux reconnus par la Constitution fédérale, le mécanisme permettant d'exiger son respect à l'encontre de tout acte d'autorité mexicain est le mécanisme d'*amparo*<sup>1713</sup>. À ce jour, le juge constitutionnel (fédéral) et le juge judiciaire (local) partagent le recours au contrôle de conventionnalité. Le partage de compétences a été amplement discuté et justifié dans l'ordre interne<sup>1714</sup> mais mérite une observation concernant les situations privées internationales.

**702.** Nous avons préalablement développé sur le possible raisonnement qu'aura le juge constitutionnel mexicain lorsqu'il sera confronté à une situation dans laquelle l'application d'une loi étrangère serait contraire aux valeurs essentielles protégées par la Constitution

---

<sup>1711</sup> F. Silva García, « *El control de convencionalidad en México : transformaciones y desafíos* », dans E. Ferrer Mac-Gregor et R. Flores Pantoja, *La Constitución y sus garantías. A 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917. Memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VIII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*, UNAM, Mexico, 2017.

<sup>1712</sup> C'est la posture de la SCJN dans l'arrêt en Assemblée Plénière : Paramètres pour le contrôle de conventionnalité *ex officio* en matière des droits de l'homme. *Parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos*, T.A., LXVIII/2011 (9a), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Livre III, décembre 2011, t. 1, p. 551, n°160526.

<sup>1713</sup> Voir nos développements à cet égard, *supra* §654 et s.

<sup>1714</sup> Voir, par exemple, Z. Fajardo Gonzalez, « *Control de convencionalidad. Fundamentos y alcance. Especial referencia a México* », *Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos*, n° 16, CNDH, Mexico, 2015, p. 146 et s.

fédérale<sup>1715</sup>. En traçant un parallèle avec le contrôle de conventionnalité, il est fort à parier que le juge mexicain aura recours à la même logique lorsqu'il s'agira de protéger une valeur fondamentale protégée par la Convention interaméricaine de protection des droits de l'homme. Ainsi, l'on est conduit à considérer que le faible recours par le juge constitutionnel mexicain au mécanisme d'exception d'ordre public pour écarter l'application de la loi étrangère lorsque celle-ci est contraire aux valeurs essentielles du for, trouve son explication par la faculté d'actionner le mécanisme d'*amparo* à l'encontre de la loi étrangère.

**703.** Cependant, avec l'avènement de la réforme constitutionnelle de 2011, il devient nécessaire de se demander quelle sera le mécanisme employé par le juge judiciaire (local) afin de protéger les valeurs essentielles protégées par la Convention interaméricaine, notamment face à l'application d'une loi étrangère qui les méconnaîtrait. Dans cette hypothèse, et à défaut pour le juge judiciaire de faculté pour connaître de l'*amparo*, il nous semble possible de tirer des enseignements de la posture international privatiste adoptée par le système français. L'on considère possible, voir souhaitable, pour le juge judiciaire mexicain d'avoir recours à son mécanisme d'exception d'ordre public lorsque l'application d'une loi étrangère, choisie ou désignée par la règle de conflit du for, porterait atteinte aux droits fondamentaux consacrés dans la Convention interaméricaine.

**704.** Finalement, un regard comparatiste s'avère intéressant pour le droit mexicain enclin à analyser sous le prisme des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité les diverses questions qui lui sont présentées. Étendre l'analyse du contrôle de conventionnalité à l'application d'une loi étrangère peut sembler injustifiée si l'État dont émane la loi compétente n'a pas adhéré à l'instrument international. Or, comme la doctrine française l'a signalé, il n'est pas relevant que la loi contraire à la Convention soit une loi étrangère et que la règle de conflit du for ne soit pas en elle-même contraire à la Convention puisque « en appliquant ces deux règles – la seconde conduisant à la première – le juge rend une décision qui est imputable à l'État au nom duquel il statue ; or c'est cette décision qui réalise concrètement la violation d'un droit de l'homme »<sup>1716</sup>. Ainsi, un rapprochement entre le juge constitutionnel mexicain peut être fait avec la décision du Tribunal constitutionnel allemand adoptée en 1971<sup>1717</sup>. À cette occasion la question se posait de savoir sur la possible application, par une autorité allemande,

<sup>1715</sup> Voir *supra* § 665 et s.

<sup>1716</sup> P. Mayer, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP*, 1991, pp. 656-657 ; hypothèse qui semble adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 31 janvier 1990, en vérifiant la compatibilité de la loi brésilienne restrictive en matière d'adoption avec le droit au respect de la vie familiale consacré par la Convention.

<sup>1717</sup> Décision du 4 mai 1971, *Rev. crit. DIP*, 1974.57, spéc. p. 66 ; *Rev. crit. DIP*, 1974, p. 1 obs. C. Labrusse.



d'une règle étrangère contraire à l'un des droits fondamentaux garantis par la Constitution. Il était soutenu qu'évincer cette règle reviendrait à imposer au législateur étranger le respect d'une Constitution qui ne le lie pas. Le Tribunal constitutionnel a répondu à cet égard : « il s'agit seulement d'examiner si un acte interne émanant d'un pouvoir public allemand, dans une situation concrète présentant plus ou moins de points de contact avec l'ordre interne, ne conduit pas à une violation des droits fondamentaux »<sup>1718</sup>.

**705. Transition.** De variations dans la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité se trouvent également à l'égard du contrôle de conventionnalité entre particuliers, notamment en matière contractuelle.

### B. Le contrôle de conventionnalité en matière contractuelle

**706.** Il est indispensable de rappeler que le contrôle de conventionnalité d'un contrat s'avère possible par l'effet horizontal des conventions des droits de l'homme<sup>1719</sup>, cela suppose que tout contractant est débiteur du respect des droits fondamentaux de son cocontractant. Un tel contrôle se rend possible puisque les droits fondamentaux possèdent un double effet sur le contrat, un effet indirect par l'entremise de la loi, et un effet direct par son application aux actes juridiques privés compte tenu du changement de paradigme dans le contrôle du respect des droits fondamentaux. Ensemble de prérogatives initialement exigibles à la puissance publique par son application verticale elles sont, par son évolution, désormais exigibles *inter partes*. Il est admis par la doctrine que « la protection des droits fondamentaux commande qu'un contrôle de conventionnalité soit opéré sur le contenu obligationnel du contrat »<sup>1720</sup>.

**707.** Dans cette veine une distinction s'impose. Le Mexique s'est incorporé au système interaméricain des droits de l'homme en 1981 mais n'a reconnu la compétence de la Cour Interaméricaine qu'en décembre 1998. Depuis lors, l'État mexicain a été condamné à sept

---

<sup>1718</sup> « S'il en résulte que l'application du droit étranger heurte un droit fondamental, il ne s'ensuit aucune condamnation générale de la règle étrangère, qui n'a pas été conçue pour être appliquée par des autorités allemandes et qui peut être parfaitement justifiée dans son propre contexte juridique ; mais on se borne à constater que son application concrète dans une situation donnée n'est pas compatible avec l'ordre établi dans notre Constitution. L'exigence que la décision du juge français soit conforme aux droits de l'homme garantis par la Convention européenne est exactement comparable avec l'obligation pour le juge allemand de respecter les droits fondamentaux garantis par la Constitution allemande ; dans le deux cas, l'extranéité de la règle appliquée est insuffisante à libérer le juge de son obligation. », P. Mayer, La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères, *Rev. crit. DIP*, 1991, p. 656-657.

<sup>1719</sup> Spécifiquement la Convention européenne des droits de l'homme et à la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

<sup>1720</sup> S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 229.

reprises par la Cour interaméricaine des droits de l'homme<sup>1721</sup>. Ces litiges se concentrent tous sur le prononcé de la responsabilité de l'État mexicain face à ses citoyens. En revanche, l'argument du respect de la Convention interaméricaine des droits de l'homme n'a pas, à ce stade, été avancé dans l'analyse d'une situation privée contractuelle internationale, même si la doctrine accueille avec bienveillance l'effet horizontal de la Convention<sup>1722</sup>.

**708.** En droit privé français, l'influence croissante de la Convention européenne des droits de l'homme est venue renforcer le phénomène d'immixtion des droits fondamentaux dans le contrat. L'observation faite par Mme. Chassagnard-Pinet nous paraît d'une importance particulière en ce qu'elle affirme que la Convention européenne des droits de l'homme est l'instrument privilégié de diffusion des droits fondamentaux dans le droit privé français puisqu'« alors que les pays européens dotés d'une Cour constitutionnelle compétente pour assurer le respect de la Constitution dans les contentieux privés font peu de place, dans leur système judiciaire, à la Convention européenne des droits de l'homme, la France, dont le Conseil constitutionnel ne peut être saisi par une juridiction judiciaire d'un litige privé, connaît un large recours par ses tribunaux à ce texte international ».<sup>1723</sup>

**709.** Dès lors, si l'on admet que la volonté privée s'étend à la règle de conflit en droit international privé des contrats, la question mérite d'être posée de savoir si au volet du contrôle substantiel correspond un volet de contrôle conflictuel. Autrement dit, il est nécessaire de savoir si à l'effet horizontal des droits fondamentaux, permettant le contrôle de conventionnalité du contenu obligationnel du contrat en cas d'attentes aux droits fondamentaux, suit nécessairement la possibilité de contrôle lorsque l'attente est favorisée par l'application d'une loi étrangère. La question trouve toute sa pertinence lorsque le juge constate une possible atteinte à un droit fondamental entre cocontractants non par le contenu du contrat, mais par l'effet de la loi applicable au contrat, qui découle soit du choix des parties (critère de rattachement subjectif) soit du critère de rattachement objectif. La réponse apportée à une telle problématique est à

---

<sup>1721</sup> Voy. F. Silva García, *El control de convencionalidad en México : transformaciones y desafíos*, op. cit., p. 903. La première décision a été dictée dans l'affaire *Castañeda* (2008) concernant le contrôle judiciaire des lois en matière des élections politiques ; la deuxième est le cas *Campo Algodonero* (2009) sur les homicides des femmes en Cd. Juárez ; la troisième est le cas *Radilla Pacheco* (2009) sur les disparitions forcées pendant les années soixante-dix ; la quatrième et cinquième concernent les cas *Fernández Ortega y Rosendo Cantú* sur les violations des femmes indigènes par des militaires ; la sixième est le cas *Cabrera García et Montiel Flores* (2010), sur les garanties procédurales en matière pénale contre des actes de torture et la dernière est le cas *García Cruz et Sánchez Silvestre* (2013) sur la responsabilité de l'État mexicain pour défaut de sauvegardes pour combattre la torture lors de procès pénaux.

<sup>1722</sup> En droit mexicain le phénomène est identifié comme « l'efficacité horizontale des droits fondamentaux », le sujet a été analysé, entre autres, par J. Anzures Gurría, « *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales* », *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n° 22, janvier-juin 2010.

<sup>1723</sup> « L'influence des droits fondamentaux sur la matière contractuelle peut donc résulter du contrôle de la conventionnalité de la législation applicable au contrat », S. Chassagnard-Pinet, op. cit., p. 228.

notre sens le point de rupture entre deux logiques juridiques. Il nous semble que la posture international privatiste préalablement décrite et associée au procédé français, profiterait à un contrôle par les mécanismes de droit international privé. En revanche, le juge mexicain habitué à raisonner en termes d'un contrôle diffus de sa Constitution, qu'inclut les traités internationaux consacrant les droits fondamentaux, semblerait naturellement plus enclin à écarter la loi étrangère, voir sa propre règle de conflit, car contraire à une norme hiérarchiquement supérieure par le biais d'un mécanisme de protection de nature constitutionnelle (*l'amparo* pour le cas mexicain).

**710.** On ajoutera finalement que concernant le contrôle de conventionnalité sur le contrat international, le respect du raisonnement conflictuel demeure indispensable. Lorsque le juge du for entend effectuer un contrôle de conventionnalité, l'ensemble des droits et obligations réciproques entre les parties, c'est-à-dire, la *lex contractus*, doit être distinguée de la loi applicable au contrat, autrement dit de la loi qui validerait, ou non le contenu obligationnel du contrat. Il s'agit d'étapes de raisonnement indépendantes<sup>1724</sup> mais corrélées. Le souci d'une protection des droits fondamentaux, justifié comme il l'est, ne doit pas méconnaître ces différentes étapes du raisonnement pour la matière contractuelle dans son volet international.

**711.** Cantonnés à l'hypothèse du contrôle de la loi étrangère nous avons observé que la conventionnalité, comprise comme la conformité de la loi nationale à une convention internationale supposée obligatoire, reste en principe indifférente aux situations privées internationales. Le contrôle de conventionnalité existe dans les systèmes juridiques français et mexicain à l'égard des lois internes, lesquelles sont contraintes de respecter les engagements internationaux du for. En revanche, la question se révèle plus délicate lorsqu'on s'interroge sur la possibilité d'effectuer un contrôle de conventionnalité sur une loi étrangère. L'essor des conventions internationales protectrices des droits de l'homme bouleversa cette indifférence de principe en mettant à l'épreuve le contrôle de régularité traditionnellement déclenché par le mécanisme d'exception d'ordre public en ce sens que la norme de référence dans l'opération de contrôle est tirée d'un instrument international.

L'intention qui nous guidait était celle de savoir si le contrôle de conventionnalité possède une incidence dans le raisonnement des mécanismes liés à l'ordre public, notamment lorsque l'application de la loi étrangère, choisie ou désignée par la règle de conflit, est contrainte de

---

<sup>1724</sup> Pour une proposition sur l'intérêt de ces étapes et la possibilité de les inclure dans la logique de droit privé interne, M. P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme. Fertilisation croisée du droit international privé et du droit privé interne », in *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 1031-1046.

respecter les conventions internationales liant l'État du for. Dans cette veine, les développements précédents ont permis de constater la relation existante entre les mécanismes liés à l'ordre public, notamment le mécanisme d'exception d'ordre public, et le contrôle de conventionnalité. Il s'agit d'un rapport entre arguments équivalents avec une possible incidence sur le mécanisme de droit international privé. L'incidence se comprend car, à l'instar du mécanisme d'exception d'ordre public, la condamnation est bien celle de l'application de la loi étrangère par le juge du for, il s'agit d'une analyse *in concreto*.

Ainsi, un parallèle peut être tracé entre le raisonnement du contrôle de conventionnalité et celui du mécanisme d'exception d'ordre public. Nous avons pu observer, par exemple, que le juge français lorsque l'un des droits fondamentaux de son for est heurté par l'application d'une loi étrangère (loi ou jugement), il a pu faire référence tantôt à la notion d'ordre public tantôt référence concrète à une disposition de la Convention européenne des droits de l'homme. Appréhendé de cette manière l'affinement du contrôle de conventionnalité sur l'exception d'ordre public demeure limité.

**712.** En revanche, les systèmes juridiques français et mexicain admettent le recours au contrôle de conventionnalité avec certaines variations. En France, l'opération de confrontation entre une convention internationale de protection des droits fondamentaux et une loi étrangère est faite par le juge judiciaire, et éventuellement par le juge administratif, mais non par le juge constitutionnel. Au Mexique, une opération de la même nature s'effectue principalement devant le juge constitutionnel par le biais du mécanisme d'*amparo*. Certes, la réforme constitutionnelle de 2011 a ouvert la possibilité du contrôle de conventionnalité par le juge judiciaire, malheureusement nous n'avons pas pu constater une application concrète à ce jour.

Ces constatations s'inscrivent dans la continuité de l'explication au faible recours aux mécanismes traditionnels liés à l'ordre public en droit mexicain. Il est fort à parier, compte tenu du contexte institutionnel et organique et favorable à des mécanismes de protection constitutionnels comme l'*amparo*, que la protection des valeurs essentielles au for, qu'elle se trouve consacrée ou non dans un instrument international, se fera dans les paramètres établis à partir d'une posture constitutionnaliste.

**713.** Ces observations ne sont que provisoires car l'étude du contrôle de conventionnalité doit s'accompagner de l'analyse de la proportionnalité, phénomène sur lequel nous concentrerons nos développements par la suite.

## Section 2. Le contrôle de proportionnalité

**714. Le contexte.** Pour appréhender l'affinement apporté par le contrôle de conventionnalité et l'argument de proportionnalité qui l'accompagne, il est nécessaire de dépeindre, ne serait-ce que de manière générale, le contexte dans lequel ce dernier se développe. Le phénomène de la proportionnalité est relativement récent mais gagne incontestablement du terrain<sup>1725</sup>. Son essor a été accompagné de méfiance par bon nombre de questions qu'il suscite concernant les pouvoirs du juge<sup>1726</sup> et la possible interférence avec l'autorité du législateur<sup>1727</sup>. Le phénomène se présente de manière accrue au sein de l'espace juridique européen puisque le contrôle de proportionnalité est devenu un élément de coordination dans les rapports entre le droit européen et les droits nationaux des États membres<sup>1728</sup>. Sur ce plan, la proportionnalité s'est révélée aussi comme un terrain de confrontation entre les droits fondamentaux et le droit privé substantiel. Ainsi, dans un contexte à variables multiples, le contrôle de proportionnalité s'intègre au phénomène d'affinement des mécanismes liés à l'ordre public (§2), ceci suppose qu'un tel principe existe effectivement dans les systèmes juridiques étudiés (§1).

### §1. La vérification de l'existence du contrôle de proportionnalité

**715. Délimitation de la notion.** Le contrôle de proportionnalité est un vaste sujet, affecté d'une incertitude relative puisqu'il n'existe pas de définition légale et générale du terme<sup>1729</sup>. Si la

<sup>1725</sup> F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille de la Cour de cassation », *D.* 2016, 796.

<sup>1726</sup> A. Bénabent, « Un culte de la proportionnalité... un brin disproportionné ? », *D.* 2016. 137 ; P. Malaurie, Pour : la Cour de cassation, son élégance, sa clarté et sa sobriété. Contre : le juge made law à la manière européenne, *JCP* 2016. 318.

<sup>1727</sup> Le sentiment est celui d'une aversion au « gouvernement des juges ». En ce sens, voir le rappel fait par M. de Vareilles-Sommières : « Pendant longtemps, lorsque le résultat produit par l'application de la loi au cas d'espèce paraissait sévère pour l'une au moins des parties, on a dit : *dura lex, sed lex* – sur un ton sentencieux si l'on cherchait à justifier la solution, ou sur un ton résigné si l'on cherchait à justifier l'absence de réaction à la solution. L'attitude était fortement empreinte d'une culture des lumières telle que portée par Montesquieu lorsqu'il affirmait que les juges sont « la bouche qui prononce les paroles de la loi » sans rien y ajouter non plus qu'y retrancher, sauf à se rendre coupable d'un empiètement sur des pouvoirs détenus par le législateur », « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme... », *op. cit.*, n° 2.

<sup>1728</sup> Sur ce point Voy. E. Jeuland, « Réforme de la Cour de cassation – Une approche non utilitariste du contrôle de proportionnalité », *in* « Regards d'universitaires sur la réforme de la Cour de cassation », *JCP G.* 2016, suppl. n° 1-2.

<sup>1729</sup> « Proportionnalité (principe de). Dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, règle de pondération selon laquelle les atteintes portées à des droits fondamentaux par la puissance publique ne peuvent excéder ce qui est nécessaire à l'intérêt général ; principe voisin en vertu duquel l'action de la Communauté ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du traité de l'Union », G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, PUF, 8<sup>ème</sup> ed., 2007. « Proportionnalité (Principe de – et contrôle de -). Technique d'interprétation téléologique et effective de la règle de droit, ayant pour effet de

notion est communément associée aux droits fondamentaux<sup>1730</sup>, car c'est à l'occasion de leur protection que le recours est le plus fréquent, mais elle ne s'y associe de manière exclusive<sup>1731</sup>. Malgré son essor, l'adoption d'une définition homogène s'est avérée difficile en droit international privé puisque la proportionnalité est considérée à la fois comme : une forme de raisonnement<sup>1732</sup>, un contenu substantiel et un principe institutionnel<sup>1733</sup>. Ainsi, conditionnés par le flou de la notion, notre étude s'intéressera particulièrement à la proportionnalité comme *mécanisme de contrôle*, et notamment en ce qui concerne le droit privé<sup>1734</sup>. Il est notable que l'analyse du contrôle de proportionnalité se trouve au carrefour de questions concernant le pouvoir de juges, la hiérarchie des normes, les rapports entre le droit européen et les droits des États membres, et les rapports entre les droits de l'homme et les règles substantielles parmi d'autres<sup>1735</sup>.

**716. La spécificité de la proportionnalité comme contrôle.** À la différence des contrôles de conventionnalité ou de constitutionnalité qui s'intéressent essentiellement à une question de hiérarchie des normes, le contrôle de proportionnalité vise en principe à *concilier l'application* des droits substantiels, sans trancher une relation de subordination définitive entre eux<sup>1736</sup>. Une

---

produire (1) une norme de jugement (2) au moyen d'une méthode de raisonnement dialectique. 1/ La proportionnalité détermine la signification de la règle de droit à la lumière du but poursuivi par le décideur. 2/ Pour ce faire, elle permet de soupeser de manière concrète et détaillée les intérêts opposés afin de mesurer la conformité de leurs effets respectifs par rapport au but poursuivi », P. Muzny, *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 1<sup>ère</sup> ed., 2008.

<sup>1730</sup> « Appartenant au vocabulaire classique du droit européen des droits de l'homme, l'expression « contrôle de proportionnalité » correspond dans ce domaine à une formule ramassée visant à évoquer le contrôle à opérer, selon la Cour EDH (Aff. *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avr. 1979, 6538/74, série A no 30, pp. 8-27) sur une mesure étatique constitutive d'une ingérence dans un droit de l'homme ou une liberté fondamentale protégés par la Conv. européenne des droits de l'homme pour vérifier si, nécessaire dans une société démocratique et correspondant à un besoin social impérieux, cette mesure est « proportionnée au but légitime poursuivi » et mérite ainsi d'être jugée conforme à la Conv. européenne des droits de l'homme », P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme. Fertilisation croisée du droit international privé et du droit privé interne », *op. cit.*, note n° 2.

<sup>1731</sup> C'est la proposition formulée par M. Marzal dans, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017. 789 : « on admet très communément que cette forme de raisonnement très particulière serait le fruit inévitable de l'expansion des droits fondamentaux, désormais applicables dans tous les domaines du droit y compris en droit privé. Il ne nous semble pas pourtant qu'un tel lien de nécessité existe. Au contraire, les droits fondamentaux se prêtent à des méthodes d'application très diverses et la proportionnalité ne constitue qu'une seule ».

<sup>1732</sup> En ce sens : « Le test de proportionnalité, en particulier, n'est rien d'autre qu'une balance d'intérêts, dont le résultat – au rebours de ce que laisse entendre la conception répandue des lois de police – pourra donc varier pour une disposition donnée d'une espèce à l'autre », B. Audit, « Du bon usage des lois de police », *Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer*, LGDJ, 2015, p. 36.

<sup>1733</sup> C'est le postulat de la thèse de M. Marzal Yetano, *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Collection des thèses, LGDJ, 2014.

<sup>1734</sup> Pour une approche à partir du droit public v., par ex., Xynopoulos, *Le contrôle de proportionnalité dans le contentieux de la constitutionnalité et de la légalité en France, Allemagne et Angleterre*, LGDJ, 1996.

<sup>1735</sup> Comme le soulève M. P. de Vareilles-Sommières, *op. cit.*, p. 1037.

<sup>1736</sup> L'observation faite par Mme Deumier nous semble révélatrice à cet égard lorsqu'elle affirme que « les droits fondamentaux sont difficilement accessibles à la hiérarchie puisqu'une telle présentation avouerait réaliser un classement entre des valeurs toutes égales en dignité, par exemple à décréter que la liberté d'expression est plus



telle conciliation se rend nécessaire, notamment, lorsqu'il s'agit de l'application concomitante des droits fondamentaux, ainsi la doctrine a observé que « les conflits de droits fondamentaux ont-ils préféré à une règle de conflit une méthode de solution : elle consiste, au cas par cas, à mettre en balance les intérêts en conflit en recherchant la solution la plus équilibrée et la mieux proportionnée qui soit »<sup>1737</sup>. En effet, la doctrine de droit international privé s'est intéressée auparavant à l'infléchissement des *règles* de conflit de lois par le principe de proportionnalité. Cependant, il nous semble que la question peut se poser également à l'égard des *exceptions* à la règle de conflit, c'est-à-dire, concernant les mécanismes liés à l'ordre public.

Lorsque la doctrine identifie la proportionnalité à un mécanisme, il est affirmé que celui-ci consiste « à identifier les intérêts et principes en jeu et leur attribuer une mesure d'importance, pour trancher l'affaire en faveur de celui qui aurait le plus de « poids » ». <sup>1738</sup> D'après M. Marzal, ce mécanisme respecte quatre étapes successives : un test de légitimité, un test d'adéquation, un test de nécessité et un test de proportionnalité stricte<sup>1739</sup>. Ainsi, il est nécessaire de vérifier la disponibilité d'un tel mécanisme au sein du système juridique français (A) et au sein du système juridique mexicain (B).

### A. L'existence du contrôle de proportionnalité en droit français

**717.** En France, le principe de proportionnalité connu de longue date en droit public<sup>1740</sup> s'est aussi répandu au droit privé<sup>1741</sup>. Le recours au mécanisme par la Cour de cassation est de plus

---

importante que le respect à la vie privée », P. Deumier, *Introduction générale au droit*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2017, n° 318.

<sup>1737</sup> *Ibid.*

<sup>1738</sup> T. Marzal, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017. 789.

<sup>1739</sup> « D'après la grande majorité de théorisations et applications, la proportionnalité se décompose en plusieurs « étapes » ou « volets ». Pour être proportionnée, l'application du droit doit (1) poursuivre un but légitime (test de « légitimité ») et (2) être causalement adéquate pour l'atteindre (test d'« adéquation »). De plus, (3) il ne doit pas exister d'autres moyens d'atteindre le même but de façon moins restrictive (test de « nécessité ») et (4) le bénéfice obtenu ne doit pas être disproportionné par rapport à la restriction infligée (test de « mise en balance » ou « proportionnalité au sens strict »). », *Ibid.*

<sup>1740</sup> En matières comme le droit administratif, le droit constitutionnel, le droit européen ou le droit pénal, le principe de proportionnalité revêtirait deux formes : « Tout d'abord, il peut apparaître comme une limite à l'appréciation souveraine ou discrétionnaire de l'administration ou du législateur. Dans ce cas, il s'agit d'un contrôle de l'absence de disproportion flagrante des mesures prises, qui se fait par le biais d'une censure pour erreur manifeste d'appréciation. Mais ensuite, quand l'appréciation du législateur n'est pas libre, ou quand l'administration a une compétence liée, le principe de proportionnalité prend la forme d'un bilan coût-avantages ou d'un bilan coût-efficacité », M. Behar-Touchais, Rapport introductif dans « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA*, n° 117, 30 septembre 1998, p. 1-12.

<sup>1741</sup> En droit privé, voir par exemple, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA*, n° 117, 30 septembre 1998. À cette occasion, Mme. Behar-Touchais dans son rapport introductif affirmait que : « « le problème de la proportionnalité » a-t-on écrit en droit public « est de savoir si l'on n'a pas tiré sur des moineaux avec un canon ». En termes moins imagés, il s'agit donc de rechercher s'il existe une adéquation des moyens employés au but poursuivi. Et un autre publiciste d'ajouter que l'idée de proportionnalité est « simple, en plus d'être évidente, permanente et... normale ». Or, la proportionnalité, n'est pour le privatiste ni simple, ni évidente, ni permanente, ni normale ». L'auteur après avoir évoqué le vaste domaine d'application du principe de

en plus courant depuis l'arrêt du 4 décembre 2013<sup>1742</sup>, marquant une nouvelle tendance lorsque « la Cour de cassation s'interroge non seulement sur la bonne interprétation des règles de droit, mais se charge aussi de contrôler que son application ne s'avère pas « disproportionnée ». »<sup>1743</sup> Actuellement, il serait difficile de nier l'existence du contrôle de proportionnalité en droit français. Cependant, l'étendue du contrôle ne fut acceptée sans encombre. À son égard certains auteurs se demandent, par exemple, si le principe de proportionnalité mérite d'être introduit dans les arrêts de la Cour de cassation<sup>1744</sup>. La possibilité suscite les plus vifs débats et est abordée non sans susciter de passions<sup>1745</sup>. Une partie de la doctrine manifeste ouvertement son refus envers ce phénomène avec pour fondement, selon M. Libchaber, deux raisons : la première historique, la deuxième pour une raison de droit comparé<sup>1746</sup>.

**718.** Spécifiquement en droit international privé, il est intéressant d'observer que les liens avec la notion du contrôle de proportionnalité sont principalement consacrés par le droit européen<sup>1747</sup> et que l'intérêt de la doctrine ne cesse d'augmenter. En guise d'exemple, nous retrouvons des analyses traçant de parallèles entre le contrôle de la proportionnalité et le mécanisme

---

proportionnalité se demande si ce dernier peut s'appliquer aux appréciations qui émanent d'un individu ou d'un groupe d'individus, autrement-dit, de savoir si ce principe existe aussi en droit privé. Les constats menés ont permis d'observer l'absence des restrictions à l'étendue du principe en droit privé, accompagné par l'observation d'une multitude d'applications de la notion de proportion en la matière.

<sup>1742</sup> Civ. 1<sup>re</sup>, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, *D.* 2014. 179, obs. C. de la Cour, note F. Chénéde ; *ibid.* 153, point de vue H. Fulchiron ; *ibid.* 1342, obs. J.-J. Lemouland et D. Vigneau ; *ibid.* 2017. 123, chron. V. Vigneau ; *AJ fam.* 2014. 124, obs. S. Thouret ; *ibid.* 2013. 663, point de vue F. Chénéde ; *RTD civ.* 2014. 88, obs. J. Hauser ; *ibid.* 307, obs. J.-P. Marguénaud.

<sup>1743</sup> T. Marzal, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017. 789.

<sup>1744</sup> R. Libchaber, « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *JCP G*, n° 22, 30 mai 2016, doctr. 632. Lors de l'analyse des arrêts récents de la Cour et la possible évolution dans ses modalités de rédaction l'auteur constate que la Cour de cassation « se perçoit elle-même comme une institution en crise » et qu'au sein des groupes de travail chargés « d'ouvrir un chantier pour cette renaissance. Les réflexions touchent aux questions les plus diverses : faut-il sélectionner les pourvois ?, mieux motiver les décisions rendues ?, introduire un principe de proportionnalité dans la *ratio decidendi*, pour émousser la force trop brutale de la loi ? réfléchir aux incidences des arrêts sur l'environnement économique et politique ? ».

<sup>1745</sup> Ph. Conte, « Contrôle de proportionnalité. Le droit n'est plus le tennis. Un juge vous le dira », *JCP G*, n° 52, 26 décembre 2016, 1405, p. 2409. L'auteur illustre à l'aide d'une histoire, celle d'une partie de tennis, les craintes sous-jacentes à l'introduction du contrôle de proportionnalité en droit français.

<sup>1746</sup> « La répugnance traditionnelle du droit français à la mention des précédents s'alimente à deux sources, aujourd'hui taries. La principale est assurément l'article 5 du Code civil, soit la prohibition des arrêts de règlement - c'est-à-dire des décisions de justice porteuses d'un effet normatif général... Hérité de la fracture révolutionnaire, il repose sur la primauté absolue de la loi et la méfiance corrélative à l'égard des tribunaux. Or la réalité jurisprudentielle est si parfaitement installée dans notre paysage juridique que la crainte d'une tentation législative de la Cour de cassation ne nous apparaît guère que comme un fantôme. Que la jurisprudence soit créatrice, tout l'atteste dans les ordres juridiques variés où un juge est amené à rendre des décisions ; pour autant, sa création n'est pas législative... Dans notre méfiance à l'égard du *précédent* se manifeste encore la charge répulsive de la *Common Law*. », R. Libchaber, *op. cit.*

<sup>1747</sup> Voir les multiples exemples cités par M. Marzal, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017. 789.

d'exception d'ordre public<sup>1748</sup> ou bien évoquant les termes de proportionnalité au sujet du recours au mécanisme des lois de police<sup>1749</sup>. Toutefois, les craintes de l'avancée de la proportionnalité se ressentent également en droit international privé, et sont principalement liées au scepticisme porté au regard de la tendance fonctionnaliste laquelle trouve ses origines dans la *common law*. Les développements à suivre ne prennent pas position en faveur ou contre l'acceptation du contrôle de proportionnalité en droit français, il s'agit seulement du constater que la possibilité a percé la doctrine en France et que le contrôle de proportionnalité pourrait, éventuellement, apporter avec lui un affinement des mécanismes liés à l'ordre public.

**719.** Nous soulignerons à titre liminaire qu'en France, le paroxysme du débat a opposé la proportionnalité au syllogisme traditionnel<sup>1750</sup>. Puisque les mécanismes liés à l'ordre public, comme nous l'avons démontré, suivent une démarche syllogistique, il est dès lors possible d'affirmer que le débat oppose, dans une certaine mesure, le contrôle de proportionnalité aux mécanismes liés à l'ordre public. De l'opposition émerge nécessairement un affinement qu'il faudra déterminer par la suite, or il est pour l'instant nécessaire d'effectuer la vérification de l'existence du contrôle de proportionnalité au sein du système juridique mexicain.

### **B. L'existence du contrôle de proportionnalité en droit mexicain**

**720.** Au sein du système juridique mexicain, la proportionnalité est considérée à la fois comme une forme d'analyse et comme un principe général<sup>1751</sup>. À l'instar du droit français, la notion est fortement liée aux droits fondamentaux car son principal objet est le contrôle de la légitimité des limites imposées aux droits fondamentaux, vis-à-vis de la Constitution<sup>1752</sup>. En ce sens, le

---

<sup>1748</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme. Fertilisation croisée du droit international privé et du droit privé interne », *op. cit.*

<sup>1749</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », *op. cit.*, p. 119 et s.

<sup>1750</sup> « La controverse semble pourtant être désormais dans une certaine impasse dans laquelle l'a conduite la propre dynamique du débat. D'un côté, ceux qui dénoncent la proportionnalité comme source d'imprévisibilité et comme instrument d'usurpation judiciaire ; de l'autre, ceux qui se moquent du légalisme mécanique et prônent une application du droit attentive aux faits. », T. Marzal, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017. 789.

<sup>1751</sup> Pour une analyse de l'évolution de la réception jurisprudentielle du principe de proportionnalité au Mexique v. R. Sanchez Gil, « *Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México* », *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, IJ UNAM, n° 21, juillet-décembre 2009, ISSN version en ligne 2448-4881.

<sup>1752</sup> « *El análisis de proporcionalidad es considerado en numerosos países como un principio general de derecho público aplicable al ámbito del derecho constitucional, derecho administrativo e incluso derecho internacional. Su objetivo es el control de la legitimidad constitucional de los límites de los derechos fundamentales. El elemento más relevante del análisis de la proporcionalidad, es la necesidad de justificación de las medidas gubernamentales que restrinjan (Sic) o limiten el ámbito de aplicación legal de derechos individuales garantizados en la constitución, en aras del interés público* », A. Alvez, « *¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿la migración de un mecanismo constitucional?* », *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, Vol. 60, n° 253, janvier-juin 2010, p. 357-380.

principe de proportionnalité remplit la fonction d'un mécanisme de pondération ou de mise en balance, lorsqu'un droit fondamental et l'intérêt général se trouvent en conflit<sup>1753</sup>, ou lorsque ces droits appartiennent au même niveau hiérarchique. La Cour suprême mexicaine admet les limites posées aux droits fondamentaux par le législateur à la condition de respecter une analyse de proportionnalité<sup>1754</sup>. L'admission du principe de proportionnalité par la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* a été acquise par l'affaire du soldat *Esteban Cabrera*.

**721. L'arrêt *Esteban Cabrera*.** Le recours au contrôle de proportionnalité a été expressément admis par la *SCJN* lors du contentieux de constitutionnalité<sup>1755</sup> déclenché par un membre des forces armées contre la loi de sécurité sociale pour les forces armées mexicaine<sup>1756</sup> (référée par la suite comme ISSFAM). L'article 226 de ladite loi prévoyait une liste d'accidents et maladies ayant pour conséquence le retrait de la personne malade ou infirme du service actif, pour considérer que l'agent n'est plus utile à exercer ses fonctions dans l'armée. L'article envisage environ deux cents causes de décharge des fonctions, parmi elles, la détection du virus d'immunodéficience humaine (VIH).

Le soldat Cabrera, en service actif depuis 1998, à la suite d'une maladie dermatologique, fût hospitalisé à l'Hôpital central militaire en septembre 2003 et soumis à plusieurs examens, parmi eux un examen de détection du VIH sans son consentement préalable. Postérieurement à la détection du VIH chez le soldat, le personnel de l'hôpital a déclaré son retrait du service actif avec pour fondement légal la loi ISSFAM. Le retrait du corps militaire, compte tenu de son ancienneté, laissait le soldat Cabrera sans accès à la sécurité sociale, notamment sans accès aux

<sup>1753</sup> *Ibid.*, p. 357; « *El principio de proporcionalidad como mecanismo de ponderación o balance en la resolución de conflictos entre derechos, o entre valores y derechos constitucionales es utilizado desde la década de 1950 en diversas democracias liberales* ».

<sup>1754</sup> Restrictions aux droits fondamentaux, éléments à prendre en compte par le juge constitutionnel afin de reconnaître leur validité. *Restricciones a los derechos fundamentales. Elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas válidas*. J 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Livre V, février 2010, Tome 1, p. 533, n° 160267 : « *Para que las medidas emitidas por el legislador ordinario con el propósito de restringir los derechos fundamentales sean válidas, deben satisfacer al menos los siguientes requisitos : a) ser admisibles dentro del ámbito constitucional, esto es, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales con objetivos que puedan enmarcarse dentro de las previsiones de la Carta Magna ; b) ser necesarias para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de esos objetivos, sino que debe ser la idónea para su realización, lo que significa que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de los derechos fundamentales; y, c) ser proporcional, esto es, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales, en el entendido de que la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida a otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos...* ».

<sup>1755</sup> P./J. 131/2007 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Livre XXVI, p.12, décembre 2007, n° 170590.

<sup>1756</sup> *Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas*, publiée dans le *DOF* le 09 juillet 2003.

soins médicaux, hospitaliers et pharmaceutiques pour le traitement. Ainsi, s'estimant lésé dans l'exercice de ses droits et garanties constitutionnelles d'égalité et non-discrimination pour motifs de santé, le soldat a cherché la protection par le biais de l'*amparo*.

En l'espèce la *SCJN* se trouvait face à un conflit entre l'intérêt public, dans son volet social, consacrée par l'*ISSFAM* et l'intérêt individuel du soldat. D'une part, l'intérêt général s'appuyait sur le principe de protection et sauvegarde de l'efficacité de l'armée<sup>1757</sup>, exigeant l'intégrité physique de ses membres et ayant comme corollaire la possibilité pour les autorités militaires d'en exiger des conditions physiques, mentales et de santé aux membres de l'institution<sup>1758</sup>. D'autre part, l'intérêt individuel se fondait sur une violation aux principes d'égalité<sup>1759</sup> et de non-discrimination pour des motifs de santé<sup>1760</sup>.

L'argument avancé soutenait que la règle contenue à l'article 226 de l'*ISSFAM* serait contraire à la Constitution car attentatoire aux garanties constitutionnelles par une limitation disproportionnée. On observe donc que le mécanisme de proportionnalité se présente lors d'un contrôle de constitutionnalité d'un acte du pouvoir législatif, à cet égard une parenthèse s'impose pour rappeler que le contrôle de constitutionnalité fut effectué par le biais du *juicio de amparo* et non par une action d'inconstitutionnalité<sup>1761</sup>. L'*amparo*, fleuron de la protection constitutionnelle mexicaine, permet d'actionner les tribunaux fédéraux contre les lois ou actes d'autorité attentatoires des garanties individuelles<sup>1762</sup>.

La *SCJN* a dû répondre à la question de savoir si les limitations établies par la loi *ISSFAM* aux droits du soldat Cabrera pouvaient être justifiées par un intérêt général liée à l'efficacité des

<sup>1757</sup> Il découle des arguments litigieux que le principe trouverait son fondement dans les articles 4°, 13, 31, 32, 123, B, XIII et 129 de la Constitution mexicaine.

<sup>1758</sup> A. Alvez, « *¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿la migración de un mecanismo constitucional?* », p. 358.

<sup>1759</sup> Droit fondamental protégé par l'article premier §1 de la Constitution mexicaine : « Article 1. Aux États-Unis du Mexique, tout individu jouit des garanties offertes par cette Constitution. De telles garanties ne pourront être ni restreintes ni suspendues, sauf dans des cas ou des conditions établies par la Constitution elle-même. » Traduction proposée par la Direction générale de la coordination du recueil et systématisation des décisions de la Cour suprême de justice de la Nation, disponible sur <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/fr/mx/mx047fr.pdf>, (consulté le 27 avril 2018).

<sup>1760</sup> L'interdiction de discrimination est consacrée à l'article premier, § 3 qui dispose : « toute forme de discrimination émanant de situations dues à l'origine ethnique ou nationale de l'individu, au genre, à l'âge ou aux capacités réduites, à la condition sociale ainsi qu'aux conditions de santé, aux préférences religieuses ou aux opinions personnelles et à l'état civil sont interdites, de même que tout acte remettant en cause la dignité de la personne humaine et qui s'avère attentatoire ou restrictive des droits et des libertés fondamentales ». *Ibid.*

<sup>1761</sup> Ainsi, en l'espèce la Cour suprême mexicaine a été saisie en deuxième instance pour effectuer le contrôle de constitutionnalité d'une loi fédérale en application de l'art. 84, I, a) de l'ancienne loi d'*amparo*.

<sup>1762</sup> A. Alvez, « *¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿la migración de un mecanismo constitucional?* », p. 359 : « *Es interesante la figura del juicio de amparo Mexicano, pues establece formalmente la posibilidad de reclamar ante los tribunales de justicia por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales. Se trata por tanto de una ley que autoriza el control judicial de actos gravosos cometidos por la autoridad por medio de los cuales se violen derechos constitucionales en contra de personas individualmente consideradas, cosa poco frecuente en Latino América* ».

forces armées mexicaines. Par une décision du 27 février 2009<sup>1763</sup> adoptée en Assemblée plénière, la Cour suprême mexicaine juge que la loi ISSFAM poursuit une finalité constitutionnelle légitime mais inadéquate en l'espèce, à défaut d'un caractère proportionnel et raisonnable<sup>1764</sup>.

**722.** La doctrine observe que le principe de proportionnalité n'est pas expressément consacré dans la Constitution mexicaine toutefois, compte tenu de l'argumentation de la *SCJN* dans l'affaire Cabrera, il est possible d'affirmer que le principe de légalité comporte certains éléments herméneutiques permettant le recours au mécanisme de proportionnalité<sup>1765</sup>. Ayant constaté l'existence du contrôle de proportionnalité au sein du système juridique français et du système juridique mexicain il convient de s'intéresser à l'intégration du contrôle de proportionnalité au phénomène d'affinement des mécanismes liés à l'ordre public.

## **§2. L'affinement apporté aux mécanismes liés à l'ordre public par le contrôle de proportionnalité**

**723.** L'étude de l'affinement apporté aux mécanismes liés à l'ordre public par le contrôle de proportionnalité est possible grâce à deux rapprochements : celui de la proportionnalité avec le droit des contrats et de la proportionnalité avec le droit international privé.

**724. La proportionnalité et le droit des contrats.** Le rapprochement entre le contrôle de proportionnalité et le domaine contractuel s'est rendu possible lorsque la Cour de Strasbourg, pour apprécier la portée des violations interindividuelles de la Convention européenne des

---

<sup>1763</sup> *Amparo en revisión* 1659/2006, décision du 27 février 2007. Il existe une différence entre la date de la décision et celle de son inscription comme *jurisprudencia*. Cela s'explique par les particularités du processus d'adoption d'une jurisprudence au sein de la *SCJN*, exigeant une analyse interne d'homologation des cinq décisions requises, sans contradiction, pour constituer un précédent jurisprudentiel.

<sup>1764</sup> En ce sens, A. Alvez, « *¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿la migración de un mecanismo constitucional?* », p. 361: « *La SCJN debió resolver si la limitación infringidas por la ley del ISSFAM a la persona del soldado Esteban Cabrera podría considerarse justificada por el interés social contrapuesto vinculado a la eficacia de las Fuerzas Armadas Mexicanas. El fallo de la SCJN le reconoció a la ley del ISSFAM una finalidad constitucional legítima, no obstante la cual, la diferenciación legal se estima inadecuada por existir medios alternativos que limitarían los derechos de igualdad y no discriminación en menor medida y se considera asimismo que la ley carece de razonabilidad jurídica al equiparar el concepto de inutilidad al de enfermedad* ».

<sup>1765</sup> *Ibid.*, p. 373 : « *El principio de proporcionalidad no se encuentra consagrado constitucionalmente de modo expreso en México. Sin embargo de acuerdo a la argumentación de la SCJN basado en el principio de legalidad existían criterios hermenéuticos que permitieron su descubrimiento jurisprudencial, como una técnica de adjudicación constitucional en el control de las limitaciones a los derechos fundamentales. La SCJN presenta el examen de proporcionalidad como un mecanismo de balance entre los medios y los fines que se pretende alcanzar a través de la legislación que limita la garantía constitucional debatida... La SCJN muestra especial celo en demostrar que esta técnica no constituye una completa novedad en el ordenamiento jurídico mexicano pues en diversos fallos se han ido incorporando elementos del examen de proporcionalidad y razonabilidad* ».



droits de l'homme, n'a pas hésité « à transposer aux relations privées le contrôle de proportionnalité conçu pour juger des ingérences de la puissance publique »<sup>1766</sup>. Ainsi, transposé aux relations entre personnes privées, et notamment dans des relations contractuelles, « un tel contrôle de proportionnalité impose de confronter les intérêts contradictoires en présence »<sup>1767</sup>, qu'il s'agisse d'un intérêt privé face à un intérêt général ou bien la confrontation d'intérêts purement privés<sup>1768</sup>. À cet égard, la doctrine a évoqué la modification profonde du contrôle de proportionnalité lorsqu'il est appliqué à la relation contractuelle, en ce sens qu'il ouvre la possibilité d'un contrôle direct de la volonté des personnes privées<sup>1769</sup>. Ce rapprochement se voit doublé par celui effectué avec le droit international privé.

**725. Le rapprochement du contrôle de proportionnalité et le droit international privé.** Le phénomène du contrôle de proportionnalité a été récemment approché à partir de la perspective international-privatiste<sup>1770</sup>, permettant de comprendre les apports potentiels réciproques du droit privé interne et du droit international privé. Il est notable que lorsque le contrôle de proportionnalité est regardé à partir la perspective du droit international privé, c'est à l'occasion du recours aux mécanismes liés à l'ordre public<sup>1771</sup>. On rappellera que puisque le système juridique mexicain fait un faible recours aux mécanismes liés à l'ordre public, les appréciations à son égard se font rares. En plus, en droit positif mexicain l'*amparo* est l'instrument idéal de protection des valeurs les plus chères à la société mexicaine, s'avérant ainsi comme l'instrument idoine à la protection des droits fondamentaux. Il ne passera pas inaperçu que la méthode de la

<sup>1766</sup> S. Chassagnard-Pinet, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 234. L'auteur rappelle que « le principe de proportionnalité consiste originellement à déterminer si, compte tenu de la marge d'appréciation de l'État, la mesure litigieuse prise par la puissance publique était nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un but d'intérêt général ».

<sup>1767</sup> *Ibid*. Pour une réinterprétation du droit des contrats à travers le prisme de la balance, v. S. le Gac-Pech, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, LGDJ, 2000.

<sup>1768</sup> Pour un exemple du recours au principe de proportionnalité concernant la confrontation d'un intérêt général et un intérêt privé voir CEDH 11 janv. 2006, *Sorensen et Rasmusen c. Danemark*, § 57, JCP 2006. I. 164, n° 10, obs. F. Sudre. En revanche, le recours au contrôle de proportionnalité conduisant à la confrontation d'intérêts privés voir CEDH 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*. La Cour caractérise une atteinte à la vie privée en jugeant « qu'un juste équilibre n'a pas été ménagé entre les intérêts de la compagnie d'assurance privée, d'une part, et les intérêts de la requérante, d'autre part » § 84.

<sup>1769</sup> « L'application du contrôle de proportionnalité à une ingérence contractuelle motivée par un intérêt purement privé opère une modification profonde du sens et de la portée du principe qui sous-tend ce contrôle. Appliqué à la relation contractuelle, le principe de proportionnalité conduit à apprécier si l'ingérence privée constitue une mesure nécessaire dans une relation contractuelle loyale pour atteindre un but d'intérêt privé... Par delà de l'effet horizontal indirect de la Convention européenne des droits de l'homme, se développe un contrôle direct des volontés privées », S. Chassagnard-Pinet, *op. cit.*, p. 235.

<sup>1770</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme. Fertilisation croisée du droit international privé et du droit privé interne », *Études à la mémoire de Philippe Neau-Leduc*, LGDJ, 2018, p. 1031-1046.

<sup>1771</sup> Voir par exemple la thèse de M Bihannic, *Repenser l'ordre public de proximité. D'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017, qui propose une conception renouvelée de l'ordre public de proximité, sous l'influence de la proportionnalité.

balance d'intérêts au cœur du contrôle de proportionnalité a été adoptée par de multiples systèmes juridiques. Il est d'autant plus intéressant d'observer que les systèmes à fort caractère constitutionnaliste accueillent plus favorablement ce type de raisonnement<sup>1772</sup>. Ainsi, nous nous intéresserons successivement à l'affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme d'exception d'ordre public (A) et sur le mécanisme de lois de police (B).

### A. L'affinement sur le mécanisme d'exception d'ordre public

**726.** Pour la doctrine française, le rapprochement entre le mécanisme d'exception d'ordre public et le contrôle de proportionnalité se rend possible par le constat suivant : le principe de proportionnalité « en opérant un tel contrôle sur une loi française de droit privé afin d'en apprécier la conformité aux droits de l'homme, la Cour de cassation accepte de jeter sur cette loi française un regard qui *ressemble* à celui que le droit international privé la conduit à jeter, lorsque l'occasion se présente, sur une loi étrangère de droit privé, applicable, par le jeu de la règle de conflit de lois, devant le juge français »<sup>1773</sup>. De ce parallélisme, M. de Vareilles-Sommières conclut à la possibilité pour le droit privé de s'inspirer du droit international privé pour diviser son « raisonnement en deux phases, préalable et principale »<sup>1774</sup>. L'auteur, lorsqu'il observe les synergies entre les contrôles, signale la nécessité de s'intéresser à la place du contrôle de la proportionnalité dans le contrôle du respect de l'ordre public par la norme étrangère du droit privé<sup>1775</sup>.

**727.** En rapport avec la question de savoir quelle est la place du contrôle de proportionnalité au sein du respect de l'ordre public, M. Haftel trace une analogie entre le contrôle de conventionnalité et le mécanisme d'exception d'ordre public et affirme que « le contrôle de proportionnalité *constitue un raffinement* du contrôle de conventionnalité, consistant, pour effectuer ce dernier, à prendre en compte toutes les circonstances particulières au cas d'espèce

<sup>1772</sup> Les systèmes propices à ce mécanisme de contrôle répondent à des conditions spécifiques : systèmes à forte tradition constitutionnaliste ou bien systèmes supranationaux (CJUE et CEDH). Voir les développements T. Marzal, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017. 789.

<sup>1773</sup> « Or cette neutralisation de la loi étrangère de droit privé pour le cas en cause du fait de sa contrariété aux droits de l'homme composant l'ordre public en droit international privé évoque peu ou prou la neutralisation d'un texte législatif français de droit privé à laquelle le contrôle de proportionnalité aboutit, en droit privé interne, pour le cas jugé », P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme... », *op. cit.*, n° 11.

<sup>1774</sup> « Si bien qu'en définitive, inspirée du droit international privé où elle est naturelle, la distinction en deux phases, préalable et principale, du procès civil dans lequel interfèrent les droits de l'homme par le jeu d'une exception d'inconventionnalité permet de prendre conscience de la diversification des missions du juge judiciaire, juge à titre principal du rapport de droit privé et juge à titre préalable de la conventionnalité de la loi applicable au rapport de droit privé », *Ibid.*

<sup>1775</sup> *Ibid.*, n° 5, note n° 30. L'auteur s'interroge : « un tel contrôle existe-t-il au moins de façon latente dans le régime actuel de l'ordre public international ? Mériterait-il d'être développé ? v., levant un coin du voile qui recouvre actuellement cette question, B. Haftel, note sous CE, 31 mai 2016, 396848, *D.* 2016, 1477 ».

soumis au juge »<sup>1776</sup>. Dans le prolongement de cette analogie, la question se pose de savoir si le contrôle de proportionnalité est, à son tour, un raffinement du mécanisme d'exception d'ordre public, hypothèse qu'occupera nos observations à suivre.

**728.** Tout d'abord, l'idée de raffinement exclut l'hypothèse d'un remplacement, en ce sens que le contrôle de proportionnalité ne se substitue pas à l'exception d'ordre public, mais viendrait interagir avec cette dernière. Au but de sa réflexion, M. Haftel affirme que la Cour de cassation aurait, depuis longtemps, effectué un contrôle de proportionnalité en matière d'ordre public international<sup>1777</sup>, nous permettant de supposer qu'un raffinement par intégration est donc possible. Une raison de poids nous permet d'adhérer à une telle affirmation, pour l'analyser il est nécessaire d'effectuer un rapprochement. Compris comme des contrôles, la proportionnalité et l'exception d'ordre public répondent à un rapport logique de cause-à-effet. Dans le respect de cet ordre, il convient d'analyser le rapprochement dans leurs causes<sup>1778</sup> (1) suivi des supposées divergences dans leurs effets (2).

### *1. Le rapprochement des causes*

**729.** On l'aura assez répété, en droit international privé le contrôle de la régularité d'une norme, ou décision, par recours au mécanisme d'exception d'ordre public suppose la contrariété à l'une des valeurs essentielles protégées par le for. D'autre part, bien qu'au niveau interne le

---

<sup>1776</sup> B. Haftel, note sous CE, 31 mai 2016, 396848, *D.* 2016. 1477 : « Qu'est-ce, en effet, au fond, que le contrôle de proportionnalité ? Le contrôle de conventionnalité, en général, consiste à confronter une norme potentiellement applicable à une autre norme afin de déterminer si elle lui est conforme, auquel cas elle sera effectivement appliquée, ou contraire, auquel cas elle sera évincée. Cette définition convient exactement aussi bien au contrôle de conventionnalité – la norme jaugée étant alors la loi et la jauge la Convention, ici la Convention européenne des droits de l'homme – qu'au contrôle de la conformité des normes étrangères à l'ordre public international – la norme jaugée étant alors la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois et la jauge les principes essentiels du droit français, en ce compris la Convention européenne... Cela ressemble à s'y méprendre à l'appréciation *in concreto* de la conformité de la loi étrangère à l'ordre public international qui permet, de la même manière, de juger de façon différenciée la conformité abstraite et la conformité concrète d'une loi étrangère ».

<sup>1777</sup> *Ibid.* : « Que la Cour soit tranquille : cela fait bien longtemps qu'elle opère, en matière d'ordre public international, un contrôle de proportionnalité, et les conditions actuelles du pourvoi en cassation ne l'en ont jamais empêchée. Sur le plan de la méthode, il n'y a donc ni nouveauté, ni difficulté. Sur le plan de la légitimité, en revanche... ». Même si en l'espèce M. Haftel constate, de la part du Conseil d'État, une « mise à l'écart pure et simple de méthodes ordinaires du droit international privé, dans une affaire qui, *a priori* en tous cas, pouvait légitimement en relever ».

<sup>1778</sup> Non sans ignorer le risque d'effectuer une approximation trompeuse, parmi celles dont nous mettais en garde le Professeur Chénéde, « Contre-révolution tranquille de la Cour de cassation », *D.* 2016, 796, notamment lorsqu'il affirmait : « Commençons par observer qu'un tel « contrôle » est sans équivalent dans l'ordre juridique français. Là encore, il faut se garder des approximations trompeuses. Bien sûr, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont le pouvoir, comme la Cour de cassation, d'évincer une loi en raison de sa contrariété aux droits et libertés garantis par la Constitution ou la Convention européenne. Il n'est pas davantage douteux que cette censure puisse être prononcée en application du « principe de proportionnalité » : la loi est écartée au motif que l'atteinte portée aux droits individuels est « disproportionnée » par rapport aux objectifs légitimes poursuivis. En revanche, ces deux hautes juridictions ne se sont jamais reconnu le pouvoir d'écarter l'application d'une loi au cas d'espèce en raison de son excessive dureté pour l'une des parties ».

fondement du contrôle de proportionnalité en droit public soit, schématiquement, le caractère disproportionné d'une sanction, lorsque le contrôle de proportionnalité est appliqué dans un litige à caractère privé, il l'est avec pour justification la contrariété à un droit fondamental (partie composante de l'ordre public).

**730.** Ainsi par exemple, dans l'arrêt inaugurant le recours au contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation, c'est l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme qui est visé. Également, dans son arrêt du 31 mai 2016, le Conseil d'État considère que l'*application in concreto* de la règle matérielle serait de nature à porter atteinte à la Convention européenne des droits de l'homme, spécifiquement au droit au respect de la vie privée et familiale protégé par son article 8. Il est aussi vrai pour le système juridique mexicain, lorsqu'on constate dans l'affaire *Esteban Cabrera* précité consacrant le recours au contrôle de proportionnalité, que c'est la violation d'une valeur essentielle du for, en l'espèce l'atteinte portée aux principes d'égalité et de non-discrimination protégés par la Constitution est invoquée pour déclencher le contrôle de proportionnalité. En appui de ces constatations, on observe que la doctrine admet le rapprochement des contrôles en ce qu'ils visent à éviter des solutions néfastes pour le for. Ainsi, M. de Vareilles-Sommières affirme que la diversification des cas de contrôle de conventionnalité devant le juge judiciaire, fédérées sous l'étendard de régularité de la norme, s'insère dans la logique de « la lutte contre la consécration des solutions iniques par le même juge judiciaire »<sup>1779</sup>. Si le rapprochement des causes s'avère plausible celui des résultats est plus discutable.

## 2. Une divergence des résultats ?

**731.** Une observation indispensable touche le cœur des deux notions, le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de cassation<sup>1780</sup> et celui de la régularité de la norme étrangère s'imposent au vu des circonstances particulières et non de manière abstraite. Dans le cadre d'une application *in concreto*, la mise en œuvre du mécanisme d'exception d'ordre public

<sup>1779</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme... », *op. cit.*, n° 3.

<sup>1780</sup> Cette affirmation doit être nuancée de suite et cantonnée au contrôle par la Cour de cassation, puisque M. Chénédy lorsqu'il évoque le contrôle de proportionnalité au sein du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État affirme que « en revanche, ces deux hautes juridictions ne se sont jamais reconnu le pouvoir d'écarter l'application d'une loi au cas d'espèce en raison de son excessive dureté pour l'une des parties. Qu'il intervienne *a priori* ou *a posteriori*, l'examen du Conseil constitutionnel porte toujours sur la règle générale exprimée par la loi (contrôle *in abstracto*), jamais sur son application au cas d'espèce (contrôle *in concreto*). De même, et bien qu'un auteur se soit lancé à sa recherche, on ne trouve apparemment aucune décision identique à celle du 4 décembre 2013 dans la jurisprudence du Conseil d'État, qui ne s'est jamais permis d'évincer la volonté claire et précise du législateur, au motif que son application *au cas d'espèce* serait « disproportionnée » ou « inéquitable » pour l'une des parties au litige. », « Contre-révolution tranquille de la Cour de cassation », *D.* 2016, 796, n° 4.

implique nécessairement une solution binaire<sup>1781</sup>, en ce sens que seulement deux possibilités résultent : soit la loi choisie ou désignée est appliquée, soit elle est écartée au profit d'une autre.

**732.** À son tour, le contrôle de proportionnalité implique, en principe, une relation d'équilibre entre les intérêts en conflit, autrement dit : un recours à la balance. Or, lorsqu'on observe le résultat concret du recours au contrôle de proportionnalité en droit privé, celui-ci se traduit le plus souvent par l'écart d'une règle (matérielle) au profit d'une autre<sup>1782</sup> pour le cas d'espèce. Par divergence des résultats on comprend donc : une solution autre que l'application d'une règle matérielle ou bien sa mise à l'écart, hypothèse qui ne se vérifie pas systématiquement lors du recours au contrôle de proportionnalité. Prenant exemple dans l'arrêt du Conseil d'État préalablement évoqué, il est possible d'observer que le résultat est la mise à l'écart de la loi française, du fait de sa contrariété à la Convention européenne des droits de l'homme. La suite du raisonnement n'est pas une application concomitante des règles française et espagnole, mais bien l'éviction de la première. Ainsi, à défaut de divergence du résultat des contrôles<sup>1783</sup>, la divergence se déplace alors vers les moyens (méthodes) de production du résultat. Plus particulièrement, l'affinement du contrôle de proportionnalité sur l'exception d'ordre public se produit par l'adaptation des conditions permettant le déclenchement du mécanisme. À ce titre, on rappellera que lors du rétablissement du fonctionnement des mécanismes liés à l'ordre public, nous avons identifié la notion de *moyens* aux conditions nécessaires à leur déclenchement. Dans cette veine, il est dès lors nécessaire de rappeler les conditions nécessaires à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

**733. Les conditions à la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.** M. Marzal rappelle la théorie de Robert Alexy en ce que le contrôle de proportionnalité, comme mise en balance, respecterait quatre conditions : une condition de légitimité, une condition d'adéquation, un test

---

<sup>1781</sup> Voir *supra* §58 et s.

<sup>1782</sup> « Cette méthode consiste essentiellement... à identifier les intérêts et principes en jeu et leur attribuer une mesure d'importance, pour trancher l'affaire en faveur de celui qui aurait le plus de « poids » », T. Marzal, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017. 789.

<sup>1783</sup> *Contra* les observations du Professeur Chénéde dans « Contre-révolution tranquille de la Cour de cassation », *D.* 2016, 796. L'auteur, lorsqu'il rappelle les arguments des partisans d'un contrôle de proportionnalité au sein de la Cour de cassation, évoque les exemples du contrôle des clauses pénales, la sanction des clauses abusives et du contrôle de la conformité du contrat aux libertés fondamentales imposée par le droit spécial. Il affirme que « la comparaison de ces contrôles de proportionnalité *lato sensu* avec le contrôle de proportionnalité envisagé dans le cadre de la réforme est si grossière qu'il est difficile de croire à la parfaite bonne foi de ceux qui l'invoquent. Avec le contrôle des clauses pénales, abusives ou liberticides, il ne s'agit pas d'écarter la loi, mais d'en faire application en pourchassant les excès des contractants... La situation est tout autre avec le « contrôle de proportionnalité » en débat, puisqu'il s'agit d'autoriser le juge – et plus exactement : pour le juge de s'autoriser – à écarter une loi claire et précise, dès lors qu'il estime que son application au cas d'espèce porterait excessivement atteinte aux droits et libertés de l'une des parties au litige. Cela n'a rien de commun avec les hypothèses précitées ».

de nécessité et une mise en balance ou proportionnalité au sens strict<sup>1784</sup>. Cependant, l'auteur constate, dans un contexte de droit européen, l'absence d'une méthodologie de mise en balance à partir d'une analyse de droit positif de la jurisprudence en matière de libertés de circulation. M. Marzal affirme que la formule utilisée à propos du contrôle de proportionnalité ne se réfère pas à une mise en balance, mais qu'en revanche « le contrôle de proportionnalité se limite à la vérification de l'existence d'un lien de causalité entre un « *intérêt général* » ou une « *exigence* » jugée « *impérative* » (« *que cette mesure soit propre à garantir...* ») ainsi que de l'inexistence de mesures alternatives tout aussi efficaces (« *qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire...* »)<sup>1785</sup>. Ainsi, en suivant ce raisonnement, il est possible d'affirmer que la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité répond à deux conditions : la protection d'un intérêt général et l'application d'une mesure qui n'aille pas au-delà du nécessaire. Parmi ces deux conditions, il est nécessaire de déterminer laquelle peut apporter un affinement au mécanisme d'exception.

**734.** La première condition doit être écartée d'emblée puisque la protection d'un intérêt général ne serait pas de nature à affiner la mise en œuvre du mécanisme d'exception d'ordre public en ce sens que la protection d'une valeur essentielle du for s'y associe déjà à ce mécanisme. Si l'affinement existe, sa source se trouverait donc dans la seconde condition, celle de l'inexistence des mesures alternatives. Toutefois, les mesures à disposition pour la justice conflictuelle sont limitées au résultat binaire du recours au mécanisme d'exception d'ordre public et, dès lors, la recherche de mesures alternatives devient inopérante. Ainsi, le possible affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme d'exception d'ordre public s'avère assez limité.

**735.** L'exception d'ordre public lorsqu'elle a dû rectifier son déclenchement à l'occasion de certaines hypothèses, elle l'a fait par l'identification de la condition de proximité, s'avérant

---

<sup>1784</sup> « Pour être proportionnée, l'application du droit doit (1) poursuivre un but légitime (test de « légitimité ») et (2) être causalement adéquate pour l'atteindre (test d'« adéquation »). De plus, (3) il ne doit pas exister d'autres moyens d'atteindre le même but de façon moins restrictive (test de « nécessité ») et (4) le bénéfice obtenu ne doit pas être disproportionné par rapport à la restriction infligée (test de « mise en balance » ou « proportionnalité au sens strict ») », T. Marzal, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017. 789. L'auteur rappelle la théorie de Robert Alexy à cet égard et développe dans sa thèse : *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, n° 184 et s.

<sup>1785</sup> T. Marzal, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*, n° 196 et s. L'auteur rappelle la formule utilisée par la Cour de justice à propos du contrôle de proportionnalité dans l'arrêt CJCE, 10 avril 2008, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise*, aff. C-265/06, *Rec.* p. I-02245, §37 : « 37. Selon une jurisprudence constante, une mesure d'effet équivalant à une restriction quantitative à l'importation ne peut être justifiée que par l'une des raisons d'intérêt général énumérées à l'article 30 CE ou par l'une des exigences impératives consacrées par la jurisprudence de la Cour [...], à condition que, dans l'un ou l'autre cas, cette mesure soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif [...] ».



ainsi comme une version plus précise qu'un contrôle de proportionnalité et au surplus adaptée aux besoins de la vie internationale. En ce sens, nous ne pouvons qu'adhérer à l'affirmation de M. Haftel selon laquelle « le contrôle de proportionnalité lui-même, qui, loin de représenter cette révolution méthodologique majeure que certains y voient, et qui justifierait la mise à l'écart des méthodes les plus classiques, jusqu'au syllogisme judiciaire, ressemble aux yeux de l'internationaliste, à s'y méprendre, au contrôle *in concreto* de la conformité des normes étrangères à l'ordre public international et, ici en particulier, à une version dévoyée de l'ordre public de proximité »<sup>1786</sup>.

**736. L'auteur du contrôle.** Un dernier mot s'impose concernant l'auteur du contrôle. Dans l'affaire d'insémination *post mortem* artificielle<sup>1787</sup> M. Haftel observe que le Conseil d'État est parvenu à ne pas voir que la question posée était une de droit international privé. Une telle constatation conforte l'hypothèse préalablement développée selon laquelle, la nature des organes conditionne l'emploi des mécanismes : contrôle de légalité pour le Conseil d'État, contrôle de constitutionnalité pour le Conseil constitutionnel, mécanismes d'exception (visant un contrôle de régularité) pour la Cour de cassation. En effet, comme l'auteur le signale, il est étonnant pour l'internationaliste que soit mis à l'écart tout raisonnement en termes de droit international privé<sup>1788</sup>. Cependant, l'étonnement peut être tempéré à notre sens par le fait qu'il serait peu cohérent pour le gardien des affaires de la *res publica* d'y parvenir par les méthodes façonnées à partir d'une perspective privée<sup>1789</sup>.

**737.** Dans le système juridique mexicain, l'affinement se rend moins évident sur l'exception d'ordre public compte tenu du faible recours au mécanisme. En revanche, le juge fédéral mexicain dispose d'un mécanisme de contrôle d'application des droits fondamentaux, autre que le principe de hiérarchie, le recours à l'*amparo*<sup>1790</sup> sans doute compatible avec le contrôle de

<sup>1786</sup> D'après M. Haftel, le Conseil d'État aurait, sous la bannière d'un contrôle de proportionnalité, appliqué le critère de proximité « Ce qui a conduit à la mise à l'écart de la loi française tient à l'intensité des points de contact – non frauduleux ni accidentels – de la situation avec l'ordre juridique espagnol. Cette considération, qui consiste à conditionner la mise à l'écart de la règle normalement applicable en raison des liens qu'entretient la situation avec un ordre juridique donné ressemble, à s'y méprendre, à l'*ordre public de proximité* », note sous CE, 31 mai 2016, 396848, D. 2016. 1477.

<sup>1787</sup> *Ibid.*

<sup>1788</sup> Il s'agissait, en effet, de savoir s'il convenait de circonscrire le champ d'application de la prohibition posée par la loi française à raison des liens qu'entretenait la situation avec un ordre juridique étranger, en l'occurrence l'Espagne. Il s'agit de la définition même de la question du conflit de lois », *Ibid.*

<sup>1789</sup> Voir J. Foyer, « Le Conseil d'État et le conflit de lois », *Mélanges D. Holleaux*, p. 103 s. Le Doyen Foyer démontre que s'il n'est pas dans les habitudes du Conseil d'État d'appliquer une loi étrangère : « démentant les affirmations de Charles Eisenmann, le Conseil d'État s'est tourné, sans toujours le reconnaître au grand jour, vers les méthodes du droit international privé, telles qu'elles ont été dégagées par la jurisprudence et systématisées par la doctrine », p. 104. Voy. Ch. Eisenmann, « Le rapport entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable en droit administratif français », *Mélanges Maury*, t. II, p. 379.

<sup>1790</sup> Sanchez Gil, « *Recepción jurisprudencial el principio de proporcionalidad en México* », *Cuestiones constitucionales, Revista mexicana de derecho constitucional*, n° 21, juill.-déc. 2009.

proportionnalité. Ce phénomène s'explique puisque la doctrine n'a pas manqué d'observer que le terrain le plus fertile au développement du contrôle de proportionnalité est bien le raisonnement des Cours constitutionnelles<sup>1791</sup>. Ayant étudié la possibilité d'un affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme d'exception d'ordre public il est désormais nécessaire de s'intéresser à l'affinement sur le mécanisme de lois de police.

### B. L'affinement sur le mécanisme des lois de police

738. Tout d'abord, la possibilité d'un affinement sur le mécanisme de lois de police<sup>1792</sup> suppose un détachement du contrôle de proportionnalité des droits fondamentaux, sauf à considérer que la protection de ces derniers soit bien une politique législative. Cette déconnection ne fait pas obstacle puisqu'en effet, la doctrine s'accorde à la possibilité du recours au contrôle de proportionnalité en dehors de l'hypothèse de la protection des droits fondamentaux, notamment dans un « but légitime poursuivi »<sup>1793</sup>. Adopter une telle posture permettrait de comprendre l'affinement que le contrôle de proportionnalité peut apporter au mécanisme des lois de police, c'est-à-dire l'adéquation des moyens au but poursuivi. Comme nous l'avons préalablement établi, la notion de *but* recoupe celle de *politique législative* au sein du mécanisme des lois de police. À leur tour les lois de police, en tant que mécanisme, répondent à une logique de cause-à-effet dans laquelle la cause s'associe à la protection d'une politique législative et l'effet à la modification du critère de rattachement. À la différence de l'affinement sur le mécanisme d'exception d'ordre public, celui opéré sur les lois de police a déjà été évoqué en doctrine nous permettant d'y prendre appui. Ainsi nous reprendrons le constat de la possibilité d'affinement (1) pour développer ensuite sur sa pertinence (2).

<sup>1791</sup> A. Stone Sweet et J. Mathews, « *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism* », *Columbia Journal of Transnational Law*, 2008, n° 47, p. 72-164. *Contra* il est affirmé qu'en droit constitutionnel américain un principe général de proportionnalité est absent, v. Jackson, « *Constitutional law in an age of proportionality* », 124, *Yale Law Journal*, p. 3094-3196 (2014-2015).

<sup>1792</sup> Possibilité d'affinement envisagée par M. Bonomi : « *It is submitted that this 'rule of reason' elaborated by the European Court of Justice can be taken as a model for the internationally mandatory application of domestic rules. The derogation from a bilateral choice-of-law rule is only justified if the domestic rule is the expression of an essential interest of the forum State, but this is not sufficient. Under the principle of proportionality, courts also have to ascertain whether the mandatory application of an internal rule in an international situation is the necessary and most effective way to promote the underlying policy. This means that the domestic rule does not need to be applied when the same result can be achieved under the rules of the foreign lex causae* », A. Bonomi, « *Mandatory Rules in Private International Law* », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 234.

<sup>1793</sup> M. Behar-Touchais, Rapport introductif dans « *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* », *LPA*, n° 117, 30 septembre 1998, p. 1-12.

*1. Le constat de la possibilité d'affinement sur le mécanisme des lois de police*

**739.** Par ailleurs nous avons essayé de rétablir les propositions concrètes de M. d'Avout autour des lois de police<sup>1794</sup>. Pour rappel, l'auteur considère d'une part, la convenance d'harmoniser le régime des lois de police sans distinction de leur origine et ce « en affirmant le principe d'une application présomptive généralisée de toute « vraie » loi de police légitime »<sup>1795</sup>. D'autre part, M. d'Avout signale comme opportune l'élaboration d'un test (ou plusieurs) de qualification afin de faciliter la mise en œuvre de la notion et avance deux possibilités : soit l'élaboration d'un test de qualification, soit l'élaboration d'un test de légitimité. À cette occasion, l'auteur a été interrogé sur le parallèle entre sa proposition relative au test de légitimité et l'idée de proportionnalité<sup>1796</sup>. C'est dans le prolongement de cette question qu'il semble possible de développer l'idée d'un affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme de lois de police.

**740. Le test de légitimité des lois de police et le contrôle de proportionnalité.** D'après l'argument de M. d'Avout, le test généralisé de légitimité se trouverait en aval de l'application de la règle matérielle<sup>1797</sup>, nous permettant de retrouver ainsi un premier point d'accord avec le contrôle de proportionnalité quant au moment de leur intervention. L'utilité d'un test de légitimité des lois de police retrouve toute son importance dans l'hypothèse d'une *application facultative généralisée*. Dans ce système « le pouvoir d'appréciation de l'autorité saisie serait

---

<sup>1794</sup> Voir *supra* § 195 et s.

<sup>1795</sup> Deux propositions sont alors avancées : celle d'une *application facultative généralisée* et celle d'une *application présomptive généralisée* des lois de police : « la différence entre les deux scénarios alternatifs étant que, dans le second cas, l'autorité saisie devrait partir du principe de l'application, en suite d'une présomption d'applicabilité, et pourrait par une décision motivée décider leur éviction ; tandis que, dans le premier cas, la marge de manœuvre du juge et le raisonnement d'opportunité seraient de principe... Dans l'instance directe *de type judiciaire*, il conviendrait donc que le for saisi accepte de relativiser l'immédiateté d'application et la primauté des lois de police locales ; corrélativement, il faudrait qu'il accepte le principe d'une considération des lois de police étrangères », L. d'Avout, « Les lois de police », in T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *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. 106.

<sup>1796</sup> « Lors des débats du colloque nous a été posée cette difficile question : le test de légitimité des lois de police, ici proposé, ne s'apparenterait-il pas à l'idée, plus objective, de proportionnalité (dont on connaît, p. ex., la fortune dans le droit européen des droits de l'homme et des libertés économiques) ? Personnellement réticent face à l'apparition, en droit privé, de la logique floue de la proportionnalité (car la justice des relations horizontales entre personnes privées, réputées égales, doit s'articuler autour de principes et de règles fermes ; ceci dans l'optique libérale, non pas ultralibérale, qui est celle du droit civil classique), nous le sommes beaucoup moins face à l'occurrence du concept dans les rapports entre la personne et l'organisation étatique : la justice floue ou l'équité inhérente au maniement du concept de proportionnalité peut effectivement permettre de faire refluer l'intervention excessive des pouvoirs publics dans la régulation des rapports privés (sans préjudice excessif en termes de prévisibilité et de sécurité juridique). Une application disproportionnée des lois de police étatiques à certains rapports privés internationaux devrait être taxée d'illégitime et, donc, si possible, évitée », *Ibid.*, p. 119, note 82.

<sup>1797</sup> En mots de l'auteur « ce test généralisé de légitimité, préalable à l'application des lois de police, présenterait un intérêt pratique variable », *Ibid.*

d'exercice obligatoire avant chaque décision d'appliquer les lois de police »<sup>1798</sup>. C'est pourquoi, l'application d'une loi de police comprise comme une faculté pour le juge, mérite d'être cantonnée ou, pour le moins, guidée afin d'éviter de basculer dans la casuistique. Parmi les différents critères autour desquels pourrait s'organiser un test de légitimité, M. d'Avout propose une combinaison des critères d'acceptabilité normative, de proximité et d'équité<sup>1799</sup>. Néanmoins, seulement les deux derniers permettraient d'appliquer un régime uniforme entre les lois de police du for et les lois de police étrangères. Ainsi, il convient de reprendre ces conditions et de les confronter à celles retenues au sein du contrôle de proportionnalité afin de dégager la possibilité d'affinement.

**741. La condition de proximité.** Dans les développements autour du test de légitimité, cette condition répond à la question de savoir si la loi de police, et la règle matérielle qu'elle comporte, entretient « des liens suffisants de proximité objective avec les faits pour que l'application qu'elle revendique unilatéralement puisse être confirmée au cas litigieux »<sup>1800</sup>. En effet, dans l'exemple du recours au contrôle de proportionnalité à l'occasion d'une question de droit international privé, M. Haftel observe que ce qui a conduit le Conseil d'État à la mise à l'écart de la loi française est « l'intensité des points de contact – non frauduleux ni accidentels – de la situation avec l'ordre juridique espagnol »<sup>1801</sup>, autrement dit, une condition de proximité.

**742.** Toutefois, à l'analyse il est possible d'affirmer que cette dernière n'est pas naturelle au contrôle de proportionnalité en droit interne. Bien au contraire, la notion de proximité est caractéristique d'une logique internationale privatiste et très délicate lors du recours aux mécanismes liés à l'ordre public. Ainsi, à l'instar du recours à l'exception d'ordre public lorsqu'elle doit rectifier son déclenchement à l'occasion de certaines hypothèses, elle l'a fait par l'identification de la condition de proximité, s'avérant ainsi comme une version plus précise qu'un contrôle de proportionnalité et au surplus adaptée aux besoins de la vie internationale.

**743. La condition d'équité.** Lorsque les conditions au test de légitimité sont analysées, M. d'Avout considère nécessaire de s'intéresser à la question sur l'application concrète de la loi et notamment de savoir si celle-ci est équitable au cas d'espèce « par rapport aux représentations

---

<sup>1798</sup> *Ibid.*, p. 120. L'auteur poursuit : « Le test de légitimité préconisé correspond ainsi au devoir du juge ou de l'autorité saisie de motiver sa décision de ne pas appliquer exceptionnellement (système de la présomption généralisée d'application) ou d'appliquer (système de la faculté généralisée d'application) la loi de police ».

<sup>1799</sup> « Un pareil test combiné d'acceptabilité normative, de proximité et d'équité est très voisin de celui préconisé par le défunt article 7 de la Convention de Rome. Il pourrait être partiellement généralisé, surtout sous les aspects « proximité » et « équité », aux lois de police quelconques et contribuer ainsi à l'unification souhaitable de leur régime d'application, sans distinction d'origine », D'Avout, « Les lois de police », in T. Azzi et O. Boskovic (dir.), *op. cit.*, p. 120.

<sup>1800</sup> *Ibid.*

<sup>1801</sup> B. Haftel, note sous CE, 31 mai 2016, 396848, D. 2016. 1477.

individuelles des parties en présence ? »<sup>1802</sup>. Il nous semble que cette dernière condition est de nature à associer un contrôle de proportionnalité au sein du mécanisme des lois de police. En effet, comme nous l'avons préalablement développé, les lois de police répondent à une nature de mécanisme d'exception et non à celle d'une règle générale d'application abstraite permettant leur catégorisation. En ce sens, face à l'application d'une exception, conditionnée par un principe d'interprétation stricte, la question se pose de savoir si elle peut gagner à intégrer le raisonnement de proportionnalité. Une réponse positive s'impose, si l'on admet les bienfaits de la proportionnalité comme forme de raisonnement juridique permettant de palier au rigorisme et à l'obscurité du syllogisme juridique. Néanmoins, l'affinement du contrôle de proportionnalité reste limité à une question d'argumentation<sup>1803</sup> puisqu'aucun élément novateur n'est apporté.

**744.** L'exemple de l'arrêt *Agintis*<sup>1804</sup> permettra d'illustrer nos propos. Les tenants et les aboutissants de cette affaire ayant été traités préalablement on se limitera à rappeler qu'à cette occasion la Cour de cassation énonçait que « s'agissant de la construction d'un immeuble en France, la loi relative à la sous-traitance du 31 décembre 1975, en ses dispositions protectrices du sous-traitant, est une loi de police au sens des dispositions combinées des articles 3 et 7 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ». Au vu de l'efficacité de la protection d'une politique législative poursuivie par le législateur français, la Haute juridiction a accordé le rattachement ponctuel à la loi française d'une situation que, par application de la règle de conflit, se devait d'être résolue par la loi allemande. La justification tenait d'une part au critère de proximité figé sur divers éléments – non frauduleux, ni accidentels – tels que l'établissement du sous-traitant et la localisation de l'immeuble en France. Mais *quid* de la condition d'équité ?

**745.** Certes, la condition d'équité n'est pas identifiée de manière expresse par les commentateurs de l'arrêt, mais quelques manifestations peuvent être perçues comme d'arguments en ce sens. Pour les identifier il est nécessaire d'adapter la grille de lecture de la décision à la logique de la proportionnalité, notamment aux deux composantes précédemment dégagées : la protection d'un intérêt général et le caractère adapté de la sanction. D'une part, bien que discuté par la doctrine, l'arrêt de la Cour de cassation prend soin d'identifier clairement l'intérêt général en jeu, cerné autour de la protection du sous-traitant sis en France. D'autre part,

<sup>1802</sup> « Cette application possible vient-elle, au contraire, déstabiliser les attentes communes des parties ayant une raison légitime de ne pas l'escompter ? », L. d'Avout, *op. cit.*, p. 120.

<sup>1803</sup> On ne saurait, dans le cadre limité de cette recherche reprendre le débat autour de la proportionnalité comme forme d'argumentation qui s'est développé intensément lors des dernières années et qui semble pourtant non conclus.

<sup>1804</sup> Cass., ch. mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14.006, voir nos développements *supra* § 300 et s.

il est possible d'affirmer qu'en l'occurrence, la « sanction » prévue par la loi allemande était de priver le sous-traitant de son action à l'encontre de l'entrepreneur principal<sup>1805</sup>. Dès lors, la question se pose de savoir si, en termes du contrôle de proportionnalité, cette sanction est-elle convenable.

**746.** Cette interrogation mérite d'être précisée : s'agit-il d'une convenance « par rapport aux représentations individuelles des parties en présence ? », comme l'observe M. d'Avout au sujet du test de légitimité ; ou bien, en termes du contrôle de proportionnalité, la sanction est convenable car elle n'est pas d'une excessive dureté pour l'une des parties<sup>1806</sup>. Semblables mais non identiques, les questions formulées sont susceptibles d'apporter des réponses diverses dans l'affaire *Agintis*. Si l'on se place dans la perspective d'un test de légitimité, on observe que le juge dans le cadre d'une application facultative généralisée des lois de police, se trouve face à la question de savoir si l'application de la loi allemande (sanction) n'est pas de nature à déstabiliser les attentes communes des parties. Il ne passera pas inaperçu que la prise en considération de l'intérêt des parties lors du recours au mécanisme des lois de police a soulevé la critique de la doctrine, en ce sens que ces dernières servent désormais à la protection d'un intérêt particulier. En revanche, se plaçant dans une logique propre au contrôle de proportionnalité, la question se pose de savoir si l'application de la sanction (contenue dans la loi allemande) n'est pas d'une excessive dureté pour l'une des parties. Formulée en ce sens, la question s'accorde à la confrontation entre un intérêt général, cristallisé dans la sanction, et un intérêt particulier.

**747.** Toutefois, la réponse à cette question suppose l'existence de plusieurs solutions dont le juge peut en disposer pour trancher la situation de fait. Or, la suite du raisonnement se retrouve dans une impasse car le résultat possible lors du recours aux mécanismes liés à l'ordre public n'est que limité, conduisant soit à l'application de la loi, soit à son éviction. Si en droit interne la protection du sous-traitant peut être assurée par différents moyens reconnus de manière variable au sein des différents systèmes juridiques, le même n'est pas vrai pour le droit

---

<sup>1805</sup> Dans cette affaire une société française a 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 des travaux à la société française *Agintis*, également, une clause de choix en faveur de la loi allemande figurant au contrat de sous-traitance. La société allemande restait devoir à la société *Agintis* diverses sommes, lorsqu'elle a fait l'objet d'une procédure collective à laquelle cette dernière a produit sa créance. Cependant, le maître de l'ouvrage a refusé tout paiement à cette société, au motif que le marché principal et le sous-traité étaient régis par la loi allemande, et qu'elle ne l'avait pas accepté en qualité de sous-traitant. La Cour de Cassation a procédé à l'admission de l'applicabilité de la loi française, à titre de loi de police, à l'action du sous-traitant contre le maître de l'ouvrage.

<sup>1806</sup> Ce qui est, en mots de M. Chénéde le véritable approche admis par la Cour européenne des droits de l'homme qui évince la volonté du législateur « au motif que son application *au cas d'espèce* serait « disproportionnée » ou « inéquitable » pour l'une des parties au litige », « Contre-révolution tranquille de la Cour de cassation », *op. cit.*, spéc. n° 798.



international privé. La jurisprudence *Agintis* bien que qualifiant de manière générale les modalités de protection de la loi de 1975, fait référence en particulier à l'action directe du sous-traitant prévue à son article 12. Ainsi en l'espèce, l'une des questions soulevées était de savoir si la qualification comme loi de police était justifiée pour toutes les règles contenues dans la loi de 1975 et méritaient d'être traitées de manière uniforme lorsqu'elles comportent des dispositions multiples et variées<sup>1807</sup>. Nous l'avons affirmé, le mécanisme des lois de police s'intéresse à l'adaptation du critère de rattachement afin de rendre effective une politique législative donnée et cette adaptation ne peut conduire à un résultat autre que l'application d'une loi ou sa mise à l'écart.

**748.** Le contexte économique dans lequel l'arrêt a été rendu est un élément important dans la compréhension de la solution. À son égard, M. de Vareilles-Sommières a signalé que la pertinence de l'établissement en France du sous-traitant comme élément localisateur se comprend à la lecture du rapport du conseiller rapporteur qui évoque « l'importance économique de la loi qui avait pour objectif d'éviter les faillites en cascade des sous-traitants »<sup>1808</sup>. Nous ajouterons que cette décision se place temporellement juste après le début d'une récession économique d'envergure mondiale. Il n'est pas interdit de penser – mais la prudence s'impose – que les faillites qui ont frappé des entreprises importantes outre-Atlantique ont été aperçues et considérées dans l'objectif d'éviter de fragiliser les sous-traitants français. Au vu des éléments d'analyse précédents, il est possible de songer à l'affinement du raisonnement permettant le déclenchement des lois de police par la prise en compte de l'une des conditions du contrôle de proportionnalité, celle de l'analyse de la sévérité de la sanction. Condition qui renvoie à la

---

<sup>1807</sup> Comme M. Audit le signale, « Parmi les « dispositions protectrices du sous-traitant » de la loi de 1975, on peut distinguer au moins : le paiement direct par une personne publique maître de l'ouvrage (art. 6), l'action directe du sous-traitant (art. 12), la délégation de paiement ou le cautionnement bancaire que doit fournir l'entrepreneur (art. 14), la mise en cause éventuelle de la responsabilité de celui-ci (art. 14-1), qui toutes n'appellent peut-être pas nécessairement le même traitement... », B. Audit, « Du bon usage des lois de police », *op. cit.*, p. 32, note n° 25.

<sup>1808</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP*, 2011, p. 207, spéc. p. n° 36 : « Quant à l'avocat général, il justifie clairement l'application de la loi française « lorsque l'ouvrage est exécuté sur le territoire national » par le fait qu'« il s'agit de protéger le sous-traitant, mais pas seulement s'il est Français car il convient aussi d'établir les conditions d'une concurrence égale pour tous ». Il y a donc tout lieu de penser que le choix par la Cour de cassation du lieu de construction de l'immeuble en France comme facteur déclenchant l'applicabilité de la loi française est la résultante d'une analyse - si sommaire soit-elle - de la législation française en termes d'efficacité des politiques économiques d'assainissement de la concurrence et de protection des soustraitants sur le marché français ». Dans le même sens Mme Ancel affirme : « il est certain que l'objectif premier de la loi est de limiter le risque d'impayé pour les sous-traitants et, par là, de les préserver des faillites en cascade. Pour autant, il faut noter aussi le souci très net des parlementaires de ne pas surprotéger les sous-traitants. » M.-E., Ancel, « La protection internationale des sous-traitants », p. 231, n°10 ; et sa note correspondante en bas de page, « dans leur travaux, les parlementaires relèvent d'ailleurs que, souvent, les sous-traitants n'avaient pas une force de négociation suffisante pour obtenir eux-mêmes les garanties qu'il leur fallait : en ce sens, Marc Lauriol, *JO AN*, 5 déc. 1975, p. 9479, mentionnant l'« état d'infériorité » du sous-traitant. »

critique par la doctrine selon laquelle la qualification de la loi française de protection du sous-traitant serait injustifiée pour les situations similaires qui présenteraient des litiges à l'avenir.

**749.** Plus précisément, dans l'hypothèse de l'arrêt *Agintis*, l'affinement aurait pu se concrétiser si dans le raisonnement appliqué, la Cour avait apprécié la pertinence de la solution pour le cas d'espèce. La possibilité d'un affinement établie, il est nécessaire désormais de s'intéresser à sa pertinence.

## *2. La pertinence de l'affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme de lois de police*

**750.** Une observation liminaire s'impose. En effet, le contrôle de proportionnalité pourrait s'associer au test d'application facultative généralisée mais non le substituer. On pourrait penser que, dès lors qu'on observe une ouverture au raisonnement en termes de contrôle de proportionnalité, la question apparaîtrait de la pertinence de basculer du raisonnement propre au mécanisme des lois de police à l'application d'une disposition matérielle, du for ou étrangère, malgré la compétence d'une loi, désignée ou choisie, en termes de proportionnalité. Celle-ci n'est pas l'hypothèse que nous avons retenue. L'affinement possible étant limité à l'intégration de l'une des conditions du contrôle de proportionnalité, celle de l'équité de la sanction. Ainsi, on s'intéressera à l'analyse des avantages et des inconvénients d'une telle intégration, autrement dit, il convient d'appliquer un test des coûts-avantages à l'affinement apporté par le contrôle de proportionnalité<sup>1809</sup>.

### a. Les obstacles à l'affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme des lois de police

**751. L'indisponibilité des sanctions multiples.** Une première raison technique se dresse comme obstacle à l'affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme des lois de police. Nous avons constaté qu'en dehors du cadre de protection des droits fondamentaux, le contrôle de proportionnalité implique un « contrôle de l'absence de disproportion flagrante des mesures prises, qui se fait par le biais d'une censure pour erreur manifeste d'appréciation »<sup>1810</sup>. Appliqué à une situation de conflit de lois, cela suppose d'identifier le déclenchement du mécanisme lié à l'ordre public à une sanction. Cependant, et en supposant qu'une économie de

---

<sup>1809</sup> « Car on vous jugera du jugement dont vous jugez, et l'on vous mesurera avec la mesure dont vous mesurez ».

<sup>1810</sup> M. Behar-Touchais, *op. cit.*, n° 2.

raisonnement nous soit permise pour associer la modification du critère de rattachement<sup>1811</sup> à une sanction, nous retrouvons l'impasse préalablement évoquée du défaut d'autres possibilités de solution.

**752. L'altération des objectifs.** Un deuxième écueil à l'admission de la condition d'équité apportée par le contrôle de proportionnalité sur le mécanisme de lois de police se trouve dans la confusion que celle-ci risque d'introduire dans les objectifs protégés par ce dernier. En effet, la doctrine a affirmé que le principe de proportionnalité comporte une idée de juste mesure et pour que cette dernière apparaisse « il faut que l'on exige une proportionnalité finalisée recherchée en elle-même »<sup>1812</sup>. Cependant, l'idée d'une juste mesure du principe de proportionnalité comme finalité en elle-même semble s'intéresser principalement aux rapports individuels. Sur ce point, une différence peut s'apprécier entre le principe de proportionnalité de droit privé (étroitement lié à l'exigence de nécessité de la sanction), et le mécanisme des lois de police en droit international privé (dans lequel l'exigence du respect de l'équilibre voulu par les parties se retrouve non dans l'exception mais dans la règle de conflit) qui répond au principe d'égalité stricte. Dès lors, admettre que le mécanisme des lois de police puisse introduire un raisonnement proche de la proportionnalité, conduirait à se départager du principe d'égalité stricte comme en témoignent les lois de police permettant la protection des parties faibles. Ainsi, le greffe de cette condition d'équité au sens du contrôle de proportionnalité risque d'entrer en contradiction avec les objectifs du droit international privé, en ce sens que le recours au mécanisme lié à l'ordre public cherche à rétablir l'équilibre entre la volonté des contractants, manifeste par le biais du choix de la loi, et la volonté générale manifeste dans la politique législative dont l'efficacité est vue comme nécessaire.

**753.** Outre, même si l'on admet que la quête de proportionnalité en droit interne vise, à l'instar du mécanisme de lois de police, l'équilibre entre l'intérêt général et un intérêt particulier, on observe que la mise en balance en droit international privé se doit de prendre en compte un troisième intérêt, celui de la société internationale<sup>1813</sup>. Ainsi par exemple, l'arrêt du Conseil d'État démontre que la prise en compte de l'intérêt de la société internationale fait défaut. L'on observe donc que le contrôle de proportionnalité, pour se coupler avec les mécanismes de droit international privé, devrait s'adapter à l'objectif de réaliser la « justice de droit international

<sup>1811</sup> Supposition qui n'est pas sans difficultés car, le nouvel rattachement n'est pas en soi une sanction. La solution vient de la règle matérielle.

<sup>1812</sup> M. Behar-Touchais, *op. cit.*, n° 11.

<sup>1813</sup> V. H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, p. 229 s.

privé »<sup>1814</sup>. Puisque l'intérêt de la société internationale n'est pas pris en compte, les exigences d'une justice de droit international privé seront difficilement remplies par l'admission de la seule condition d'équité au sens du contrôle de proportionnalité.

**754.** Un troisième obstacle à l'affinement se retrouve, pour l'instant, dans l'impossibilité de percevoir les politiques législatives protégées par les lois de police comme des principes. Selon le constitutionnaliste allemand Robert Alexy, les normes juridiques se divisent en règles et principes, les premières s'appliquant de manière syllogistique, tandis que les seconds, nécessitent d'être mis en balance avec d'autres principes concurrents<sup>1815</sup>. Il serait dès lors possible d'affirmer que la mise en balance est par nature peu apte à s'intégrer dans le raisonnement du mécanisme des lois de police, ce dernier s'intéressant à la protection des objectifs. Une telle affirmation demeure vraisemblable en l'état actuel des choses, néanmoins à mesure que la tendance de fondamentalisation du droit privé se renforce, celle-ci perdra sa force puisque le recours au contrôle de proportionnalité sera de plus en plus important, d'autant plus que les frontières entre les notions d'objectif et de principe restent mouvantes. Cette condition conduit à la constatation d'un dernier, mais non moins important, obstacle.

**755. Le nature forcément complémentaire du contrôle de proportionnalité.** Si nous avons choisi de traiter de la proportionnalité comme un affinement exogène indépendant c'est bien parce que la proportionnalité, à elle seule, ne conduit pas à la neutralisation d'un texte législatif<sup>1816</sup>. Le contrôle de proportionnalité est un mécanisme, et en ce sens, il répond à la question de *comment* neutraliser la règle matérielle. Or, il en est d'une question principale<sup>1817</sup>, celle du *pourquoi* la neutraliser. La réponse à cette question invite à réfléchir, pour le plus souvent, en termes de respect à une norme fondamentale<sup>1818</sup>, qu'elle se trouve dans la

<sup>1814</sup> « C'est-à-dire à féconder les attentes légitimes des parties tout en préservant les intérêts des ordres juridiques étatiques en cause et ceux de la société internationale », B. Haftel, *op. cit.*

<sup>1815</sup> R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

<sup>1816</sup> Rappr. P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme... », *op. cit.*, « Or cette neutralisation de la loi étrangère de droit privé pour le cas en cause du fait de sa contrariété aux droits de l'homme composant l'ordre public en droit international privé évoque peu ou prou la neutralisation d'un texte législatif français de droit privé à laquelle le contrôle de proportionnalité aboutit, en droit privé interne, pour le cas jugé ».

<sup>1817</sup> « La question du contrôle de proportionnalité se situe en amont, dans la phase de sélection de la majeure, que Motulsky avait déjà parfaitement identifiée sous le nom de « syncrétisme juridique ». Le syllogisme sied donc parfaitement, tant au contrôle de l'ordre public international qu'au contrôle de proportionnalité », B. Haftel, note sous CE, 31 mai 2016, *D.* 2016. 1477, et la note n°21 de l'auteur, H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, § 52 s.

<sup>1818</sup> Voir Chénéde, note sous Cass. civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc. 2013, *D.* 2014, 179 s. spéc. n° 6, pour qui « la véritable nature des droits de l'homme, [est d'être des] valeurs fondamentales [qui] sont avant tout le socle, le point de départ et non le point final, de l'activité politique, c'est-à-dire les bases sur lesquelles sont édifiées les règles qui organisent la vie des hommes en société [...] Pour assurer le bon fonctionnement de la *polis*, pour permettre la vie de la cité, les droits des uns doivent encore être conciliés, non seulement avec les droits des autres, mais également avec le bien commun ».

Constitution ou bien dans une convention internationale<sup>1819</sup>. On retrouve, par exemple, une tendance au contrôle de proportionnalité lorsque le mécanisme d'exception d'ordre public est employé par la Cour européenne<sup>1820</sup>. Ainsi, les droits fondamentaux supposent une hiérarchie, et donc un syllogisme. Le contrôle de proportionnalité peut venir raffiner le raisonnement lors du recours au mécanisme d'exception sans le remplacer ou modifier son résultat binaire. On insistera donc sur le caractère complémentaire<sup>1821</sup> du contrôle de proportionnalité qui viendrait en appui, en droit interne, de l'argument de conventionnalité.

**756. Un faux écueil.** Dans cette analyse des obstacles il est nécessaire de rappeler un faux écueil en droit international privé. En effet, l'une de plus sévères critiques à la proportionnalité en droit interne est celle de conduire à sanctionner le juge du fond pour avoir appliqué la loi au cas d'espèce<sup>1822</sup>. Cette critique ne serait pas insurmontable en droit international privé, puisque lors du recours à l'exception d'ordre public, le juge du fond peut se voir reprocher d'avoir appliqué la loi étrangère par application de sa propre règle de conflit.

**757.** Après avoir répertorié les possibles obstacles, il convient désormais de s'intéresser aux raisons permettant de les surmonter.

#### b. Les avantages de l'affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme des lois de police

**758. Le fonctionnalisme.** Il existe un point dans lequel le contrôle de proportionnalité et le mécanisme des lois de police se rejoignent aisément. D'une part, le contrôle de proportionnalité qui amène le juge à « mettre en balance » les intérêts en présence, permet d'écarter « l'application du droit lorsque celle-ci entraînerait des coûts excessifs par rapport aux bénéfices procurés »<sup>1823</sup>. Ce type de raisonnement est souvent opposé au raisonnement

<sup>1819</sup> « Selon les défenseurs de la proportionnalité, l'application des droits fondamentaux entraînerait nécessairement le recours à ce principe, et donc l'abandon du raisonnement syllogistique », T. Marzal, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017. 789.

<sup>1820</sup> S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

<sup>1821</sup> Et on rejoint sur ce point les développements de M. Marzal qui considèrent la proportionnalité comme mécanisme accompagnant nécessairement l'application des droits fondamentaux, T. Marzal, « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.* 2017. 789.

<sup>1822</sup> « En délaissant son contrôle de légalité pour un contrôle dit « de proportionnalité », en reprochant aux juges du fond d'avoir, non pas violé, mais appliqué la loi au cas d'espèce », F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille de la Cour de cassation », *D.* 2016, 796.

<sup>1823</sup> T. Marzal, La Cour de cassation à « l'âge de la balance », *RTD civ.* 2017. 789.

sylogistique<sup>1824</sup> et associé volontiers à une démarche fonctionnaliste<sup>1825</sup>. En ce sens, le contrôle rejoint les lois de police également taxées d'un fonctionnalisme par leur démarche<sup>1826</sup>. De ce trait commun, il est loisible de croire aux bienfaits de l'affinement du contrôle de proportionnalité car il permettrait de nourrir l'argumentaire lors du déclenchement du mécanisme des lois de police et admettre ouvertement le caractère fonctionnaliste de la démarche. Cet avantage est associé à une idée selon laquelle le contrôle de proportionnalité se présente comme un outil flexible permettant de protéger les droits fondamentaux face à une limitation inappropriée de la part du pouvoir public. L'intégration de la condition d'équité s'avèrerait donc convenable au sein du mécanisme des lois de police qui s'intéresse à la protection d'intérêts ou politiques législatives, par nature plus mouvantes que les valeurs<sup>1827</sup>. Puisque l'application d'une loi de police tient compte des intérêts, il serait naturel de l'associer au contrôle de proportionnalité<sup>1828</sup>.

**759.** Un constat qu'accompagne les arguments en faveur de l'admission du contrôle de proportionnalité est celui de l'essor de ce dernier au sein de tribunaux supranationaux et

---

<sup>1824</sup> L'opposition entre les deux suscite un débat plein de passion en doctrine. C. Jamin, « Cour de cassation : une question de motivation », *JCP G* 20 juillet 2015. 878.

<sup>1825</sup> « En effet, le contrôle de proportionnalité implique une conception très spécifique du droit, et en tant que telle nécessairement réductrice. Il s'agit d'une conception que l'on pourrait qualifier de fonctionnaliste, car elle consiste à envisager le droit comme un instrument au service d'un certain but... on peut penser qu'on est en présence d'une application du principe de proportionnalité chaque fois que c'est l'exigence de proportionnalité au sens d'exigence de juste mesure, qui expliquera ou justifiera la conséquence que l'on tire de la règle de droit... C'est dans cette conception que le contrôle de proportionnalité tire sa justification : dès lors que l'on admet que le droit est un instrument, il est logique d'en tirer comme conséquence que sa légitimité dérive de son aptitude à remplir l'objectif qui lui est assigné de manière efficace et au moindre coût. », T. Marzal, « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé – de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et lois de police, » *Arch. Phil. Droit* 58, 2015, p. 248.

<sup>1826</sup> Rappelons que cette démarche n'est pas exclusive des lois de police, l'emploi de la règle de conflit afin de remplir un but a été observé, aussi, dans le cas des règles de conflits dites complexes ou alternatives : « Cet évincement de l'ordre public n'est pas moins vraisemblable, si au lieu de suivre un raisonnement conflictualiste, on reconnaît à ces règles alternatives le caractère de règles matérielles d'un caractère particulier. La loi étrangère n'est plus à proprement parler appliquée ; elle est prise en compte pour obtenir le résultat visé par la loi française ; elle n'est qu'un moyen au service de la loi du for. Qu'importe le flacon... L'ordre public ne peut donc plus jouer, car il risquerait d'évincer le droit du for, ce qui est impensable », J. Foyer, « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », *Mélanges P. Lagarde*, Paris, 2005, p. 288. Foyer cite les exemples des articles 311-16 al. premier et 311-17 du Code civil français, et signale que le raisonnement est différent lorsqu'il s'agit de règles de conflit à caractère cumulatif, mais ce n'est pas le cas du domaine contractuel.

<sup>1827</sup> Un tel avantage doit être compris dans sa juste mesure car il serait inexact d'affirmer que les mécanismes liés à l'ordre public sont dépourvus de toute flexibilité, l'étude de leur affinement nous a permis de constater que ces mécanismes ont su s'adapter.

<sup>1828</sup> Comme l'affirme M. Marzal lorsque le juge donne sa motivation, il ne décrit pas le processus l'ayant conduit à une telle décision mais offre des raisons afin de donner de la légitimité à sa décision. Ainsi, lorsqu'on parle de la proportionnalité comme méthode analytique il est possible de la retrouver dans le recours au syllogisme et à l'inverse « il n'y a rien d'anormal à analyser une décision judiciaire comme opérant une mise en balance d'intérêts, alors que le juge l'a justifiée comme résultant directement, par voie déductive des termes de la loi » et « à l'inverse, à l'égard d'une décision qui a été justifiée par le juge comme résultant d'une mise en balance des intérêts en présence, il est parfaitement envisageable pour un commentateur de l'analyser en termes syllogistiques », T. Marzal, La Cour de cassation à « l'âge de la balance », *RTD civ.* 2017. 789.



nationaux<sup>1829</sup>. Le contrôle, largement répandu, se trouve « dans la plupart des droits publics étrangers, en droit anglais (à travers de « *reasonableness* » des pays de *common law*), en Allemagne ou en Suisse, où le principe de proportionnalité est un principe à valeur constitutionnelle, ou encore en Espagne où il s’agit d’un principe général du droit »<sup>1830</sup>. Il serait possible d’en déduire l’avantage de l’harmonisation par l’admission d’un principe ou mécanisme généralement accepté. D’autre part, le lecteur pourra constater dans ce répertoire des obstacles et des avantages, l’absence de l’argument de sécurité juridique<sup>1831</sup>. Cependant, l’analyse de ces éléments relève d’une vision générale du système juridique en cause et dépasse largement le cadre de notre analyse, nous nous limiterons donc à leur rappel.

**760.** Finalement, il est intéressant de noter que malgré les avantages que le contrôle de proportionnalité offre, la doctrine observe que ce mécanisme n’a été que faiblement utilisé en Amérique latine où les contrôles hiérarchisés demeurent préférés<sup>1832</sup>.

**761.** Le contrôle de proportionnalité se développe dans un contexte particulier où convergent de questions concernant le pouvoir des juges, la hiérarchie des normes, les rapports entre le droit européen et les droits des États membres, mais aussi les rapports entre les droits de l’homme et les règles substantielles, parmi d’autres. Le phénomène, incessant dans son avancée, touche aussi le droit international privé et ses méthodes. Afin de pouvoir mesurer l’incidence spécifique sur les mécanismes liés à l’ordre public il convenait, dans le cadre de cette étude comparée, de vérifier son existence dans les systèmes juridiques étudiés.

---

<sup>1829</sup> *Ibid.*, « Sur le plan international, la Cour européenne des droits de l’homme et la Cour de justice de l’Union européenne exercent un contrôle de proportionnalité très développé, comme le font aussi des tribunaux arbitraux et ceux de l’OMC. Sur le plan national, y ont recours de façon systématique les juges israéliens, canadiens, sud-africains, allemands ou espagnols ». Voir ici S. Van Drooghenbroeck, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme : prendre l’idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001 (CEDH) ; la sentence du 5 oct. 2012, *Occidental Petroleum Corporation et Occidental Exploration and Production Company c/ République de l’Équateur*, aff. CIRDI n° ARB/06/11 (tribunaux arbitraux) ; H. Ruiz Fabri, La nécessité devant le juge de l’OMC, in *La nécessité en droit international*, Paris, Pédone, 2007, p. 189 (OMC) ; A. Stone Sweet et J. Mathews, *Proportionality Balancing and Global Constitutionalism*, (2008) 47 *Columbia Journal of Transnational Law*, p. 72-164 (juges nationaux).

<sup>1830</sup> M. Behar-Touchais, *op. cit.*, n° 2.

<sup>1831</sup> « En ce qui concerne d’abord l’argument – souvent mis en avant par les privatistes réticents ou réfractaires au contrôle de proportionnalité devant le juge judiciaire – tiré de ce que la sécurité juridique serait remise en cause du fait du contrôle de proportionnalité, il est typique d’un courant favorable à une sorte d’exclusivisme du raisonnement syllogistique sur lequel devrait toujours se concentrer l’attention des privatistes », P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l’homme... », *op. cit.*, n° 9. Et la référence citée par l’auteur : P.-Y. Gautier, « Éloge du syllogisme », *JCP G* 2015, 902.

<sup>1832</sup> A. Alvez, “¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿la migración de un mecanismo constitucional?”, p. 357; “No obstante estas características positivas, la proporcionalidad como mecanismo de adjudicación constitucional ha sido escasamente utilizado en Latino América en donde se ha priorizado la categorización o principio de jerarquía”.

Conditionnés par le flou de la notion, notre étude s'est concentrée sur la proportionnalité comme mécanisme de contrôle. En effet, la proportionnalité est communément associée aux droits fondamentaux car c'est à l'occasion de leur protection que le recours est le plus fréquent. En droit international privé, elle s'avère le plus souvent comme le corollaire au contrôle de conventionnalité permettant de concilier l'application des droits substantiels, sans trancher une relation de subordination définitive entre eux. Ainsi, nous avons constaté que la proportionnalité s'est récemment consacrée comme un outil de raisonnement, à disposition du juge français et du juge mexicain.

**762.** Ultérieurement, il convenait de s'intéresser à l'intégration du contrôle de proportionnalité au phénomène d'affinement des mécanismes liés à l'ordre public. L'étude de l'affinement apporté aux mécanismes liés à l'ordre public par le contrôle de proportionnalité fut possible grâce à deux rapprochements : celui de la proportionnalité avec le droit des contrats et celui de la proportionnalité avec le droit international privé.

Le premier d'entre eux découle de l'effet horizontal des conventions de protection des droits fondamentaux. Dans ce contexte la Cour de Strasbourg, par exemple, n'a pas hésité à transposer aux relations privées le contrôle de proportionnalité. Le second rapprochement a été envisagé principalement par la doctrine. A cet égard il est notable que lorsque le contrôle de proportionnalité est regardé à partir de la perspective du droit international privé, c'est à l'occasion du recours aux mécanismes liés à l'ordre public.

**763.** Les développements dans cette section nous ont permis de constater que l'affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme d'exception d'ordre public exclut l'hypothèse d'un remplacement, en ce sens que le contrôle de proportionnalité ne se substitue pas à l'exception d'ordre public mais viendrait interagir avec cette dernière. Il ne passera pas inaperçu que la doctrine avertit une possible influence en sens inverse, notamment lorsque M. de Vareilles-Sommières conclut à la possibilité pour le droit privé de s'inspirer de la matière internationale privatiste afin de diviser son raisonnement en deux phases, « préalable et principale »<sup>1833</sup>.

En droit français, dès lors que la proportionnalité et l'exception d'ordre public répondent à un rapport logique de cause à effet, l'affinement était susceptible de se présenter soit dans leurs

---

<sup>1833</sup> « Si bien qu'en définitive, inspirée du droit international privé où elle est naturelle, la distinction en deux phases, préalable et principale, du procès civil dans lequel interfèrent les droits de l'homme par le jeu d'une exception d'inconventionnalité permet de prendre conscience de la diversification des missions du juge judiciaire, juge à titre principal du rapport de droit privé et juge à titre préalable de la conventionnalité de la loi applicable au rapport de droit privé », P. de Vareilles-Sommières, « Contrôle de proportionnalité et neutralisation de la loi par le juge judiciaire en cas de violation des droits de l'homme... », *op. cit.*, n° 11.

causes soit dans leurs effets. D'une part, les causes étant très proches dans les deux contrôles, la possibilité d'affinement s'avérait fortement réduite. D'autre part, concernant la supposée divergence des résultats, nous avons observé que la proportionnalité et l'exception d'ordre public, imposent un contrôle *in concreto* dans leur mise en œuvre. De la même manière, leur déclenchement se traduit par l'écart d'une règle (matérielle) au profit d'une autre pour le cas d'espèce. En revanche, c'est dans le raisonnement que l'affinement se retrouve, en ce sens que la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité permettrait, selon une partie de la doctrine, de mieux justifier le déclenchement de l'exception d'ordre public. Nous avons exprimé nos réserves à cet égard car, comme l'affirme M. Haftel, la Cour de cassation semble opérer déjà une mise en œuvre équilibrée de l'exception par la notion de proximité.

En droit mexicain, l'affinement se rend bien moins évident sur l'exception d'ordre public compte tenu du faible recours au mécanisme. En plus, le juge fédéral mexicain dispose d'un mécanisme de contrôle d'application des droits fondamentaux, autre que le principe de hiérarchie, le recours à l'*amparo* sans doute compatible avec le contrôle de proportionnalité.

**764.** Quant à l'affinement sur le mécanisme des lois de police il a été relevé que bien que possible, il n'est ni nouveau<sup>1834</sup> ni général. Plus important, nous avons observé que des motifs légitimes permettent de croire au convenable maintien des mécanismes liés à l'ordre public. Notamment, le fait qu'à l'instar de la règle de conflit, ce sont des mécanismes spécifiquement prévus pour les problématiques liées à la vie internationale, « là où le contrôle de proportionnalité est générique »<sup>1835</sup>. Ces observations nous conduisent à adhérer aux critiques de la doctrine<sup>1836</sup> concernant les glissements de la Haute juridiction administrative vers le contrôle de proportionnalité en détriment des mécanismes liés à l'ordre public.

**765.** Si ces affirmations se justifient dans l'état actuel du droit positif, il est fort à parier que les questions concernant l'interaction entre le contrôle de proportionnalité et les mécanismes liés à

---

<sup>1834</sup> « Le contrôle de proportionnalité, n'a rien de nouveau. Il est pratiqué, pour ainsi dire depuis toujours, par les juridictions françaises, lorsqu'il s'agit d'évaluer la conformité d'une norme étrangère à l'ordre public international. Or nul n'a jamais prétendu que l'ordre public impliquerait une « révolution » méthodologique à la Cour de cassation », B. Haftel, note sous CE, 31 mai 2016, 396848, *D.* 2016. 1477.

<sup>1835</sup> « La règle de conflit de lois prend en charge les différents intérêts impliqués par la situation internationale ; pas le contrôle de proportionnalité, qui ne voit que l'équité du cas d'espèce. Surtout, reposant sur un critère prédéterminé, la règle de conflit de lois est prévisible alors que, purement casuistique, le contrôle de proportionnalité ne l'est jamais », *Ibid.*

<sup>1836</sup> « Confrontée aux méthodes qui auraient normalement dû être mises en œuvre – les règles de conflit de lois – la pauvreté, l'imprécision et l'imprévisibilité marquant l'approche casuistique qui lui a été préférée sont ostensibles... même si l'on est favorable à une dose de souplesse judiciaire dans l'application de la loi, il reste que, dans l'évolution historique du droit, la règle est une progression, un raffinement, par rapport à la casuistique judiciaire qui est la marque des systèmes primitifs. En éclipsant la méthode du conflit de lois au profit d'un contrôle casuistique de proportionnalité, la règle au profit de l'équité du cas d'espèce, le Conseil d'État est, en réalité, revenu à l'âge de pierre », *Ibid.*

l'ordre public se présenteront avec une fréquence accrue à l'avenir. Quand ce temps viendra, deux affirmations de la doctrine mériteront d'être retenues : d'abord, la mise en garde selon laquelle « toute utilisation de la notion de proportion n'est pas une application du principe de proportionnalité »<sup>1837</sup> ; mais aussi le rappel d'après lequel, « ni monstre ni panacée, la proportionnalité doit néanmoins être maniée avec précaution »<sup>1838</sup>. Finalement, l'ancrage du paradigme du contrôle de proportionnalité au sein du droit international privé, s'il se devait d'arriver, il ne serait pas fait insurmontable mais juste une illustration du mouvement cyclique évoqué par Mme Muir Watt<sup>1839</sup>.

\*  
\*       \*

**766. Conclusion au chapitre.** Le contrôle de régularité de la loi étrangère se présente comme un terrain fertile pour l'étude de l'affinement apporté par le contrôle de conventionnalité, et son corollaire de proportionnalité, sur les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats. En effet, le contrôle de conventionnalité et la mise en œuvre d'un principe de proportionnalité existent, tantôt en France, tantôt au Mexique, à l'égard des lois internes. Phénomène aisément compréhensible dès lors que les lois internes sont contraintes de respecter les engagements internationaux du for. En revanche, la question se révélait plus délicate à l'égard de l'application de la loi étrangère, choisie ou désignée par la règle de conflit du for, d'autant plus que l'essor des conventions internationales protectrices des droits de l'homme bouleverse le désintéressement de principe du contrôle de conventionnalité à l'occasion des situations privées internationales.

**767.** L'intention qui nous guidait était de mesurer l'étendue d'une possible incidence sur le raisonnement des mécanismes liés à l'ordre public, notamment lorsque l'application de la loi étrangère, choisie ou désignée par la règle de conflit, se voit contrainte de respecter les conventions internationales liant l'État du for.

Dans cette veine, on a pu envisager tout d'abord, la relation existante le mécanisme d'exception d'ordre public et le contrôle de conventionnalité comme un rapport entre arguments équivalents

---

<sup>1837</sup> M. Behar-Touchais, « Rapport introductif », *op. cit.*, n° 6. Selon l'auteur, la proportionnalité mathématique n'est pas une application du principe lorsqu'elle sert uniquement comme instrument au respect de l'équilibre contractuel voulu par les parties ou au service du principe d'égalité stricte.

<sup>1838</sup> T. Marzal, La Cour de cassation à « l'âge de la balance », *RTD civ.* 2017. 789.

<sup>1839</sup> H. Muir Watt, « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Arch. Phil. Droit* 41 (1997).

qui ne modifie pas foncièrement le déclenchement du mécanisme de droit international privé. L'équivalence se comprend car, au but d'une analyse *in concreto*, les deux raisonnements concluent, dans une situation privée internationale, à l'écart de la loi étrangère jugée contraire aux valeurs essentielles du for. Ainsi, un parallèle a pu être tracé entre le raisonnement du contrôle de conventionnalité et celui du mécanisme d'exception d'ordre public. Prenant exemple sur le juge français nous avons observé que, lorsque l'un des droits fondamentaux de son for est heurté par l'application d'une loi étrangère (loi ou jugement), il fait référence tantôt à la notion d'ordre public tantôt à une disposition concrète de la Convention européenne des droits de l'homme. Appréhendé de cette manière l'affinement du contrôle de conventionnalité sur l'exception d'ordre public demeure limité.

La suite de ces observations nous a permis de constater que les systèmes juridiques français et mexicain admettent le recours au contrôle de conventionnalité avec certaines variations, notamment concernant les organes de contrôle de la régularité de la loi étrangère. En France, l'opération de confrontation entre une convention internationale de protection des droits fondamentaux et une loi étrangère est faite par le juge judiciaire, et éventuellement par le juge administratif, mais non par le juge constitutionnel. Au Mexique, une opération de la même nature s'effectue principalement devant le juge constitutionnel par le biais du mécanisme d'*amparo*. La différence des organes de contrôle s'ajoute à la liste d'éléments permettant de comprendre le faible recours aux mécanismes traditionnels liés à l'ordre public en droit mexicain en ce sens que, compte tenu du contexte institutionnel et organique et favorable à des mécanismes de protection constitutionnels, la protection des valeurs essentielles au for respecte les paramètres établis par la posture constitutionnaliste.

**768.** Les observations ont été complétées par l'analyse de la proportionnalité, phénomène général en droit qui touche aussi le droit international privé et ses méthodes. Afin de pouvoir mesurer l'incidence spécifique sur les mécanismes liés à l'ordre public il convenait, dans le cadre de cette étude comparée, de vérifier son existence dans les systèmes juridiques étudiés. Ainsi, nous avons constaté que la proportionnalité s'est récemment consacrée comme un outil de raisonnement à disposition du juge français et du juge mexicain.

**769.** Concernant l'exception d'ordre public en droit français, dès lors que la proportionnalité et le mécanisme de droit international privé répondent à un rapport logique de cause à effet, l'affinement se concentre sur le raisonnement permettant le déclenchement de la protection des valeurs essentielles au for. En ce sens, la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité permettrait, selon une partie de la doctrine, de mieux justifier le déclenchement de l'exception d'ordre public. En droit mexicain, l'affinement se rend bien moins évident sur l'exception

d'ordre public compte tenu du faible recours au mécanisme. D'autant plus que le juge fédéral mexicain dispose d'un mécanisme constitutionnel assurant le respect des droits fondamentaux fortement compatible avec le contrôle de proportionnalité. Ainsi, si affinement est, il s'agit d'une intégration du contrôle de proportionnalité aux mécanismes liés à l'ordre public en excluant l'hypothèse d'un remplacement, dès lors que le contrôle de proportionnalité ne se substitue pas à l'exception d'ordre public mais viendrait interagir avec cette dernière.

**770.** Quant à l'affinement sur le mécanisme des lois de police il a été relevé que bien que possible, il n'est ni nouveau ni général. De motifs légitimes nous permettent de croire au maintien des mécanismes liés à l'ordre public. Notamment, le fait qu'à l'instar de la règle de conflit, ce sont des mécanismes spécifiquement prévus pour les problématiques liées à la vie internationale. Si ces affirmations se justifient dans l'état actuel du droit positif, il est fort à parier que les questions concernant l'interaction entre le contrôle de proportionnalité et les mécanismes liés à l'ordre public se présenteront avec une fréquence accrue à l'avenir.

**771. Conclusion au titre.** Les mécanismes liés à l'ordre public s'analysent comme des mécanismes de régularité de la loi étrangère ; de son contenu, concernant l'exception d'ordre public, ou du critère de rattachement qui l'a rendu applicable, concernant le mécanisme de lois de police. Les affinements exogènes étudiés s'identifient, dans une certaine mesure, à des procédés concurrents aux mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats et partagent le trait caractéristique d'opérer comme dispositifs de contrôle de la loi. Nous avons démontré dans ce titre que la mise en œuvre des mécanismes liés à l'ordre public est susceptible d'être affinée par le raisonnement spécifique à d'autres méthodes de contrôle. Il s'agit du contrôle de constitutionnalité et du contrôle de conventionnalité. Ce rapport concurrentiel est particulièrement appréciable dans le cadre de notre étude comparative.

**772.** Le fort développement des droits fondamentaux et le phénomène de constitutionnalisation du droit privé justifient l'intérêt porté au contrôle de constitutionnalité et ont permis de dépasser l'indifférence apparente entre celui-ci et les mécanismes liés à l'ordre public. Parmi les variables de croisement entre ces éléments, notre étude s'est concentrée sur l'hypothèse du contrôle d'une loi étrangère, choisie ou désignée par la règle de conflit de lois, par rapport à un instrument du for hiérarchiquement supérieur, notamment la Constitution.

Il a été nécessaire de franchir une étape préalable, celle de l'observation des environnements institutionnels des systèmes juridiques français et mexicain, compte tenu de leur participation dans de modèles d'intégration politique, économique et sociale, constitués respectivement par l'Union européenne et par la Fédération mexicaine. Nous avons constaté d'une part, que



l'environnement institutionnel que la France partage avec les autres États membres au sein de l'Union européenne est à l'origine d'un affinement sur les mécanismes liés à l'ordre public, en dépit d'une Constitution européenne, et *a fortiori* d'un contrôle de constitutionnalité de la loi étrangère à son échelle. Cet affinement se produit principalement sur le contenu de l'ordre public tandis que le recours aux mécanismes liés à l'ordre public persiste en grande partie dans sa forme traditionnelle. Un trait saillant à ce stade de l'affinement par la création d'un « espace » européen, avec ses deux composantes (compétences concurrentes et libertés de circulation) est l'appréhension par la doctrine comme une internationalité dédoublée. Nous avons tracé ensuite un parallèle pour étudier l'environnement institutionnel mexicain, tout en signalant l'absence d'une formation équivalente à l'Union européenne pour les pays américains. Il nous est apparu d'autre part, que les traits caractéristiques de la réalisation mexicaine, notamment la faible concurrence législative entre les États fédérés et la distribution des compétences établies par la Constitution, ont affiné le recours aux mécanismes liés à l'ordre public à l'intérieur de la fédération, notamment en provoquant leur anéantissement.

**773.** En plus de l'étude des environnements institutionnels il a été nécessaire d'analyser la teneur du contrôle de constitutionnalité. Ainsi, nous avons constaté que l'affinement du contrôle de constitutionnalité sur les mécanismes liés à l'ordre public se limite en droit français au complément, notamment lorsque le juge judiciaire a recours à l'argument du respect de la Constitution. Dans le système juridique français, où la norme hiérarchiquement supérieure n'est pas accompagnée systématiquement de préoccupations d'ordre méthodologique, les mécanismes liés à l'ordre public ont été adaptés à partir d'une posture international-privatiste. En revanche, en droit mexicain où la norme hiérarchiquement supérieure s'accompagne d'un mécanisme de protection qui lui est propre, les mécanismes liés à l'ordre public sont fortement concurrencés par le recours à l'*amparo* ; expliquant d'ailleurs, à notre sens, le faible recours aux mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé mexicain. Une posture constitutionnaliste est alors manifeste à l'occasion de la protection des valeurs et politiques législatives face à l'application d'une loi *étrangère*, choisie ou désignée par la règle de conflit de lois.

**774.** Le contrôle de conventionnalité, et son corollaire de proportionnalité, apportent à leur tour un affinement sur les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats. L'essor des conventions internationales protectrices des droits de l'homme ayant bouleversé le désintéressement de principe du contrôle de conventionnalité à l'occasion des situations privées internationales justifia l'intérêt porté sur ces éléments comme des affinements exogènes. L'incidence sur le raisonnement des mécanismes liés à l'ordre public se comprend dès lors

qu'on observe que l'application de la loi étrangère est contrainte de respecter les conventions internationales liant l'État du for. Ayant écarté à titre liminaire l'incidence sur le mécanisme des lois de police, nos constatations se concentrent sur la relation existante le mécanisme d'exception d'ordre public et le contrôle de conventionnalité. Il s'agit d'un rapport entre arguments équivalents qui ne modifie pas foncièrement le déclenchement du mécanisme de droit international privé. En effet, au but d'une analyse *in concreto*, les deux raisonnements concluent, dans une situation privé internationale, à l'écart de la loi étrangère jugée contraire aux valeurs essentielles du for. Appréhendé de cette manière l'affinement du contrôle de conventionnalité sur l'exception d'ordre public demeure limité.

775. Ces observations ont été complétées par l'analyse de la proportionnalité, phénomène général en droit qui touche aussi le droit international privé et ses méthodes et outil de raisonnement à disposition du juge français et du juge mexicain. Concernant l'exception d'ordre public en droit français, l'affinement consiste pour une partie de la doctrine, en une justification mieux fondée du déclenchement de la protection des valeurs essentielles du for. En droit mexicain, l'affinement se rend bien moins évident sur l'exception d'ordre public compte tenu du faible recours au mécanisme. D'autant plus que le juge fédéral mexicain dispose d'un mécanisme constitutionnel assurant le respect des droits fondamentaux fortement compatible avec le contrôle de proportionnalité. Ainsi, si affinement il y a, il s'agit d'une intégration du contrôle de proportionnalité aux mécanismes liés à l'ordre public en excluant l'hypothèse d'un remplacement, dès lors que le contrôle de proportionnalité ne se substitue pas à l'exception d'ordre public mais viendrait interagir avec cette dernière. Quant à l'affinement sur le mécanisme des lois de police il a été relevé que bien que possible, il n'est ni nouveau ni général. De motifs légitimes nous permettent de croire au maintien des mécanismes liés à l'ordre public. Notamment, le fait qu'à l'instar de la règle de conflit, ce sont des mécanismes spécifiquement prévus pour les problématiques liées à la vie internationale.

### **Conclusion à la seconde partie**

776. Les grandes matrices constituées par les mécanismes d'exception d'ordre public et des lois de police ont subi un affinement par certains éléments depuis leur identification. Un nombre de ces affinements s'observent à l'intérieur des mécanismes liés à l'ordre public dans l'opération de sélection de la loi applicable au contrat international, et peuvent être catégorisés comme des affinements endogènes. Également, d'autres éléments identifiés comme exogènes sont susceptibles d'affiner la mise en œuvre des mécanismes liés à l'ordre public. En effet, le

raisonnement permettant de déclencher ces mécanismes a abouti à une maturation, grâce à des éléments internes et externes qui révèlent la dynamique que caractérise l'ordre public en droit international privé des contrats.

**777.** D'une part, l'affinement produit par les éléments endogènes peut être à la fois substantiel ou fonctionnel. Les premiers se caractérisent pour consolider des valeurs ou des objectifs dans la logique traditionnelle du droit international, sans incidence majeure pour l'intervention des mécanismes liés à l'ordre public. Ils se sont introduits de manière progressive dans le contenu de la notion d'ordre public et se consolident désormais, tel est le cas des droits fondamentaux et des dispositions matérielles protectrices des parties faibles. Leur incidence demeure limitée en ce sens qu'ils viennent consolider respectivement les notions de valeurs essentielles et des politiques législatives protégés par les mécanismes liés à l'ordre public.

Les droits fondamentaux, essentiellement indéterminables, montrent une perméabilité avec la notion d'ordre public en droit international privé. De la sorte, l'exception d'ordre public, considérée comme leur « véhicule historique », s'est avérée comme le mécanisme idéal pour la protection des droits fondamentaux en la matière. Cette observation a pu être vérifiée dans le système juridique français de longue date, tandis que pour le système mexicain elle reste une hypothèse fortement envisageable. L'affinement par consolidation du contenu apportée par les droits fondamentaux demeure cantonnée au fonctionnement normal du mécanisme. Quant à la protection de la partie faible, celle-ci possède une forte incidence en tant qu'objectif, se révélant comme contrepoids nécessaire au principe d'autonomie de la volonté, en droit international privé des contrats. La protection de la partie faible est à l'origine de deux procédés différents d'affinement sur les mécanismes liés à l'ordre public : la limitation de la règle générale d'autonomie et l'addition au contenu de l'ordre public.

**778.** D'autre part, l'ordre public de proximité et l'ordre public de rattachement, identifiés comme des affinements endogènes fonctionnels, témoignent d'une hypertrophie des conditions nécessaires au déclenchement des mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats. La condition du respect dû aux droits fondamentaux et la condition de proximité constituent les cas topiques. L'affinements endogènes fonctionnels sont remarquables par leur conséquence directe, celle du foisonnement des mécanismes entrevus par la doctrine. À notre sens, ces modalités répondent à l'accentuation de certaines conditions dans le raisonnement déployé pour justifier le déclenchement de l'exception d'ordre public, sans constituer des mécanismes à part entière. Les regards de droit comparé ont été écartés puisque l'ordre public de proximité et l'ordre public de rattachement sont des modalités inconnues du système juridique mexicain. Ainsi, il est possible de considérer que l'affinement produit par l'ordre

public de proximité et l'ordre public de rattachement consiste en l'accentuation des conditions précises au déclenchement du mécanisme d'exception. Les conditions accentuées sont la proximité et le respect dû aux droits fondamentaux.

La proximité, comprise comme le rattachement d'un rapport de droit à l'ordre juridique avec lequel il présente les liens les plus étroits a été consolidée au sein du mécanisme d'exception d'ordre public et, plus récemment, élucidée dans le recours au mécanisme des lois de police. Elle s'avère être le tempérament indispensable pour donner un caractère raisonnable au déclenchement du mécanisme d'éviction de la loi étrangère et éviter ainsi de tomber dans le cloisonnement des systèmes juridiques. La théorisation de l'ordre public de proximité a eu lieu dans de litiges concernant la protection des droits fondamentaux, de la présence des deux conditions la doctrine a déduit le besoin de renforcer l'intervention de l'ordre public, c'est bien la constatation d'une atteinte d'affinement. L'ordre public de rattachement a été considéré comme l'évolution nécessaire du mécanisme d'exception d'ordre public tirée de l'accentuation de deux conditions, celle de la proximité et du respect dû aux droits fondamentaux. Cependant, la théorie de l'ordre public de rattachement est entachée d'une ambiguïté méthodologique importante, nourrie par un cadre institutionnel à son profit, qui n'a pas pu être surmontée.

**779.** Quant à l'affinement produit par des éléments externes nous avons identifié deux mécanismes de contrôle de régularité de la loi ayant une incidence, bien que limitée, sur les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats : le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité.

**780.** L'étude de l'affinement apporté par le contrôle de constitutionnalité s'est concentrée sur l'hypothèse du contrôle d'une loi étrangère, par rapport à un instrument du for hiérarchiquement supérieur, notamment la Constitution. L'étude de cet affinement a été l'occasion d'observer les environnements institutionnels des systèmes juridiques français et mexicain et de constater que leur participation respective dans l'Union européenne et dans la Fédération mexicaine est susceptible d'un affinement le contenu de l'ordre public, bien que le recours aux mécanismes liés à l'ordre public demeure inchangé et persiste dans sa forme traditionnelle. À ceci près, que les traits caractéristiques de la réalisation mexicaine, notamment la faible concurrence législative entre les États fédérés et la distribution des compétences établies par la Constitution, ont affiné le recours aux mécanismes liés à l'ordre public à l'intérieur de la fédération, notamment en provoquant leur anéantissement.

L'affinement produit par le contrôle de constitutionnalité est tributaire aussi de sa teneur. Dans le système français, où la norme hiérarchiquement supérieure n'est pas accompagnée systématiquement de préoccupations d'ordre méthodologique, les mécanismes liés à l'ordre

public ont été adaptés à partir d'une posture international-privatiste. En revanche, en droit mexicain où la norme hiérarchiquement supérieure, c'est-à-dire la Constitution, s'accompagne d'un mécanisme de protection des droits fondamentaux qui lui est propre, les mécanismes liés à l'ordre public sont fortement concurrencés par le recours à l'*amparo*, une posture constitutionnaliste est alors manifeste.

**781.** Le contrôle de conventionnalité, et son corollaire de proportionnalité, produisent aussi un affinement sur les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats. L'incidence du premier de ces éléments se circonscrit à un rapport entre arguments équivalents qui ne modifie pas foncièrement le déclenchement du mécanisme de droit international privé. En effet, au but d'une analyse *in concreto*, le raisonnement tiré tantôt du déclenchement de l'exception d'ordre public tantôt du recours au contrôle de conventionnalité concluent, dans une situation privé internationale, à l'écart de la loi étrangère jugée contraire aux valeurs essentielles du for. Dans cette veine, la proportionnalité constitue un outil de raisonnement à disposition du juge français et du juge mexicain susceptible d'améliorer la justification de la protection des valeurs essentielles du for. L'affinement consiste donc en l'intégration du contrôle de proportionnalité aux mécanismes liés à l'ordre public en excluant l'hypothèse d'un remplacement. Quant à l'affinement sur le mécanisme des lois de police il a été relevé que bien que possible, il n'est ni nouveau ni général. De motifs légitimes nous permettent de croire au maintien des mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats, notamment, par le fait ce sont des mécanismes particulièrement aptes à résoudre les problématiques liées aux rapports privés internationaux.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

---

**782.** Les notions d'exception d'ordre public et des lois de police appartiennent au vocabulaire de la théorie générale du droit international privé et du droit international privé comparé. Cette étude nous a permis de vérifier l'actualisation d'une telle affirmation par une comparaison franco-mexicaine. Ces outils se trouvent respectivement en droit international privé français et mexicain, ils respectent un raisonnement de cause-à-effet et peuvent être appréhendés par une grille de lecture commune.

**783.** Pour le mécanisme d'exception le traitement fait par les doctrines, française et mexicaine, garde un degré de similitude très important, à commencer par sa définition. Il s'agit d'un mécanisme d'exception à la règle de conflit de lois, susceptible d'être déclenché après la désignation d'une loi étrangère par la règle de conflit du for et aboutit à la substitution de la loi étrangère par une autre loi, généralement la loi du for. L'exception d'ordre public a pour fondement la protection des valeurs essentielles du for et se présente comme une opération de confrontation entre ces dernières, en tant qu'élément de référence, et la loi étrangère, comme élément contrôlé. Le déclenchement de l'exception possède un effet correctif au fond de la solution qui se décompose en un double volet : un négatif et un effet positif. Le premier est associé à l'éviction de la loi normalement compétente, qui doit avoir aussi la qualité d'être étrangère. Le second se caractérise par le rattachement de la situation à une loi, normalement la loi du for mais d'autres possibilités se présentent, notamment en matière contractuelle. L'effet positif s'explique le plus souvent comme un rattachement subsidiaire ou par la vocation subsidiaire de la loi du for. Les solutions de droit positif confirment la grille de lecture établie par les constructions doctrinales. De l'analyse de l'articulation de ces éléments nous avons conclu que lors de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public le juge effectue un contrôle de conformité d'une loi étrangère par rapport aux valeurs dominantes dans son ordre juridique ; cette orthodoxie est respectée par le droit positif français et par le droit positif mexicain dans ses développements les plus récents. Certes, la pratique judiciaire s'écarte de temps à autre des constructions doctrinales nous amenant à concevoir les mécanismes liés à l'ordre public comme empreints d'un dynamisme considérable.

**784.** Concernant les lois de police, malgré des convergences moins profondes et évidentes, il fut possible de constater l'existence d'un fond commun entre les systèmes juridiques français et mexicain. Les constructions doctrinales montrent des paliers de développement différents mais s'accordent sur ce que les lois de police possèdent la double qualité d'être matériellement



impératives et conflictuellement dérogoires. Dans son stade le plus récent, la doctrine française appréhende le phénomène comme un mécanisme justifiant la dérogation au critère de rattachement dès lors que l'efficacité d'une politique législative est mise en cause. Ce mécanisme est aussi porteur d'une confrontation entre un élément de référence et un élément contrôlé qui se produit nécessairement après la désignation de la loi compétente, produisant un double effet le détachement de la loi, désignée ou choisie, et le rattachement à la loi permettant d'assurer l'efficacité de la politique législative visée. Les manifestations en droit positif témoignent d'un nombre d'affinités entre les deux systèmes permettant de constater la mise en œuvre du mécanisme des lois de police, pour le droit international privé français elle constitue une réalité indéniable, pour le droit international privé mexicain il s'agit d'une hypothèse envisageable. Cependant, en dépit de la disponibilité de deux mécanismes liés à l'ordre public, la jurisprudence mexicaine ne semble pas distinguer les deux notions, ou recourir effectivement aux lois de police à tout le moins.

**785.** Les grandes matrices constituées par les mécanismes d'exception d'ordre public et des lois de police ont connu certains développements et affinements depuis leur identification. C'est donc à l'étude des affinements que nous nous sommes intéressés à la seconde partie et ce afin de vérifier s'ils s'orientent dans la même direction ou si l'on constate des dérives de l'un des systèmes par rapport à l'autre. En effet, le raisonnement permettant de déclencher les mécanismes a abouti à une maturation, grâce à des éléments internes et externes qui révèlent la dynamique que caractérise l'ordre public en droit international privé des contrats.

**786.** Nous avons classé ces éléments d'évolution en affinements endogènes et en affinements exogènes. Les éléments endogènes peuvent être catégorisés à la fois en affinements endogènes substantiels et en affinements endogènes fonctionnels. Les affinements endogènes substantielles présentent tantôt pour le système juridique français, tantôt pour le système juridique mexicain un affinement par consolidation. En effet, ces éléments se caractérisent pour consolider des valeurs ou des objectifs dans la logique traditionnelle du droit international, sans incidence majeure pour l'intervention des mécanismes liés à l'ordre public. Ils se sont introduits de manière progressive dans le contenu de la notion d'ordre public et se consolident désormais, tel est le cas des droits fondamentaux et des dispositions matérielles protectrices des parties faibles. Ces éléments viennent affermir les notions de valeurs essentielles et des politiques législatives protégés respectivement par l'exception d'ordre public et par les lois de police. Une variation se constate quant à l'affinement produit par la protection de la partie faible car elle est à l'origine de deux procédés différents d'affinement sur les mécanismes liés à l'ordre public : la limitation de la règle générale d'autonomie et l'addition au contenu de l'ordre public.

**787.** Dans la sous-catégorie d'affinements endogènes fonctionnels nous avons étudié l'incidence de l'ordre public de proximité et l'ordre public de rattachement. L'affinement produit par ces éléments se traduit à notre sens comme l'accentuation de conditions précises lors du déclenchement des mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats. La mise en exergue du respect dû aux droits fondamentaux et la condition de proximité constituent les cas topiques. Ces affinements sont remarquables par leur conséquence directe, celle du foisonnement des mécanismes entrevus par la doctrine. Il nous semble que l'accentuation de certaines conditions dans le raisonnement déployé pour justifier le déclenchement de l'exception d'ordre public ou des lois de police ne conduit pas nécessairement à la constitution des mécanismes à part entière. Les regards de droit comparé ont été écartés à cette occasion car l'ordre public de proximité et l'ordre public de rattachement sont des modalités inconnues du système juridique mexicain.

**788.** Dans les mécanismes exogènes nous avons identifié deux occurrences : le contrôle de constitutionnalité et le contrôle de conventionnalité. Il s'agit d'éléments externes caractérisés comme des mécanismes de contrôle de régularité de la loi ayant une incidence, limitée mais avérée, sur les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats.

**789.** L'étude de l'affinement apporté par le contrôle de constitutionnalité a été l'occasion d'observer les environnements institutionnels des systèmes juridiques français et mexicain. Leur participation respective dans l'Union européenne et dans la Fédération mexicaine est susceptible d'un affinement sur le contenu de l'ordre public, tandis que le recours aux mécanismes liés à l'ordre public demeure essentiellement inchangé. Un trait saillant se constate au Mexique où la faible concurrence législative entre les États fédérés et la distribution des compétences établies par la Constitution, a réduit considérablement, et presque anéanti, le recours aux mécanismes liés à l'ordre public à l'intérieur de la Fédération.

La teneur du contrôle de constitutionnalité présente de divergences entre le système juridique français et le système juridique mexicain, ces divergences répercutent dans l'affinement produit par ce contrôle. Dans le système français, où la norme hiérarchiquement supérieure n'est pas accompagnée systématiquement de préoccupations d'ordre méthodologique, les mécanismes liés à l'ordre public ont été adaptés à partir d'une posture international-privatiste mais gardent leur force en droit positif. En revanche, en droit mexicain où la norme hiérarchiquement supérieure, c'est-à-dire la Constitution, s'accompagne d'un mécanisme de protection des droits fondamentaux qui lui est propre, les mécanismes liés à l'ordre public sont fortement concurrencés par le recours à l'*amparo*. Une posture constitutionnaliste est alors manifeste affaiblissant le recours aux mécanismes de droit international privé.

**790.** Nous avons également constaté que le contrôle de conventionnalité, et son corollaire de proportionnalité, produisent aussi un affinement sur les mécanismes liés à l'ordre public en droit international privé des contrats. L'incidence du premier de ces éléments se circonscrit à un rapport entre arguments équivalents qui ne modifie pas foncièrement le déclenchement du mécanisme de droit international privé. En effet, au but d'une analyse *in concreto*, le raisonnement tiré tantôt du déclenchement de l'exception d'ordre public tantôt du recours au contrôle de conventionnalité concluent, dans une situation privé internationale, à l'écart de la loi étrangère jugée contraire aux valeurs essentielles du for. Dans cette veine, la proportionnalité constitue un outil de raisonnement à disposition du juge français et du juge mexicain susceptible d'améliorer la justification de la protection des valeurs essentielles du for. L'affinement consiste donc en l'intégration du contrôle de proportionnalité aux mécanismes liés à l'ordre public en excluant l'hypothèse d'un remplacement. Quant à l'affinement sur le mécanisme des lois de police il a été relevé que bien que possible, il n'est ni nouveau ni général.

---

**BIBLIOGRAPHIE**


---

**I.- OUVRAGES GENERAUX, TRAITÉS ET MANUELS**
**A. Droit français**

Ancel (B.), *Éléments d'histoire du droit international privé*, Paris, éd. Panthéon-Assas Paris II, 2017.

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

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

Batiffol (H.) et Lagarde (P.), *Droit international privé*, t. I, 8e éd., Paris, LGDJ, 1993.

Bureau (D.) et Muir Watt (H.), *Le droit international privé*, PUF, Que sais-je ?, 2009.

Bureau (D.) et Muir Watt (H.), *Droit international privé*, t. I et II, 3e éd., Paris, PUF, 2014.

Cornu (G.) (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8e éd., Association Henri Capitant, PUF, 2007.

Fouchard (P.), Gaillard (E.), Goldman (B.), *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.

Larroumet (Ch.) et Bros (S.), *Droit civil, Les obligations, Le contrat*, t. III, 9e éd., Paris, Economica, 2018.

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

Malaurie (Ph.), Aynès (L.), et Stoffel-Munck (Ph.), *Droit civil, Les obligations*, 2e éd., Defrénois, 2005.

Mayer (P.) et Heuzé (V.), *Droit international privé*, 11e éd., Paris, LGDJ, 2014.

Pillet (A.), *Principes de droit international privé*, Paris, Pedone, 1903.

Terré (F.), *Introduction générale au droit*, 10e éd., Dalloz, Précis, 2015.

**B. Droit mexicain**

Contreras Vaca (F.-J.), *Derecho internacional privado, Parte General*, 5e éd., México, OUP, 2013.

González Martín (N.) et Rodríguez Jiménez (S.), *Derecho internacional privado, Parte General*, México, UNAM, 2010.

Perezniето Castro (L.), *Derecho internacional privado, Parte General*, 7e éd., México, OUP, 1999.

Pina Vara de (R.), *Derecho Civil Mexicano, Obligaciones civiles, Contratos en general*, v. III, 14e éd., México, Porrúa, 2008.

Siqueiros (J.-L.), *Sintesis del Derecho internacional privado*, México, UNAM, IIJ, 2e éd., 1971.

### **C. Droit comparé**

Constantinesco (L.-J.), *Traité de droit comparé*, t. I, *Introduction au droit comparé*, LGDJ, 1972.

David (R.) et Jauffret-Spinoѕi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 11<sup>e</sup> éd., 2002.

González Martín (N.), *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, UNAM, 2010.

Laithier (Y.-M.), *Droit comparé*, Dalloz, 2009.

## **II.- OUVRAGES SPÉCIAUX, MONOGRAPHIES, THÈSES, COURS**

Adame Goddard (J.), *El contrato de compraventa internacional*, México, UNAM, IIJ, McGraw Hill, 1994.

Ago (R.), « Règles générales des conflits de lois », *Recueil des cours*, 1936.IV, t. 58, p. 243.

Aguirre Saldivar (E.), *Los retos del Derecho Público en materia de federalismo. Hacia la integración del derecho administrativo federal*, México, IIJ, UNAM, 1997.

Albornoz (M.-M.), *La loi applicable aux contrats internationaux dans les pays du MERCOSUR*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2006.

Ancel (B.),

- *Analyse critique de l'érosion du paradigme conflictuel*, AJDI, Paris II, 2005.
- *La fraude à la loi*, Bibliothèque de droit international privé, Dalloz, 1974.

Ancel (M.-A.), *La prestation caractéristique du contrat*, Economica, 2002.

Ancel (M.-A.), Deumier (P.) et Laazouzi (M.), *Droit des contrats internationaux*, Sirey, 2017.

Archer (D.), *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats*, thèse Cergy-Pontoise, 2006.

Arminjon, « Les systèmes juridiques complexes et les conflits de lois et de juridictions auxquels ils donnent lieu », *Recueil des cours*, 1949, t. 74.

Arrue-Montenegro (C.-A.), *L'Autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, LGDJ, 2011.

Audit (B.),

- « Le caractère fonctionnel de la règle de conflit de lois (sur la crise des conflits de lois », *Recueil des cours*, t. 186, 1984.
- « Le droit international privé en quête d'universalité », *Recueil des cours*, t. 305, 2003.

Barile (G.), « La fonction historique du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 116, 1965-III.

Batiffol (H.),

- *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956, rééd., 2002, préface de Y. Lequette.
- « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 139, 1973-II, p. 75-148.

Bayitch (S.A.), et Siqueiros (J.-L.), *Conflict of Laws : Mexico and the United States – A bilateral study*, University of Miami Press, Florida, 1968.

Bellot (H.), « La théorie anglo-saxonne des conflits de lois », *Recueil des cours*, t. 3, 1924-II.

Bergé (J.-S.) et Niboyet (M.-L.) (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Colloque international, Session internationale d'études doctorales, Université de Paris X-Nanterre, 28 janvier – 1<sup>er</sup> février 2003, Bruylant, Bruxelles, 2003.

Bihannic (K.), *Repenser l'ordre public de proximité. D'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle*, thèse, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2017.

Bireaud (R.), *Contribution à l'étude de l'ordre public en droit international privé*, Thèse Aix, 1932.

Boden D., *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, thèse (dactylo) Paris 1, 2002.

Boele-Woelki (K.), *Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2010.

Boele-Woelki (K.) et al. (ed), *Convergence and Divergence in Private International Law*, Liber Amicorum Kurt Siehr, Eleven international publishers, 2010.

Boggiano A.,

- « International Standard Contracts. A Comparative Study », *Recueil des cours*, t. 170, 1981-I.
- « The Contribution of the Hague Conference to the Development of Private International Law in Latin America », *Recueil des cours*, t. 233, 1992.

Boutayeb (Ch.), *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ, 2014.



Brilmayer (L.), «The Role of Substantive and Choice of Law Policies in the Formation and Application of Choice of Law Rules », *Recueil des cours*, t. 252, 1995.

Brulhart (V.), « Le choix de la loi applicable – Questions choisies », Bern, Stämpfli, 2004.

Bucher (A.),

- « L'ordre public et le but social des lois en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 239, 1993-II.
- « La dimension sociale du droit international privé : cours général », *Recueil des cours*, t. 330, 2009.

Caleb (M.), *Essai sur le principe de l'autonomie de la volonté en Droit international privé*, Sirey, 1927.

Calliess (P.) (ed.), *Rome Regulations, Commentary on the European Rules of the conflict of laws*, Wolters Kluwer law & business, 2011.

Carbonell (M.), *Derechos humanos en la Constitución mexicana*, IIJ, UNAM, 2013.

Carrillo Salcedo (J.A.), « Le renouveau du particularisme en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 160, 1978-II.

Castellanos Madrazo (J.-F.), *El control de constitucionalidad de la ley en México*, 1e éd., Porrúa, 2014.

Catala (P.), Cornu (G.), Foyer (J.) et al, *Le Code civil : 1804-2004, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004.

Cerqueira (G.) et Nord (N.) (dir.), *Contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité du droit étranger*, Société de Législation Comparée, 2017.

Chapelle (A.), *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse dactyl., Université Paris II, 1979.

Chopin (T.), *L'héritage du fédéralisme ? États-Unis/Europe*, Fondation Robert Schuman, 2002.

Cordero-Moss (G.), « Limitations on Party Autonomy in International Commercial Arbitration », *Recueil des cours*, t. 372, 2014.

Corneloup (S.) et Joubert (N.) (dirs.), *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.

Croizat (M.) et (J.-L.) Quermonne, *L'Europe et le fédéralisme*, 2e éd. Montchrestien, 1999.

Curti-Gialdino (A.), « La volonté des parties en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 137, 1972-III.

Deprez (J.), « Droit international privé et conflits de civilisation, aspects méthodologiques », *Recueil des cours*, t. 211, 1988-IV.

Droz (G.), « La Conférence de La Haye de droit international privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau permanent : Bilan et perspectives », *Recueil des cours*, t. 168, 1980-III.

Dubout (É.) et Touzé (S.) (dir.), *Les droits fondamentaux : charnière ente ordres et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010.

Durand-Barthez (P.) et Lengart (F.) (dir.), *Choisir son droit. Conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux*, L'Harmattan, 2012.

Ebrahimi (S.), *Mandatory rules and other party autonomy limitations in international contractual obligations: (with particular reference to the rome convention, 1980)*, London, ATHENA PressPUB, 2005.

Eek (H.), « Peremptory Norms and Private International Law », *Recueil des cours*, t. 139, 1973-II.

Espulgues Mota (C.), Hargain (D.) et Palao Moreno (G.), *Derecho de los contratos internacionales en Latinoamérica, Portugal y España*, Montevideo, Uruguay, 2008.

Evrigenis (D.), « Tendances doctrinales actuelles en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 118, 1966-II.

Fallon (M.), « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace juridique intégré, l'expérience de la Communauté européenne », *Recueil des cours*, t. 253, 1995.

Fernández Arroyo (D.-P.), « Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales », *Recueil des Cours*, t. 323, 2006.

Fernández Arroyo (D.) (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalía, Argentina, 2003.

Fernández Rozas (J.C.) et Sanchez Lorenzo (S.), *Curso de Derecho Internacional Privado*, 4e éd., Madrid, Civitas, 2007.

Ferrari (F.) et Leible (S.), *Rome I Regulation, The Law Applicable to Contractual obligations in Europe*, European Law Publishers, 2009.

Fresnedo de Aguirre (C.),

- *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Uruguay, Fundación de Cultura Universitaria, 1e éd., 1991.
- « Public Policy : Common Principles in the American States », *Recueil des cours*, vol. 379, 2015.

Fuchs (A.), Muir Watt (H.) et Pataut (E.) (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004.

Gannagé (L.),

- *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé – étude de droit international privé de la famille*, Préf. Yves Lequette, LGDJ, Bibliothèque de droit privé t. 353, 2001.
- « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures », *Recueil des cours*, t. 357, 2013.

Garnett (R.), *Substance and Procedure in Private International Law*, OUP, United Kingdom, 2012.

Gihl (T.), « Lois politiques et droit international privé », *Recueil des cours*, t. 83, 1953-II.

Giuliano (M.), « La loi applicable aux contrats : problèmes choisis », *Recueil des cours*, t. 158, 1977.

Goldman (B.), « Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé » *Recueil des cours*, t. 109, 1963.

González Campos (J.), « Diversification, spécialisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général », *Recueil des cours*, t. 287, 2000.

Goode (R.), Kronke (H.), McKendrick (E.) et Wool (J.), *Transnational Commercial Law*, 2e éd. OUP, 2012.

Grigera Naon (H.), « Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration », *Recueil des cours*, t. 289, 2001.

Guillaumé (J.), *L'affaiblissement de l'État-nation et le droit international privé*, LGDJ, 2008.

Gutzwiller (M.), « Le développement historique du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 29, 1929.

Hammje (P.), *La contribution des principes généraux du droit à la formation du droit international privé*, thèse, Université Panthéon Sorbonne Paris-I, 1994.

Hartley (T.-C.),

- « Mandatory Rules in International Contracts : The Common Law Approach », *Recueil des cours*, t. 266, 1997.
- « The Modern Approach to Private International Law : International Litigation and Transactions From a Common-Law Perspective. General Course on Private International Law », *Recueil des cours*, t. 319, 2006.

Hay (P.), « Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law. Reflections on current European and United States conflicts law », *Recueil des cours*, t. 226, 1991-I.

Healy (Th.), « Théorie générale de l'ordre public », *Recueil des cours*, t. 9, 1925.

Herzog (P.-E.), « Constitutional limitations on choice of law rules in the United States, Constitutional limits on choice of law », *Recueil des Cours*, t. 234, 1992.

Heuzé (V.), *La réglementation française des contrats internationaux, étude critique des méthodes*, Paris, GLN-Joly, 1990.

Heymann (J.), *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Préface de Horatia Muir-Watt *Economica*, 2010.

Hollis (D.), *The Oxford Guide to Treaties*, OUP, United Kingdom, 2012.

Kinsch (P.), *Le fait du prince étranger*, LGDJ, 1994.

Jacqué (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 8e éd., 2015.

Jacquet (J.-M.),

- *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Préf. J.-M. Bischoff, Paris, *Economica*, 1983.
- « La fonction supranationale de la règle de conflit de lois », *Recueil des cours*, t. 292, 2001.

Jayme (E.), « Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne », *Recueil des Cours*, t. 251, 1995.

Jeuneau (A.), *L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne. Essai de systématisation*, Thèse, Université Panthéon Sorbonne Paris-I, 2015.

Joubert (N.), *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Travaux du Credimi, Vol. 29, LexisNexis Litec, 2007.

Juenger (F.-K.), « General Course on Private International Law », *Recueil des Cours*, t. 193, 1983.

Kegel (G.), « The crisis of conflict of laws », *Recueil des cours*, t.112, 1964-II.

Kessedjian (C.), « Codification du droit commercial international et droit international privé : de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales », *Recueil des cours*, t. 300, 2002.

Kohler (Ch.), *L'autonomie de la volonté en droit international privé : un principe universel entre libéralisme et étatisme*, Leiden, Pays-Bas, Brill Nijhoff, 2013.

Kronke (H.), « Capital markets and conflicts of laws », *Recueil de cours*, t. 286, 2000.

Kuhn (A.), « La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique aux États-Unis », *Recueil de cours*, t.21, 1928-I.

Lagarde (P.),

- *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Tome XV, coll. « Bibliothèque de droit privé », Paris, LGDJ, 1959.
- « Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, t. 196, 1986-1.

Lalive (P.),

- « Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international », dans *Recueil des cours*, t. 120, 1967.
- « Tendances et méthodes en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 155, 1977.

Le Bos (Y.-E.), *Renouveau de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, Paris, 2010.

Leclerc (F.), *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux*, Bruylant, Bruxelles, 1995.

Legendre (R.), *Droits fondamentaux et droit international privé. Réflexion en matière personnelle et familiale*, thèse, Université Paris II Panthéon-Assas, 2018.

Lewald (H.),

- « Le contrôle des Cours suprêmes sur l'application des lois étrangères (Étude de jurisprudence comparée) », *Recueil des cours*, t. 57, 1936.
- « Règles générales des conflits de lois. Contribution à la technique du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 69, 1939.

Loquin (É.), Manciaux (S.) (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage : actes du colloque des 15 et 16 mars 2013*, Dijon, Travaux du Credimi, LexisNexis, 2014.

Loussouarn (Y.), « Cours général de droit international privé », *Recueil des cours*, t. 139, 1973-II.

Lowenfeld (A.), « Public Law in the International Arena ; Conflict of Laws, International Law and Some Suggestions for Their Interaction », *Recueil des cours*, t. 163, 1979.

Maekelt de (T.-B.), « General Rules of Private International Law in the Americas. New Approach » in *Recueil des cours*, t. 177, 1982-IV.

Malaurie (Ph.), *Les contrats contraires à l'ordre public. Étude de Droit civil comparé : France, Angleterre, U.R.S.S.*, Éditions Matot-Braine, Reims, 1953.

Malintoppi (A.), « Les rapports entre droit uniforme et droit international privé », *Recueil des cours*, 1965-III.

Marchadier (F.), *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2007.

Marzal Yetano (A.), *La dynamique du principe de proportionnalité. Essai dans le contexte des libertés de circulation du droit de l'Union européenne*, Collection des thèses, LGDJ, 2014.

Maury (J.), « Règles générales des conflits de lois », *Recueil des cours*, t. 57, 1963-III.

Mayer (P.), « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *Recueil des cours*, t. 327, 2007.

McMeel (G.), *The Construction of Contracts, Interpretation Implication and Rectification*, OUP, 2e éd., 2012.

Meijers (E.-M.), « L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 49, 1934-III.

Mendez Silva (R.) (coord.), *Contratación y Arbitraje Internacionales*, México, UNAM, IJ, 2010.

Miaja de la Muela (A.), *Derecho Internacional Privado*, t. 1, Madrid, 1954.

Mosconi (F.), « Exception to the Operation of Choice of Law Rules », *Recueil des cours*, t. 217, 1989.

Muir Watt (H.),

- *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse dactyl., Université Paris II Panthéon-Assas, 1985.
- « Aspects économiques du droit international privé » *Recueil des cours*, t. 307, 2004.

Najm (M.-C.), *Principes directeurs du droit international privé et conflits de civilisations*, Dalloz, Nouvelle collection de thèses, 2005.

Niboyet (J.-P.),

- « La théorie de l'autonomie de la volonté », *Recueil des cours*, t. 16, 1927-I.
- « Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflit des lois », *Recueil des cours*, t. 40, 1932.

Oppetit, (B.), « Le droit international privé, droit savant », *Recueil des cours*, t. 234, 1992-III.

Oprea (E.), *Droit de l'Union Européenne et lois de police*, L'Harmattan, 2015.

Oser (D.), *The UNIDROIT principles of International Contracts : a governing law?*, Leiden, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Overbeck von (A.- E.), « La contribution de la Conférence de la Haye au développement du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 233, 1992-II.

Parisot (V.), *Les conflits internes de lois*, IRJS Editions, t. 46, Collection Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, Paris, 2010.

Parra-Aranguren (G.), « Recent Developments of Conflict of Laws Convention in Latin America », *Recueil des cours*, t. 164, 1979-III.

Partsch (Ph.-E.), *Le droit international privé européen de Rome à Nice*, Bruxelles, Larcier, 2003.

Patocchi (P.-M.), *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Genève, Georg, 1985.



Perezniето Castro (L.), *La territorialité des lois et l'article 12 du Code Civil pour le District Fédéral et les territoires fédéraux, au Mexique*, Université Paris II, 1975.

Pocar (F.), « La protection de la partie faible en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 188, 1984.

Pommier (J.-Ch.), *Principe d'autonomie et loi du contrat en Droit international privé conventionnel*, Paris, Economica, 1992.

Radicati di Brozolo (L.-G.), « Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international », *Recueil des cours*, t. 315, 2005.

Ranouil (V.), *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, PUF, 1980.

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

Revet (Th.) (coord.), *L'Ordre public à la fin du XXe siècle*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 1996.

Rodríguez Jiménez (S.),

- *Competencia judicial civil internacional*, México, IIJ, UNAM, 2009.
- *Conexidad y litispendencia internacional en el Derecho internacional privado mexicano*, UNAM, IIJ, serie Doctrina Jurídica, n. 474, 2009.

Rueda (I.), *Incidence des règles d'UNIDROIT sur le droit des contrats en Europe*, LGDJ, Bibliothèque de Droit Privé, tome 559, 2015.

Salah Mohamed Mahmoud (M.), « Loi d'autonomie et lois de police protectrices de la partie faible », *Recueil des cours*, t. 315, 2005.

Sefton-Green (R.) et Usunier (Laurence (dir.)), *La concurrence normative. Mythes et réalités*, Société de législation comparée, v. 33, 2013.

Serna de la Garza (J.M.), *El sistema federal mexicano. Un análisis jurídico*, UNAM, IIJ, México D.F., 2008.

Silva Ramírez (L.), *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*, Porrúa, 2<sup>ème</sup> ed., Mexique, 2010.

Sindres (D.), *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, LGDJ, 2008.

Sperduti (G.), « Théorie du droit international privé », *Recueil des cours*, t. 122, 1967.

Struycken (A.-V.-M.), « Co-ordination and Co-operation in Respectul Disagreement : General Course on Private International Law », *Recueil des cours*, t. 311, 2004.

Supiot (A.), *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, Seuil, 2010.

Symeonides (S.), « The american choice of law revolution in the courts : today and tomorrow », *Recueil des cours*, t. 298, 2002.

Symeonides (S.), Perdue (W.) and Von Mehren (A.), *Conflict of Laws : American Comparative International*, St. Paul, Minn., West Group, 2<sup>nd</sup> ed., 2003.

Usunier (L.), *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008.

Valladao (H.), « Le droit international privé des états américains », *Recueil des cours*, t. 81, 1952.

Vander Elst (R.), *Les lois de police et de sûreté en droit international privé français et belge*, Ed. Recueil Sirey, Paris, 1956, t. 1, 1956.

Van Hecke (G.), « Principes et méthodes en droit international privé », *Recueil des cours*, t. 126, 1969.I.

Vareilles-Sommières de (P.),

- *La compétence normative de l'État en matière de droit privé. Droit international public et droit international privé*, Paris, LGDJ, 1997.
- (dir.), *Le droit privé européen*, Economica, 1998.
- « L'exception d'ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère, » *Recueil des cours*, vol. 371, 2015.

Viangalli (F.), *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2004.

Weintraub (R.-J.), « Functional Developments in Choice of Law for Contracts », *Recueil des cours*, t. 187, 1984.

Wengler (W.), « The general principles of private international law », *Recueil des cours*, t.104, 1961-III.

### III.- ARTICLES, CHRONIQUES ET ÉTUDES

Adame Goddard (J.),

- « Estudio comparativo del capítulo primero de los Principios de Unidroit sobre Contratos Comerciales Internacionales », *Revista de Derecho Privado*, n° 24, sept.-déc., 1997.
- « El derecho de los contratos internacionales », in *Contratacion y arbitraje internacionales*, ed. Ricardo Méndez Silva, México, UNAM, 2010, 3-21.

Aguilar Navarro (M.), « Algunos supuestos políticos del derecho internacional privado », *Rev. Esp. D. Int.*, 1960, p. 45 et s.

Albornoz (M.-M.),

- « El derecho aplicable a los contratos internacionales en el sistema interamericano », *IUSTITIA Revista juridica del Departamento de Derecho*, ITESM, 2007, num. 16.
- « Normas de conflicto sobre contratos interacionales en los países del MERCOSUR », *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, III, n°125, 2009.
- « El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del MERCOSUR », UNAM, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XLII, N°. 125, mayo-agosto de 2009, pp. 631-666.
- « Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems », *Journal of Private International Law*, vol. 6, No. 1, p. 23-58, April 2010.

Albornoz (M.-M.) et Foyer (J.), « Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement « Rome 1 » », *JDI* 2012. 1.

Alvez (A.), « ¿Made in México ? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿la migración de un mecanismo constitucional? », *Revista de la Facultad de Derecho*, UNAM, vol. 60, n° 253, 2010, p. 357-380.

Ancel (B.),

- « Destinées de l'article 3 du Code civil », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 1-18.
- « L'arbitrage commercial international au Pays des Lumières, dans Mendez Silva, Ricardo (coord.), *Contratacion y arbitraje internacional*, México, UNAM, 2010, p. 187.

Ancel (M.-E.), « La protection internationale des sous-traitants », *Travaux comité fr. DIP 2008-2010*, Pedone, 2011, p. 225-259.

Arminjon (P.), « Les lois politiques et le droit international privé », *RDIP* 1930.385.

Audit (B.),

- « A Continental Lawyer Looks at Contemporary American Choice-of-Law Principles », *27 Am. J. of Comp. L.* 589 (1979).
- « Extra-territorialité et commerce international, l'affaire du gazoduc sibérien », *Rev. crit. DIP*, 1983. 401.
- « Le droit international privé de la fin du XXe siècle : progrès ou recul », *RID comp.* 1998.421.
- « L'Élection par les parties de la loi applicable au contrat », dans Rivera (J.-C.) ET Fernández Arroyo (D.-P.) (dir.), *Contrats et arbitrage à l'ère globale : journées franco sud-américaines de droit comparé : Buenos Aires*, le 26 et le 27 avril 2011, 2012, p. 327-343.
- « Le choix des Principes d'Unidroit comme loi du contrat et le droit international privé », *Mélanges en l'honneur de Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 13.

Avout d' (L.),

- « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *D.* 2008. 2165.
- « Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé », dans *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques, sous la direction de Edouard Dubout et Sébastien Touzé*, Pedone, 2010, p. 159-192.
- « Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux », *D.* 2014. 60.

- « L'extraterritorialité du droit dans les relations d'affaires », *JCP G*, n° 42, 12 octobre 2015, p. 1112 et s.
- « Les lois de police », in T. Azzi et O. Boscovic (dir.), *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.

Barrera Graff (J.), « Codificación en México, Antecedentes, Código de Comercio de 1889, Perspectivas », dans *Centenario del Código de Comercio*, 1991, p. 69-83.

Basedow (J.),

- « Conflicts of economic regulation », 1994 *Am. J. Comp. Law* 423.
- « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 55 s.

Batiffol (H.),

- « Le rôle de la volonté en droit international privé », dans *Le rôle de la volonté dans le droit, Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1957, p. 71 et s.
- « Objectivisme et subjectivisme dans le droit international privé des contrats », dans *Mélanges Maury*, Dalloz et Sirey, 1960, t. I, repris in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ 1976, p. 249 s.
- « L'affirmation de la loi d'autonomie dans la jurisprudence française », dans *Mélanges Maury*, Dalloz et Sirey, 1960, t. I, repris in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ 1976, p. 265 s.
- « Sur la signification de la loi désignée par les contractants », dans *Mélanges Maury*, Dalloz et Sirey, 1960, t. I, repris in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ 1976, p. 271 s.
- « La crise du contrat et sa portée », *Archives de philosophie du droit*, 1968, p. 11 et s.
- « Contributions de la juridiction internationale au droit international privé », dans *La communauté internationale, Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, Pédone, 1974, p. 17 et s.
- « La loi appropriée au contrat », dans *Le droit des relations économiques internationales, Etudes offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1987, p. 1 et s.

Beraudo (J.-P.), « Faut-il avoir peur du contrat sans loi ? », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 93 s.

Bonell (M.J.),

- « Unidroit Principles 2004 –The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law», *Revue de Droit Uniforme*, vol. IX, 2004-1.
- « The CISG European Contract Law and the Development of a World Contract Law », *Am. J. of Comp. L.*, vol. 56, (2008), p. 1-28.

Bonomi (A.),

- « Mandatory Rules in Private International Law », *Yearbook of PIL*, vol. 1, 1999, p. 215.
- « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », dans *Regards comparatistes sur le phénomène contractuelle*, Aix-en-Provence/Marseille, PUAM, 2009, p. 225-241.

Bredin (J.-D.), « La loi du juge », dans *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1987, p. 15 et s.

Briggs (A.), « Public policy in the conflict of laws : a sword and a shield ? », *Singapore Journal of International and Comparative Law*, 2002-6, 953.

Bucher (A.), « Vers l'adoption de la méthode des intérêts, réflexions à la lumière des codifications récentes », *Trav. com. fr. DIP*, 1993-1995, Pedone, 1996, p. 209 s.

Bureau (D.), « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », dans *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz/PUF, 2009, p. 285 et s.

Bureau (D.) et Muir Watt (H.), « L'impérativité désactivée ? » *Rev. crit. DIP*, 2009. 1.

Bureau Permanent de la Conférence de la Haye, « Choix de la loi applicable aux contrats du commerce international : Des Principes de la Haye ? », *Rev. Crit. DIP*, 2010. 83.

Busseuil (G.), « Le choix de la loi applicable au contrat électronique », dans *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Dijon, CREDIMI, 2011, p. 397 et s.

Buxbaum (H.), « Mandatory rules in civil litigation : Status of the doctrine post-globalization », *The American Review of International Arbitration*, vol. 18, n. 1-2, 2008, p. 21-36.

Carbonell (M.), « Derechos humanos en la Constitución mexicana », dans *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Ferrer Mac-Gregor (coord.), vol. 1, UNAM-IIIJ, 2016.

Cavers (D.), « A critique of the Choice-of-Law Problem », *47 Harvard Law Rev.*, 1933-1934, p. 173-208.

Chassagnard-Pinet (S.), « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 226-249.

Chong (A.), « The public Policy and Mandatory Rules of Third Countries in International Contracts », *Journal of PIL* 2006. 27 s.

Cohen (D.), « La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français », *Rev. crit. DIP*, 1989. 451.

Corneloup (S.), « Entre autonomie conflictuelle et autonomie matérielle : le choix du futur droit commun européen de la vente. À propos de la proposition de règlement de la Commission européenne du 11 octobre 2011 », dans *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Michel Jacquet*, LexisNexis, 2013, p. 367-386.

Courbe (P.),

- « Ordre public et loi de police en droit des contrats internationaux », *Études offertes à B. Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 99 s.

- « L'ordre public de proximité », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, Paris 2005, p. 230 s.

Delaume (G.-R.), « L'autonomie de la volonté en droit international privé », *Rev. crit, DIP* 1950. 321.

Deumier (P.),

- « Opt-in et opt-out, à propos de nouveaux systèmes d'application des sources du droit des contrats, *Revue des contrats*, 2007. 1462.
- « L'utilisation par la pratique des codifications d'origine doctrinale », *D.* 2008. 494.
- « *La lex mercatoria* entre ordre et désordre », *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer, Economica, Paris, 2008.*

Deumier (P.) et Racine (J.-B.), « Le Règlement Rome I. Le mariage entre la logique communautaire et la logique conflictuelle, pour le meilleur et pour le pire », *Revue des contrats*, 2008. 1309.

Derains (Y.), « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », dans *Le droit des relations économiques internationales, Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1987, p. 29 et s.

Dickinson (A.), « Third Country Mandatory Rules in the Law Applicable to Contractual Obligations : So Long, Farewell, Auf Wiedersehen, Adieu ? », *Journal of PIL* 2007. 53 s.

Droz (G.), « La Conférence de La Haye de droit international privé et la méthode d'unification du droit : traités internationaux ou lois modèles ? », *Revue internationale de droit comparé*, 1961, p. 507-521.

Fallon (M.),

- « Les règles d'applicabilité en droit international privé », dans *Mél. Vander Elst*, Bruxelles, Nemesis, 1986, p. 285 s.
- « Le principe de proximité dans le droit de l'Union européenne », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Paris, Dalloz, 2005*, p. 241.

Fauvarque-Cosson (B.),

- « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *Revue internationale de droit comparé*, 1998.462.
- « Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux », *Revue internationale de droit comparé*, 2000.797.
- « L'ordre public », dans *1804-2004, Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, éd. Dalloz 2004, p. 473.
- « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.* 2007. 96.
- « Droit international privé et droit comparé : brève histoire d'un couple à l'heure de l'Europe », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 43.
- « Règles impératives et instruments de droit souple », *Mélanges Pierre Mayer*, Lextenso 2015.



Fauvarque-Cosson (B.) et Deumier (P.), « Un nouvel instrument de droit souple international. Le projet de Principes de la Haye sur le choix de la loi en matière de contrats internationaux », *D.* 2013. 2185.

Fellmeth (A.), « U.S. State legislation to limit use of international and foreign law », *The American Journal of International Law*, vol. 106, n.1, 2012, p. 107-117.

Fernández Arroyo (D.-P.),

- « La Convention Interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux : certains chemins conduisent au-delà de Rome », *Rev. crit. DIP*, 1995. 178.
- « International Contract Rules in Mercosur : End of an Era or Trojan Horse », dans Borchers (P.) et Zekoll (J.) (eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millenium. Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers, 2001, p. 157 et s.
- « La CIDIP VI : Cambio de paradigma en la codificación interamericana de derecho internacional privado? », dans *Derecho internacional privado interamericano. Evolución y perspectivas*, 2e éd., México, 2003, p. 103-111.

Fernández Rozas (J.-C.), « El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización », *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, vol. LVII, p. 605-637.

Ferrari (F.), « Quelques remarques sur le droit applicable aux obligations contractuelles en l'absence de choix des parties », *Rev. crit. DIP*, 2009. 459.

Forteau (M.), « L'ordre public « transnational » ou « réellement international » », *JDI*, 2011. 3.

Foyer (J.),

- « Entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 avril 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *JDI*, 1991. 601.
- « Le contrat d'*electio juris* à la lumière de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 169 et s.
- « Droits internationaux des droits de l'homme de l'homme et ordre public international », *Du droit interne au droit international, Mélanges Raymond Goy*, Rouen, 1998, p. 333.
- « Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 285.
- « Lois de police et principe de souveraineté », dans *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit, Les relations privées internationales*, LGDJ, 2014, p. 339-358.

Francescakis (Ph.),

- « Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP*, 1966. 1.
- « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public », *Trav. Com. fr. DIP*, 1966-1969, p. 149.

Franco (S.), « Le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles –De quelquel changements... », *JDI*, 2009. 41.

Franco (S.) et Jault-Seseke (F.), « Les lois de police, une approche de droit comparé », dans *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Lexis-Nexis, Paris, 2011, p. 357-393.

Gannagé (L.),

- « Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes », *Rev. crit. DIP*, 2001, p. 1.  
« Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques. Retour sur un mal aimé », dans *Le monde du droit. Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, Paris, 2008, p. 417-440.
- « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TCFDIP*, 2006-2008, Pedone, 2009, p. 205.

Gannagé (P.), « La distinction entre les conflits internes et les conflits internationaux », in *Mélanges Roubier*, 1966, t. I, p. 229 s.

Garro (A.),

- « Unification and Harmonization of Private Law in Latin America », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 40, n. 3, 1992, p. 587-616.
- « Armonización y Unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades », *Revista del Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 1993, vol. 22, p. 111-124.

Gaudemet-Tallon (H.), « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010, p. 707-721.

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

Giardina (A.), « Les principes UNIDROIT sur les contrats internationaux », *JDI*, 1995. 547.

Gonzalez de Cossio (F.),

- « La Convencion Interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales a la luz del derecho conflictual internacional », IJ UNAM, *Revista de derecho privado*, n° 24, 1997.
- « Hacia una definicion mexicana de « orden público » », *Spain Arbitration Review*, 2009, n° 4, p. 39-46.
- « Orden público en México : del impresionismo al puntillismo jurídico », *RDP*, Cuarta Epoca, Año I, n° 2, juillet - décembre, 2012.
- « L'ordre public au Mexique : quand la réalité dépasse l'apparence », *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n° 3, 2014, p. 177-186.

Gothot (P.),

- « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP*, 1971.1 janvier-mars, p. 1-36.

- « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », *Travaux comité fr. DIP*, années 1975-1977, p. 201 et s.

Guillaumé (J.), « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », dans *Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 295 ss, spéc. p. 305

Guedj (Th.- G.), « The Theory of the "lois de Police": A Functional Trend in Continental Private International Law : a Comparative Analysis with Modern American Theories », 39 *Am. J. Comp. L.* 661 (1991), 38 p.661 to 698.

Hahn (C.), « La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II. L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général », *TCFDIP*, 2006-2008, Pedone, 2009, p. 187.

Hammje (P.),

- « Droits fondamentaux et ordre public », *Rev. crit. DIP*, 1997, 1, p. 8 et s.
- « L'ordre public de rattachement », *Trav. Com. fr. DIP*, 2006-2008, p. 153-178.

Hartley (T.-C.), « The proposed « Rome I » regulation : applicable law in the absence of choice (article 4) », dans *Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 717-726.

Hartnell (H.), « Living *La Vida Lex Mercatoria* », *Revue de droit uniforme*, 2007, vol. XII, p. 735 et s.

Hernández-Breton, (E.),

- « Admisión del principio de autonomía de la voluntad de las partes en materia contractual internacional : Ensayo de Derecho Internacional Privado », *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, 1998, n° 71, Caracas.
- « La Convención de Mexico (CIDIP-V 1994) como modelo para la actualización de los sistemas nacionales de contratación internacional en América Latina », (2008), n° 9 *DeCita*, p. 167-189.

Heuzé (V.),

- « La volonté en droit international privé », *Rev. Droits* 1998. 113 et s.
- « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti droit européen » dans *Mélanges Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 393.

Heyraud (Y.), « Les contrats internationaux à l'épreuve des dispositions impératives de la réforme du droit français des obligations », *JDI*, 2018, p. 535.

Huet (J.), « Ordre public et loi de police et du for dans le droit international de la communication numérique », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, Août-Septembre 2010.

Idot (L.), « Les produits », dans *Conflits de lois et régulation économique*, Audit (M.), Muir Watt (H.) et Pataut (E.) (dir.), LGDJ, coll. « Droit & Economie », 2008, p. 37.

Jacquet (J.-M.),

- « L’incorporation de la loi dans le contrat », *Trav. Com. fr. DIP 1993-1995*, 23 s. *La CNUDCI et l’autonomie de la volonté*, Lextenso, Petites affiches, 18 décembre 2003 n°252, p. 70.
- « Le principe d’autonomie entre consolidation et évolution » dans *Mélanges Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p.727 s.
- « Le contrat international, l’originalité des méthodes », *Journal des sociétés*, 2009, p. 16 et s.
- « La théorie de l’autonomie de la volonté » dans Corneloup ‘S.’ / Joubert (N.) (dir.), *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, p. 1-15.

Jaluzot (B.), « Méthodologie du droit comparé bilan et perspective », *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1-2005.

Jault-Seseke (F.), « Caractère de loi de police la protection de l’agent commercial en Allemagne, Cour de justice fédérale (Allemagne) 5 septembre 2012 », *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 890.

Jayme (E.) et Kohler (Ch.), « L’intégration des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et les Conventions de Bruxelles et de Rome », *Rev. crit. DIP* 1995. 1.

Jestaz (Ph.), Marguénaud (J.-P.) et Jamin (Chr.), « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014. 2061.

Juenger (F.K.),

- « The Inter-American Convention on the Law applicable to International Contracts : some highlights and comparisons », (1994), vol.42, *American Journal of Comparative Law*, p. 381-393.
- « Contract Choice of Law in the Americas », (1997), vol.45, *American Journal of Comparative Law*.

Kahn (Ph.), « Contrats d’Etat et nationalisation : les apports de la sentence du 24 mars 1982 », *JDI*, 1982, p. 844 et s.

Kessedjian (C.),

- « Les actions civiles pour violation des droits de l’homme. Aspects de droit international privé », *Travaux Comité fr. dr. int. pr.* 2002-2004, p. 151-194.
- « Les normes a-nationales et le futur règlement Rome I – Une occasion manquée (jusqu’à nouvel ordre?) », *Revue des contrats*, 2007, p. 1470 et s.
- « Mandatory Rules of Law in International Arbitration : What are mandatory rules ? », *American Review of International Arbitration*, vol. 18, 2007, p. 147.

Kinsch (P.), « La ‘sauvegarde de certaines politiques législatives’, cas d’intervention de l’ordre public international ? », *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques – Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 447.

Kronke (H.),

- « The scope of party autonomy in recent UNIDROIT instruments and the conflict of laws in the MERCOSUR and the European Union », dans *Liber Amicorum en homenaje al profesor Dr. Didier Operti Badan*, Montevideo, Uruguay, Fundacion de Cultura Universitaria, p. 289-302.
- « International Uniform Commercial Law Conventions : Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice », *Unif. L. Rev.* 2000, 13.

Kuipers (J.-J.),

- « Cartesio and Grunkin Paul : Mutual recognition as a vested rights theory based on party autonomy in private international law », *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, n° 2, p. 66-96, 2009.
- « Party Autonomy in the Brussels I Regulation and Rome I Regulation and the European Court of Justice », *German Law Journal*, vol.10, n°11, p.1505-1525 (2009).

Lagarde (P.),

- « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Rev. crit. DIP* 1991. 287.
- « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », dans *Mélanges Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 511.
- « Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 331.
- « La reconnaissance mode d'emploi », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 481.

Lagarde (P.), et Tenenbaum (A.), « De la Convention de Rome au Règlement de Rome I », *Rev. crit. DIP*, 2008. 727.

Lando (O.) et Nielsen (P.A.), « The Rome I Proposal », *Journal of Private International Law*, 2007, vol. 3, n°1, pp. 31-32.

Lalive (P.),

- « Le droit public étranger et le droit international privé », *TCFDIP*, 1973-1975, p. 215-257.
- « Ordre public transnational ou réellement international et arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 1986, p. 329.

Leible (S.), « La importancia de la autonomia conflictual para el futuro derecho de los contratos internacionales », *Cuadernos de Derecho Transnacional* (mars 2011), Vol. 3, n° 1, p. 214-233.

Lemaire (S.), « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157.

Lequette (Y.),

- « Le droit international privé et les droits fondamentaux », dans *Libertés et Droits Fondamentaux*, 2004, p. 123 et s.
- « De Bruxelles à La Haye (Acte II) – Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé », dans *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 503.

Lewald (H.), « Conflits de lois dans le monde grec et romain », *Rev. crit. DIP* 1968.

Libchaber (R.),

- « L'exception d'ordre public en droit international privé », dans T. Revet (dir. publ.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 65 ss, spéc. p. 66.
- « L'avenir d'un paradoxe », *Mélanges Mayer*, Lextenso, 2015, p. 519-530.
- « Une motivation en trompe-l'œil : les cailloux du Petit Poucet », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 22, 30 mai 2016, doct. 632.

Loquin (E.), « Rome I et les principes et règles de droit matériel international des contrats », dans *Le Règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Dijon, CREDIMI, 2011.

Louis-Lucas (P.),

- « Remarques sur l'ordre public », *Rev. Crit. DIP* 1933. 393.
- « L'autonomie de la volonté en droit privé interne et en droit international privé », dans *Études de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Paris, Dalloz, 1939, p. 469 et s.

Mancini (P.-S.), « De l'utilité de rendre obligatoires un certain nombre de règles générales du Droit international privé », *JDI*, 1874. 221.

Marella (F.), « Les nouveautés du Règlement européen (Rome I) Relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles », *Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI*, 2008, vol. 19, n° 1, p. 91-136.

Marin Lopez (A.), « Las normas de aplicacion necesaria en derecho internacional privado », *Revista española de derecho internacional*, 1970, p. 19-41.

Marzal (T.),

- « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé –de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et lois de police », *Arch. Phil. Droit*, 2015, p.241-252.
- « La Cour de cassation à « l'âge de la balance » », *RTD civ.*, 2017. 789.

Mayer (P.),

- « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979.1.
- « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277.
- « Le mouvement des idées dans le droit des conflits de lois », *Rev. Droits* 1985-2, p. 129.
- « Les lois de police », *TCFDIP, Journée du cinquantième*, éd. CNRS, 1988, p. 105-114 s., spéc. p. 108.
- « L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence », *Martinus Nijhoff*, 1989.
- « La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères », *Rev. crit. DIP* 1991. 663.
- « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz 2005, p. 547.



Mazeaud (D.), « Un droit européen en quête d'identité, les Principes du droit européen des contrats », *D.* 2007, 2959.

Mazeaud (P.), « Le code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs*, 2004/3 (n° 110), p. 152-159.

Meeusen (J.) et Fallon (M.), « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », *Rev. Crit. DIP* 2002. 435.

Mehren von (A.-T.), « Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux États-Unis », *JDI* 1973.116.

Mercadal (B.), « Ordre public et contrats internationaux », *DPCI*, 1977, p. 457 ss.

Miguel Asensio de (P.), « El derecho internacional privado ante la globalización », *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. I, 2001, p. 37-87.

Miller (G.-P.), « The Legal-Economic Analysis of Comparative Civil Procedure », *American Journal of Comparative Law*, vol.45, n. 4, 1997.

Moreno Rodriguez (J.-A.), « Los contratos y la Haya ; Ancla al pasado o puente al futuro ? », *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 15 – jan./jun. 2010.

Moreno Rodriguez (J.-A.) and Mercedes Albornoz (M.), «Reflections on the Mexico Convention in the Context of the Preparation of the Future Hague Instrument on International Contracts », *Journal of Private International Law*, vol. 7, n. 3.

Mosset Iturraspe (J.), « El orden público y tutela del consumidor y usuario », *Revista Latinoamericana de Derecho*, n. 9-10, janvier - décembre 2008, p. 223-233.

Muir Watt (H.),

- « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux (Vers la publicisation des conflits de lois ?) », dans *Le privé et le public, Archives de Philosophie du Droit*, Sirey, t. 41, 1997, n° 7, p. 210.
- « La fonction subversive du droit comparé », dans *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n°3, Juillet- septembre 2000, p. 503-527.
- « Economics and Law, Quel apport pour le droit international privé ? », dans *Mélanges Ghestin*, Paris, 2001, p. 683 s.
- « L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel », *Revue critique de Droit International Privé*, n° 3, vol. 91, 2002, p. 509-535.
- « Choice of law in integrated and interconnected markets : A matter of political economy », *9 Columb. J. Eur. L.* 2003, p.383-410.
- « Globalisation des marchés et économie politique du droit international privé », *Arch. Philo. Dr.*, 2003, t. 47, p. 243 s.
- « L'expérience américaine », dans *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, spéc. p. 145 s.
- « Le principe d'autonomie, entre libéralisme et néolibéralisme », dans Fallon (M.), Lagarde (P.) et Poillot-Peruzzetto (S.), (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2008, p. 77.

- « Party autonomy in international contracts : from the makings of a myth to the requirements of global governance », (2010), *European Review of Contract Law*, 3, 250.
- « Les limites du choix : dispositions impératives et internationalité du contrat », dans Courneloup (S.) / Joubert (N.), (dirs.) Paris, Litec, 2011, p. 341-351.

Muir-Watt (H.) et Radicatti di Brozolo (L.-G.), « Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World », *Global Jurist*, n°1, vol. 4, 2004.

Neumayer Karl (H.), « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *Rev. Crit. DIP* 1957.579 et 1958.53.

North (P.-M.) (Ed.), « Contract conflicts. The E.C.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations : A Comparative Study », North-Holland Publishing Company, 1982.

Nourissat (C.), « Le nouveau droit européen des contrats internationaux », *Revue de jurisprudence commerciale*, Janvier-Février 2011, n° 1, p. 3-20.

Nova de (R.), « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Paris, Dalloz et Sirey, 1960, t. I, p. 377.

Operti (B.), « Conflit de lois et droit uniforme dans le droit international privé contemporain : dilemme ou convergence?: Conférence inaugurale, session de droit international privé », 2012 (volume 359), *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*.

Oster (J.), « Public policy and human rights », *Journal of Private International Law*, 2015, vol.11, n° 3, p.542-567.

Pamboukis (C.), « La *lex mercatoria* reconsidérée », *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, p. 635.

Panet (A.), « Le statut personnel en droit international privé. Les lois de police comme contrepoids à l'autonomie de la volonté ? », *Rev. Crit. DIP*, 104 (4) octobre-décembre 2015.

Parisot (V.), « Les classifications des conflits internes de lois à l'épreuve de leur solution », *Rev. Crit. DIP* 2014. 469.

Parra-Aranguren (G.), « Choice of law applicable to the dispute in recent legislation on International Commercial Arbitration », dans *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum Kurt Siehr*, T.M.C. ASSER PRESS, The Hague, The Netherlands, 2000, p. 557-568.

Pataut (E.), « Lois de police et ordre juridique communautaire », dans *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, 2004, p. 117-144.

Pataut (E.) et Hammje (P.), « De l'ordre public universel et de l'esclavage domestique », *Rev. crit. DIP*, 2006, p. 856.

Pereznieta Castro (L.),

- , « La tradition territorialiste en Droit International Privé dans les pays de l'Amérique Latine », (1985), 190, *Recueil des Cours Académie de Droit International*, p. 271-400.

- « Réformes législatives en matière de DIP au Mexique », *Rev. crit. DIP*, 1989. 593.
- « Introduccion a la Convencion Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », (1994), XXX, 4, *Revista de Diritto Internazionale Privato e Processuale*, p.765-776.
- « La autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado ». *Revista de Derecho Privado*, 2016, 1(10), p.125-139.

Pertegas (M.), « Les travaux de la Conférence de la Haye sur un instrument non contraignant favorisant l'autonomie des parties », dans Corneloup (S.) / Joubert (N.) (dirs.), *Le Règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Paris, Litec, 2011, p. 19-33.

Poillot-Peruzzetto, (S.),

- « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *Travaux Comité fr. Dr. Int. Pr.* 2002-2004, p. 65-116.
- « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », dans Fallon (M.), Lagarde (P.) et Poillot-Peruzzetto (S.) (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2008, p. 93.

Ponthoreau (M.-Cl.),

- « Le droit comparé en question(s). Entre pragmatisme et outil épistémologique », *RIDC* 2005. 7
- « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006. 20.

Racet Morciego (S.) et Soler del Sol (A.), « Algunas consideraciones sobre el contrato internacional de consumo y la proteccion al consumidor », *RDP*, Cuarta epoca, Ano 1, n°2, juillet - décembre de 2012, UNAM, Instituto de Investigaciones Juridicas

Radicati di Brozolo (L.-G.),

- « L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation », *Rev. Crit. DIP* 1993, p. 401-424.
- « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers de règles d'application semi-immédiate ? », (2003) *Revue critique de droit international privé*, 1.
- « Antitrust : A Paradigm of the Relations between Mandatory Rules and Arbitration : A Fresh Look at the 'Second Look' », (2004) *Int. Arb. L. Rev.*, 23.

Rigaux (F.), « La méthode des conflits de lois en droit européen », dans *Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit*, Genève, Droz, 2002, p. 243-256.

Romano (G.-P.),

- « Le choix des Principes UNIDROIT pour les contractants à l'épreuve des dispositions impératives », *JDI*, 2-2007, p.475-495.
- « Le droit international privé à l'épreuve de la théorie kantienne de la justice », *JDI*, n°1, Janvier 2012.

Sacco (R.), « Liberté contractuelle, volonté contractuelle », *RID comp.* 2007. 743.

Sanchez Lorenzo (S.), « Estado democrático, postmodernismo y derecho internacional privado », *Revista de Estudios Jurídicos*, n° 10/2010 (Segunda Época) ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España).

Schockweiler (F.), « La codification du droit international privé dans la Communauté européenne », dans *Mélanges G. Droz*, 1996, p. 391 s.

Sinay-cytermann (A.), « La protection de la partie faible en droit international privé. Les exemples du salarié et du consommateur », dans *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, p. 737-748.

Sindres (D.), « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », *JDI*, 2012, p. 887, spéc. n° 18, p. 896.

Siqueiros Prieto (J.- L.),

- « La codificación del Derecho internacional privado en el continente americano », *Juridica*, 1975, (14).
- « Los nuevos principios UNIDROIT 2004 sobre contratos comerciales internacionales, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM », *Revista de Derecho Privado. Nueva Serie*, n° 11, mai-août 2005.
- « El orden público como motivo para denegar el Reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales internacionales, » *PAUTA Boletín Informativo del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, n°59, mai 2009, p. 31-42.

Sonnenberger (H.-J.), « l'harmonisation ou l'uniformisation européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires ? Quels problèmes suscitent-elles ? Réflexions sur la communication de la Commission de la CE du 11 juillet 2001 et la résolution du Parlement européen du 15 novembre 2001 », *Rev. Crit. DIP* 2002, p. 405 et s., spéc. 422

Sperduti (G.), « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », *Rev. Crit. DIP*, 1977, p. 257 s.

Struycken (T.), « L'ordre public de la communauté européenne », dans *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 617.

Supiot (A.),

- « Justicia social y liberalización del comercio internacional », dans *Actualidad de la justicia social : Liber amicorum en homenaje a Antonio Marzal*, Barcelone : J.M. Bosch, 2008, p. 421-446.
- « L'inscription territoriale des lois », *Esprit* 2008, p. 151-170.

Symeonides (S.),

- « Choice of Law in the American Courts in 1996 : Tenth Annual Survey », *Am. J. Comp. L.*, vol. 45, 1997, p. 447-504.
- « Party Autonomy in Rome I and II from a comparative perspective », dans *K. Boele-Woelki et al. (dir. Publ.) Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010, p. 513.

- « L'autonomie de la volonté dans les principes de la Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux », *Revue critique de droit international privé*, 2013, p. 807

Tang (Z.), « The Interrelationship of European Jurisdiction and Choice of Law in Contract, » *Journal of Private International Law*, 2008, vol. 4, issue 1, p. 35 et s.

Tebbens (H.-D.), « Les règles de conflit contenues dans les instruments de droit dérivé », dans *Les conflits de lois et le système juridique communautaire* (sous la dir. De Fuchs (A.), Muir Watt (H.) et Pataut (E.), Dalloz « Thèmes et commentaires » 2004, p. 101, spéc. n° 34 p. 112.

Trigueros (L.),

- « La Convencion interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales », *Alegatos* 28, 1994, septembre - décembre.
- « Las convenciones internacionales y sus problemas de aplicacion interna », *Alegatos*, 10, 1988, septembre - décembre.

Vallindas (P.), « La structure de la règle de conflit », *Recueil des cours*, 101 (1960 III), p. 329-379.

Vareilles-Sommières de (P.),

- « La communautarisation du droit international privé des contrats : remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats » dans *Mélanges Paul Lagarde*, Paris, 2005, p. 781.
- « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980 », *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 393.
- « Lois de police et politique législative », *Rev.crit. DIP*, 2011, p. 207.
- « Autonomie substantielle et autonomie conflictuelle en droit international privé des contrats », dans *Mélanges en l'honneur de professeur Pierre Mayer*, 2015, p.869-885.
- « 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.

Villela (A.-M.), « l'unification du droit international privé en Amérique Latine », *Rev. crit. DIP*, 1984, p. 233-265.

Villiers (L.), « Breaking the Unruly Horse : the Status of Mandatory Rules of Law as Public Policy Basis for the Non-Enforcement of Arbitral Awards», *Australian international law journal*, vol. 18, p.155-180, 2011.

Wengler (W.), « l'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable », *Rev. Crit. DIP*, 1990, spéc. p. 657 et s.

Wilderspin (M.) et Lewis (X.), « Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres », *Rev. Crit. DIP* 2002, p. 1-37.

Yntema (H.), Les objectifs du droit international privé, *Rev. Crit. DIP* 1959, p. 1-29.

---

**TABLE DE DÉCISIONS CITÉES**


---

**I. UNION EUROPÉENNE**

CJCE, aff. 15/78, 24 octobre 1978, Rec. 78, p. 1971.

CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments BV c. Minister van Financiën*, aff. C-384/93, Rec. p. I-01141.

CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-396/96, Rec. 1999. I, p. 8453.

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

CJCE, 11 mai 2000, *Régie Nationale des Usines Renault SA c. Maxicar SpA*, aff. C-38/98.

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

CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finish Seamen's Union c/ Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05, Rec. I-10779.

CJCE, 10 avril 2008, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise*, aff. C-265/06, Rec. p. I-02245.

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

CJUE, 22 décembre 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, aff. C-208/09, Rec. p. I-13693.

CJUE, 17 octobre 2013, *Unamar*, aff. C-184/12.

**II. CONSEIL DE L'EUROPE**

CEDH, 26 avril 1979, 6538/74, aff. *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A no 30.

CEDH, 12 juin 2003, *Van Kück c. Allemagne*.

CEDH, 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmusen c. Danemark*,

**III. FRANCE****Conseil constitutionnel**

Cons. const., 16 juillet 1971.

Cons. const., 15 janvier 1975, n° 74-54 DC.

Cons. const., 3 août 1994, n° 94-348 DC.

Cons. const., 20 mars 1997, n° 97-388 DC.



Cons. const., 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC.

Cons. const., 13 juin 2013, n°2013-672 DC.

Cons. const., 22 décembre 2016, n° 2016-742 DC.

### **Conseil d'État**

CE, 29 juin 1973, *Syndicat général du personnel de la Compagnie des Wagons-Lits*.

CE, 20 octobre 1989, n° 108243.

CE, 31 mai 2016, n° 396848.

### **Cour de cassation**

Ass. plén. 10 juillet 1992, *Air Afrique c/Gueye*.

Ch. mixte, 24 mai 1975, n° 73-13556.

Ch. mixte, 28 février 1986 arrêts n° 166 et 164.

Ch. mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14.006, n° 260 FS-P+B+R+I, *Agintis*.

Civ., 8 mars 1938, *Fontaine*.

Civ., 25 mai 1948, *Lautour*.

Civ., 21 juin 1950.

Civ., 17 avril 1953, *Rivière*.

Civ., 15 mai 1963, *Patiño*.

Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964.

Civ. 1<sup>re</sup>, 23 avril 1969.

Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1981, *de Pedro*.

Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 1986, *Bull. I*

Civ. 1<sup>re</sup>, 28 février 1986, arrêt n° 165.

Civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1987, *Cressot*.

Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Baaziz*.

Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janv. 1990.

Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juill. 1990.

Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 1991, *Bull. civ. I*, n° 219.

Civ. 1<sup>re</sup>, 4 février 1992.

Civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 1993, *Latouz*.

Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 1998, 95-18.646/95-18.647, *Bull. civ. I*, n° 71.

Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1999, 96-21.794, *Sté de Loisy et Gelet*, *Bull. civ.*, I, n° 94.

Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999.

Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 97.

Civ 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n° 98-14.660.

Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, n° 00-20.289, *Bull. Civ. I*, n° 172.

Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, *Fanucci*.

Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004.

Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004.

Civ. 1<sup>re</sup>, 28 février 2006, *Sté Pegase et Sté Debeaux c. Sté Lombard*, *Bull, civ.*, I, n° 110.

Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, *Bull. civ. I* n° 224.

Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006.

Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2007, n° 04-10.897, FS-P+B, *Sté Campenon Bernard Méditerranée c/ Sté Basell Production*, *Bull. civ. IV*, n° 33.

Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*, *Bull. civ. I*, no 68.

Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, *Cytec*.

Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Monster Cable*.

Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, 09-13.303, *Sté Fontaine Pajot*.

Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 10-19053.

Civ. 1<sup>re</sup>, 26 octobre 2011, 09-71.369.

Civ. 1<sup>re</sup>, 10 octobre 2012, 11-18.345, *Gallois, van Cayzeele, Detroz c. Gallois*.

Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 2013, n° 12-26.066.

Civ. 1<sup>re</sup>, 20 avril 2017, n° 16-14.349, *D.* 2017. 918.

Civ. 1<sup>re</sup>, 27 septembre 2017, n° 16-19.654.

Civ. 1<sup>re</sup>, QPC, 11 avril 2018, F-P+B, n° 17-21.869.

Civ 3<sup>e</sup>, 6 mars 1996.

Civ. 3<sup>e</sup>, 18 décembre 2002.

Civ. 3<sup>e</sup>, 12 juin 2003.

Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janvier 2008, n° 06-14.641, *Bull. civ.* III, n° 16.

Civ. 3<sup>e</sup>, 8 avril 2008, n° 07-10.763, *Sté Campenon Bernard Méditerranée c/ Sté Basell Production France.*

Civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2009, n° 07-20.096.

Cass. soc., 19 mars 1986.

Cass. soc., 3 mars 1988, *Soc. Thoresen Car Ferries Ltd.*

Cass. soc., 12 janvier 1999.

Cass. soc., 14 février 2001.

Cass. soc., 21 janvier 2004, *Maureen X. c. United Airlines, Bul. civ.*, V, n° 24.

Cass. soc., 10 mai 2006, n° 03-46.593, FS P+R+B+I, *Epx Moukarim c/Isopehi* : *Juris-Data* n° 2006-033408.

Cass. soc., 8 février 2012, 10-28.537.

Cass. com., 10 février 1998, *Bull. civ.* 1998, IV, n° 71.

Cass. com., 16 avril 1991, n° 89-19.258, *Bull. civ.* IV, n° 147.

Cass. com., 4 février 1992.

Cass. com., 28 novembre 2000, n° 98-11.335, *Allium.*

Cass. com., 19 décembre 2006, n° 04-18.888.

Cass. com., 13 juillet 2010, n° 09-13.354.

Cass. com., 27 avril 2011, n°09-13.524.

Cass. com., 13 juillet 2012, *Transbidassoa*, n° 10-12154.

Cass. com., 18 sept. 2012, F-P+B, n° 11-20.789.

Cass. com., 5 janvier 2016, n° 14-10.628, *Arcelor Mittal* ; *JurisData* n° 2016-000020.

Cass. com., 20 avril 2017, n° 15-16.922, P+B, *D.* 2017. 916.

CA Paris, 14 juin 1994.

CA Paris, 21 janv. 1994.

CA Paris, 30 nov. 2001.

CA Paris, 25 octobre 2011, n° 10/24023, *Berty*.

Trib. com., Marseille, 25 mars 1937.

Trib., Seine, 22 janvier 1947.

TGI Seine, 2 nov. 1962, *Kieger c/ Amigues*.

TGI Nice, 24 avr. 1985.

TGI Paris, 2 févr. 1996.

#### IV. MEXIQUE

*Amparo en revisión* 1659/2006, décision du 27 février 2007.

*Restricciones a los derechos fundamentales. Elementos que el juez constitucional debe tomar en cuenta para considerarlas validas*, Première Chambre, 1a./J. 2/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época*, México, Libro V, février 2010, Tome 1, p. 533, n° 160267.

*Orden público. Su noción y contenido en la materia civil*, Tribunales Colegiados de Circuito, TA: I. 3°. C. 926 C, *Semanario Judicial de la Federación, Novena Época*, t. XXXIII, p. 1350, n° 162333, avril 2011.

*Orden público. Su contrariedad es causa de nulidad del laudo arbitral. Interpretación histórico-doctrinal*, Tribunales Colegiados de Circuito, TA I.3°.C.952.C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXXIII, p. 1241, n° 162052, mai 2011.

*Orden público. Principio proarbitraje y reconocimiento de la autonomía de la voluntad para ponderar la nulidad del laudo arbitral (interpretación del artículo V, punto 2, inciso b), de la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Tribunales Colegiados de Circuito, TA : I.3°.C.953.C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época*, t. XXXIII, p. 1241, n° 162053, mai 2011.

*Orden público. Es una causa autónoma de nulidad del laudo arbitral, Tribunales Colegiados de Circuito, TA : I.3°.C.954.C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXIII, p. 1240, n° 162054, mai 2011.*

*Matrimonio entre personas del mismo sexo en el distrito federal. Tiene validez en otras entidades federativas conforme al artículo 121 de la constitución general de la república (artículo 146 del código civil para el distrito federal, reformado mediante decreto publicado en la gaceta oficial de la entidad el 29 de diciembre de 2009). Tesis: P./J. 12/2011, Jurisprudencia 161270, Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXXIV, août 2011, Página: 875.*

*Parámetro para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, T.A., LXVIII/2011 (9a), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Livre III, décembre 2011, t. 1, p. 551, n°160526.*

*Trabajadores extranjeros. Con independencia de su situación migratoria, tienen los mismos derechos laborales y de acceso a la tutela jurisdiccional que los trabajadores nacionales. Tribunales Colegiados de Circuito, TA, III.1o.T.97, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, p. 2457, n°168532.*

*« Protección al consumidor. La sola denominación de la ley federal relativa no entraña violación de garantías de motivación, competencia y audiencia. Première Chambre, 1a./J. 44/2006, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, 8712, p. 179, n° 174643. »*

*Homologation et exécution d'un jugement étranger. L'amparo indirect est recevable contre la dernière résolution émise dans l'incident correspondant. Homologación y ejecución de sentencia extranjera. Es procedente el amparo indirecto en contra de la última resolución dictada en el incidente respectivo. », 1<sup>ère</sup> Chambre, 1a/J.65/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Livre 13, p. 194, n° 2008019, déc. 2014.*

*Nulidad de contrato. Condiciones necesarias para que el pacto de sumisión a cierta ley conduzca a su invalidez por violación al artículo 121 constitucional. TA, LXXVII/2017, 10<sup>ème</sup> époque, Première chambre, Semanario Judicial de la Federación, 7 juin 2017, n° 2014692.*

## TABLE DES MATIÈRES

---

<b>Introduction</b>	1
<b>Première partie : La présentation des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux</b>	17
<b>Titre I. La présentation du mécanisme d'exception d'ordre public</b>	19
<b>Chapitre 1. Les constructions doctrinales autour de l'exception d'ordre public</b>	22
<b>Section 1. Le fondement du mécanisme d'exception d'ordre public</b>	22
§1. L'identification de l'objet de l'exception d'ordre public	23
A. Les étapes d'identification de l'objet de l'exception dans la doctrine française	24
1. L'étape de confusion	24
a. Le besoin de cohérence	25
b. Le besoin de sécurité	26
2. L'étape de dissociation	26
a. L'objet de l'ordre public interne, le rapport de droit	27
b. L'objet de l'ordre public international, la loi étrangère	29
§2. Les composantes de l'ordre public international	31
A. La thèse de l'unification des rôles	32
1. Le postulat de la thèse	33
2. Les conséquences de la théorie de l'unification des rôles	35
B. La thèse de la répartition des rôles	35
1. La thèse de Benjamin Remy	36
2. L'explication apportée par la théorie de la répartition des rôles à l'enchevêtrement des mécanismes	39
3. Le problème de l'identification des valeurs	42
<b>Section 2. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public</b>	43
§1. Les questions préalables à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public	44
A. Les conditions à la mise en œuvre	44
1. La condition d'extranéité de la loi compétente	45
2. La condition d'appréciation <i>in concreto</i>	46
a. Le refus de complicité	49
b. Le refus d'importation	50
3. La condition spatiale	51
B. Le moment d'intervention de l'exception d'ordre public	56
§2. Les considérations propres au processus d'application du mécanisme d'exception	58
A. Présentation de l'opération de contrôle	58
1. Les éléments confrontés	58
a. L'élément contrôlé : la loi étrangère compétente	59
b. L'élément de référence : l'ordre public	60
2. La confrontation des éléments	62
3. L'exception d'ordre public à l'aune de la régularité substantielle internationale	63
B. Les effets de l'opération de contrôle	67
1. L'effet négatif : le détachement	68
2. L'effet positif : le rattachement	68
<b>Conclusion au chapitre</b>	72
<b>Chapitre 2. Les manifestations de l'exception d'ordre public en droit positif</b>	74



<b>Section 1. Le constat des constructions divergentes</b>	74
§1. L'approche française	74
A. Les bases jurisprudentielles	75
B. La prise en charge par la législation	84
§2. L'approche mexicaine	86
A. La base législative	86
B. Les précisions jurisprudentielles	87
<b>Section 2. Les instruments convergents</b>	92
§1. Les instruments conventionnels	92
A. La Convention de Rome et la Convention de Mexico	92
§2. Les instruments de droit souple	96
A. Les Principes de la Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux	97
1. Le mécanisme d'exception « traditionnel »	98
2. Le mécanisme d'ordre public de la <i>lex contractus</i>	99
B. Le Guide sur la loi applicable aux contrats internationaux dans les pays américains	104
C. Les Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international	107
<b>Conclusion au chapitre</b>	110
<b>Conclusion Titre</b>	110
<b>Titre II. La présentation du mécanisme des lois de police</b>	113
<b>Chapitre 1. Les constructions doctrinales relatives au mécanisme de lois de police</b>	115
<b>Section 1. Le fondement du mécanisme des lois de police</b>	117
§1. La difficile définition du phénomène	117
A. La présence d'une notion comparable au sein des systèmes juridiques français et mexicain	118
B. Les efforts inégaux dans la construction d'une définition	121
1. Les bases posées par la doctrine française	123
2. Les apports du droit positif à la définition des lois de police	125
a. L'approche fonctionnelle	126
b. L'approche conceptuelle	127
C. Les éléments constants de la définition	132
1. L'impérativité internationale	132
2. L'organisation étatique	135
3. L'efficacité d'une politique législative	137
§2. La composition du mécanisme des lois de police	138
A. Les parties composantes du mécanisme des lois de police	138
1. Les théories autour des composantes du mécanisme	139
a. La théorie dualiste	139
b. La théorie moniste	140
B. La fonction du mécanisme des lois de police	145
1. La fonction négative du mécanisme des lois de police	145
2. La fonction positive du mécanisme des lois de police	146
<b>Section 2. La mise en œuvre du mécanisme des lois de police</b>	150
§1. L'approche traditionnelle, la mise en œuvre d'une catégorie de lois	151
A. Les étapes nécessaires à la mise en œuvre d'une catégorie de lois	152
1. La qualification	152
2. La détermination du domaine d'application	153

B. L'analyse critique de la mise en œuvre de la catégorie des lois de police	155
1. Le rappel des critiques	155
a. La surévaluation de la qualification	156
b. La tendance à affirmer un rattachement général	157
2. Les solutions envisagées	158
a. Une proposition générale	158
b. Les propositions spécifiques	159
i. Le test de qualification	160
ii. Le test de légitimité	161
§2. Une approche possible, la mise en œuvre d'un mécanisme	162
A. Les éléments confrontés lors de la mise en œuvre du mécanisme des lois de police	163
1. L'élément de référence : la politique législative	164
2. L'élément contrôlé	165
a. La loi étrangère	165
b. Le critère de rattachement	167
B. La confrontation d'éléments lors de la mise en œuvre du mécanisme des lois de police	170
1. Les conditions tenant au déclenchement de la confrontation	170
a. L'ensemble des conditions	171
i. La condition de proximité	172
ii. La condition de pertinence	174
b. Le moment de la confrontation des éléments	177
2. L'effet de l'opération de confrontation des éléments	181
<b>Conclusion au chapitre</b>	183
<b>Chapitre 2. Les manifestations du mécanisme des lois de police en droit positif</b>	188
<i>Section 1. Les manifestations réelles du mécanisme des lois de police en droit français</i>	189
§1. Les règles permettant le recours au mécanisme des lois de police	189
A. Les règles de droit national permettant le recours au mécanisme des lois de police	190
B. Les règles supranationales permettant le recours au mécanisme des lois de police	191
1. Les dispositions assurant le respect des règles impératives	192
2. Les dispositions permettant le recours au mécanisme des lois de police	195
a. Les dispositions en droit positif	195
b. Les dispositions en droit souple	200
i. Le mécanisme des lois de police dans les Principes de la Haye	200
ii. Les lois de police et les Principes Unidroit	203
§2. La jurisprudence faisant recours au mécanisme des lois de police	208
A. La classification dégagée par la politique législative contenue dans la règle substantielle	209
1. Les lois de police comportant une politique législative consolidée	210
a. La protection du salarié	210
b. La protection du consommateur	216
2. Les lois de police comportant une politique législative non consolidée	218
a. La protection du sous-traitant	218
b. La protection du franchisé	224

B. La portée de la classification dégagée par la politique législative contenue dans la règle substantielle	227
1. Le phénomène de cristallisation des lois de police	227
<b>Section 2. La manifestation possible du mécanisme des lois de police dans le système juridique mexicain</b>	232
§1. Les règles permettant le recours au mécanisme des lois de police	233
A. Les règles supranationales permettant le recours au mécanisme des lois de police	234
B. Les règles de droit national permettant le recours au mécanisme des lois de police	238
§2. Les règles prétoriennes en renfort de la possibilité du recours au mécanisme des lois de police	243
<b>Conclusion au chapitre</b>	245
<b>Conclusion au titre</b>	246
<b>Conclusion à la première partie</b>	247
<b>Seconde Partie : La présentation des affinements des mécanismes liés à l'ordre public dans le choix de la loi applicable aux contrats internationaux</b>	252
<b>Titre I. Les affinements endogènes</b>	254
<b>Chapitre 1. Les affinements endogènes substantiels</b>	255
<b>Section 1. Les droits fondamentaux</b>	255
§1. Le constat de l'influence des droits fondamentaux	259
A. Un impact général sur le droit international privé	259
B. Une influence spécifique sur le mécanisme d'exception d'ordre public	259
§2. Les critiques de l'influence des droits fondamentaux en droit international privé	265
A. La contrariété d'objectifs entre les droits fondamentaux et le droit international privé	266
B. La diversité des méthodes	269
C. Le conflit des droits fondamentaux	274
<b>Section 2. La protection de la partie faible</b>	277
§1. La protection de la partie faible par soustraction à la loi d'autonomie	279
A. La protection du salarié	281
1. La protection internationale du salarié en droit français	281
2. La protection internationale du salarié en droit mexicain	283
B. La protection du consommateur	284
1. La protection internationale du consommateur en droit français	285
2. La protection internationale du consommateur en droit mexicain	287
C. La protection de l'assuré	289
§2. La protection des parties faibles par addition à la notion d'ordre public	294
A. Les parties faibles non protégées par le procédé de soustraction	295
1. La protection du sous-traitant	295
2. La protection de l'agent commercial	296
B. L'hypothèse d'une extension de la protection de la partie faible en droit international privé des contrats	297
1. Les tenants de la réforme, ses objectifs	300
2. Les aboutissants, une protection de l'adhérent ?	305
<b>Conclusion au chapitre</b>	307
<b>Chapitre 2. Les affinements endogènes fonctionnels</b>	312

<b>Section 1. L'ordre public de proximité</b>	314
§1. Le constat de l'hypertrophie des conditions	316
A. La condition de proximité	316
1. La condition de proximité consolidée au sein du mécanisme d'exception d'ordre public	317
2. La condition de proximité récemment élucidée au sein du mécanisme des lois de police	320
B. La condition de protection des droits fondamentaux	321
§2. La critique à l'hypertrophie des conditions	323
A. Les données du problème	323
B. L'évolution dans l'agencement des conditions	327
<b>Section 2. L'ordre public de rattachement</b>	332
§1. L'ambiguïté méthodologique de l'ordre public de rattachement	335
§2. Le cadre institutionnel profitant à l'ambiguïté méthodologique	340
A. L'incidence présente en droit français	341
B. L'absence d'incidence en droit mexicain	344
<b>Conclusion au chapitre</b>	345
<b>Conclusion au titre</b>	348
<b>Titre II. Les affinements exogènes</b>	352
<b>Chapitre 1. Le contrôle de constitutionnalité</b>	355
<b>Section 1. La diversité d'environnements institutionnels</b>	358
§1. La construction européenne	362
A. La mise en place d'une concurrence normative au sein de la construction européenne	365
1. L'agencement des compétences	366
a. Les effets sur le mécanisme d'exception d'ordre public	369
b. Les effets sur le mécanisme de lois de police	373
B. Les libertés de circulation au sein de la construction européenne	378
§2. La réalisation mexicaine	384
A. L'absence de concurrence normative effective au sein de la Fédération mexicaine	386
B. L'obligation de respect des actes émanant des autorités locales d'autres États fédérés	392
<b>Section 2. La teneur du contrôle de constitutionnalité</b>	396
§1. La posture international-privatiste du droit français	398
A. Les fondements de la posture international-privatiste	399
1. Le facteur organique	399
2. Le facteur institutionnel	401
a. L'organe compétent pour connaître du contrôle de constitutionnalité	401
b. Le recours à l'argument de constitutionnalité par la Cour de cassation	404
B. La portée de la posture international-privatiste	407
§2. La posture constitutionnaliste du droit mexicain	413
A. Les fondements de la posture constitutionnaliste du droit mexicain	413
1. Le facteur institutionnel marqué par l'absence d'un tribunal de cassation	414
2. Le mécanisme d' <i>amparo</i>	417
a. La recevabilité de l' <i>amparo</i> contre les actes d'autorité	419
i. Les cas d'irrecevabilité de la protection de l' <i>amparo</i>	420
ii. La recevabilité de l' <i>amparo</i> à l'encontre d'un jugement étranger	420
b. L'effet concret de l' <i>amparo</i>	422

B. La portée de la posture constitutionnaliste	423
<b>Conclusion au chapitre</b>	426
<b>Chapitre 2. Le contrôle de conventionnalité</b>	429
<b>Section 1. Les prémisses du contrôle de conventionnalité</b>	431
§1. L'argument du respect des convention internationales dans de situations privées internationales	432
A. La source de l'argument du respect des conventions internationales	433
B. Les exemples d'application de l'argument du respect des conventions internationales dans des situations privées	435
§ 2. Les variations dans la mise en œuvre du contrôle de conventionnalité	442
A. Les agents du contrôle de conventionnalité	442
B. Le contrôle de conventionnalité en matière contractuelle	445
<b>Section 2. Le contrôle de proportionnalité</b>	449
§1. La vérification de l'existence du contrôle de proportionnalité	449
A. L'existence du contrôle de proportionnalité en droit français	451
B. L'existence du contrôle de proportionnalité en droit mexicain	453
§2. L'affinement apporté aux mécanismes liés à l'ordre public par le contrôle de proportionnalité	456
A. L'affinement sur le mécanisme d'exception d'ordre public	458
1. Le rapprochement de causes	459
2. Une divergence de résultats ?	460
B. L'affinement sur le mécanisme des lois de police	464
1. Le constat de la possibilité d'affinement sur le mécanisme des lois de police	465
2. La pertinence de l'affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme des lois de police	470
a. Les obstacles à l'affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme des lois de police	470
b. Les avantages de l'affinement du contrôle de proportionnalité sur le mécanisme des lois de police	473
<b>Conclusion au chapitre</b>	478
<b>Conclusion Titre II</b>	480
<b>Conclusion à la seconde partie</b>	482
<b>Conclusion Générale</b>	486
<b>Bibliographie</b>	490
<b>Table des décisions citées</b>	516
<b>Index</b>	522