



**Bérengère Archinard-Greil**

**Lois de police et conflits de juridictions. (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant)**

---

ARCHINARD-GREIL Bérengère. *Lois de police et conflits de juridictions. (Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant)*, sous la direction de Louis D'Avout. - Lyon : Université Jean Moulin (Lyon 3), 2017.

Disponible sur : <http://www.theses.fr/2017LYSE3036>

---



Document diffusé sous le contrat Creative Commons « Paternité – pas d'utilisation commerciale - pas de modification » : vous êtes libre de le reproduire, de le distribuer et de le communiquer au public à condition d'en mentionner le nom de l'auteur et de ne pas le modifier, le transformer, l'adapter ni l'utiliser à des fins commerciales.



N°d'ordre NNT : 2017LYSE3036

**THÈSE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON**  
Opérée au sein de  
**l'Université Jean Moulin Lyon 3**

**École Doctorale de Droit**  
ED 492

**Doctorat de droit international privé**

Soutenue publiquement le 4/07/2017, par :  
Bérengère ARCHINARD-GREIL

**LOIS DE POLICE ET CONFLITS DE JURIDICTIONS**

*(Essai sur la coordination des systèmes à l'aide de la notion d'ordre juridique prépondérant)*

Devant le jury composé de :

**Monsieur Louis d'AVOUT**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Directeur de Thèse

**Monsieur Dominique BUREAU**

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), Rapporteur

**Madame Frédérique FERRAND**

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)

**Monsieur Etienne PATAUT**

Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1), Rapporteur

**Monsieur Edouard TREPPOZ**

Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)



L'Université Jean Moulin Lyon 3 n'entend accorder aucune approbation, ni improbation, aux opinions émises dans cette thèse ; celles-ci doivent être considérées comme propres à leur auteur



Au moment d'achever ce travail je ne peux oublier les personnes qui, par leur aide ou leur simple présence, ont contribué à sa réalisation.

Ainsi, je souhaite exprimer ma gratitude,

A monsieur le Professeur Louis d'Avout, mon directeur de thèse, pour ces conseils judicieux et la confiance dont il m'a honorée en acceptant de diriger mes recherches.

A mes amis, à mes proches et à ma famille, qui ont su comprendre et accepter mes absences dues à la rédaction de cette thèse.

A Anne-Marie, mon amie, présente à chacune des étapes de ce travail, pour son soutien et son aide, et dont le regard objectif a souvent contribué à éclaircir mes idées.

Aux personnes qui, au moment de finaliser ce travail, sont venues m'apporter leur aide et leur soutien précieux, en particulier Charlotte, Baptiste, Mathilde, Aude et Pierre-Edouard.

A Sébastien, mon époux, pour son incroyable patience, sa compréhension face à mon implication dans le travail de recherche et d'écriture et son soutien tout au long de ces six années de thèse.

Enfin, à mes Parents, à qui je dois tout et sans qui l'accomplissement de la thèse n'aurait jamais été possible. Rien n'a autant encouragé mes efforts que la volonté de ne pas les décevoir.



*À mes parents,  
Pierre et Annick.*





## Liste des principales abréviations

<i>Adde</i>	: Ajouter
AJ	: Actualité juridique ou Actualité jurisprudentielle (du Recueil Dalloz)
Al.	: Alinéa
Arch. Philo. Dr.	: Archives de Philosophie du Droit
Art.	: Article
Ass. Plén.	: Assemblée Plénière
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	: Bundesgerichtshof
<i>Bull. ASA</i>	: Bulletin de l'Association suisse de l'arbitrage
Bull. civ.	: Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
C. com	: Code de commerce
C. cons.	: Code de la consommation
C. const.	: Conseil constitutionnel
C. mon. fin.	: Code monétaire et financier
C. ou c/	: Contre
C. trav.	: Code du travail
CA	: Cour d'appel
<i>Cah. arb.</i>	: Les Cahiers de l'arbitrage
Cass. Civ. 1 <sup>re</sup>	: Cour de cassation, 1 <sup>re</sup> chambre civile
Cass. Civ. 2 <sup>ème</sup>	: Cour de cassation 2 <sup>e</sup> chambre civile
Cass. com.	: Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. Soc.	: Cour de cassation, chambre sociale
CC.	: Code Civil
CE	: Conseil d'Etat
CEDH	: Cour (ou Convention) européenne des droits de l'homme
Cf.	: Confer
Ch.	: Chambre
Chron.	: Chronique
CIJ	: Cour Internationale de Justice
CIRDI	: Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements
Civ.	: Cour de cassation, chambre civile
CJCE	: Cour de justice des Communautés Européennes
CJUE	: Cour de justice de l'Union Européenne
Clunet	: Journal du droit international
CMF	: Code monétaire et financier
CNUDCI	: Commission des Nations-Unies pour le Droit Commercial International
Coll.	: Collection
Com.	: Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comp.	: Comparer
Concl.	: Conclusions

<i>Contra</i>	: En sens contraire
CPC	: Code de procédure civile
D.	: Recueil Dalloz (puis Le Dalloz)
D. P.	: Dalloz, Recueil périodique
Dactyl.	: Dactylographiée
Dalloz	: Recueil Dalloz Sirey
Décr.	: Décret
<i>Deffrénois</i>	: Répertoire du notariat
DIP	: Droit international privé
Dir.	: Direction
DMF	: Le Droit Maritime Français
Ed.	: Edition
EGBGB	: Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch
Etc.	: Et caetera
<i>Europe</i>	: Revue Europe
<i>Ex.</i>	: Exemple
Fasc.	: Fascicule
<i>GA</i>	: Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
<i>Gaz. Pal.</i>	: Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	: Ibidem Latin = même endroit
ICLQ	: International and Comparative Law Quarterly
In	: Dans
<i>Infra</i>	: Ci-dessous
J.-Cl. dr. int.	: Jurisclasseur de droit international
JCP E	: Jurisclasseur Périodique, édition entreprise
JCP G	: Jurisclasseur Périodique, édition générale
JCP N	: Jurisclasseur Périodique, édition notariale
<i>JO</i>	: Journal officiel de la République française
<i>JOCE</i>	: Journal officiel des Communautés européennes
<i>JOUE</i>	: Journal officiel de l'Union européenne
L.	: Loi
LDIP	: Loi de droit international privé suisse
LPA	: Les Petites Affiches
LQR	: <i>Law Quarterly Review</i>
Mél.	: Mélanges
n°	: Numéro
Not.	: Notamment
Obs.	: Observations
<i>Op. cit.</i>	: Ouvrage cité
P.	: Page(s)
Préc.	: Précité
Préf.	: Préface
R.I.D.C.	: Revue internationale du droit comparé
<i>Rabels Z.</i>	: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

Rappr.	: Rapprocher
<i>RCADI</i>	: Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
RCDIP	: Revue critique de droit international privé
RDC	: Revue des contrats
Rec.	: Recueil
Règl. B I	: Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale,
Règl. B I bis	: Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale,
Règl. B II bis	: Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale.
Rép.	: répertoire
Rép. dr. int. Dalloz	: Encyclopédie Dalloz, Répertoire de droit international.
Rev.	: Revue
Rev. arb.	: Revue du droit de l'arbitrage
RIDC	: Revue internationale de droit comparé
Riv. dir. int. e proc.	: Rivista di diritto internazionale privato e processuale
RTD civ.	: Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	: Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	: Revue trimestrielle de droit européen
S.	: Recueil Sirey
s.	: Suivant
Soc.	: Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	: Spécialement
<i>Supra</i>	: Ci-dessus
T.	: Tome
TCFDIP	: Travaux du Comité français de droit international privé
TGI	: Tribunal de grande instance
Trad.	: Traduction
Trib.	: Tribunal
V.	: Voir
V°	: Verbo
Vol.	: Volume
<i>Yearbook</i>	: Yearbook Commercial Arbitration
ZPO	: Zivilprozeßordnung

## **SOMMAIRE**

(Une table détaillée des matières figure à la fin de l'ouvrage)

### **INTRODUCTION**

#### **TITRE I L'ÈRE DES INDIFFÉRENCES RÉCIPROQUES**

CHAPITRE I LES LOIS DE POLICE ET LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE DIRECTE

CHAPITRE II LES LOIS DE POLICE AU STADE DU CONTRÔLE DES SENTENCES ET DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

#### **TITRE II RESTAURER L'IMPÉRATIVITÉ DES LOIS DE POLICE AU FOR D'ORIGINE**

CHAPITRE I OBSERVATION À PARTIR DU DROIT POSITIF

CHAPITRE II PROPOSITION D'ÉVOLUTION

#### **TITRE III COORDINATION À PARTIR D'UN FOR ÉTRANGER**

CHAPITRE I EFFACEMENT AU PROFIT DU FOR PRÉPONDÉRANT

CHAPITRE II VARIÉTÉ DES PROCÉDÉS D'EFFACEMENT

### **CONCLUSION GÉNÉRALE**

# INTRODUCTION GÉNÉRALE

1. Si les lois de police ont été très largement analysées sur le plan des conflits de lois, la question de la place qu'elles occupent dans les conflits de juridictions a pendant longtemps été relativement ignorée<sup>1</sup>, en particulier parce qu'elle semble heurter de front le « principe essentiel »<sup>2</sup> de séparation des conflits de lois et des conflits de juridictions<sup>3</sup>.

En droit international privé contemporain, il est admis, en effet, que les questions de droit applicable et de l'autorité compétente pour trancher un litige doivent être envisagées séparément<sup>4</sup>, et que les compétences juridictionnelle et législative sont indépendantes. La distinction des règles applicables dans ces deux cadres est considérée comme le « fondement même de la conception actuelle du droit international privé »<sup>5</sup> et empêche la désignation d'un ordre juridique *globalement compétent* pour la résolution unitaire des conflits de lois et des conflits de juridictions. Cette solution est la plupart du temps justifiée par la différence d'objectifs poursuivis à travers ces deux corps de règles<sup>6</sup>. D'un côté, le droit de la compétence juridictionnelle, fondé sur le *principe de proximité*<sup>7</sup>, vise par principe à assurer la bonne administration de la justice et peut se satisfaire de la multiplicité et de la concurrence des compétences des tribunaux étatiques. De l'autre, les règles de compétence législative visent normalement à assurer une harmonie internationale des solutions et reposent sur des rattachements « unitaires et comparativement communs, car tracés à partir des arrêtes essentielles de tout système de droit privé »<sup>8</sup>. L'existence d'une communauté de principes de résolution du conflit de lois entre les ordres juridiques conduit à une interchangeabilité et à une fongibilité de leurs juridictions quant à la manière de trancher un différend sur le fond<sup>9</sup>. Il

---

<sup>1</sup> V. en ce sens, not. L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ? », RCDIP 2003, p. 1 et s., n° 2.

<sup>2</sup> H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de polices ? », in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger et S. Symeonides (eds), *Convergence and Divergence*, in *PIL Liber Amicorum Kurt Siehr*, Pays-Bas, 2010, Eleven International Publ., p. 707 et s., p. 709.

<sup>3</sup> V. not. sur la distinction de ces deux pans du droit international privé, E. Bartin, *Étude sur les effets internationaux des jugements*, I, Paris, 1907, p. iv.

<sup>4</sup> V. sur ce point, J. D. Gonzalez Campos, *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé*, RCADI 1977, t. 156, p. 227 et s., p. 234 ; F. Rigaux, *Droit international privé*, t. I, Bruxelles, 1977, p. 101 et s.

<sup>5</sup> H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1955, n° 682.

<sup>6</sup> V. not. sur ce point, not., P. Hébraud, « De la corrélation entre la loi appliquée à un litige et le juge compétent pour en connaître », RCDIP 1968, p. 203 et s.

<sup>7</sup> V. sur ce principe, P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986, t. 196, p. 9 et s.

<sup>8</sup> L. d'Avout, « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », JCP G, 2008, II, 10187.

<sup>9</sup> V. F.-C. von Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Guenoux, 2<sup>e</sup> éd., 1860, Firmin-Didot.

en résulte que la liaison des compétences est en principe à la fois niée quant à son existence pratique et refusée comme méthode de résolution des conflits de lois et de juridictions

Dans ce cadre, pourtant, la spécificité des lois de police<sup>10</sup> est de nature à faire douter de la *réalité* de l'indépendance des compétences juridictionnelle et législative et de la *pertinence* d'un traitement séparatif de ces questions de compétence. La question de la place accordée aux dispositions dans les conflits de juridictions a d'ailleurs connu un regain d'intérêt en doctrine ces dernières années, dans un contexte où les décisions jurisprudentielles sur le sujet se sont multipliées en France et à l'étranger, face à une invocation parallèlement de plus en plus fréquente du droit impératif applicable pour faire échec à la compétence juridictionnelle<sup>11</sup>.

À l'heure où la notion de lois de police<sup>12</sup> fait encore l'objet de débats doctrinaux assez importants quant à la détermination de ses contours, un point d'appui pour les identifier peut être trouvé dans la définition originellement proposée par Francescakis au milieu du XX<sup>e</sup> siècle et reprise en substance dans le cadre européen<sup>13</sup>. Dans une approche finaliste, elles peuvent être définies comme des lois de « structure sociétale »<sup>14</sup>, dont la mise en œuvre est nécessaire pour « la sauvegarde de l'organisation politique, sociale et économique du pays »<sup>15</sup>. Elles visent à protéger des intérêts généraux ou publics<sup>16</sup> pris en charge par l'État, et apparaissent comme la manifestation de son interventionnisme croissant dans les relations entre particuliers. Elles prennent la forme de règles « de structure sociétale, qui se prolongent

---

<sup>10</sup> Elles sont désignées par des appellations variées, et se retrouvent sous les termes de « lois d'ordre public », de « lois de garantie sociale », ou encore, de « lois d'application nécessaire » ou « d'application immédiate ». V. sur la diversité du vocabulaire utilisé, not. B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, Dalloz, n° 53, §2.

<sup>11</sup> V. notamment, en Allemagne, l'arrêt de la Cour de justice fédérale allemande, BGH, 5 septembre 2012, VII ZR 25/12, RCDIP 2013, p. 890, note F. Jault-Seseke, et en France, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Sté Monster Cable Product Inc. c/ Sté Audio Marketing services*, JCP 2008, n° 47, II, 10187, note L. d'Avout ; Dalloz 2009, p. 684, Chron. A. Huet ; p. 1557, note P. Courbe ; p. 2384, note L. d'Avout et S. Bollée ; D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p.1 et s. ; RTD com. 2009, p. 646, note Ph. Delebecque ; Dalloz 2008, p. 2790, obs. Gallmeister ; Dalloz 2009, p. 200, note F. Jault-Seseke ; Clunet 2009, p. 599, note M.-N. Jobard-Bachelier et X. Train ; Gaz. Pal. 20-21 février 2009, n° 51-52, p. 27, note Ph. Guez ; Cass. Com., 24 novembre 2015, *Sté Lautébach GmbH c/ Sté Logic instrument*, Dalloz Actu, 11 décembre 2015, note X. Delpech ; RTD civ. 2016, p. 98, H. Barbier ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 janvier 2017, n° 15-26.105.

<sup>12</sup> V. parmi une bibliographie extrêmement abondante sur la notion de loi de police, not. Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », RCDIP 1966, p. 1 et s. ; « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », TCFDIP 1966-1969, p. 149 et s. ; P. Graulich, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges Dabin*, t. II, 1963, p. 629 et s. ; G. Sperduti, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », Clunet 1977, p. 257 et s. ; P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police* ; « Les lois de police étrangères », Clunet 1981, p. 277 et s. ; K. Neumayer, « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », RCDIP 1957, p. 579 et s. et RCDIP 1958, p. 53 et s. ; P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s.

<sup>13</sup> V. CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, Aff. C-369/96, RCDIP 2000, p. 710, note M. Fallon.

<sup>14</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 93.

<sup>15</sup> Ph. Francescakis, *art. préc.*, p. 1.

<sup>16</sup> V. art. 9.1 règlement (CE), n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

nécessairement par des prescriptions de comportement »<sup>17</sup>, dont le respect est imposé malgré le caractère international de la situation. Tout en se distinguant des lois de droit public<sup>18</sup>, elles revêtent une nature, en quelque sorte, *hybride*, et apparaissent placées dans une zone grise, « où le public et le privé se combinent dans des constructions instables d'un État à l'autre »<sup>19</sup>. Sur le plan fonctionnel, il est admis qu'elles sont des dispositions « conflictuellement dérogatoires »<sup>20</sup>, qui s'appliquent immédiatement au rapport de droit concerné, dès lors que l'État qui les a édictées estime nécessaire qu'elles soient appliquées pour la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent. La méthode utilisée est unilatérale et consiste à retenir « un type de lois pour dire quel est son domaine d'application »<sup>21</sup>, au regard de leur contenu et de leur but<sup>22</sup>. Elles doivent être distinguées de l'exception traditionnelle de l'ordre public<sup>23</sup>, qui permet à un ordre juridique de défendre certaines valeurs qu'il estime fondamentales en écartant la mise en œuvre de la loi étrangère, en ce qu'elles permettent à un ordre juridique de forcer unilatéralement sa compétence législative<sup>24</sup>, pour faire respecter une politique législative impérative malgré le caractère international de la situation juridique<sup>25</sup>.

**2.** Ces spécificités finalistes et fonctionnelles incitent parallèlement à relativiser l'indépendance traditionnellement entretenue entre les compétences juridictionnelle et législative, et incitent à adopter une vision non plus cloisonnée mais *globale* du droit international privé. Affectées à la protection des intérêts, éventuellement particularistes et purement nationaux d'une société étatique déterminée, et revendiquant unilatéralement leur application, les lois de police apparaissent étroitement rattachées à l'ordre juridique dont elles émanent, et voient corrélativement leur mise en œuvre dépendre assez largement de l'autorité juridictionnelle qui statue en son nom. À côté des lois de police du for, dont l'application

---

<sup>17</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 93

<sup>18</sup> V. sur ce point, not. P. Mayer, *art. préc.*, p. 302 ; G. Sperduti, *art. préc.*, p. 264 ; P. Francescakis, *Rép. dr. int. Dalloz*, V° *Conflits de lois (principes généraux)*, n° 124.

<sup>19</sup> V. Ph. Francescakis, *Résolution de l'Institut de droit international sur l'application du droit public étranger*, *Annuaire IDI*, t. 56, p. 156 et s.

<sup>20</sup> P. de Vareilles-Sommières, *art. préc.*, n° 17.

<sup>21</sup> V. sur ce point, P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 1 et s. et 209 et s.

<sup>22</sup> V. not. en ce sens, P. Mayer, *art. préc.*, p. 292 ; B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *Dalloz* 2008, n° 473 ; A. Bucher, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, *RCADI* 1993, t. 239, p. 1 et s., n° 28 ; A. Nuyts, « L'application des lois de police dans l'espace », *RCDIP* 1999, p. 31 et s., p. 40.

<sup>23</sup> V. sur cette distinction, not. P. Lagarde, *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, *Dalloz*, 1959 ; B. Rémy, *thèse préc.* ; G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, éd. Thémis, 1996 ; A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse, Paris-II, 1979, t. I, p. 273.

<sup>24</sup> P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., p. 285.

<sup>25</sup> V. en ce sens, P. de Vareilles-Sommières, *art. préc.*, n° 32 et s.



apparaît en principe certaine et automatique<sup>26</sup>, celle des lois de police étrangères ne s'impose pas d'évidence, s'agissant d'assurer l'efficacité d'une politique législative poursuivie par un autre État. Leur prise en compte implique que l'ordre juridique du for admette de *coopérer* à la protection des intérêts étrangers et de mettre à l'écart les solutions de droit substantiel qu'il prescrit en temps normal. La mise en œuvre des dispositions internationalement impératives, unilatéralement applicables d'un ordre juridique étranger, ne peut revêtir, pour cette raison, qu'un caractère exceptionnel, et apparaît nécessairement conditionnée au respect des exigences posées par le for. L'analyse rétrospective et actuelle des droits d'origine nationale et supranationale révèle, d'ailleurs, qu'une différence de régime d'application des lois de police du for et des lois de police étrangères<sup>27</sup> est systématiquement consacrée. En droit positif, la mise en œuvre des lois de police étrangères, telle qu'elle est admise dans le droit commun français et formellement reconnue dans le règlement européen résolvant la question des conflits de lois en matière de contrats<sup>28</sup>, n'est toujours simplement que *facultative* pour l'autorité saisie et n'est possible qu'à condition qu'elle lui apparaisse à la fois légitime et justifiée, à la suite d'une analyse subjective.

**3.** Un tel constat conduit à reconnaître toute l'importance que revêt « l'enjeu de la question du juge compétent »<sup>29</sup> en matière de lois de police, et implique d'admettre que la « mobilité juridictionnelle »<sup>30</sup> des parties constitue nécessairement une *contrainte* pesant sur ces dispositions<sup>31</sup>. Il confère, corrélativement, toute sa pertinence à l'étude de l'efficacité des lois de police dans les conflits de juridictions, sous l'angle des conséquences que produisent concrètement les règles de compétence sur la réalisation de la politique législative que ces dispositions poursuivent et de la place qui, compte tenu de l'importance par principe attachée à leur mise en œuvre, leur est accordée ou pourrait leur être reconnue dans ce cadre.

Du point de vue de l'ordre juridique d'origine des lois de police, la question peut être envisagée sous l'angle de la protection qu'il apporte ou serait susceptible d'apporter à ses dispositions, pour éviter ou limiter la perte d'impérativité qu'elles connaissent à l'étranger. Il

---

<sup>26</sup> V. en ce sens, not. Y. Lequette, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, 1976, p. 216 et s. ; P. Mayer, *art. préc.*, n° 3 ; Rép. dr. int. Dalloz, n° 61.

<sup>27</sup> V. en ce sens, not., P. de Vareilles-Sommières, *art. préc.*, n° 58 et s. ; P. Mayer, *art. préc.*, n° 3, p. 279 ; H. Batiffol et Ph. Francescakis, « L'arrêt Boll de la Cour internationale de justice », RCDIP 1959, p. 259 et s., p. 271 ; P. Graulich, *art. préc.*, p. 643 ; K.-H. Neumayer, *art. préc.*, p. 582.

<sup>28</sup> Règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil, 17 juin 2008, JOUE, n° L 177, 4 juillet, *sur la loi applicable aux obligations contractuelles* (ci-après, règlement Rome I).

<sup>29</sup> L. d'Avout, « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », JCP G, 2008, II, 10187.

<sup>30</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, coll. Thémis droit, 3<sup>e</sup> éd. refondue, 2014, n° 557. Cette formulation sera réutilisée par la suite.

<sup>31</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 98.

s'agira d'analyser les règles, d'origine nationale ou supranationale, que le for met en œuvre dans les conflits de juridictions, à la fois au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle et au stade du contentieux de l'*exequatur*, lorsqu'il s'agit de reconnaître ou d'exécuter des décisions étrangères. La question devrait également être envisagée du point de vue de l'ordre juridique étranger dont les juridictions seraient confrontées à des lois de police édictées dans un autre, pour évaluer les effets produits par la décorrélation des compétences juridictionnelle et législative sur l'application de ces dispositions et apprécier la manière dont il est susceptible de tenir compte de ces dispositions impératives. Il conviendra également d'envisager l'arbitrage international auquel les parties pourraient recourir par dérogation à la compétence des juridictions étatiques, dès lors que ce mode de règlement des différends connaît, en matière internationale, un développement considérable aujourd'hui. Il soulève, malgré son caractère de justice privée et contractuelle, une problématique assez similaire à celle que pose le recours à des juridictions étatiques étrangères, en raison de son indépendance par rapport aux ordres juridiques étatiques.

4. À cet égard, l'analyse des solutions explicitement consacrées en droit positif laisse apparaître une indifférence *a priori* totale du droit des conflits de juridictions vis-à-vis des lois de police applicables au fond du litige, qui laisse ces dispositions à la merci de la contrainte que fait peser sur elles le « facteur contentieux »<sup>32</sup>. Elles apparaissent ignorées à la fois au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle et de la reconnaissance des jugements étrangers ou des sentences arbitrales, et n'empêchent pas la mise en œuvre des règles qui sont normalement applicables. L'existence d'une loi de police n'induit pas, par principe, que le litige soit résolu par les tribunaux de l'ordre juridique dont elle émane, et n'entraîne pas la réalisation d'un contrôle approfondi du jugement étranger au stade de l'*exequatur*. Elle se satisfaisait de l'internationalisation du contentieux et laisse subsister la concurrence normale des compétences juridictionnelles étatiques étrangères.

L'impossibilité qu'il y aurait de faire dépendre la compétence juridictionnelle de la mise en cause d'une loi de police est généralement considérée comme étant établie en droit français depuis l'arrêt *Bloch*<sup>33</sup>, et implicitement reconnue en droit européen. Elle est, au demeurant, généralement approuvée par une doctrine majoritaire<sup>34</sup> et reconnue comme une

---

<sup>32</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 97.

<sup>33</sup> Cass. Ass. Plén., 14 octobre 1977, *Bloch c/ soc. Filtex*, RCDIP 1978, p. 166, note H. Batiffol ; Clunet 1978, p. 304, note Lyon-Caen ; Dalloz 1978, p. 417, note P. Lagarde ; Dalloz 1978, IR, p. 98, obs. B. Audit ; RTD com. 1978, p. 654, note Y. Loussouarn et Bourel.

<sup>34</sup> V. not. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Compétence internationale : matière civile et commerciale*, n° 81 ; A. Sinay-Cytermann, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, thèse dactyl.,

*évidence*, justifiée par le principe de séparation des conflits de lois et des conflits de juridictions. D'un autre côté, il est généralement considéré qu'une solution contraire ne se justifierait pas, parce qu'il serait possible de présumer que les autorités juridictionnelles étrangères mettraient en œuvre ces dispositions et que le for aurait toujours la possibilité de sanctionner, le cas échéant, leur violation au stade du contentieux de l'*exequatur*.

5. Face à cette solution apparemment acquise, la possibilité qu'il y aurait de lever l'indifférence retenue vis-à-vis des lois de police et d'admettre à leur égard une dérogation au principe de séparation des conflits de lois et de juridictions, pour consacrer un *forum legis* fondé sur l'applicabilité d'une loi de police, a été envisagée par certains auteurs<sup>35</sup>. Elle a connu un regain d'intérêt en doctrine ces dernières années, dans un contexte de libéralisation croissante des conflits de juridictions, favorisant toujours davantage la mobilité interjuridictionnelle des parties et la circulation des jugements étrangers et des sentences arbitrales.

Dans ce cadre, en effet, l'admission généralisée des clauses de prorogation de for permettant aux parties de déroger à la compétence des juridictions du for au profit d'un juge étranger ou d'un arbitre, malgré la mise en cause d'une loi de police, cristallise les dangers et les incohérences de l'indifférence retenue vis-à-vis de ces dispositions. L'arrêt *Monster Cable*<sup>36</sup>, par lequel la Cour de cassation a affirmé expressément le maintien du principe de licéité des clauses attributives de juridictions malgré la présence d'une disposition de ce type, apparaît comme une incitation à réenvisager la question, à la lueur de certaines décisions récentes en sens contraires rendues à l'étranger<sup>37</sup>. Elle met en lumière le déséquilibre désormais consacré entre la poursuite d'une politique libérale favorisant l'ouverture des frontières du for et la protection des lois de police. Elle favorise l'expatriation du contentieux en dehors des frontières du for d'origine des lois de police, dans un contexte où le lien existant entre l'autorité juridictionnelle saisie et la mise en œuvre de ces dispositions ne peut plus désormais être minimisé quant à son existence et relativisé quant à ses effets.

---

Strasbourg, 1980, n° 169 et s. Ph. Guez, *L'élection de for en droit international privé*, thèse, Paris X-Nanterre, 2000, n° 242 s. ; A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-41 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Clauses attributives de juridiction*, n° 65.

<sup>35</sup> V. en particulier, E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions (étude de droit international privé)*, 1999, t. 298, coll. Bibl. dr. privé, LGDJ.

<sup>36</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Sté Monster Cable Product Inc. c/Sté Audio Marketing services*, préc..

<sup>37</sup> BGH, 5 septembre 2012, préc..

6. Les évolutions contemporaines du droit international privé, en effet, laissent apparaître une certaine régression concernant la place accordée aux lois de police étrangères. Celle-ci, cristallisée dans le cadre européen, à travers la réduction significative de leur possibilité d'application<sup>38</sup> et une suppression de toute référence à ces dispositions dans les instruments récents<sup>39</sup>, résulte en parallèle du maintien d'un *statu quo* assez général quant à leur application pratique, toujours inexistante ou très incertaine devant les juridictions étatiques et arbitrales. D'un autre côté, alors que l'existence d'un contrôle opéré sur la sentence arbitrale ou le jugement étranger lors de sa reconnaissance dans le for apparaît encore assez largement invoquée pour relativiser les risques que fait courir l'expatriation du contentieux au respect de ses politiques législatives impératives, la possibilité de sanctionner *a posteriori* la violation des lois de police semble devenir progressivement de plus en plus théorique. Le développement d'une politique plus libérale, visant à favoriser toujours davantage la circulation des jugements, conduit, de fait, à une réduction croissante du nombre et des contours des contrôles opérés, qui ne laisse en pratique qu'une possibilité, désormais restreinte et indirecte, de tenir compte des lois de police dans ce cadre. Cette évolution, illustrée en droit français à travers la suppression de la condition de la loi appliquée par l'arrêt *Cornelissen*<sup>40</sup>, quelques mois avant l'arrêt *Monster Cable*, apparaît également à travers la restriction toujours plus large de l'ampleur du contrôle de l'ordre public, exprimée en particulier vis-à-vis des sentences arbitrales<sup>41</sup>. Celui-ci semble se limiter, désormais, au contrôle des violations les plus évidentes.

7. Le sentiment que laisse l'analyse du système retenu en droit international privé contemporain est alors celui d'un risque de perte d'efficacité généralisée des politiques

---

<sup>38</sup> V. l'art. 9.3 du règlement Rome I.

<sup>39</sup> V. à cet égard, la suppression consacrée dans le règlement (CE), n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (dit « Rome II »).

<sup>40</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007, *Cornelissen*, RCDIP 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; Clunet 2007, p. 1195, note F.-X. Train ; Dalloz 2007, p. 1115, note L. d'Avout et S. Bollée ; Dalloz 2007. Chron. 892 ; Gaz. Pal. 29 avril-3 mai 2007, n° 119 et s., n° spécial, *Contentieux judiciaire international et européen*, p. 2, note Niboyet.

<sup>41</sup> V. en particulier, CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*, RCDIP 2006, p. 104, note S. Bollée ; JCP G, 2005, II, n° 10038, obs. G. Chabot ; RTD com., 2005, p. 263, obs. E. Loquin ; Dalloz 2005, p. 3058, obs. T. Clay ; Clunet 2005, p. 357, note A. Mourre ; V. également, L. G. Radicati di Brozolo, « L'illicéité qui crève les yeux », Rev. arb. 2005, p. 529 et s. ; C. Seraglini, Gaz. Pal., *Cah. arb.*, n° 2005/2, p. 5 ; Rev. Lamy Concurrence, février-avril 2005, p. 68, « Le contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre », E. Barbier de la Serre et C. Nourissat ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, *Cytec Industries*, Rev. arb. 2008, p. 473, note I. Fadlallah ; RTD com. 2008, p. 518, obs. E. Loquin ; Dalloz 2008, Pan. 3111, obs. Clay ; Dalloz 2008, AJ. 1684, obs. X. Delpech, JCP 2008, Actu. 430, obs. J. Ortscheidt ; JCP 2008. I. 264, n° 8, obs. C. Seraglini, RLC, juillet-septembre 2008, p. 62, note C. Nourissat ; Dalloz 2008, p. 2560, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2014, *Schneider*, Procédures 2014. Comm. 107, note L. Weiller ; JCP 2014, p. 475, note D. Mouralis ; Rev. arb. 2014, p. 389, note D. Vidal ; Dalloz 2014, p. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Dalloz 2014, p. 490 ; *ibid.* 2541, obs. T. Clay ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 2015, *M. X c/ Crédit Foncier de France*, Gaz. Pal., n° 351, 17 décembre 2015, et en matière de reconnaissance des jugements étrangers, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janvier 2013, *Gazprombank*, Dalloz 2013, p. 371 ; *ibid.*, p. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 1574, obs. A. Leborgne ; *ibid.*, p. 1706, obs. P. Crocq ; *ibid.*, p. 2293, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD com. 2013, p. 389, obs. P. Delebecque ; JCP 2013. 165, obs. D. Akhoti ; RTD com. 2014, p. 459, obs. P. Delebecque.

législatives impératives étatiques dans les rapports internationaux. En incitant les parties à déroger à la compétence des juridictions du for au profit d'une juridiction étatique ou arbitrale, même en présence de loi de police, puis en laissant par la suite le jugement ou la sentence être reconnu et exécuté dans le for, ce système conduirait à consacrer une perte d'impérativité consentie et même favorisée de ces dispositions. Elles deviendraient globalement d'application « semi-nécessaire »<sup>42</sup> et verraient leur « impérativité désactivée »<sup>43</sup>, sous l'influence de la volonté individuelle<sup>44</sup>. Cette solution, peu satisfaisante du point de vue de la protection des intérêts mis en cause, en principe fondamentaux, apparaîtrait également peu cohérente. Elle semble, en effet, en contradiction à la fois avec la nature internationalement impérative de ces dispositions et avec l'évolution qu'elles connaissent parallèlement sur le plan des conflits de lois. La tendance, ces dernières années, semble en effet être celle d'une consécration de plus en plus fréquente de dispositions internationalement impératives faisant obstacle au choix de loi applicable des parties, et d'une interprétation toujours plus extensive de la notion. L'inversion des rapports entre la volonté individuelle et la protection des impérativités<sup>45</sup> et le désintérêt apparemment retenu sur le plan des conflits de juridictions laisseraient alors entrevoir une attitude quelque peu « schizophrénique des systèmes juridiques »<sup>46</sup>, consistant à multiplier ces dispositions tout en admettant, voire en légitimant, leur contournement volontaire de la part des parties.

**8.** Le système consacré semble alors appeler la mise en place d'ajustements visant à restaurer l'impérativité des lois de police dans les conflits de juridictions, et à uniformiser les solutions retenues dans les conflits de juridictions et dans les conflits de lois. Elle conduit à admettre le caractère peu satisfaisant et irréaliste du maintien d'une ouverture généralisée des frontières du for, face à la différence de traitement apporté à une loi de police applicable dans les différents systèmes juridiques qui sont susceptibles d'y être confrontés. Elle incite à chercher à adapter les solutions retenues aux réalités de la dépendance existant entre l'autorité juridictionnelle et la mise en œuvre de ces dispositions, pour éviter ou atténuer les effets négatifs qu'induit la *décorrélation* des compétences juridictionnelle et législative. L'enjeu serait alors celui de la *réconciliation* de la protection des impérativités étatiques avec la *coordination des systèmes*, aujourd'hui inexistante sur le plan des conflits de lois, de manière

---

<sup>42</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *art. préc.*, p. 2.

<sup>43</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p.1 et s.

<sup>44</sup> V. D. Bureau, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *L'avenir du droit*, in *Mélanges en l'honneur de F. Terré*, p. 285 et s.

<sup>45</sup> V. en ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 556 et s.

<sup>46</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *art. préc.*, n° 37.

à assurer une efficacité uniforme et internationale des politiques législatives impératives étatiques. À cet égard, le constat que la perte d'impérativité des lois de police n'est pas induite par *nécessité*, en considération du principe de séparation des conflits de juridictions et des conflits de lois, pourtant systématiquement invoqué par les tribunaux, mais qu'elle résulte d'un choix étatique consistant à faire prévaloir, par *opportunité*, la poursuite d'une politique libérale sur le respect de leurs lois de police, laisserait envisager des perspectives d'évolution rassurantes. Face à l'importance des considérations qui justifient l'ouverture des frontières nationales, la mise en place de correctifs apparaîtrait toujours envisageable, par le biais de solutions mesurées, tenant conjointement compte des différents intérêts en cause et fondées sur leur mise en balance, de manière à assurer un *rééquilibrage* et un compromis entre la poursuite d'objectifs *a priori* contradictoires.

9. « L'impression de désordre » que laisse le droit positif, vis-à-vis des lois de police<sup>47</sup>, devrait conduire à admettre qu'une solution *raisonnable* ne peut être trouvée que dans la mesure où l'on se détacherait de cette qualification désormais quelque peu *artificielle*, et d'un recentrage de l'analyse sur le contenu et les objectifs poursuivis à travers l'édiction des dispositions internationalement impératives. Le constat de la diversification fonctionnelle de ces dispositions et de la disparité de plus en plus importante des objectifs qu'elles poursuivent, laisse penser que les dispositions internationalement impératives sont susceptibles d'appeler une réponse différente face à la perte d'impérativité qu'induit le système consacré. Le surgissement anarchique et intempestif dont elles font l'objet en droit international privé contemporain, en particulier pour assurer la réalisation d'une politique protectrice de certaines parties faibles en matière contractuelle, pourrait même conduire à admettre que leur perte d'impérativité n'est pas nécessairement gênante. Le système de droit positif apparaîtrait alors comme une conséquence de l'exagération du concept de loi de police et des abus retenus pour procéder à leur qualification sur le plan des conflits de lois, et s'expliquerait par la méfiance croissante et généralisée éprouvée vis-à-vis de ces dispositions.

La formulation d'une réponse satisfaisante, face au système consacré, impliquerait alors un déplacement de l'analyse sur le plan des conflits de lois, afin de procéder à un tri des dispositions préexistantes pour identifier celles vis-à-vis desquelles il apparaît problématique, et pour envisager, plus généralement, une redéfinition plus stricte de la notion. Cette analyse pourrait alors s'inspirer de la distinction entre *lois de police administratives* et *lois de police*

---

<sup>47</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 105.

*protectrices*<sup>48</sup> proposée par certains auteurs, et s'appuyer sur les débats actuellement en cours en doctrine, quant à la détermination des contours de la notion<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> A. Nuyts, « L'application des lois de police dans l'espace », RCDIP 1999, p. 31 et s.

<sup>49</sup> V. not. E. Pataut, *thèse préc.*, n° 209 et s. ; L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », Dalloz 2008, p. 2165 ; S. Francq et F. Sault-Seseke, « 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 la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 357, et s., spéc. p. 361-366.

**10.** Dans cette diversité, l'applicabilité de lois de police revendiquant unilatéralement leur application et mettant en cause une politique législative particulièrement fondamentale pour l'ordre juridique dont elles émanent, pourrait conduire à reconnaître *l'opportunité* de déroger au principe de séparation des conflits de lois et des conflits de juridictions et de faire prévaloir le respect de cette disposition sur les impératifs qui justifient une ouverture des frontières étatiques. L'objectif de protection de l'intérêt général poursuivi à travers cette disposition imposerait d'admettre que son application revêt une importance fondamentale pour l'ordre juridique concerné, et qu'il n'existe aucune interchangeabilité des autorités juridictionnelles, pour la mettre en œuvre. Il serait alors possible d'en déduire une *vocation plus forte* de celui-ci pour faire valoir son point de vue vis-à-vis de la résolution du litige auquel elle entend s'appliquer, et d'admettre sa *prépondérance globale*. Le *rattachement de souveraineté* sur lequel reposerait sa disposition prolongerait ses effets sur le plan juridictionnel pour fonder la compétence *prioritaire* de ses juridictions, par dérogation au *principe de proximité*, conduisant en temps normal à faire dépendre la compétence des tribunaux des liens entretenus objectivement avec le litige, en consécration d'un *forum legis*. Une telle solution assurerait ainsi l'efficacité des politiques législatives devant le for, en permettant de maintenir, de son point de vue, la résolution du contentieux dans l'ordre interne, et en écartant toute possibilité théorique de décorrélation des compétences juridictionnelle et législative.

Un tel système, pour être réellement satisfaisant, devrait néanmoins trouver un prolongement dans les systèmes étrangers, grâce à la mise en place d'un procédé spécifique de *réception* du point de vue retenu par le for. Il s'impose du fait de l'unilatéralisme des règles nationales applicables sur le plan des conflits de juridictions et de la relativité inévitable des solutions qui y sont consacrées, qui rendent en pratique toujours possible la saisine des autorités juridictionnelles étrangères. La mise en place d'un mécanisme de coordination des systèmes devant les juges étrangers ou les arbitres paraît nécessaire pour éviter la diversité des points de vue existant en temps normal entre les systèmes juridiques, et afin d'assurer, quelle que soit l'autorité juridictionnelle saisie, le respect international des solutions que le for retient vis-à-vis de ses politiques législatives. Elle permettrait, au-delà, de préserver le respect des intérêts des parties, qui appelle une *harmonie internationale des solutions*, permettant d'assurer la prévisibilité de ces solutions et la continuité de leur situation juridique.

**11.** Une telle réactivation des lois de police dans les conflits de juridictions paraît envisageable en droit international privé contemporain. Elle semble à la fois encouragée par



certaines évolutions récentes, en dépit d'une impression générale en sens contraire, et susceptible de puiser ses fondements dans certaines solutions implicites établies et largement admises. Dans ce cadre, le droit européen pourrait jouer un rôle fondamental, en inspirant la mise en place de correctifs opportuns ou en préservant directement l'efficacité de certaines politiques législatives. Alors que l'influence *a priori* négative qu'il exerce sur les lois de police étatiques, pour encadrer leur mise en œuvre et limiter leur consécration, pourrait permettre de les *revaloriser* et de favoriser leur protection dans les conflits de juridictions<sup>50</sup>, il offre une multiplicité de techniques de protection des dispositions internationalement impératives, dont l'exemple pourrait être repris dans la mesure de leur transposition possible en dehors du cadre de l'Union européenne. Au sein même du cadre européen, d'ailleurs, il semble possible de relativiser la portée de l'indifférence consacrée vis-à-vis de ces dispositions dans les conflits de juridictions, de la mutation fonctionnelle progressive dont elles font l'objet grâce au développement d'une « entente générale sur la hiérarchie des valeurs à protéger »<sup>51</sup> entre les États membres et à la prise en charge directe de certaines politiques au niveau européen. Elle conduit en effet, globalement, à assurer leur protection grâce à des procédés uniformes et éventuellement non dérogoires, évitant ou atténuant l'ampleur de la contrainte de la compétence juridictionnelle.

**12.** Dès lors, l'étude appelle trois mouvements successifs. D'abord, l'étude du système en vigueur manifestera l'indifférence réciproque qui caractérise aujourd'hui les rapports entre les lois de police et le droit de la compétence juridictionnelle (TITRE I). Ensuite, l'on examinera, dans la perspective du for d'origine des lois de police, quelle protection pourrait leur être accordée (TITRE II). Enfin, l'étude de mécanismes de coordination, susceptibles d'assurer leur respect depuis les fors étrangers, sera réalisée (TITRE III).

---

<sup>50</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 115.

<sup>51</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. I, *Partie générale*, PUF, coll. Thémis droit, 3<sup>e</sup> éd. refondue, 2014, p. 389.



# TITRE I : L'ÈRE DES INDIFFÉRENCES RÉCIPROQUES

13. Il règne, en droit international privé contemporain, un principe d'indifférence réciproque *a priori* absolue entre les lois de police et les conflits de juridictions. Alors que l'influence que pourrait avoir l'autorité juridictionnelle saisie sur l'application de ces dispositions est généralement ignorée, leur mise en cause n'exerce explicitement d'incidence ni sur les règles permettant de désigner l'autorité compétente pour trancher le différend, ni sur l'élaboration des solutions consacrées au stade du contentieux de l'*exequatur*. Dans ce contexte, la libéralisation progressive qu'ont connue les conflits de juridictions s'est faite sans considération pour les lois de police. L'applicabilité d'une loi de police du for au fond du litige n'apparaît *explicitement* jamais comme un motif de mise à l'écart des solutions libérales retenues.

14. À cet égard, le système consacré en droit positif conduit à une solution peu satisfaisante du point de vue de l'efficacité des politiques législatives impératives dans les conflits de juridictions. Dans l'instance directe, le maintien du jeu normal des règles de compétence juridictionnelle malgré la mise en cause de lois de police au fond du litige, déjà par principe risqué pour le respect de ces dispositions, devient beaucoup moins compréhensible et supportable dans le contexte du libéralisme actuel. La violation des lois de police dans les rapports internationaux, jusqu'alors possible mais tolérée, apparaît aujourd'hui à la fois très largement probable et favorisée (CHAPITRE I). Dans un second temps, alors que le contrôle des jugements étrangers et des sentences arbitrales, réalisé au stade indirect, aurait pu permettre au for de sanctionner *a posteriori* la violation des lois de police consacrée à l'étranger, l'étude des solutions retenues dans ce cadre fait apparaître qu'une restauration de leur impérativité à ce stade risque d'être en pratique assez rare. L'absence d'application ou la mauvaise application d'une loi de police du for ne devrait conduire qu'assez rarement à un refus de reconnaissance ou d'exécution du jugement ou de la sentence concernée. Le système consacré au stade du contentieux de l'*exequatur*, joint au libéralisme consacré au stade direct, autorise alors un contournement volontaire des lois de police du for de la part des parties, et

consacre leur « semi-impérativité »<sup>52</sup> dans les conflits de juridictions. Un tel constat oblige alors à admettre, avec L. G. Radicati di Brozolo, que les lois de police deviendraient globalement d'application seulement « semi-nécessaire » dans les rapports internationaux<sup>53</sup> (CHAPITRE 2).

---

<sup>52</sup> V. D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 556 et s. Le terme sera fréquemment réutilisé au cours des développements.

<sup>53</sup> V. L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ? », RCDIP 2003, p. 1 et s.

## CHAPITRE I : LES LOIS DE POLICE ET LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE DIRECTE

15. Au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle directe, l'admission des clauses de règlement des différends en présence d'une loi de police applicable au fond du litige cristallise la question des rapports entre le respect de la volonté individuelle et la protection des impérativités étatiques<sup>54</sup>. Alors que la multiplicité des juridictions étatiques, concurremment compétentes et aisément saisissables en droit international privé contemporain, autorise déjà le déplacement « inter-systémique »<sup>55</sup> des plaideurs, l'admission des clauses de prorogation de for confère aux parties une liberté pratiquement totale quant au choix de l'autorité qui tranchera leur différend. Elle détache la saisine d'une autorité juridictionnelle étrangère de l'exigence d'un lien objectif entre l'autorité saisie et la situation litigieuse, et leur permet de déroger à la compétence préexistante des juridictions du for pour des raisons purement contingentes, liées à leurs choix substantiels ou procéduraux.

16. Dans un contexte où la poursuite d'une politique toujours plus libérale a conduit à une admission croissante de l'influence de l'autonomie de la volonté individuelle sur la détermination du juge compétent, l'indifférence retenue vis-à-vis des lois de police dans les conflits de juridictions s'est traduite par un maintien du principe de licéité des clauses de prorogation de for malgré leur applicabilité au fond du litige. La résolution du contentieux en dehors des frontières du for d'origine de ces dispositions apparaît ainsi *encouragée* et *légitimée*. La solution consacrée reflète alors le consentement de l'ordre juridique concerné à renoncer à ce que le litige « soit résolu dans l'ordre interne »<sup>56</sup>, même lorsqu'il poursuit une politique législative impérative, et à confier la mise en œuvre de ses dispositions impératives à une autorité juridictionnelle étrangère (SECTION I).

Une telle solution, *a priori* cohérente avec le principe de séparation des conflits de lois et des conflits de juridictions, amplifie pourtant les dangers de l'indifférence retenue vis-à-vis des lois de police dans les conflits de juridictions. Alors que les effets de la saisine d'une autorité étrangère sur le respect des lois de police du for semblent généralement niés quant à leur existence, l'analyse du traitement probable qui leur sera accordé devant les juges d'autres

---

<sup>54</sup> V. sur ce point, en particulier, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 142 et s. ; n° 556 et s.

<sup>55</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 557.

<sup>56</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 98.

États et les arbitres conduit pourtant à reconnaître qu'elles subissent inévitablement une perte d'impérativité chaque fois que le litige est résolu en dehors des frontières du for. Elle oblige à admettre que l'expatriation du contentieux à l'étranger rend improbable, ou au moins très incertain, le respect des politiques législatives du for qui étaient mises en cause. Le système retenu conduit alors à consacrer une perte d'impérativité généralisée des lois de police, et à conférer aux parties une « maîtrise sur l'applicabilité des réglementations impératives normalement destinées à être indérogeables au plan international »<sup>57</sup> (SECTION II).

## **SECTION I : ABSENCE D'INCIDENCE DES LOIS DE POLICE SUR L'ADMISSION DES CLAUSES DE PROROGATIONS DE FOR**

17. La faveur accordée aux clauses de prorogation de for conduit les États à admettre que les parties puissent déroger à la compétence de leurs juridictions non seulement pour soumettre leur différend à la connaissance des juridictions étatiques étrangères, mais également pour avoir recours à la justice arbitrale. Les considérations tant politiques que juridiques, qui sont à la base de la reconnaissance de la licéité des clauses attributives de juridiction et des conventions d'arbitrage, sont assez largement similaires, bien qu'elles soient intervenues avec un degré d'intensité variable. Cette parenté des objectifs poursuivis explique en parallèle l'identité de la solution consacrée vis-à-vis des lois de police dans ces deux cadres.

Leur absence de prise en compte semble globalement pouvoir s'expliquer par la volonté de favoriser la mobilité interjuridictionnelle des parties, compte tenu de ses répercussions positives sur le développement du commerce international. L'existence d'un « phénomène concurrentiel »<sup>58</sup> existant entre les ordres juridiques dans la poursuite d'une politique libérale qui a pu être relevée par certains auteurs pourrait également conduire à voir les solutions retenues en droit français et dans le cadre du droit de l'Union européenne comme *une réponse* apportée au libéralisme accru préalablement consacré aux États-Unis<sup>59</sup>. Elle expliquerait le système consacré et empêcherait tout *retour en arrière* quant à l'ouverture des

---

<sup>57</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 144.

<sup>58</sup> V. en ce sens, H. Muir Watt, *cours préc.*, n° 84, p. 131.

<sup>59</sup> V. proposant une analyse économique des conflits de juridictions, not. H. Muir Watt, « La régulation des services judiciaires en Europe. Concurrence interjuridictionnelle et mobilité des juges : vers des riding circuits ? », in *Conflits de lois et régulation économique*, M. Audit, H. Muir Watt et E. Pataut (dir.), LGDJ, 2008, p. 231, et les réf. citées ; S. Bollée, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions », in *L'efficacité économique en droit, Études juridiques*, Economica, 2010, dir. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès, p. 121 et s.

frontières étatiques, pour maintenir *l'attractivité* des États européens vis-à-vis des opérateurs économiques<sup>60</sup>.

**18.** Dans ce cadre, l'ouverture des ordres juridiques nationaux s'est réalisée progressivement et a été originellement admise en matière d'arbitrage, où le libéralisme des solutions consacrées semble avoir constitué « l'impulsion décisive »<sup>61</sup> de la libéralisation des clauses attributives de juridiction. Sous cet angle, la question de la place accordée aux lois de police sera prioritairement analysée au regard des solutions consacrées en droit français à l'égard des conventions d'arbitrage (I). Les positions française et européenne retenues vis-à-vis des clauses attributives de juridictions seront par la suite étudiées (II). Dans ces deux cadres, une analyse des solutions du droit américain permettra de mettre en évidence les évolutions probables à venir en Europe, face à l'exemple du libéralisme consacré outre-Atlantique.

## **I- Conventions d'arbitrage**

**19.** Malgré l'incidence que sont susceptibles d'exercer les lois de police étatiques sur la justice arbitrale (A), il est admis, en droit positif, que l'applicabilité d'une loi de police du for au fond du litige ne fait pas obstacle à la faculté reconnue aux parties de recourir à ce mode de règlement des différends (B).

### **A) Fondements d'une possible incidence des lois de police**

**20.** Dans le cadre des rapports nécessairement complexes et conflictuels qu'entretiennent les lois de police étatiques avec la justice arbitrale<sup>62</sup>, dont la nature est *contractuelle*, l'incidence de ces dispositions sur l'efficacité des clauses prorogant la compétence d'un arbitre peut néanmoins être envisagée, du fait de l'encadrement étatique que subit l'arbitrage (1). Elle intervient sous l'angle de la question relative à l'arbitrabilité des litiges (2).

---

<sup>60</sup> V. sur l'attraction qu'est susceptible d'exercer la position libérale retenue par les États sur les opérateurs économiques, qui seraient ainsi plus incités à intégrer leur « environnement juridique », H. Muir Watt, *cours préc.*, n° 84 et s., et les références citées, not., note 319.

<sup>61</sup> H. Muir Watt, *cours préc.*, n° 94, p. 141.

<sup>62</sup> V. en particulier, pour une étude d'ensemble de ces rapports, Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Nouvelle Bibl. de Thèses, Dalloz 2001, Préf., P. Mayer.

## 1- Encadrement étatique de l'institution arbitrale

21. L'arbitrage commercial international<sup>63</sup> apparaît comme « une justice privée, manifestation de la prise en charge par les opérateurs du commerce international du règlement de leurs différends, et dont le fondement et la nature restent essentiellement contractuels »<sup>64</sup>. Il repose sur la conclusion d'une convention d'arbitrage<sup>65</sup>, et se trouve entièrement « innervé »<sup>66</sup> par la volonté individuelle des parties. Celle-ci est non seulement à la base du recours à l'arbitrage, mais elle intervient également tout au long du règlement du différend devant l'arbitre<sup>67</sup>. Corrélativement, la justice arbitrale apparaît comme une justice en quelque sorte « délocalisée », en ce sens qu'elle n'est *a priori* spécifiquement rattachée à aucun ordre juridique national. Il en résulte que l'arbitre n'ayant ni for, ni *lex fori*<sup>68</sup>, il ne se trouve, *a priori*, soumis à aucune obligation quant aux normes à respecter pour trancher le différend.

22. Malgré cette indépendance de la justice arbitrale, l'incidence que sont susceptibles d'exercer les lois de police étatiques dans ce cadre résulte de l'absence d'affranchissement total dont fait l'objet l'arbitrage par rapport à l'emprise des ordres juridiques nationaux<sup>69</sup>. Il est aujourd'hui admis qu'une conception consistant à l'envisager sous un angle purement contractuel<sup>70</sup> ou comme une justice soumise à la seule autonomie de la volonté individuelle<sup>71</sup>

---

<sup>63</sup> V. not. sur la définition de l'arbitrage international, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 6 et s., p. 11 et s. ; B. Oppetit, « Sur le concept d'arbitrage », in *Mélanges B. Goldman*, Litec, 1982, p. 229 et s. L'arbitrage est considéré comme international, au titre de l'art. 1504, lorsqu'il met en cause les intérêts du commerce international.

<sup>64</sup> Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 6.

<sup>65</sup> Cette convention peut prendre globalement deux formes distinctes selon qu'elle est conclue avant ou après la naissance du différend. Au titre de l'art. 1442 du CPC, elle apparaît comme une clause compromissoire, lorsque « les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat », et comme un compromis d'arbitrage, lorsque « les parties à un litige né soumettent celui-ci à l'arbitrage ». Souvent envisagés de manière conjointe dans les textes et la jurisprudence, ces deux types de clauses soulèvent un questionnement identique quant à l'influence que peuvent exercer les lois de police étatiques sur le recours à l'arbitrage et seront ici traités conjointement.

<sup>66</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, 2013, Montchrestien, n° 8.

<sup>67</sup> La volonté individuelle des parties exerce en effet, dans ce cadre, également une incidence sur la procédure suivie dans l'instance arbitrale et sur les dispositions appliquées au fond pour la résolution du litige. V. sur ce point, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 8 et s.

<sup>68</sup> V. Y. Derains, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », *Rev. arb.* 1986, p. 375 et s., spéc., n° 10.

<sup>69</sup> V. cep. laissant penser à une réelle « délocalisation » de l'arbitrage international, la possibilité reconnue aux parties de renoncer aux voies de recours normalement ouvertes contre les sentences rendues sur le territoire étatique concerné depuis le décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011, ou encore l'absence d'impossibilité de reconnaissance ou d'exécution en France qui résulterait de l'annulation d'une sentence dans le pays où elle a été rendue. V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia c. Sté Rena Holding et a.* (2 arrêts), *Rev. arb.*, 2007, p. 507, rapport J.-P. Ancel ; note E. Gaillard ; *Clunet* 2007, p. 1236, note Th. Clay ; *JCP G* 2007, I, 216, n° 7 et s., obs. Ch. Seraglini ; *RTD com.* 2007, p. 682, obs. E. Loquin ; *Daloz* 2008, p. 1429, note L. Degos ; *RCDIP* 2008, p. 109, note S. Bollée ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2015, *Daloz* 2015, p. 1547 et 2031, obs. L. d'Avout ; *AJDA* 2015, p. 1396 ; *LPA* 2015, n° 222, p. 13, obs. I. Michou ; *Procédures* 2015, Étude 9, obs. L. Weiller ; *JCP G* 2015, 1004, obs. C. Nourissat, 1164, note T. A. Brabant et M. Desplats, et 1370, obs. Ch. Seraglini. V. aussi, *Daloz* 2015, p. 2241, édito P. Cassia.

<sup>70</sup> V. retenant cette conception, R. David, *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris Economica, 1982, n° 2, p. 9, et dans le même sens, « Arbitrage du XIX<sup>e</sup> siècle et arbitrage du XX<sup>e</sup> siècle », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, *Daloz* 1965, p. 219, spéc., p. 225.



ne peut être retenue. Elle apparaît, au demeurant, en contradiction avec la réalité du droit positif. Malgré sa nature contractuelle, l'arbitrage est encadré par les États et subit l'influence des systèmes juridiques nationaux<sup>72</sup>. Il n'intervient pas *en marge* des ordres juridiques étatiques mais comme une justice privée nécessitant au contraire leur concours et leur collaboration<sup>73</sup>.

Alors que, d'un côté, l'efficacité de la justice arbitrale implique nécessairement une intervention étatique<sup>74</sup>, la possibilité même d'y avoir recours nécessite que les États aient renoncé à l'exercice de leur compétence juridictionnelle<sup>75</sup>. Il s'ensuit que la faculté reconnue aux parties de choisir un arbitre pour régler leur différend ne peut être mise en œuvre que dans la mesure où elle est effectivement autorisée par les États. Donc, si l'arbitrage commercial international porte la promotion de la volonté individuelle à son « paroxysme »<sup>76</sup>, celle-ci n'a « de force ni d'effets que dans la mesure reconnue par les systèmes juridiques nationaux »<sup>77</sup> et ne peut être exercée que dans les limites qu'ils ont fixées<sup>78</sup>.

**23.** L'incidence que peuvent avoir les lois de police étatiques dans ce cadre apparaît donc comme l'une des manifestations de l'influence qu'exercent les contraintes étatiques à travers

---

<sup>71</sup> V. considérant que « l'arbitre ne rendant pas la justice au nom d'un État, il ne devrait considérer que la volonté des parties et écarter toute préoccupation ou toute contrainte socio-économique d'origine ou de nature étatique. Pour lui, l'ordre public étatique, les réglementations impératives et autres lois de police ne devraient pas affaiblir la force obligatoire des contrats internationaux », Ph. Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Ed. Frison-Roche, 1999, n° 32, p. 393 ; *Adde*, E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution du droit de l'arbitrage international », *Clunet* 1983, p. 293 et s., spéc., n° 50 et s.

<sup>72</sup> V. pour une analyse d'ensemble de cette influence, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, not. Partie I, Titre I, Chap. 1, spéc., n° 26 et s.

<sup>73</sup> V. déclarant que « la tolérance et la collaboration des États dans le contexte de l'arbitrage demeurent indispensables à chaque moment du phénomène arbitral », L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police*, RCADI 2005, t. 315, p. 265 et s. spéc., n° 6, p. 285.

<sup>74</sup> L'intervention des tribunaux étatiques est en effet notamment requise pour assurer l'exécution forcée de la sentence, dès lors qu'elle est dépourvue de force exécutoire, ou encore pour faire valoir les effets de la sentence, par exemple pour nommer un arbitre ou un président en l'absence d'initiative ou d'accord des parties.

<sup>75</sup> L'art. 1448 du CPC français dispose en effet, pour l'arbitrage interne, que « lorsqu'un litige dont le tribunal arbitral est saisi en vertu d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'État, celle-ci doit se déclarer incompétente » (al. 1). « Si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi, la juridiction doit également se déclarer incompétente à moins que la convention d'arbitrage ne soit manifestement nulle » (al. 2). Cette solution a été étendue dans l'ordre international à titre de règle matérielle par la Cour de cassation. V. Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 28 juin 1989, *Eurodif c/ Iran*, *Rev. arb.*, 1989, p. 653. 2<sup>e</sup> arrêt, note Ph. Fouchard, et cette extension est aujourd'hui expressément consacrée, grâce au renvoi opéré par l'article 1506.1 CPC à l'article 1448 CPC, et en ce sens, not., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2014, *Schneider*, *Dalloz* 2014, p. 490 ; *ibid.* 2541, obs. T. Clay ; *ibid.* p. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *Procédures* 2014. Comm. 107, note L. Weiller ; *JCP* 2014, p. 475, note D. Mouralis ; *Rev. arb.* 2014, p. 389, note D. Vidal.

<sup>76</sup> Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 156, p. 76.

<sup>77</sup> V. L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 6, p. 285.

<sup>78</sup> Il a ainsi été dit que « contrairement à ce qu'une présentation outrancière de la thèse internationaliste pourrait laisser penser, c'est bien dans les ordres juridiques étatiques que la convention d'arbitrage, puis la sentence, puisent leur caractère obligatoire, et il en va de même de l'autorisation de recourir à l'arbitrage et de la force contraignante du choix opéré par les parties », V. E. Gaillard, « L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine », *Clunet* 1988, p. 645 et s., spéc., n° 52, p. 673.

l'ordre public, intervenant comme une norme de contrôle de l'arbitrage et de « mesure de la reconnaissance par l'État du rôle de l'arbitre et de la sentence »<sup>79</sup>.

La question du rôle conféré aux lois de police dans la justice arbitrale est celle de l'influence exercée par le droit impératif applicable sur le plan juridictionnel, conçu comme un obstacle potentiel à la compétence des arbitres, et dépend du traitement accordé à ces dispositions dans l'instance arbitrale. La réponse qui y est apportée exprime ainsi la mesure dans laquelle l'ordre juridique dont émanent les lois de police applicables admet, refuse ou limite qu'il puisse être dérogé à la compétence de ses juridictions au profit d'un arbitre, en considération des conséquences que produira sa saisine sur la mise en œuvre de ses dispositions au fond du litige. Elle reflète à la fois l'importance que cet État attache à la mise en œuvre de ses lois de police et la confiance qu'il éprouve envers l'arbitre quant au respect de ses politiques législatives impératives. Corrélativement, une diminution du rôle conféré aux impérativités substantielles dans le cadre de l'admission du recours à l'arbitrage pourrait être compensée par l'importance plus grande qui leur serait donnée dans le cadre de la procédure d'arbitrage<sup>80</sup>. L'équilibre institué entre ces deux types d'interventions des lois de police étatiques dépend de la question de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause les lois de police du for.

## 2- Lois de police et arbitrabilité des litiges

**24.** La question de l'arbitrabilité des litiges<sup>81</sup> met en cause la « faculté attachée à un litige d'être résolu par la voie de l'arbitrage »<sup>82</sup>, ou encore « l'aptitude d'une cause à constituer l'objet d'un arbitrage »<sup>83</sup>. Elle apparaît dès lors comme une condition de la compétence de l'arbitre, dont l'absence de réalisation implique que le litige soit soumis à la juridiction étatique compétente. Sous cette acception, déterminer l'arbitrabilité d'un litige consiste donc à établir « si le règlement par voie d'arbitrage est admissible et si, partant, la convention d'arbitrage est valable »<sup>84</sup>. La question s'insère dès lors dans la problématique plus générale de la *validité* de la convention d'arbitrage<sup>85</sup>. Elle apparaît comme une condition procédant d'un souci de

---

<sup>79</sup> I. Fadlallah, *L'ordre public dans les sentences arbitrales*, RCADI 1994, t. 249, p. 369 et s., n° 16, p. 386.

<sup>80</sup> V. en ce sens, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 146 et s., Adde, J.-B. Racine, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, Paris, LGDJ, 1999, n° 56.

<sup>81</sup> V. not. sur cette question, B. Hanotiau, *L'arbitrabilité*, RCADI 2002, t. 296, p. 25 et s. ; P. Ancel, J.- Cl., proc. civ., Fasc. 1024 : *Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litiges arbitrables* ; P. Level, « L'arbitrabilité », Rev. arb., 1992, p. 213 et s. ; J.-B. Racine, *thèse préc.*, p. 25 et s.

<sup>82</sup> J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 35, p. 25.

<sup>83</sup> A. Bucher, *Le nouvel arbitrage international suisse*, Bâle, Helbing und Lichtenhahn, 1988, p. 37.

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

<sup>85</sup> L'appréciation de la validité des clauses est, aujourd'hui, dominée par le « principe d'autonomie » ou d'indépendance par rapport au contrat principal dans lequel elle s'insère. Affirmé dès 1963 par la Cour de cassation française (V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7

protection de l'intérêt général<sup>86</sup>, qui vient s'ajouter à une vérification nécessaire de l'existence du consentement des parties<sup>87</sup>, destinée à assurer la protection des intérêts particuliers.

Ce faisant, elle peut se poser soit directement devant l'arbitre lorsqu'il appréciera la validité de la convention en vertu du principe *compétence-compétence*<sup>88</sup>, soit devant des juridictions françaises, en application de la *lex fori*. Dans ce dernier cas, elle peut être soulevée pour contester la validité ou les effets de l'accord arbitral à l'occasion d'un déclinatoire de compétence<sup>89</sup>, ou être analysée dans le cadre d'une demande d'annulation ou d'exécution de la sentence<sup>90</sup>. Un litige non arbitral devrait ainsi conduire l'arbitre à se dessaisir et à ce que la juridiction étatique saisie refuse de donner effet à la clause, prononce son annulation ou refuse de la reconnaître. Dans ce cadre, la question de l'incidence que pourraient exercer des lois de police du for qui seraient applicables sur la possibilité d'avoir recours à l'arbitrage met en cause la question de l'arbitrabilité objective<sup>91</sup>, c'est-à-dire celle de savoir si le litige concerné est susceptible d'être soumis à la connaissance d'un arbitre au regard de la matière qu'il met en cause. À cet égard, la présence de lois de police n'est prévue comme cause d'inarbitrabilité ni par les conventions internationales, ni par les droits nationaux, et aucun des critères de l'arbitrabilité dégagés<sup>92</sup> n'y fait expressément référence.

---

mai 1963, *Ets. Gosset c/ Capelli*, Rev. arb. 1963, p. 60 ; RCDIP 1963, p. 615, note Motulsky ; JCP G 1963. II. 13405, note B. Goldman ; Clunet 1964, p. 83, 1<sup>re</sup> esp., note J.-D. Bredin ; Dalloz 1963, p. 545, note J. Robert, et depuis, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, Dalloz 2004, p. 2458, note, I. Najjar ; Dalloz 2005, p. 3050, note, T. Clay ; RTD com. 2004, p. 447, note E. Loquin), il est aujourd'hui formellement consacré dans l'art. 1447 du CPC (par renvoi de l'art. 1506 CPC), depuis la réforme du 13 janvier 2011. Il conduit à ce que la validité de la clause compromissoire ou du compromis soit appréciée indépendamment de celle du contrat principal et permet de soumettre la convention d'arbitrage à un droit distinct de celui appliqué au contrat de fond. V. sur ce principe, not. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat-Montchrestien, 2013, arbitrage interne : n° 74 et s. ; arbitrage international : n° 601 et s.

<sup>86</sup> En ce sens, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *ouvrage préc.*, n° 532, p. 329.

<sup>87</sup> Cette question fait alors intervenir les questions de capacité et de pouvoir des parties à compromettre valablement. V. sur celles-ci, Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *ouvrage préc.*, n° 452-531, p. 261-328.

<sup>88</sup> Sur lequel, v. not., Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *ouvrage préc.*, n° 650 et s., p. 409 et s. ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 663 et s.

<sup>89</sup> Le contrôle du juge étatique sera néanmoins assez restreint, dès lors qu'il est limité aux hypothèses où le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et à ce qui est « manifestement nul ». V. art. 1448 du CPC (ancien art. 1458 CPC). V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, Rev. arb. 2008, p. 69, note E. Loquin, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 février 2011 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 2011 ; Cass. Com., 23 avril 2013, RTD civ. 2013, p. 605, obs. Barbier ; RTD com. 2014, p. 453, obs. Delebecque ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 2014, RCDIP 2015, p. 413, note S. Clavel.

<sup>90</sup> Il en est ainsi sur le fondement des art. 1514, 1518 et 1520 CPC.

<sup>91</sup> Une autre question est celle de l'arbitrabilité « subjective » ou *rationae personae*, qui est susceptible d'empêcher certaines personnes, en raison de leur « nature » ou de leur mission, d'avoir recours à l'arbitrage. La problématique qui est apparue quant à la place à accorder à l'ordre public du for dans le cadre de l'arbitrabilité subjective n'a été que celle de la transposition des restrictions posées en droit interne au niveau international, et a donc porté sur l'intégration de ces prohibitions dans la sphère de l'ordre public international applicable en matière de compétence. Cette solution a été, d'ailleurs, rejetée. V. not. CA Paris, 10 avril 1957, *Myrtoon Steamship*, JCP, 1957. II. 10078, note Motulsky ; Clunet 1958, p. 1002, note B. Goldman ; RCDIP 1958, p. 120, note Y. Loussouarn ; Dalloz 1958, p. 699, obs. J. Robert ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 avril 1964, *San Carlo*, JCP, 1965. II. 14406, note P. Level ; Clunet 1965, p. 646, note B. Goldman ; RCDIP 1966, p. 68, note H. Batiffol ; Dalloz 1964, p. 637, note J. Robert ; Rev. arb., 1964, p. 82 ; reprise sous l'angle du raisonnement en termes de règles matérielles, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 1966, *Galakis*, RCDIP 1967, p. 533, note Goldman ; Clunet 1966, p. 648, note Level ; Dalloz 2966, p. 575, note Robert ; JCP G 1966. II. 14798, note Ligneau ; CA Paris, 13 novembre 2008, *INSERM*, Dalloz 2009, Pan. 2384, obs. S. Bollée ; Rev. arb., 2009, p. 389, note M. Audit.

<sup>92</sup> V. pour une étude d'ensemble des différents critères utilisés en droit comparé, J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 39 et s., p. 28 et s. ; B. Hanotiau, *cours préc.*, n° 111 et s., p. 95 et s.

25. En droit français, l'article 2059 du Code civil prévoit que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». Il est complété par l'article 2060 du Code civil, qui énonce que « l'on ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps [...], et plus généralement dans toutes matières qui intéressent l'ordre public »<sup>93</sup>. Il est généralement considéré<sup>94</sup>, en droit interne, que l'article 2059 du Code civil consacrerait une inarbitrabilité de principe des litiges relevant des matières mettant en cause des droits indisponibles, et que l'article 2060 le compléterait en procédant à l'énumération de certaines de ces matières<sup>95</sup> et en faisant référence aux « matières qui intéressent l'ordre public »<sup>96</sup>. En droit international, la question s'est posée de savoir si, en dehors de ces hypothèses intégralement soustraites à l'arbitrage, la référence faite à « l'ordre public » impliquerait ou pourrait justifier l'exclusion systématique des matières mettant en cause l'ordre public substantiel, ou si elle pourrait fonder des exclusions ponctuelles de certaines hypothèses, dans lesquelles des lois de police françaises seraient applicables au fond du litige.

26. Ces dispositions devraient pouvoir intervenir dans le cadre de la mise en œuvre de la règle matérielle progressivement dégagée pour la question de l'arbitrabilité des litiges internationaux par les tribunaux français<sup>97</sup> et entérinée dans l'arrêt *Dalico*<sup>98</sup>. La solution

---

<sup>93</sup> L'art. 2061, issu de la réforme opérée par la loi NRE du 15 mai 2001, prévoit également que : « Sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle. » Son application dans l'arbitrage international a cependant été assez rapidement écartée par les juridictions françaises. V. en particulier, Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 5 janvier 1999, *M. Zanzi c/ J. de Coninck et autres*, Rev. arb., 1999, p. 260, note P. Fouchard ; RTD com. 1999, p. 380, obs. E. Loquin ; RCDIP 1999, p. 546, note D. Bureau ; Clunet 1999, p. 784, note S. Poillot-Peruzzetto.

<sup>94</sup> V. sur les difficultés que présente la détermination de la solution effectivement consacrée, not. J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 68 et s., p. 41 et s.

<sup>95</sup> V. considérant que l'art. 2059 suffirait en réalité à définir l'arbitrabilité en droit français, J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 68 et s., p. 41 et s.

<sup>96</sup> V. en ce sens, J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 71, p. 43 ; Ch. Jarrosson, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », Rev. juris. com., 1996, p. 1 et s., spéc., n° 11, p. 3, qui considère que « la notion de libre disponibilité des droits, et son antonyme, la notion d'indisponibilité, sont les traits d'union qui relient l'arbitrabilité à l'ordre public. On ne peut faire l'économie du passage par l'ordre public. La raison en est vraisemblablement que la notion de libre disponibilité des droits n'est pas autonome, mais dépendante de celle d'ordre public ».

<sup>97</sup> La consécration de cette solution, amorcée par la Cour de cassation, dans l'arrêt *Hecht* rendu en 1972 (Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 4 juillet 1972, *Hecht c/ Sté Buisnians*, RCDIP 1974, p. 82, note Level ; Clunet 1972, p. 843, note Oppetit ; RTD com. 1973, p. 419, note Loussouarn ; Rev. arb. 1974, p. 67 et 89, note Francescakis ; RCDIP 1974, p. 82, note P. Level), fut largement confirmée par la suite (CA Paris, 13 décembre 1975, *Menicucci*, Clunet 1977, p. 107, note E. Loquin ; Rev. arb., 1977, p. 147, note Ph. Fouchard ; RCDIP 1976, p. 506, note B. Oppetit ; CA Paris, 17 décembre 1991, *Gatoil c/ NIOC*, Rev. arb., 1993, p. 281, note H. Synvet).

<sup>98</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb c/ Sté Dalico*, Clunet 1994, p. 432, note E. Gaillard et p. 690, note E. Loquin ; Rev. arb. 1994, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; RCDIP 1994, p. 663, note P. Mayer ; RTD com. 1994, p. 254, note E. Loquin ; RTD com. 1994, p. 254, obs. J.-C. Dubarry et E. Loquin ; P.A. 8 février 1995, concl. Le Foyer de Costil. La Cour déclara qu'« en vertu d'une règle matérielle du droit international de l'arbitrage, la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s'apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l'ordre public international, d'après la commune volonté des parties, sans qu'il soit nécessaire de se référer à une loi étatique ». La solution apparaît aujourd'hui solidement ancrée en droit français. V. not. depuis la jurisprudence *Dalico*, CA Paris, 24 février 1994, *Ministère Tunisien de l'Équipement c. Sté Bec Frères*, Rev. arb., 1995, p. 275, note Y. Gaudemet ; RTD com. 1994, p. 254, obs. Dubarry et E.

consacrée conduit à abandonner totalement la méthode des conflits de lois pour apprécier la validité des conventions d'arbitrage et à établir leur licéité de principe, déduite de la seule volonté des parties. Bien que limitant à l'extrême l'incidence des « contingences nationales »<sup>99</sup>, le système réserve en effet la mise en cause éventuelle des *règles impératives du droit français* et de l'ordre public international<sup>100</sup>. C'est donc sur l'un ou l'autre de ces fondements<sup>101</sup> que devraient pouvoir être prises en compte les lois de police applicables, dès lors qu'ils déterminent « le minimum et le maximum du libéralisme dont peut faire preuve le droit français à l'égard d'une convention d'arbitrage internationale »<sup>102</sup>. Dans ce cadre, pourtant, toute incidence des lois de police au moins potentiellement applicables au fond du litige semble avoir été écartée par les juridictions françaises.

## **B) Déconnexion de l'arbitrabilité de la question des lois de police**

**27.** L'absence d'incidence des lois de police sur la question de l'arbitrabilité des litiges a été progressivement admise (A). Cette solution a été consacrée dans un contexte plus général, favorable au recours à l'arbitrage (B).

### 1- Indifférence progressive vis-à-vis des lois de police applicables

**28.** Alors que les juridictions françaises avaient initialement exprimé une certaine réticence vis-à-vis du recours à l'arbitrage en présence d'une loi de police du for applicable au fond du litige (a), l'arbitrabilité des litiges mettant en cause des réglementations internationalement impératives est aujourd'hui par principe admise (b).

#### a) Réticences anciennes à l'égard de la justice arbitrale

---

Loquin ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2009, *Soerni*, Dalloz 2009, p. 1957, obs. X. Delpéch ; Dalloz 2009, p. 2384, note L. d'Avout et S. Bollée, qui critiquent la méthode des règles matérielles employée sans critiquer la solution ici retenue sur le fond ; RCDIP 2008, p. 779, note F. Jault-Seseke ; Dalloz 2009, p. 2959, note T. Clay.

<sup>99</sup> T. Clay, « Arbitrage et modes alternatifs de règlement des litiges », Dalloz 2009, p. 2959 et s.

<sup>100</sup> V. d'ailleurs, critiquant cette solution, et déclarant que « jauger systématiquement les sentences étrangères selon les normes françaises est une méthode par trop sommaire », P. Mayer, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb c/ Sté Dalico*, RCDIP 1994, p. 663 et s., spéc., p. 671.

<sup>101</sup> V. sur la détermination du contenu de ces notions, not., H. Synvet, note sous CA Paris, 17 décembre 1991, *Gatoil c/ NIOC*, Rev. arb., 1993, p. 281, n° 12, spéc. p. 294 ; J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 335 et s., p. 192 et s. ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *ouvrage préc.*, n° 441, p. 249, qui déclarent que ces réserves sont relatives « aux conceptions matérielles que l'ordre juridique français retient des exigences fondamentales de justice applicables aux situations à caractère international ».

<sup>102</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *ouvrage préc.*, n° 450, p. 258, et en ce sens, également, J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 332, p. 190.

29. La question de la mise en œuvre des règles d'ordre public international par l'arbitre et celle des limites à apporter à la possibilité de substituer une juridiction arbitrale à la juridiction étatique ont longtemps été confondues en droit français. La mise en cause d'une loi de police au fond du litige apparaissait comme une limite absolue à l'arbitrabilité, parce qu'il était considéré que seule une autorité publique était en mesure d'assurer la mise en œuvre des dispositions de cette nature, alors que l'arbitre en était incapable et y était même hostile. L'arbitrage était ainsi vu comme un moyen de soustraire les litiges de l'emprise des dispositions impératives de l'ordre juridique du for<sup>103</sup>. Pour cette raison, il a longtemps été admis, en droit français, que tout litige mettant en cause une réglementation d'ordre public devait être considéré comme inarbitrable sur le fondement de l'article 2060 du Code civil.

Cette solution, initialement retenue pour l'arbitrage interne<sup>104</sup>, fut également transposée en droit international. Dans un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Orléans, les juridictions françaises déclarèrent : « Le litige concerne l'ordre public et le compromis est nul chaque fois que la solution de l'arbitrage suppose l'interprétation et l'application d'une règle d'ordre public. »<sup>105</sup> La seule nécessité d'appliquer et d'interpréter des dispositions d'ordre public pour trancher le différend suffisait donc, sous cet angle, à induire l'inarbitrabilité du litige, indépendamment de sa nature ou de l'impact de la loi de police mise en cause sur sa résolution.

Une telle méfiance à l'égard de l'arbitrage avait pu également être éprouvée au niveau européen<sup>106</sup> et en droit comparé. Elle s'est traduite, dans certains États étrangers, par la mise en œuvre d'un mécanisme d'arbitrabilité conditionnée, sous la forme d'un système conduisant à faire dépendre l'efficacité de la clause compromissoire d'une vérification préalable que l'arbitre appliquerait bien la loi de police du for<sup>107</sup>. Il en fut ainsi, notamment, aux États-Unis, concernant les litiges mettant en cause le droit *antitrust* américain d'ordre public. La position retenue par la Cour d'appel du premier circuit dans l'arrêt *Mitsubishi*<sup>108</sup> faisait ressortir la méfiance éprouvée vis-à-vis des arbitres quant à l'application de ces dispositions. Elle

---

<sup>103</sup> V. Y. Derains, *art. préc.* Clunet 1993, p. 829 et s., spéc., p. 846.

<sup>104</sup> V. not. Cass. Req., 7 novembre 1865, Dalloz 1866, p. 204 ; 6 juillet 1899, Sirey 1901. 1. 357 ; Dalloz 1899, p. 50 ; CA Paris, 9 février 1954, Dalloz 1954, p. 192.

<sup>105</sup> CA Orléans, 15 mai 1961, RCDIP 1961, p. 778, note E. Mezger ; Clunet 1962, p. 140, note B. Goldman.

<sup>106</sup> La Commission européenne semble, en effet, avoir longtemps vu d'un mauvais œil le recours à l'arbitrage dans le cadre du droit européen de la concurrence, en imposant en particulier que les sentences rendues dans ce cadre lui soient automatiquement notifiées. V. sur ce point, not. R. Kovar, « Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », in *Études offertes à B. Goldman*, 1982, p. 109 ; X. de Mello, « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. arb.*, 1982, p. 349.

<sup>107</sup> V. not., l'arrêt du *Bundesgerichtshof* allemand du 15 juin 1987, *Yearbook* 1994, p. 653. La Cour suprême a estimé qu'un contrat soumis à la loi américaine de l'État de New York et qui violait la réglementation d'ordre public allemande sur le contrôle des changes ne pouvait être examiné par un arbitre en dehors du territoire allemand dès lors que l'arbitre appliquerait probablement le droit new-yorkais. V. également, en matière de concession de vente exclusive, en droit belge, Cour Cass., 28 juin 1979, *Audi-NSU Auto Union A. G. c/ SA Adelin Petit & Cie*, RCJP 1981, p. 332, note Van der Elst ; *Yearbook* 1980, p. 257.

<sup>108</sup> U.S. Court of Appeals, 1<sup>st</sup> Circ., 20 décembre 1983, *Yearbook* 1985, p. 519.

considéra le litige inarbitrable du fait de l'impossibilité dans laquelle se trouverait l'arbitre d'appliquer correctement la législation d'ordre public et parce qu'il existait une forte probabilité que celui-ci fasse prévaloir les intérêts des parties sur les intérêts américains mis en cause<sup>109</sup>.

**30.** La solution consistant à reconnaître l'inarbitrabilité du litige du seul fait de la mise en cause de dispositions d'ordre public fut néanmoins progressivement adoucie en France, grâce à une distinction opérée selon que les règles impératives applicables faisaient ou non l'objet d'une violation. Les litiges étaient ainsi considérés comme arbitrables même dans des hypothèses où ils mettaient en cause l'applicabilité de lois de police françaises, mais ne pouvaient être tranchés par l'arbitre lorsque celles-ci avaient été effectivement méconnues par les parties. Celui-ci pouvait donc effectuer un examen *prima facie* de la licéité du contrat par rapport aux dispositions impératives concernées, mais ne pouvait les mettre en œuvre. L'inarbitrabilité du litige était alors déduite de l'illégalité que présentait le contrat au regard de ces dispositions et rendait l'arbitre incompétent<sup>110</sup>.

En droit interne français, l'évolution de la jurisprudence en ce sens fut amorcée par l'arrêt *Tissot* rendu par la Cour de cassation le 29 novembre 1950<sup>111</sup> et fut confirmée par la suite<sup>112</sup>. Cette solution se justifiait, aux yeux des juridictions françaises, parce que « le caractère contractuel et privé de l'arbitrage interdit à la juridiction arbitrale, [...], dans les matières régies par des dispositions impératives, de sanctionner une violation de l'ordre public, une telle prérogative appartenant aux seuls tribunaux de l'État »<sup>113</sup>.

Cette position fut également adoptée au plan international. La Cour d'appel de Paris a ainsi pu déclarer que « si le compromis est interdit sur toute clause intéressant l'ordre public,

<sup>109</sup> La Cour reprenait, à cet égard, une solution déjà antérieurement consacrée en droit américain de la concurrence. V. not. U.S. Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circ., *American Safety Equipment Corp. v. McGuire & Co.*, 381 F. 2d 821 (1968).

<sup>110</sup> V. P. Mayer, « Le contrat illicite », *Rev. arb.*, 1984, p. 205 et s. ; J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 202 et s.

<sup>111</sup> Cass. Com., 29 novembre 1950, *Tissot c/ Neff*, *Dalloz* 1951, p. 170 ; *JCP* 1951. IV. 5, S. 1951, I, 120, note J. Robert ; *RTD civ.* 1951, p. 106, obs. P. Hébraud ; *RTD com.* 1951, p. 275, obs. Boitard. La Cour reconnut que la simple existence d'une réglementation d'ordre public applicable au litige - en l'occurrence celle relative au prix de l'orge - ne suffisait pas, en elle-même, à entraîner la nullité du compromis, mais lia en revanche la nullité de la convention d'arbitrage à l'existence d'une violation de l'ordre public dans le contrat principal et en déduisit que l'illicéité de celui-ci était une cause d'inarbitrabilité.

<sup>112</sup> V. not. CA Paris, 15 juin 1956 (2 arrêts), *Soc. Sigma c. Bezar* et *Soc. Totaliment C. Comptoir du Pays Bas normand*, *Dalloz* 1957, p. 587, note J. Robert ; S. 1956. 24 ; *JCP*. 1956. II. 9419, note H. Motulsky ; *Rev. arb.* 1956, p. 97 ; *Gaz. Pal.* 1956. II. 123. Et v. déjà, antérieurement, Cass. Soc., 30 décembre 1954, *Dalloz* 1955, p. 321, note Désiry, *Rev. arb.*, 1955, p. 96. La Cour déclare que la règle selon laquelle le compromis est interdit sur toute cause intéressant l'ordre public « ne signifie pas et n'a jamais signifié que tout litige relatif à une opération soumise à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouverait de ce fait soustrait à tout arbitrage ; qu'elle n'a qu'une portée beaucoup plus restreinte et n'emporte nullité du compromis que si l'opération ou la convention litigieuse à laquelle il a trait, se trouve être illicite et frappée d'invalidité comme ayant effectivement contrevenu à un règlement d'ordre public ; [...] la nullité du compromis ne découle pas de ce que le litige touche à des questions d'ordre public, mais uniquement du fait que l'ordre public a été violé ».

<sup>113</sup> CA Paris, 20 janvier 1989, *Société Phocéenne de Dépôt (SPD) c/ Société Dépôts pétroliers de Fos (D.P.E.)*, *Rev. arb.*, 1989, p. 220, 2<sup>e</sup> esp., obs. L. Idot.

cette règle ne signifie pas que tout litige relatif à certains égards à une réglementation présentant un caractère d'ordre public se trouve de ce fait soustrait à l'arbitrage »<sup>114</sup>. S'attachant à l'objet de la demande formulée<sup>115</sup>, la Cour considéra que celle-ci n'était pas contraire à l'ordre public parce qu'elle n'avait pas directement pour objet l'exécution d'un contrat dont l'exécution heurterait l'ordre public et pouvait donc être soumise à l'arbitre. La même solution a également été reprise par la Cour de cassation dans les arrêts *Impex*<sup>116</sup>. Il fut admis que les arbitres pouvaient statuer sur des litiges intéressant l'ordre public, dans la mesure où ils ne portaient pas sur la validité d'un contrat contraire à l'ordre public mais seulement sur l'inexécution et les conséquences de la nullité de celui-ci, et qu'ils n'impliquaient pas, pour cette raison, la mise en œuvre d'une règle impérative d'ordre public<sup>117</sup>.

La solution consacrée<sup>118</sup> conduisait dès lors à fonder le critère de l'arbitrabilité non pas sur la mise en cause de l'ordre public et l'applicabilité des lois de police mais sur sa violation. C'est en effet l'existence conjointe de la violation de l'ordre public par le contrat principal et la contrariété de l'objet du litige à cet ordre public qui apparaissaient comme une cause d'incompétence de l'arbitre. Cette solution niait le principe d'autonomie de la convention d'arbitrage et paraissait, d'un point de vue technique, peu satisfaisante<sup>119</sup>. Elle fut finalement écartée au profit d'une reconnaissance pleine et entière de la compétence de l'arbitre pour appliquer les lois de police, conduisant corrélativement à admettre de manière générale que l'applicabilité des lois de police étatiques n'empêchait pas la reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges.

---

<sup>114</sup> CA Paris, 21 février 1964, *Meulemans*, Clunet 1965, p. 113, note B. Goldman ; Rev. arb., 1964, p. 55 ; RCDIP 1964, p. 543, note E. Mezger ; Clunet 1965, p. 113, note B. Goldman ; Gaz. Pal., 1964. II. 226, concl. Mazet, maintenu par Cass. Com., 15 juin 1967, Clunet 1968, p. 929, note B. Goldman.

<sup>115</sup> La Cour releva que « la société Meulemans n'a pas demandé au tribunal arbitral d'obliger Robert à livrer l'orge vendu, et le tribunal n'a pas prononcé une telle condamnation, qui, si l'on envisage son exécution, aurait pu apparaître comme une atteinte à la réglementation d'ordre public du commerce des céréales en France ; qu'il s'est borné à constater l'inexécution fautive de ses obligations par Robert, et à condamner celui-ci à réparer le préjudice en résultant ».

<sup>116</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 1971, *Impex*, RCDIP 1972, p. 124 (2 arrêts), note Mezger ; Clunet 1972, p. 62, 3 arrêts, note B. Oppetit ; Dalloz 1972, p. 37, 2 arrêts, note D. Alexandre ; Rec. gen. des lois 1972, p. 177, note Boyer ; et la chronique de M. Edelman ; JCP G 1972.I.2487 ; Rev. arb., 1972, p. 2 (2 arrêts), note Ph. Kahn.

<sup>117</sup> V. également, CA Colmar, 29 novembre 1968, *Sté Impex c. Sté Paz et autres* (JCP. 1970. II. 16246, note B. Oppetit et Level), où la Cour avait déclaré que « la nullité du contrat tenant à des motifs d'ordre public donnant elle-même naissance, pour le règlement des conséquences de cette nullité, à des litiges quant aux restitutions et dommages-intérêts sur lesquels il n'est pas interdit aux parties de compromettre, la responsabilité de l'une ou de l'autre, dans la conclusion du contrat nul, en cas d'inexécution, ne met en œuvre aucune règle impérative d'ordre public... qu'il est admis par la doctrine que c'est effectivement dans la seule considération de l'objet du litige, que se manifestera ou non l'influence de l'ordre public pour autoriser ou interdire l'arbitrage au niveau de la validité du compromis ».

<sup>118</sup> Une telle solution a d'ailleurs pu parfois être consacrée par les arbitres eux-mêmes. V. not. sent., 16 mars 1964, Rev. arb., 1964, p. 131 ; Sent. CCI, n° 6101 (1988) ; Sent. CCI, n° 1110 (1993), Arb. Int., 1994, p. 282.

<sup>119</sup> V. not. sur ces critiques, P. Hébraud, note sous Cass. Com., 29 novembre 1950, *Tissot c/ Neff*, RTD civ., 1951, p. 108 ; P. Mayer, « Le contrat illicite », Rev. arb., 1984, spéc., p. 212-213 ; R. Kovar, « Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », in *Études offertes à B. Goldman*, 1982, p. 112 ; Ch. Jarrosson et L. Idot, Rép. dr. Communautaire Dalloz, V° Arbitrage, n° 20 ; et sur ces critiques, J.-B. Racine, thèse préc., n° 208 et s., p. 124 et s.



## b) Reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause des lois de police

**31.** Il est aujourd'hui admis que l'applicabilité d'une loi de police du for au fond du litige ne fait pas obstacle à la validité des conventions d'arbitrage et, partant, à la possibilité pour les parties de porter leur différend à la connaissance d'un arbitre. La reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause une réglementation impérative fut progressivement consacrée comme solution de principe, non seulement en France, mais aussi dans les droits étrangers<sup>120</sup>. Dans ce cadre, l'évolution libérale qu'ont connue les droits étatiques s'est en particulier cristallisée dans les solutions consacrées en matière de droit de la concurrence<sup>121</sup>. Appartenant « au noyau dur du droit économique en ce qu'il manifeste les rapports entre le phénomène de concentration et l'intervention de l'État dans la vie économique »<sup>122</sup>, il revêt incontestablement un caractère d'ordre public et a été placé au cœur des débats relatifs à l'arbitrabilité des lois de police étatiques.

**32.** Aux États-Unis, si l'influence de la volonté individuelle sur la compétence juridictionnelle a été plus difficile à admettre qu'en Europe, la position libérale consacrée « a connu une évolution accélérée qui la place au centre de la réflexion sur les rapports entre la volonté privée et les impérativités étatiques »<sup>123</sup>. La reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause les lois de police, déjà antérieurement amorcée<sup>124</sup>, fut définitivement entérinée dans l'arrêt *Mitsubishi*<sup>125</sup>. Reprenant la position libérale retenue antérieurement à propos des clauses attributives de juridictions<sup>126</sup>, la Cour suprême admit, par une formulation générale, l'arbitrabilité de principe des litiges mettant en cause le droit *antitrust* issu du *Sherman Act*, en s'appuyant sur l'intérêt de l'arbitrage pour le développement du commerce international<sup>127</sup>. Elle reconnut ainsi la capacité des arbitres à appliquer les dispositions d'ordre

---

<sup>120</sup> V. sur cette évolution en droit comparé, notamment, B. Hanotiau, « L'arbitrabilité et la favor arbitrandum : un réexamen », *Clunet* 1994, p. 899 ; Ph. Fouchard, E. Gaillard, B. Goldman, *op. cit.*, n° 559 et s., p. 345 et s.

<sup>121</sup> V. not. Ch. Jarrosson et L. Idot, *Rép. dr. comm. V° Arbitrage* ; R. Kovar, *art. préc.*, p. 109 et s. ; J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 163-187, p. 98-112.

<sup>122</sup> J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 163, p. 98.

<sup>123</sup> H. Muir Watt, *cours préc.*, n° 100, p. 147.

<sup>124</sup> V. not. *Fritz Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 US 506 (1974), 94 S. Ct. 2249 ; *Yearbook* 1976, p. 203 ; *Rev. arb.*, 1975, p. 213, note H. Gaudemet-Tallon et D. Tallon ; *RCDIP* 1975, p. 643, note H. et D. Tallon. V. également, not. *Shearson American Express v. MacMahon*, 482 US 220 (1987) ; *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.* 490 US. 477 (1989), *Yearbook*, 1990, p. 141 ; *Rev. arb.*, 1989, p. 735, note T. E. Carbonneau.

<sup>125</sup> *Mitsubishi Motors, Corp. v. Soler Chrysler Plymouth Inc.* 473 U.S. 614 (1985) ; *Yearbook*, 1986, p. 555 ; *Rev. arb.* 1986, p. 273, et sur l'arrêt, not., J. Robert, « Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt *Mitsubishi* contre *Soler* », *Rev. arb.*, 1986, p. 173.

<sup>126</sup> V. sur ce point, *infra*, n° 52.

<sup>127</sup> La Cour énonça que « concerns of international comity, respect for the capacities of foreign and transnational tribunals, and sensitivity to the needs of the international commercial system for predictability in the resolution of disputes require that we enforce the parties' agreement, even assuming that the contrary result would be forthcoming in a domestic context ».

public du droit de la concurrence<sup>128</sup>, et la présomption d'une équivalence entre les juridictions étatiques et arbitrales sur ce point.

Cette solution n'était cependant pas admise sans condition mais dépendait de la mise en œuvre d'un *second look*, qui permettrait de sanctionner la violation des règles d'ordre public *a posteriori*, dans le cadre du contentieux de l'annulation ou de l'*exequatur*. La Cour précisa, en note de l'arrêt, que « dans le cas où les clauses de choix du juge et de la loi opéreraient ensemble comme une renonciation de l'une des parties à son droit d'obtenir le bénéfice des remèdes prévus en cas de violation de la loi antitrust, nous n'aurions guère d'hésitation à condamner leur accord comme étant contraire à l'ordre public »<sup>129</sup>. L'arrêt reconnaît ainsi très clairement la possibilité, pour le juge américain, de refuser la reconnaissance et l'exécution de la sentence en cas de non-respect avéré des finalités de la loi *antitrust* par l'arbitre. Il semble condamner l'habileté des parties qui, par la combinaison d'une clause d'arbitrage et d'une clause d'élection de droit, viseraient à contourner l'application du droit *antitrust* américain. Cette solution fut par la suite reprise par les juridictions américaines<sup>130</sup>, et même assouplie.

**33.** En France, la reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges relevant du droit de la concurrence s'est inscrite dans le cadre plus général de l'évolution libérale qui a conduit les juridictions à admettre de plus en plus largement la possibilité de soumettre à l'arbitrage les litiges mettant en cause une réglementation d'ordre public. Cette évolution s'est traduite, en définitive, par la consécration d'un système *dualiste*, marqué par une distinction entre les litiges relatifs à « des matières intéressant l'ordre public » au sens de l'article 2060 du Code civil, expressément réservés à la compétence exclusive des tribunaux français, et ceux dans lesquels l'ordre public n'intervient que ponctuellement par le biais de lois de police applicables, désormais considérés comme étant par principe arbitrables. La solution est exprimée d'une manière particulièrement nette dans l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 29 mars 1991, dans l'affaire *Ganz*<sup>131</sup>. La Cour déclara qu'« en matière internationale, l'arbitre [...] dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de [l'] ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle [...] » et que, « hors les cas

---

<sup>128</sup> En l'espèce, il était admis que l'arbitre ferait application du droit fédéral américain de la concurrence. Celui-ci se voit en effet reconnaître la capacité d'allouer des dommages triples, considérés comme étant de nature civile et donc de droit privé. V. antérieurement, invoquant le caractère de droit public de la législation, pour refuser l'arbitrabilité, U.S. Court of Appeals, 2<sup>nd</sup> Circ., *American Safety Equipment Corp. v. McGuire & Co*, préc.

<sup>129</sup> V. note 19 du jugement.

<sup>130</sup> V. par ex., *In Re Hops Antitrust Litigation*, 655 F. Supp. 169 (ED Mo. 1987) et *PPG Industries v. Pilkington*, 825 F. Supp. 1465 (D. Ariz. 1993).

<sup>131</sup> CA Paris, 29 mars 1991, *Ganz c. SNCF tunisiens*, Rev. arb., 1991, p. 478, note L. Idot.

où la non-arbitrabilité relève de la matière – en ce qu'elle intéresse au plus près l'ordre public international et exclut de manière absolue la compétence arbitrale du fait de la nullité de la convention d'arbitrage –, l'arbitre international [...] a le pouvoir de sanctionner les comportements contraires à la bonne foi qui doit présider aux relations entre partenaires du commerce international »<sup>132</sup>.

L'arbitrabilité des litiges mettant en cause des lois de police a ainsi été expressément reconnue par la Cour d'appel de Paris concernant le droit impératif de la concurrence – ici d'origine européenne – dans l'arrêt *Labinal*<sup>133</sup>. Écartant l'ancienne distinction établie au regard de l'objet de la demande<sup>134</sup>, la Cour admit la compétence pleine et entière de l'arbitre sans considération pour l'existence ou non d'une violation de la réglementation d'ordre public. Elle énonça que « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux », et conclut que les arbitres ont le pouvoir « de tirer les conséquences civiles d'un comportement jugé illicite au regard des règles d'ordre public pouvant être directement appliquées aux relations des parties en cause [...] ». L'arbitrabilité des litiges mettant en cause le droit impératif de la concurrence, d'origine nationale ou européenne<sup>135</sup>, a par la suite été très largement confirmée par la jurisprudence française<sup>136</sup>. Elle est aujourd'hui admise dans l'ensemble des États membres<sup>137</sup> et par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>138</sup>.

En dehors du droit de la concurrence, cette même solution s'est par la suite propagée, en France et à l'étranger, dans l'ensemble des matières jugées *sensibles* et mettant en cause

---

<sup>132</sup> À cet égard, la Cour reprenait d'ailleurs la solution dégagée antérieurement, notamment, dans l'arrêt CA Paris, 16 février 1989, *Almira Films c/ Pierrel*, Rev. arb. 1989, p. 711, note L. Idot, en matière de procédures collectives, qui avait relevé que « l'arbitrabilité d'un litige au regard de l'ordre public ne doit pas s'entendre de l'interdiction faite aux arbitres d'appliquer des dispositions impératives, mais seulement de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public ».

<sup>133</sup> CA Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal c/ Mors et Westland Aerospace*, Rev. arb., 1993, p. 645, note Ch. Jarosson ; Clunet 1993, p. 957, note L. Idot ; Dalloz 2007, chron. 2681 ; RTD com. 1993, p. 494, obs. E. Loquin.

<sup>134</sup> Sur cette solution, V. *supra*, n° 18.

<sup>135</sup> V. sur ce point, not. J. Robert, « De la place de l'arbitrage dans le jeu des traités instituant les communautés européennes », Rev. arb., 1994, p. 111 ; X. de Mello, « Arbitrage et droit communautaire », Rev. arb., 1982, p. 349.

<sup>136</sup> V. not. CA Paris, 14 octobre 1993, *Aplix c/ Velcro*, Rev. arb., 1994, p. 164, note Ch. Jarosson ; Europe, mars 1994, comm. n° 155, note L. I. V. ; CA Paris, 30 mars 1995, *Fabre et autre c. Espitalier et autres*, Rev. arb., 1996, p. 131, obs. J. Pellerin ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, *Société Doga*, Dalloz 2010, p. 1797, obs. X. Delpech, et 2884, note M. Audit et O. Cuperlier ; 2933, obs. T. Clay ; Rev. arb., 2010, p. 513, note R. Dupeyré ; JCP 2010, Actu 869 ; RCDIP 2010, p. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 octobre 2015, Dalloz 2015, obs. Th. Clay, p. 2588 ; Dalloz 2015, p. 2537, obs. N. Dissaux ; RTD civ. 2016, p. 118, note H. Barbier.

<sup>137</sup> V. not. consacrant cette solution en Italie, CA Bologne, 11 octobre 1990, *Coveme c. CFI*, Riv. dell' arbitro, 1993, 77, et au Royaume-Uni, voir, High Court, Commercial Division, 7 novembre 2005, *ET Plus SA v. Welter* [2005] EWHC 2115 (Comm).

<sup>138</sup> V. implicitement, CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, C-126/97, Rec. I-3055, *Eco Swiss China Time c. Benetton*, Rev. arb. 1999, p. 631, note L. Idot, Clunet 2000, p. 505, note C. Prieto, RTDcom. 2000, p. 340, obs. E. Loquin ; A. Rigozzi, « Arbitrage, ordre public et droit communautaire de la concurrence [ATF 13 nov. 1998 et CJCE 1<sup>er</sup> juin 1999] », Bull. ASA 1999, et considérant que « pour sa part, la Cour de justice de l'Union européenne semble également prendre pour acquise l'arbitrabilité du droit de la concurrence, comme le démontre le fait qu'elle n'a même pas soulevé la question dans les cas où elle a dû traiter les rapports de l'article 81 [anciennement 85] du traité », L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police*, RCADI 2005, t. 315, p. 312, n° 25.

des réglementations d'ordre public<sup>139</sup>. Elle apparaît aujourd'hui admise comme une solution de principe.

---

<sup>139</sup> V. sur les solutions consacrées en droit comparé, L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 28 et s., p. 314 et s.

**34.** Il en résulte que l'ordre public mis en cause à travers la réglementation applicable n'apparaît susceptible de faire obstacle à l'arbitrabilité des litiges qu'exceptionnellement, lorsqu'il innerve une matière dans son ensemble, alors qu'il reste sans incidence sur cette question lorsqu'il n'intervient que ponctuellement par le biais de la méthode des lois de police. En dehors de certaines hypothèses particulières<sup>140</sup>, la compétence de l'arbitre pour mettre en œuvre les lois de police étatiques apparaît dès lors toujours admise par principe. Il en est ainsi, par exemple, concernant les litiges mettant en cause le droit boursier et financier<sup>141</sup>, ceux relatifs à l'exploitation ou à la titularité des droits de propriété industrielle<sup>142</sup> ou ceux qui dérivent de l'ouverture d'une procédure collective<sup>143</sup>. Ne semblent donc plus maintenus que « quelques îlots d'inarbitrabilité au milieu d'un océan d'arbitrabilité »<sup>144</sup>. Les raisons d'une telle solution doivent, désormais, être identifiées.

## 2- Fondements de l'indifférence

**35.** La reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause des lois internationalement impératives s'est inscrite dans le cadre plus général de l'adoption d'une attitude de plus en plus libérale des juridictions étatiques envers le recours à l'arbitrage. Elle semble principalement trouver ses fondements dans une prise en compte croissante des intérêts que présente ce mode de règlement des différends pour le développement du commerce international (a), et repose sur l'idée que la saisine d'un arbitre n'induirait aucun risque pour le respect de ces dispositions (b).

---

<sup>140</sup> Il est admis, par ex., que l'arbitre ne peut pas prononcer des amendes ou des injonctions dans le cadre de la mise en œuvre de la réglementation d'ordre public en matière de droit de la concurrence. V. CA Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal c/ Mors et Westland Aerospace*, *préc.*

<sup>141</sup> V. aux États-Unis, not. *Fritz Scherk v. Alberto-Culver Co.*, *préc.*, et sur la question, not. X. Boucobza, « L'arbitrage en matière financière », *Droit et patrimoine*, juin 2002, p. 73 ; Ph. Leboulanger, « L'arbitrage des litiges relatifs aux opérations sur les marchés financiers », in, *Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Paris, 2000, p. 545 et s.

<sup>142</sup> V. not. CA Paris, 24 mars 1994, *Deko*, *Rev. arb.*, 1994, p. 515, note Ch. Jarrosson ; *Dalloz* 1996, som., p. 21, obs. J.-M. Mousseron et J. Schmidt-Szalewski. L'arbitrabilité a cependant pendant longtemps été considérée comme limitée aux hypothèses où la validité du brevet n'était pas en cause. L'arbitrabilité était donc admise concernant les questions relatives à la patrimonialité du brevet mais rejetée concernant la question de la validité du brevet. Il a finalement été admis que la question de validité d'un brevet pouvait être tranchée par voie d'arbitrage dès lors que la demande était faite de manière incidente à la demande principale. V. CA Paris, 28 février 2008, *Dalloz* 2008, p. 1325, note R. Meese ; *RTDcom*, 2008, p. 516, obs. E. Loquin ; *LPA* 2008, n° 199, note V.-L. Benadou ; *JCP E* 2008, p. 1325, note C. Caron ; *JCP* 2998. I. 164, §6, obs. J. Béguin ; *Rev. arb.*, 2008, n° 4, note T. Azzi. et sur cette question, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 654, p. 564 et s. ; et de manière générale, sur la question de l'arbitrabilité des litiges en la matière, J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 134-148, p. 78-88 ; B. Oppetit, « L'arbitrage en matière de brevet d'invention après la loi du 13 juillet 1978 », *Rev. arb.* 1979, p. 83.

<sup>143</sup> V. not. en France, CA Paris, 20 septembre 1995, *Sté Matra Hachette c. Reteitalia*, *Rev. arb.*, 1996, p. 87, note D. Cohen ; aux États-Unis, *In re Mor-Ben*, 73 *Bankr.* 644 (*Bankr.* 9<sup>th</sup> Cir. 1987) ; *Hopewell v. Gold Metal*, *Yearbook*, 2000, 1021 ; et v. pour une étude d'ensemble de la question, J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 188-197, p. 98-120.

<sup>144</sup> J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 36, p. 26.

### a) Prise en compte des exigences du commerce international

**36.** L'absence d'incidence exercée par les lois de police sur la possibilité reconnue aux parties de déroger à la compétence juridictionnelle du for au profit d'un autre semble apparaître comme « un aspect de la faveur quasi universelle pour l'arbitrage »<sup>145</sup> qui se dessine en droit positif. Cette faveur s'est concrétisée par l'essor extrêmement important qu'a connu ce mode de règlement des différends ces dernières années<sup>146</sup> et par son « institutionnalisation »<sup>147</sup> croissante. Sous cet angle, la solution s'expliquerait par l'importance attachée à la réalisation de certains objectifs et n'aurait « rien à voir avec les règles matérielles applicables »<sup>148</sup>.

En droit international privé contemporain, il est généralement admis que l'arbitrage contribue au développement du commerce international<sup>149</sup>, en particulier grâce à la place qu'il accorde à l'autonomie de la volonté. L'ouverture de l'arbitrabilité des litiges apparaît comme « le fruit de la déférence à l'autonomie privée dont l'importance, surtout dans les rapports internationaux, est de plus en plus reconnue, en cohérence par ailleurs avec les principes du libéralisme économique désormais très largement accepté [...] »<sup>150</sup>. La faveur faite à ce mode de règlement des différends s'inscrit alors plus généralement dans un contexte où la place accordée à la volonté individuelle au stade de la détermination de l'autorité compétente apparaît toujours plus grande<sup>151</sup>, compte tenu des avantages de prévisibilité et de sécurité juridique qui en découlent pour les parties et de ses répercussions sur le développement des échanges commerciaux.

D'un autre côté, l'intérêt que présente intrinsèquement le recours à la justice arbitrale<sup>152</sup> pour les opérateurs commerciaux est généralement mis en avant pour justifier la politique libérale adoptée. L'arbitrage permettrait de « répondre aux exigences des parties aux rapports internationaux, dont la satisfaction est essentielle pour promouvoir ces rapports »<sup>153</sup>. Cet intérêt économique de l'institution arbitrale<sup>154</sup> a d'ailleurs été rappelé à plusieurs reprises

---

<sup>145</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 33, p. 319.

<sup>146</sup> V. sur cette libéralisation de l'arbitrage, not. Ph. Fouchard, « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Ed. Frison-Roche, 1999, n° 14 et s., p. 386 et s.

<sup>147</sup> V. not. sur ce point, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 101 et s., p. 52 et s.

<sup>148</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 92, p. 389.

<sup>149</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 89 et s., p. 383 et s.

<sup>150</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 93, p. 392.

<sup>151</sup> V. sur cette faveur faite aux clauses de prorogation de for, de manière générale, en droit positif, *infra*, n° 43.

<sup>152</sup> Sur lesquels, V. not. Ch. Seraglini, *thèse préc.*, p. 37, n° 67.

<sup>153</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 92, p. 388.

<sup>154</sup> V. l'Acte final de la conférence d'Helsinki en 1975, qui énonce que « le commerce international est l'un des plus importants facteurs de la croissance économique et du progrès social », et qu'en conséquence, il convenait « de réduire ou d'éliminer progressivement toutes sortes d'obstacles au développement du commerce », au nombre desquels les litiges dont « le prompt et équitable règlement par l'arbitrage [...] contribuerait à étendre et faciliter le commerce ». V. le texte de la résolution, in *Yearbook 1976*, p. X.

par la jurisprudence américaine, qui a déclaré que les conventions d'arbitrage seraient « an indispensable condition to achievement of orderliness and predictability essential to any international business transaction »<sup>155</sup>. Il est en particulier invoqué que l'arbitrage présenterait notamment des avantages de confidentialité et de rapidité de la procédure susceptibles « de lever les barrières au développement des échanges internationaux »<sup>156</sup>, qu'il permettrait la désignation d'arbitres dotés de plus d'expertise que des juges étatiques, ou encore de désigner une personne parfaitement neutre<sup>157</sup>. À cela s'ajoute que, reposant à chaque étape de la procédure sur la volonté des parties, il leur assure une flexibilité quant aux règles qu'elles se verront appliquer et la possibilité de choisir celles qu'elles estiment les plus adaptées. Sous cet angle, l'arbitrage est vu comme un mode de résolution des contentieux alternatif à la justice étatique, qui pallierait certaines de ses insuffisances et permettrait de *décharger* les systèmes judiciaires étatiques<sup>158</sup>.

**37.** Dans ce cadre, il est considéré que la prise en compte des lois de police au stade de l'arbitrabilité du litige limiterait trop largement le recours à l'arbitrage et irait à l'encontre de la faveur qui lui est faite en droit contemporain. L'impossibilité devant laquelle se trouveraient les cocontractants d'évaluer de manière anticipée les dispositions étatiques impératives qui pourraient intervenir pour faire obstacle à l'efficacité de la convention d'arbitrage est également considérée comme étant « en contraste total avec les attentes des parties »<sup>159</sup> et susceptible de remettre en cause la confiance qu'elles pouvaient placer envers le recours à ce mode de résolution des différends. En définitive, le libéralisme adopté semble ainsi reposer sur l'idée qu'une incidence des lois de police pourrait compromettre le devenir de l'institution et que les avantages qu'elle présente pour la résolution des litiges du commerce international ne peuvent devenir concrets que dans la mesure où elle parvient à s'affranchir des contraintes étatiques.

---

<sup>155</sup> V. *Fritz Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 US 516 (1974), 94 S. Ct. 2249 ; RCDIP 1975, p. 643, note H. et D. Tallon, et dans le même sens, not., *Roby v. Corporation of Lloyd's*, préc.

<sup>156</sup> Ch. Seraglini, *thèse préc.*, p. 37, n° 67.

<sup>157</sup> V. sur ces avantages, L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 91, p. 385 et s.

<sup>158</sup> V. sur cet argument, L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 94, p. 393.

<sup>159</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 92, p. 389.

## b) Absence d'atteinte présumée pour le respect des lois de police

**38.** Le maintien du principe de l'arbitrabilité des litiges, même en présence de lois de police applicables au fond du litige, est généralement justifié par l'absence de nécessité qu'il y aurait de maintenir le contentieux dans l'ordre juridique du for pour assurer le respect de ces dispositions. La position retenue semble reposer sur la conviction qu'il n'y a aucune incompatibilité entre l'arbitrage et le respect des lois de police.

L'idée s'est en effet progressivement développée que les arbitres seraient en mesure d'appliquer les lois de police, parce qu'ils en auraient à la fois la capacité et la volonté. Il serait ainsi possible de présumer d'une *équivalence* entre la justice étatique et la justice arbitrale, laquelle serait un simple mode alternatif de résolution des différends n'influençant pas les règles matérielles applicables et permettant d'aboutir en pratique au même résultat. L'élargissement du domaine de l'arbitrabilité, malgré la mise en cause des lois de police du for, serait ainsi justifié parce qu'il n'existerait en parallèle qu'un risque très faible de violation des lois de police devant l'arbitre. La présomption qu'elles seront appliquées dans l'instance arbitrale apparaît en effet comme « la composante fondamentale de l'ouverture à l'arbitrabilité »<sup>160</sup>.

Corrélativement, il est généralement considéré que la reconnaissance croissante de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause les impérativités substantielles aurait procédé d'un *recentrage progressif* de l'analyse sur la question de l'office de l'arbitre à l'égard des lois de police. Elle aurait conduit parallèlement les États à investir les arbitres de la mission de les mettre en œuvre<sup>161</sup>. Ceux-ci n'en auraient pas seulement la possibilité, mais l'obligation, car la substitution des arbitres aux juges étatiques pour la mise en œuvre des lois de police ne serait tolérable que dans la mesure où elle n'impliquerait pas de sacrifier les intérêts généraux que le juge aurait protégés<sup>162</sup>.

**39.** Au-delà, la minimisation des risques induits par l'ouverture du for à l'arbitrage est également fondée sur l'idée que la non-application éventuelle des lois de police du for pourra, le cas échéant, être relevée et corrigée au stade du contentieux de l'*exequatur*. Un tel rétablissement *in extremis* de l'impérativité des lois de police se fonde ainsi sur la mise en

---

<sup>160</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 37, p. 324.

<sup>161</sup> V. sur ce point, J.-Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Paris, 1992, n° 313 et s., p. 318, et en ce sens, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 175, p. 85, et concernant les lois de police étatique en matière de droit de la concurrence, Y. Derains, « Rapport », in *Competition and arbitration law*, Publ. CCI, n° 480/3, 1993, p. 251 et s., spéc., n° 13 et s., p. 257.

<sup>162</sup> V. en ce sens, P. Mayer, « L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publ. CCI, n° 440/1, 1986, p. 31 et s., spéc., p. 49.



œuvre de la théorie du *second look*, dont il est présumé par avance l'efficacité suffisante<sup>163</sup>. Il est admis, en effet, que l'État qui accepte qu'un différend affectant ses intérêts économiques soit tranché ailleurs que devant ses propres juridictions se réserve en contrepartie la possibilité de contrôler leur respect et de sanctionner *a posteriori* la violation de ses dispositions impératives. Ce contrôle, qui fonderait l'obligation de l'arbitre de faire application des lois de police, est ainsi considéré à la fois comme la *justification* de la position libérale retenue vis-à-vis de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause des dispositions de cette nature, et comme le seul contrôle devant être effectué à cet égard<sup>164</sup>.

L'existence de cette vérification ultérieure, expressément réservée par les tribunaux américains<sup>165</sup>, est également fréquemment rappelée par les juridictions françaises sous la forme d'un « avertissement »<sup>166</sup> lancé aux arbitres. La Cour d'appel de Paris a par exemple rappelé à plusieurs reprises que l'application des lois de police françaises par l'arbitre devait se faire sous « le contrôle du juge de l'annulation »<sup>167</sup>, ce qui devrait, de manière générale, être compris comme englobant tout le contentieux de l'*exequatur*<sup>168</sup>.

**40.** Finalement, l'arbitrabilité des litiges mettant en cause des réglementations impératives semble reposer sur la mise en balance de la faiblesse du risque engendré par cette solution pour le respect des impérativités substantielles et de l'importance des avantages que présente

---

<sup>163</sup> V. par ex. CA Colmar, 29 novembre 1974, *Sté Impex c/ Sté Paz et autres*, JCP. 1970. II. 16246, note B. Oppetit et P. Level, confirmé par Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 1971, *Société Impex*, Clunet 1972, p. 62, 1<sup>re</sup> esp., note B. Oppetit ; RCDIP 1972, p. 174, 2<sup>e</sup> esp., note E. Mezger ; Rev. arb., 1972, p. 2, note Ph. Kahn ; Dalloz 1972, p. 37, 1<sup>re</sup> esp., note D. Alexandre, qui a déclaré que « de toutes manières [...], l'ordre public est suffisamment garanti par le contrôle des juridictions de droit commun qui sont appelées à examiner son incidence sur la validité du contrat principal ou de la clause compromissoire, à la suite d'une demande d'*exequatur* ».

<sup>164</sup> V. considérant que « l'arbitrabilité d'un litige n'est pas exclue du seul fait qu'une réglementation d'ordre public est applicable au rapport de droit litigieux [...], conformément à l'article 1502-5° du nouveau Code de procédure civile, l'ordre public international ne doit être pris en considération qu'au moment de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale », CA Versailles, 2 octobre 1989, *Société Grands Moulins de Strasbourg c/ Compagnie continentale France*, Rev. arb., 1990, p. 115, note L. Idot.

<sup>165</sup> V. *Mitsubishi Motors, Corp. v. Soler Chrysler Plymouth, Inc.* 473 US 614 (1985) ; *Yearbook* 1986, p. 555, spéc., n° 16, p. 562 ; Rev. arb. 1986, p. 273, spéc., p. 281 ; où, après avoir expressément rappelé l'importance du respect du droit *antitrust* d'ordre public, la Cour a déclaré que « having permitted the arbitration to go forward, the national courts of U.S. will have the opportunity at the award-enforcement stage to ensure that the legitimate interest in the enforcement of the antitrust laws has been addressed », et confirmé cette solution par la suite, not. *Vimar Seguros y Reaseguros, SA v. M/V Sky Reefer et al.*, 515 US 528 (1995), Rev. arb., 1996, p. 665, spéc., p. 670 et comm. J.-L. Goutal, p. 605, où la Cour a déclaré qu'il appartiendrait au juge de vérifier que les intérêts légitimes attachés à l'application de la loi avaient bien été pris en compte, à propos de l'interprétation américaine du *Carriage of Goods by Sea Act* (COGSA).

<sup>166</sup> L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », Clunet 1995, p. 321, spéc., n° 17, p. 329, à propos de l'arrêt *Mitsubishi*, et en ce sens, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 178, et s., p. 86 et s.

<sup>167</sup> V. not. CA Paris, 29 mars 1991, *Ganz, préc.*, dans lequel la Cour a déclaré qu'« en matière internationale, l'arbitre [...] dispose du pouvoir d'appliquer les principes et règles relevant de [l']ordre public, ainsi que de sanctionner leur méconnaissance éventuelle, sous le contrôle du juge de l'annulation ». V. également, CA Paris, 19 mai 1993, *Sté Labinal c/ Mors et Westland Aerospace* ; Aplix, CA Paris, 14 octobre 1994, *préc.* ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997, *Renault c/ Société V 2000 (Jaguar France)*, Rev. arb., 1997, p. 537, note E. Gaillard ; RCDIP 1998, p. 87, note V. Heuzé ; RTD com. 1998, p. 330, obs. Dubarry et E. Loquin ; obs. M.-C. Rivier, Rev. gen. proc. 1998, p. 156 et s. ; CA Paris, 7 décembre 1994, *Société V2000 c/ Société Project XJ220 ITD et autre*, Rev. arb., 1996, p. 245, note Ch. Jarrosson ; CA Paris, 10 septembre 1997, *Société Chambon c/ Thomson CSF*, Rev. arb., 1999, p. 121, obs. D. B.

<sup>168</sup> En ce sens, Ch. Jarrosson, note sous CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal, préc.*, Rev. arb., 1993, spéc., p. 657 ; Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 80 et s., p. 87 et s.

parallèlement le recours à ce mode de règlement des différends. La confiance éprouvée à l'égard de l'arbitrage vis-à-vis du respect des lois de police conduirait ainsi à déduire que « le jeu ne vaut pas la chandelle »<sup>169</sup>. En apparence, le système reposerait ainsi sur un *déplacement* du stade de l'intervention de l'ordre public étatique, caractéristique de « l'évolution moderne de l'arbitrage »<sup>170</sup>. En effet, n'intervenant plus au stade de l'appréciation de l'efficacité des conventions d'arbitrage dans l'ordre juridique du for, il devrait faire l'objet d'une mise en œuvre lors de la résolution du litige au fond devant l'arbitre et pourrait toujours intervenir *a posteriori* devant les juridictions étatiques.

À côté de cet *équilibre* présumé par les juridictions françaises, néanmoins, la jurisprudence américaine a pu faire apparaître sans ambiguïté son *désintérêt* pour le respect des intérêts étatiques, en faisant plus franchement *prévaloir* les intérêts du commerce international et la mobilité interjuridictionnelle des parties. Semblant initialement appuyer la reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges sur la confiance éprouvée à l'égard de l'arbitre, les tribunaux ont par la suite admis l'expatriation du contentieux, même en présence d'une incertitude avérée quant à l'application des lois de police du for<sup>171</sup> et alors même que le droit impératif américain pourrait ne pas être appliqué devant l'arbitre<sup>172</sup>.

## **II- Clauses attributives de juridiction**

**41.** Alors que la question de l'incidence des lois de police applicables au fond du litige sur l'efficacité des clauses attributives de juridictions est longtemps restée incertaine en Europe, leur affranchissement « des limites tenant à l'impérativité des règles applicables au fond du litige »<sup>173</sup> a été expressément affirmé par la jurisprudence récente des tribunaux français. Cette solution, déjà assez largement admise, est venue aligner la position retenue vis-à-vis de la compétence juridictionnelle étatique sur celle retenue en matière d'arbitrage, qui semble avoir été prise en « modèle »<sup>174</sup>.

---

<sup>169</sup> L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ? », RCDIP 2003, p. 1 et s., n° 23.

<sup>170</sup> J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 59, p. 39.

<sup>171</sup> V. not. *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F. 2d 1353 (2<sup>nd</sup> Cir. 1993), cert. den., 510 US 945 ; *Nghiem v. NEC Elec. Inc.*, 25 F. 3d 1437 (9<sup>th</sup> Cir. 1994) ; *Vimar Seguros y Reaseguros, SA v. M/V Sky Reefer*, 515 US 528 (1995) ; *George Fisher Foundry Systems v. Adolph H. Hottinger Maschinenbau*, 5 F. 3d 1206 (6<sup>th</sup> Cir. 1995) ; *JLM Industries v. Stolt-Nielsen SA*, 387 F. 3d 163 (2<sup>nd</sup> Cir. 2004), et V. également, en France, CA Paris, 2 juin 2004, *Cineco c. Shure Brothers*, *Cah. arb.* 2005, n° 1, p.30.

<sup>172</sup> V. en ce sens, *Simula v. Autoliv*, 175 F. 3d 716 (9<sup>th</sup> Cir. 1999), où la Cour d'appel affirme qu'elle ne se sent pas liée par la note formulée par la Cour suprême dans l'arrêt *Mitsubishi*, ce qui semble en réalité conduire les tribunaux américains à se désintéresser du respect éventuel de la disposition d'ordre public mise en cause.

<sup>173</sup> H. Muir Watt, *cours préc.*, n° 94, p. 141.

<sup>174</sup> V. en ce sens, en particulier, D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p. 1 et s., n° 19.

La déconnexion de la licéité des clauses attributives de juridictions du droit impératif applicable au fond du litige (B) s'insère dans un contexte général très favorable à l'utilisation de ce type de clause, peu propice à la reconnaissance d'une incidence des lois de police sur leur efficacité (A).

### **A) Contexte défavorable à une prise en compte des lois de police**

**42.** Dans un contexte où l'utilité et les avantages que présentent les clauses attributives de juridiction apparaissent largement admis (1), la question de l'incidence que peuvent exercer les lois de police sur leur efficacité doit être envisagée à travers la mise en œuvre du principe de licéité (2).

#### 1- Utilité avérée des clauses attributives de juridictions

**43.** Alors que les États ont pu initialement éprouver une certaine réticence à renoncer à leur monopole pour déterminer et fixer les limites de la compétence de leurs juridictions<sup>175</sup>, la faculté des parties de déroger conventionnellement à la compétence des juridictions du for et de soumettre leur différend à une juridiction étatique étrangère par le biais d'une clause attributive de juridiction a progressivement été admise. Les États du continent européen se sont montrés assez tôt favorables à ces clauses<sup>176</sup>, et elles furent plus tardivement admises également aux États-Unis<sup>177</sup>. Au niveau supranational, ces clauses ont fait l'objet d'une réglementation dans de plus en plus de traités et de conventions, et furent reconnues au sein des instruments européens<sup>178</sup>. Après de nombreux échecs passés<sup>179</sup>, la convention de La Haye

---

<sup>175</sup> Les conflits de juridictions ont en effet été pendant longtemps fermement rattachés à la souveraineté. V. not. à cet égard, considérant que « le service de la justice est un service public dont les règles de fonctionnement ne sauraient être à la merci de la volonté des plaideurs », J. Vincent, « La procédure civile et l'ordre public », in *Mélanges Roubier*, III, p. 229.

<sup>176</sup> V. not. en France, Cass. Civ., 19 février 1930, *Mardelé*, Clunet 1931, p. 90 ; DH 1930, p. 228 ; RCDIP 1931, p. 514, 1<sup>re</sup> esp., S. 1933, p. 41, note Niboyet ; Cass. Civ., 27 janvier 1931, *Dambricourt*, S. 1933, p. 41, note Niboyet ; RCDIP 1931, p. 514 ; et en Angleterre, *Gienar v. Meyer* (1792), 2 Hy.Bl. 603.

<sup>177</sup> V. *The Bremen et Al. v. Zapata Off-shore Co.*, 1972, 407 US 1, 92 S. Ct. 1907, 32 L. Ed. 2d 513, RCDIP 1973, p. 530, note H. et D. Tallon ; et v., RCDIP 1973, p. 884, l'index bibliographique au mot « compétence » citant un important nombre de commentaires en anglais de cet arrêt. V. également, sur l'évolution de la jurisprudence américaine, H. Gaudemet-Tallon, « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », in *Mélanges Marty*, 1978, p. 531 et s.

<sup>178</sup> V. art. 17 convention de Bruxelles de 1968 (JO n° L 299 du 31/12/1972, p. 0032-0042), qui fut repris et complété par l'art. 23 règlement Bruxelles I, et l'art. 25 règlement Bruxelles I bis.

<sup>179</sup> Deux conventions relatives à cette question furent en effet envisagées. La première, lors de la 8<sup>e</sup> session de la conférence du droit international privé de La Haye, tenue en 1956, portait sur la compétence du for contractuel en cas de vente à caractère international d'objets mobiliers corporels mais, signée par quatre États seulement, elle n'est jamais entrée en vigueur. La seconde fut adoptée lors de la 18<sup>e</sup> conférence de droit international privé de La Haye en 1964, et ne fut signée que par un seul État, le 25 octobre 1965. Visant plus généralement les prorogations de for en matière de vente à caractère international, elle n'entra jamais en vigueur. Enfin, lors de la session extraordinaire tenue en avril 1966, une convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale et traitant également des prorogations de for, signée le 1<sup>er</sup> février 1971, fut envisagée mais resta également à l'état de projet.

du 30 juin 2005 sur les accords exclusifs d'élection de for<sup>180</sup>, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2015, a permis de consacrer une réglementation d'ensemble de ces clauses au niveau international. Elle a été signée par l'Union européenne le 1<sup>er</sup> avril 2009, et a vocation à se substituer en partie à l'application du règlement Bruxelles I bis<sup>181</sup>.

Portée par un développement parallèle important de l'autonomie de la volonté individuelle sur le plan du droit applicable, l'admission des clauses attributives de juridiction en matière internationale a connu un accroissement considérable. La volonté des parties est reconnue aujourd'hui comme un facteur de détermination de la compétence juridictionnelle étatique à part entière<sup>182</sup> et dont le développement s'est traduit par une mise à l'écart progressivement de plus en plus importante du *principe de proximité*<sup>183</sup>. Cet essor de la volonté individuelle dans les conflits de juridictions a été fondé sur l'idée que les parties intéressées dans un litige sont les mieux placées pour décider de l'autorité juridictionnelle qui connaîtra de l'affaire, et que la reconnaissance d'une telle liberté de choix est à la fois plus raisonnable et plus conforme à la bonne administration de la justice. De manière générale, les avantages qu'elles présentent pour les parties sont mis en avant pour justifier une admission toujours plus large de la faculté de choix de for et une diminution corrélative des exigences relatives à leur efficacité<sup>184</sup>.

Il est généralement invoqué que les clauses attributives de juridiction permettent d'éviter les incertitudes et les difficultés qui pourraient surgir pour la détermination d'un for compétent dans un litige donné<sup>185</sup>, en assurant également que le choix effectué par les parties ne sera pas remis en cause. Au-delà, on souligne que ces clauses permettent de concentrer les litiges pouvant survenir entre les parties, en évitant les risques de conflits de procédures<sup>186</sup>. D'un autre côté, la liberté conférée aux parties quant au choix de la juridiction désignée pourrait leur permettre de voir trancher leur différend par une juridiction présentant un lien

---

<sup>180</sup> V. not. sur cette convention, C. Kessedjian, « La convention de La Haye du 30 juin 2005 », *Clunet* 2006, p. 813 et s. ; L. Usunier, « La convention de La Haye du 30 juin 2005, sur les accords d'élection de for, beaucoup de bruit pour rien ? », *RCDIP* 2010, p. 37 ; M. Attal, « Union européenne et convention de La Haye sur les accords d'élection de for : vers un droit communautaire de source non communautaire », *Dalloz* 2009, p. 2379 et s. ; B. Audit, « Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, *Dalloz* 2008, p. 171 et s. ; *Rapport explicatif* de T. Hartley & M. Dogauchi, adopté à la 20<sup>e</sup> session, Bureau permanent de la conférence.

<sup>181</sup> V. art. 26.6 de la convention.

<sup>182</sup> V. H. Gaudemet-Tallon, « La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement et bouleversement », *RCDIP* 1977, p. 1 et s., p. 36, qui parle d'une « tendance universelle à la prorogation », et V. *Kahn-Freund Int & Comp L Q* 848, évoquant un « principe recognised by civilised nations' that the parties, at any rate the parties to a commercial contract, can agree on the exclusive jurisdiction of a given country ».

<sup>183</sup> Sur lequel, en particulier, P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, *RCADI* 1986, t. 196, p. 9 et s.

<sup>184</sup> De telles considérations apparaissent, ainsi, également à la base de l'admission des clauses de prorogation de for au profit d'une juridiction arbitrale, indépendamment même des avantages intrinsèques que présenterait ce mode de réglementation des différends. V. sur ce point, *supra*, n° 25.

<sup>185</sup> V. en ce sens, H. Batiffol et P. Lagarde, II, n° 688, p. 382.

<sup>186</sup> V. en ce sens, J. Jodlowski, *Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile*, *RCADI* 1974, t. 143, p. 475 et s., spéc., p. 506.

particulier avec elles, leur assurant l'application de règles de procédure qui leur sont familières, un accès facilité à la justice ou encore une diminution des coûts de procédure. Elles pourraient, enfin, leur permettre de désigner une juridiction éloignée, présentant une plus grande impartialité, en autorisant la saisine d'une juridiction étatique sans lien objectif avec le différend<sup>187</sup>.

**44.** D'un autre côté, la mobilité *interjuridictionnelle* des parties est considérée comme un facteur de développement du commerce international, assurant une sécurité des rapports économiques internationaux. Elle permettrait « de laisser à l'autonomie des parties la liberté qui est inhérente à un système économique inspiré des valeurs libérales »<sup>188</sup>. Si la voie de l'arbitrage commercial international semble la plus répandue dans le domaine des relations commerciales internationales<sup>189</sup>, les tribunaux étatiques n'en sont en effet pas pour autant exclus. Des clauses attributives de juridictions apparaissent ainsi très largement utilisées dans ce cadre, en particulier dans les contrats-types, les connaissements<sup>190</sup> ou les polices d'assurance. À cet égard, un auteur a relevé que « les grandes entreprises exportatrices des pays occidentaux [...] ne recourent pas en général à l'arbitrage et montrent une tendance à concentrer les litiges éventuels dans leurs propres tribunaux d'État par des clauses de juridiction qu'elles imposent à leurs contractants dans des contrats-types »<sup>191</sup>. Cette *réponse* apportée aux besoins du commerce international par des clauses attributives de juridiction a été reconnue et exprimée à maintes reprises dans la jurisprudence américaine pour justifier leur admission. C'est ainsi que la Cour suprême a relevé que les marchés internationaux seraient peu encouragés si, malgré les accords contractuels, l'État insistait pour voir tous ses litiges résolus selon ses lois et par ses propres tribunaux<sup>192</sup>.

La position de faveur retenue vis-à-vis des clauses attributives de juridiction s'est corrélativement traduite par une libéralisation de la réglementation qui leur est relative.

---

<sup>187</sup> V. not. en droit français, Cass. Com., 19 décembre 1978, *Clunet* 1979, p. 366, note H. Gaudemet-Tallon ; RCDIP 1979, p. 617, note A. Huet ; *Dalloz* 1979, p. 241, obs. B. Audit ; en application des instruments européens, CJCE, 17 janvier 1980, *Zelger*, Aff. C-56/79, Rec. 89, concl. Capotorti ; RCDIP, 1980, p. 385, note Mezger ; *Clunet* 1980, p. 435, obs. A. Huet.

<sup>188</sup> L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ? », RCDIP 2003, p. 26.

<sup>189</sup> V. sur ce point, *supra* n° 25.

<sup>190</sup> V. pour une étude des clauses attributives de juridiction en matière de connaissements, P. Bertrand de la Grassière, « La clause d'un connaissement attributive de compétence », DMF 1952, p. 119 et s. ; M. Juglart, « La clause attributive de compétence dans le transport maritime », JCP G 1955, n° 1242.

<sup>191</sup> J. Jodlowski, *cours préc.*, p. 499.

<sup>192</sup> V. not. *The Bremen et Al.v. Zapata Off-shore Co.*, *préc.*, où la Cour suprême a déclaré qu'« il n'est pas possible que le commerce sur les marchés mondiaux soit régi exclusivement selon nos exigences, gouvernés par nos lois, soumis à nos tribunaux ».

## 2- Affirmation du principe de licéité des clauses attributives de juridiction

45. Pour qu'une clause puisse produire des effets, il est admis que celle-ci doit être à la fois valable, c'est-à-dire remplir les conditions de fond et de forme prévues par les textes, et licite, c'est-à-dire admise dans son principe. Après quelques hésitations<sup>193</sup>, il est désormais établi que ces deux questions doivent être envisagées de manière distincte<sup>194</sup>. De façon générale, elles peuvent se poser soit au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle devant une juridiction élue ou exclue, soit dans le cadre du contentieux de l'*exequatur*, lorsqu'un tribunal est appelé à exécuter un jugement étranger. Dans ce cadre, l'application du droit commun n'a vocation à jouer qu'en dehors du champ couvert par les règlements européens ou les conventions internationales<sup>195</sup>.

La validité d'une clause attributive de juridiction dépend de sa conformité avec un certain nombre de conditions posées par le droit français<sup>196</sup> ou dans les instruments européens ou conventionnels<sup>197</sup>, qui tiennent principalement au consentement des parties à la clause et à son objet<sup>198</sup>. Ces conditions laissent une marge de liberté importante aux parties quant au choix de la juridiction étatique désignée et sont mises en œuvre de manière particulièrement souple par les tribunaux. Dans un contexte où l'autonomie de ces clauses par rapport au contrat principal<sup>199</sup> est admise, le droit international contemporain semble progressivement évoluer vers la consécration d'une règle ou d'un principe matériel de validité<sup>200</sup>.

---

<sup>193</sup> Dans un premier temps, les questions de validité et de licéité des clauses attributives de juridictions n'avaient pas été clairement distinguées en droit français. V. not. CA Paris, 27 janvier 1955, RCDIP 1955, p. 330, note H. Motulsky ; et sur l'évolution de la jurisprudence française en la matière et les interrogations suscitées par la question, H. Gaudemet-Tallon, *thèse préc.*, n° 33 et s., p. 21 et s. ; P. Courbe, « Privilège de juridiction et transmission de la clause de compétence », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 143 et s., spéc. p. 151.

<sup>194</sup> V. consacrant finalement la distinction de ces deux questions en droit français, Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 3 décembre 1991, *Cie alliance*, RCDIP 1992, p. 340, note H. Gaudemet-Tallon ; JCP G 1992, IV, n° 465 ; Dalloz 1992, IR p. 24.

<sup>195</sup> À cet égard, alors que la convention de Bruxelles et le règlement Bruxelles I exigeaient que « l'une au moins » des parties soit domiciliée sur le territoire d'un État contractant ou membre (art. 17 al. 1 de la convention et art. 23 al 1 du règlement), l'art. 25 al. 1 du règlement Bruxelles I bis, en énonçant que les parties, « sans considération de leur domicile », peuvent convenir d'une clause d'élection de for, supprime cette exigence et a considérablement élargi le champ d'application du règlement. V. sur les conditions d'application de ces dispositions et les modifications apportées par le règlement Bruxelles I bis, H. Gaudemet-Tallon, *ouvrage préc.*, n° 124 et s., p. 137 et s.

<sup>196</sup> Dans ce cadre, alors que la détermination de la loi applicable relève en principe des règles de conflits de lois ordinaires en matière contractuelle, une tendance se dessine en faveur d'une mise à l'écart progressive de cette méthode au profit d'un recours aux règles matérielles définissant directement le régime des clauses attributives de juridiction au plan international. V. not. Cass. Com., 21 février 2012, RCDIP 2012, p. 630 note D. Bureau, spéc. p. 630, Dalloz 2013. Pan. 1511, obs. Jault-Seseke.

<sup>197</sup> À cet égard, les instruments internationaux renvoient, pour les questions de validité de fond non directement résolues dans le texte lui-même, au droit de l'ordre juridique de la juridiction élue (art. 25 du règlement Bruxelles I bis), éventuellement de manière cumulative à celui de la juridiction saisie : art. 5.1 et art. 6 b) et 9 b) de la convention de La Haye, qui prévoit un dispositif assez complexe pour déterminer la loi applicable à la question de la validité de ces clauses.

<sup>198</sup> V. les conditions de validité posées en droit français, H. Gaudemet-Tallon, *Rép. dr. Int., V° Compétence internationale : matière civile et commerciale*, n° 118, et les art. 23 du règlement Bruxelles I, 25 du règlement Bruxelles I bis et l'art. 3 de la convention de La Haye du 30 juin 2005.

<sup>199</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, Dalloz 2010, p. 1869, obs. X. Delpéch ; *ibid.* Pan. 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD civ. 2010, p. 780, obs. B. Fages ; Clunet 2011, p. 107, note S. Sana-Chaillé de Néré ; RDC 2011. 223, obs. J.-B. Racine ; Dalloz 2010. Pan. 2333, obs. L. d'Avout ; JCP 2010. 2246, obs. T. Clay. Une telle autonomie est établie dans l'art. 3 d) de la convention de La Haye du 30 juin 2005, et avait été également consacrée pour l'application de la convention de

D'un autre côté, l'incidence éventuelle que pourraient exercer des lois de police applicables au fond du litige sur l'efficacité des clauses attributives de juridiction met en cause la question de leur licéité. Elle a trait à la faculté reconnue aux parties de modifier le jeu normal des règles de compétence juridictionnelle internationale, en désignant conventionnellement la juridiction étatique qui tranchera leur différend. Il est admis que cette question est régie par la loi du tribunal saisi, sans mise en œuvre d'une règle de conflit de lois<sup>201</sup>. Il en est ainsi du fait du caractère procédural de cette question et de l'unilatéralisme des règles de compétence judiciaire internationale<sup>202</sup>.

**46.** En droit français, la question s'est longtemps posée de savoir si l'article 48 du Code de procédure civile, prohibant les clauses attributives de juridiction stipulées par des personnes n'ayant pas toutes contracté en qualité de commerçant<sup>203</sup>, devait être transposé au niveau international<sup>204</sup>. L'idée que l'application de cet article devrait être écartée dans ce cadre a en particulier été avancée au regard des exigences du commerce international et des impératifs propres que présenteraient les relations internationales. Au-delà, il est également apparu qu'une différence de traitement des clauses attributives de juridiction par rapport aux clauses compromissoires, déjà largement admises à cette époque, aurait semblé incohérente dès lors que ces dernières « sont certainement plus dangereuses pour les rapports juridiques internationaux »<sup>205</sup>.

C'est donc une position libérale qu'adopta la Cour de cassation dans l'arrêt *Sorelec* du 17 décembre 1985, en énonçant que « les clauses prorogant la compétence internationale

---

Bruxelles et le règlement Bruxelles I par la Cour de justice. V. CJCE, 3 juillet 1997, *Benincasa*, C-269/95, *Clunet* 1998, obs. J.-M. Bischoff. La solution a été consacrée dans l'art. 25.5 du règlement Bruxelles I bis.

<sup>200</sup> V. not. Cass. Com., 21 février 2012, RCDIP 2012, p. 630, note D. Bureau, spéc. p. 630, *Dalloz* 2013. Pan. 1511, obs. Jault-Seseke. V. également, interprétant la solution consacrée dans le règlement Bruxelles I bis en ce sens, J.-B. Beraudo, « Regard sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Clunet* 2013, p. 6 et s. ; C. Nourissat, « L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le règlement Bruxelles I bis », in *Mélanges en l'honneur du professeur Bernard Audit : Les relations privées internationales*, 2014, LGDJ, p. 567 et s., spéc., p. 574.

<sup>201</sup> V. en droit français, explicitement, CA Paris, 14 juin 1995, *Dalloz* 1996, somm. 169, obs. B. Audit, et en droit américain, implicitement, *The Bremen et Al. v. Zapata Off-shore Co.*, préc., où la Cour ne s'est pas posé la question de la loi applicable. Dans la convention de La Haye sur les accords exclusifs, la méthode utilisée pour apprécier la régularité de l'accord d'élection de for est celle d'une méthode indirecte, et repose sur un système très complexe d'association des différentes lois nationales (art. 3, 5 et 6 et 9 de la convention). V. critiquant ce système, C. Kessedjian, « La convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *Clunet* 2006, p. 829. La question de la licéité des clauses attributives de juridiction est, dans le cadre du règlement Bruxelles I bis, directement réglée par l'art. 25.1 et 25.4 (art. 23.1 et 23.5 régl. B I).

<sup>202</sup> V. en ce sens, not. P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », RCDIP 1979, p. 378 et s. ; Ph. Guez, *L'élection de for en droit international privé*, thèse, Paris-X-Nanterre, 2000, n° 306.

<sup>203</sup> Il énonce que « toute clause qui, directement ou indirectement, déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non écrite à moins qu'elle n'ait été convenue entre personnes ayant toutes contractées en qualité de commerçant et qu'elle n'ait été spécifiée de façon très apparente dans l'engagement de la partie à qui elle est opposée ».

<sup>204</sup> V. H. Gaudemet-Tallon, *La compétence internationale à l'épreuve du nouveau Code de procédure civile : aménagement et bouleversement*, RCDIP 1977, p. 1 et s., spéc. p. 16.

<sup>205</sup> H. Gaudemet-Tallon, thèse préc., p. 37.

sont en principe licites lorsqu'il s'agit d'un litige international, et lorsque la clause ne fait pas échec à la compétence territoriale impérative d'une juridiction française »<sup>206</sup>. L'arrêt consacrait ainsi l'absence d'application de l'article 48 dans l'ordre international, et posait le principe de la licéité des clauses attributives de juridiction dans les litiges internationaux, non seulement entre commerçants, mais également entre non-commerçants.

47. Ce même principe de licéité des clauses attributives de juridiction est également consacré dans les règlements européens<sup>207</sup> et fut admis aux États-Unis après des hésitations<sup>208</sup>. Alors que ces clauses avaient été initialement exclues par principe, parce que considérées de nature à favoriser le *forum shopping* et contraires à la « public policy » du for écarté<sup>209</sup>, une évolution en faveur de leur reconnaissance a par la suite été amorcée<sup>210</sup> mais n'a pas été stabilisée<sup>211</sup>.

Sous l'influence d'une importante partie de la doctrine et de la nouvelle rédaction du *Restatement* en 1971<sup>212</sup>, la Cour suprême reconnut l'efficacité de principe des clauses attributives de juridiction dans l'arrêt *The Bremen*<sup>213</sup>. Elle réserva néanmoins les hypothèses où ces clauses apparaîtraient « unreasonable under the circumstances »<sup>214</sup>, lesquelles devaient être interprétées strictement et envisagées comme ne devant couvrir que des cas exceptionnels. La solution conduisait ainsi à imposer à la partie qui contestait l'efficacité de la clause de prouver que le procès devant le for contractuel serait si difficile et si incommode qu'il aboutirait à la priver de son droit d'accès à la justice.

Dans ce contexte, l'influence qu'étaient susceptibles d'exercer les lois de police applicables au fond du litige sur l'efficacité des clauses attributives de juridictions ne pouvait être envisagée que sous l'angle de l'existence d'une solution dérogatoire, permettant d'écarter

---

<sup>206</sup> Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 17 décembre 1985, *CSEE c/ Sté Sorelec*, RCDIP 1986, p. 537, note H. Gaudemet-Tallon ; Dalloz, 1986, inf. rap. p. 265, obs. B. Audit ; *GA*, n° 72.

<sup>207</sup> Art. 23.5 du règlement Bruxelles I et 25.4 du règlement Bruxelles I bis.

<sup>208</sup> V. sur cette évolution, H. Gaudemet-Tallon et Denis Tallon, note sous *The Bremen et Al c. Zapata Off-Shore Co.*, RCDIP 1973, p. 530 et s. ; et H. Gaudemet-Tallon, « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », in *Mélanges Marty*, 1978, p. 531 et s.

<sup>209</sup> Elles étaient en effet systématiquement condamnées sauf s'il était démontré que le for désigné par la clause apparaissait plus qualifié pour connaître de l'affaire. V. not. en ce sens, *Gilbert v. Burnshire*, 225 N.Y. 348, 174 N.E. 706, 1931.

<sup>210</sup> La Cour d'appel amorça une évolution en reconnaissant la validité de ces clauses au motif qu'elles n'étaient pas « déraisonnables ». V. *Juge Hard in Kremger v. Pennsylvania R. R. Co.* 174 F 2d 556. 1949, et peu après, *Wm. H. Muller and Co., Inc. v. Swedish American Line Ltd.*, 224 F, 2d, 806 (CA, 2, 1955) ; [1955], AMC 1687 (CA, 2, 1955) ; cert. Denied, 350 US, 903 (1955). Sous réserve que la clause aboutisse à la violation d'une règle impérative américaine, la clause au profit des tribunaux étrangers pouvait donc être efficace. V. *Bisso v. Inland Waterways Corp.*, 349 US 85 (1955).

<sup>211</sup> V. réaffirmant la contrariété de ces clauses à la loi *public policy*, *Carbon Black Export, Inc. v. the Monroa*, 254 F. 2d 297 (CA (1958)).

<sup>212</sup> V. *Restatement second, Conflict of Laws*, §80, 1971, qui admet la validité de ces clauses dans la mesure où l'accord ne serait pas inéquitable ou déraisonnable.

<sup>213</sup> *The Bremen et Al.v. Zapata Off-shore Co.*, préc.

<sup>214</sup> Le système conduit alors à imposer à celui qui la contesterait de prouver que « le procès devant le for contractuel serait si difficile et si incommode qu'il aboutirait, en pratique, à le priver de son droit d'accès à la justice ».



le principe de licéité en présence de dispositions de ce type. La solution consacrée, pourtant, est celle d'une indifférence du droit de la compétence juridictionnelle vis-à-vis des lois de police.

### **B) Indifférence consacrée vis-à-vis des lois de police**

**48.** En droit positif, il est admis que la licéité des clauses attributives de juridiction n'est pas remise en cause du fait de l'applicabilité d'une loi de police du for au fond du litige (1). Il conviendra d'identifier les fondements sur lesquels repose une telle solution (2).

#### 1- Maintien du principe de licéité malgré l'applicabilité d'une loi de police

**49.** La licéité des clauses attributives de juridictions, même en présence d'une loi de police du for au moins potentiellement applicable au fond du litige, est admise en Europe et a été récemment explicitement reconnue en droit français (a). Cette indifférence retenue vis-à-vis du droit impératif substantiel est également consacrée aux États-Unis, à travers des solutions particulièrement libérales, laissant nettement apparaître la prévalence accordée à l'efficacité de ces clauses sur le respect des impérativités étatiques américaines (2).

#### a) Position européenne

**50.** Dans le droit de l'Union européenne, en dehors de la réserve formulée quant à l'internationalité du litige, les cas concernés sont ceux des règles de compétence exclusive<sup>215</sup> et des dispositions spécifiques prévues pour les contrats mettant en cause des parties faibles<sup>216</sup>. En dehors de ces hypothèses<sup>217</sup>, la possibilité pour le juge saisi de faire dépendre l'efficacité d'une clause attributive de juridiction dérogeant à sa compétence de l'applicabilité d'une loi de police n'apparaît jamais explicitement reconnue<sup>218</sup>. L'indifférence du système consacré vis-à-vis des lois de police apparaît dès lors, à première vue, absolue.

La convention de La Haye ne semble faire également aucune référence explicite à la possibilité de refuser l'efficacité d'un accord d'élection de for du fait de l'applicabilité d'une

---

<sup>215</sup> V. art. 24 du règlement Bruxelles I bis (art. 22 règl. B I).

<sup>216</sup> V. art. 15 (en matière d'assurance), art. 19 (en matière de consommation), art. 21 (en matière de droit du travail).

<sup>217</sup> V. sur le rattachement de ces hypothèses à la mise en cause *généralisée* ou *systématique* de lois de police au fond du litige, *infra*, n° 421 et s.

<sup>218</sup> En ce sens, L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », RCDIP 2003, p. 1 et s., n° 8.

loi de police du for<sup>219</sup>, alors que la nature de la loi applicable ne semble pas, non plus, apparemment prise en compte dans le cadre de la liste des matières exclues de son champ d'application<sup>220</sup>. Dans ce cadre, d'ailleurs, il avait été envisagé d'insérer une disposition explicite précisant que les clauses attributives de juridiction ne devraient pas être interdites, ni de façon expresse, ni de façon explicite, du fait de la mise en cause de l'ordre public de fond<sup>221</sup>.

**51.** En droit français, une incertitude est longtemps restée maintenue quant à l'influence que pourraient exercer les lois de police sur l'efficacité des clauses attributives de juridiction<sup>222</sup>. Elle n'a été que partiellement levée à la suite de l'arrêt *Sorelec* rendu par la Cour de cassation<sup>223</sup>, en l'absence de précision quant à la détermination des chefs de compétence impératifs<sup>224</sup>. Comme au niveau européen, ces cas semblent correspondre aux hypothèses de mise en cause de la souveraineté étatique et de parties faibles, ainsi qu'aux matières relevant du statut personnel<sup>225</sup>.

La question restait cependant posée de savoir si l'applicabilité d'une loi de police pourrait induire, en elle-même, l'existence d'une compétence juridictionnelle impérative des tribunaux français, lorsqu'elle « embrasse dans son domaine d'application la relation litigieuse qui est à l'origine de la clause attributive de juridiction »<sup>226</sup>. Une telle solution conduirait alors à admettre une extension de l'impérativité du droit applicable sur le plan de la compétence juridictionnelle. La mise en échec de la licéité de la clause indiquerait alors que l'ordre juridique français exige de maintenir le contentieux devant ses tribunaux, pour assurer l'efficacité de la politique législative qu'il poursuit. Cette question a fait l'objet de débats assez importants en doctrine, et les auteurs se sont généralement prononcés en défaveur d'une telle solution<sup>227</sup>, en particulier parce qu'elle affecterait le principe d'indépendance des

---

<sup>219</sup> V. cep., « l'ouverture » laissée à cet égard par l'art. 6 c) de la convention, *infra*, n° 531.

<sup>220</sup> V. art. 2.

<sup>221</sup> V. à cet égard, la proposition de l'art. 4§5, qui n'avait cependant pas emporté d'adhésion unanime. Les rapports à la conférence semblaient de manière générale laisser en tout cas entrevoir une réticence des auteurs, quant à la possibilité de limiter l'efficacité des clauses pour des raisons tenant aux règles applicables au fond, fussent-elles d'ordre public. V. not. C. Kessedjian, Doc. prélim. n° 7 *Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale* (avril 1997) ; D. Haines, Doc. prélim. n° 18, *Les conventions d'élection de for dans le contentieux international : leur utilisation et les problèmes juridiques qu'elles soulèvent dans le cadre du texte provisoire* (février 2002).

<sup>222</sup> V. sur les débats qu'ont suscités cette question, *infra*, TITRE II, Chapitre 2, Section 1.

<sup>223</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 1985, *CSEE c/ Sté Sorelec*, *préc.*

<sup>224</sup> V. sur ce point, B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 72§8 et s., p. 654 et s., et pour une tentative d'identification de ces différentes hypothèses, not. A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 65 et s.

<sup>225</sup> V. sur ces hypothèses, not. A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-41 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Clauses attributives de juridiction*, n° 22 ; H. Gaudemet-Tallon, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Compétence internationale : matière civile et commerciale*, n° 104.

<sup>226</sup> B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 72§9, p. 656.

<sup>227</sup> V. sur ces arguments, *infra*, n° 441.

compétences juridictionnelle et législative<sup>228</sup>. Sur ce point, la position retenue par les tribunaux français est longtemps restée assez incertaine. Bien que généralement considérées comme ayant rapidement écarté une telle possibilité<sup>229</sup>, les décisions rendues restaient ambiguës et laissaient place à des interprétations divergentes.

La solution fut finalement clairement tranchée par la Cour de cassation dans un litige mettant en cause les dispositions impératives du droit de la concurrence. À la suite de la résolution d'un contrat de distribution exclusive par la société *Monster Cable* de droit américain, une société française avait assigné celle-ci en dommages-intérêts devant un tribunal français sur le fondement de l'article L. 442-6 du Code de commerce, pour abus de dépendance économique et pour rupture brutale de la relation commerciale établie. La société *Monster Cable* avait contesté la compétence des juridictions françaises sur le fondement d'une clause attributive de juridiction désignant le tribunal de San Francisco. Les juges de première instance avaient alors refusé de donner effet à cette clause au motif que l'article L. 442-6 était une loi de police dont les effets devaient s'apprécier sur le territoire français et que le préjudice allégué par la société française était situé en France, de sorte que la clause contractuelle ne pouvait s'appliquer<sup>230</sup>. La Cour de cassation cassa l'arrêt de la Cour d'appel au visa de l'article 3 du Code civil et des *principes généraux du droit international privé*, et déclara que « la clause attributive de juridiction contenue dans ce contrat visait tout litige né du contrat, et devait en conséquence être mise en œuvre, des dispositions impératives constitutives de lois de police fussent-elles applicables au fond du litige »<sup>231</sup>.

Elle énonça ainsi, en termes généraux, que la licéité des clauses attributives de juridiction dans l'ordre international ne dépendrait jamais de la nature des règles qui lui sont applicables selon les règles de conflit de lois françaises et que l'impérativité des dispositions substantielles mises en cause n'induirait pas la compétence juridictionnelle impérative corrélée des juridictions françaises. La solution semble désormais acquise et a été réaffirmée

---

<sup>228</sup> V. not. A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 369 et s.

<sup>229</sup> Il en est ainsi, en particulier, de l'arrêt Cass. Ass. Plén., 14 octobre 1977, *Bloch c/ soc. Filtex*, RCDIP 1978, p. 166, note H. Batiffol ; Clunet 1978, p. 304, note Lyon-Caen ; Dalloz 1978, p. 417, note P. Lagarde ; Dalloz 1978, IR, p. 98, obs. B. Audit ; RTD com. 1978, p. 654, note Y. Loussouarn et Bourel, et sur lequel, *infra*, n° 452 et s.

<sup>230</sup> Devant la Cour d'appel de Paris, le débat s'était principalement orienté sur la nature délictuelle ou contractuelle du litige, dont dépendait en réalité directement la mise en œuvre de la clause attributive de juridiction. La Cour avait refusé son efficacité mais principalement parce qu'elle avait relevé que le litige portait sur la réparation d'un préjudice résultant de pratiques assimilées à des délits civils et ne pouvait pour cette raison être regardé comme né du contrat de distribution. V. sur ce point, et les hésitations existantes quant à la qualification des litiges dans ce cadre, not. D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p. 1 et s., spéc., n° 5.

<sup>231</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Sté Monster Cable Product Inc. c/ Sté Audio Marketing services*, JCP 2008, n° 47, II, 10187, note L. d'Avout ; Dalloz 2009, p. 684, Chron. A. Huet ; p. 1557, note P. Courbe ; p. 2384, note L. d'Avout et S. Bollée ; D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p. 1 et s. ; RTD com. 2009, p. 646, note Ph. Delebecque ; Dalloz. 2008, p. 2790, obs. Gallmeister ; Dalloz 2009, p. 200, note F. Jault-Seséke ; Clunet 2009, p. 599, note M.-N. Jobard-Bachelier et X. Train ; Gaz. Pal. 20-21 février 2009, n° 51-52, p. 27, note Ph. Guez.

récemment, en des termes pratiquement identiques, dans l'hypothèse où les règles européennes étaient applicables<sup>232</sup>.

Sur ce point, les juridictions françaises semblent avoir suivi la voie empruntée par la jurisprudence américaine, qui semblait déjà « avoir adopté un pas plus loin qu'en Europe dans le processus graduel de libéralisation des conflits de juridictions »<sup>233</sup>.

## b) Position américaine

**52.** Aux États-Unis, alors que l'arrêt *The Bremen*<sup>234</sup> avait pu « dessiner une politique libérale, soucieuse pour la première fois des besoins du commerce international »<sup>235</sup>, l'admission des clauses attributives de juridiction n'avait pas été faite sans réserve<sup>236</sup>. Il était admis, en effet, que l'efficacité de ces clauses devait être écartée si elle avait été obtenue par fraude, au moyen d'un déséquilibre manifeste du pouvoir de négociation des parties ou si ces clauses heurtaient l'ordre public du for<sup>237</sup>.

La solution consacrée en matière d'arbitrage international par la jurisprudence *Alberto Culver* et *Mitsubishi* semblait devoir conduire à subordonner l'efficacité des clauses dérogeant à la compétence des juridictions américaines, à la vérification de l'équivalence de la protection assurée au fond par la loi choisie par les parties et aux exigences du *second look*. Il s'ensuivait que les clauses de choix de for et de loi étaient valables s'il apparaissait que les finalités poursuivies par la réglementation impérative américaine pouvaient être réalisées de façon adéquate en application de la loi étrangère applicable, et dans la mesure où les tribunaux américains rappelaient que la décision étrangère pourrait être annulée au stade du contentieux de l'*exequatur*, en cas de non-respect de ces finalités. La démarche consistait donc à vérifier que la clause de règlement des différends ne subvertissait pas les objectifs de la loi de police et à lancer un *avertissement* au juge étranger et aux parties, qu'une sanction serait prononcée *a posteriori* dans l'hypothèse d'une violation consacrée.

---

<sup>232</sup>V. dernièrement, confirmant l'arrêt *Monster Cable*, Cass. Com., 24 novembre 2015, *Sté Lauterbach GmbH c/ Sté Logic instrument*, Dalloz Actu, 11 décembre 2015, note X. Delpéch ; RTD civ. 2016, p. 98, H. Barbier ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 janvier 2017, n° 15-26.105.

<sup>233</sup>H. Muir Watt, *cours préc.*, n° 102, p. 150.

<sup>234</sup>*The Bremen et Al.v. Zapata Off-shore Co.*, Cour suprême des États-Unis, 1972, 407 US 1, 92 S. Ct. 1907, 32 L. Ed. 2d 513, RCDIP 1973, p. 530, note H. et D. Tallon ; RCDIP 1973, p. 884.

<sup>235</sup>H. Muir Watt, « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuels », RCDIP 2002, p. 509.

<sup>236</sup>V. sur ce point, H. Muir Watt, *cours préc.*, n° 102, p. 150.

<sup>237</sup>La Cour fait référence à la contrariété à une « strong public policy of the forum in which the suit is brought, declared by statute or judicial decision ».

53. Une telle solution, pourtant, fut écartée dans l'affaire *Lloyd's*<sup>238</sup>, dans laquelle les juridictions américaines consacrèrent une solution particulièrement libérale. Les juridictions américaines ont tour à tour refusé de se reconnaître compétentes pour statuer sur les rapports entre les Noms américains et *Lloyd's*, en raison de la présence d'une clause attributive de juridiction au profit des tribunaux anglais. L'argument avancé par les Noms, selon laquelle « l'existence d'une réglementation impérative indérogable dans l'ordre interne, ferait obstacle à l'efficacité de l'élection de for et imposerait la compétence américaine pour en assurer l'application »<sup>239</sup>, n'a donc pas été suivi. Dans ce cadre, le raisonnement judiciaire américain, en ce qu'il repose sur une analyse politique de la compétence juridictionnelle et une mise en balance des intérêts en jeu, fait apparaître d'une manière éclatante la hiérarchie qu'établirent les juridictions américaines entre, d'une part, les intérêts des parties et du commerce international et, d'autre part, le respect de l'ordre public étatique.

En l'espèce, la clause attributive de juridiction au profit des tribunaux anglais avait été complétée par un choix de droit anglais, visant à assurer l'application du *Lloyd's act*. Pour rester dans le principe du *second look* posé par l'arrêt *Mitsubishi*<sup>240</sup>, il aurait donc fallu soit que le droit anglais ait été applicable au fond, soit, au moins, que le droit anglais désigné puisse offrir un résultat substantiel équivalent à celui auquel aurait abouti l'application de la législation impérative américaine. Celle-ci, issue du *Securities Act 1933* et du *Securities and Exchange Act 1934*, offrait une protection importante aux investisseurs en imposant des obligations d'information contraignantes concernant les risques liés à l'acquisition de valeurs mobilières sur les marchés financiers. Or, ni l'une ni l'autre de ces conditions ne pouvaient, en l'espèce, être remplies. Le droit américain n'avait aucune chance d'être appliqué, et le droit anglais assurait une protection beaucoup moins importante des investisseurs ; c'est pourquoi, les parties semblaient précisément avoir voulu se dégager de la compétence juridictionnelle et législative américaine.

Pourtant, tout en admettant que la clause heurterait l'ordre public si cette protection n'était pas équivalente, les juridictions américaines<sup>241</sup> s'affirmèrent, *au premier regard*, confiantes sur le fait que la fraude du négociant des valeurs mobilières serait bien sanctionnée de manière adéquate par la législation anglaise. Le risque particulièrement important d'une

---

<sup>238</sup> Les cours fédérales d'appel de six circuits différents ont été saisies tour à tour dans cette affaire. V. Dixième Circuit : *Riley v. Kinglsey Underwriting Agencies Ltd*, 969 F.2d 953 (10<sup>th</sup> Cir. 1992) ; Deuxième Circuit : *Roby v. Corporation of Lloyd's*, 996 F.2d 1353 (2<sup>d</sup> Cir. 1993) ; Sixième Circuit : *Shell v. R. W Sturge, Ltd*, 55 F.3d 1227 (6<sup>th</sup> Cir. 1995) ; Quatrième Circuit, *Allen v. Lloyd's of London*, 94 F. 3d 923 (4<sup>th</sup> Cir. 1996), Onzième Circuit : *Lipcon v. Underwriters alt Lloyd's*, 148 F 3d. 1285 (11<sup>th</sup> Cir. 1998) ; Septième Circuit : *Bonny v. Society of Lloyd's*, 3 F., 3d 156 (7<sup>th</sup> Cir.), 1993.

<sup>239</sup> H. Muir Watt, « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuel », RCDIP 2002, p. 516.

<sup>240</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*, 473 US 614, 105 S. Ct. 3346, 87 L.Ed.2d 444 (1985) ; Rev. arb. 1986, p. 273, obs. J. Robert.

<sup>241</sup> V. Septième Circuit : *Bonny v. Society of Lloyd's, préc.*, et Onzième Circuit : *Lipcon v. Underwriters at Lloyd's, préc.*

absence d'application de la législation américaine et la certitude d'une divergence quant à la réalisation de l'objectif poursuivi par le droit impératif américain semblent avoir été admis au nom du respect des exigences du commerce international. Parallèlement, les juridictions américaines disqualifiaient aussi *a priori* la mise en œuvre du *second look*<sup>242</sup>, en validant *en amont* la décision anglaise à venir. Elles paralysaient en réalité toute possibilité d'une sanction par le biais d'un contrôle de l'ordre public au stade du contentieux de l'*exequatur*<sup>243</sup>. Le déséquilibre consacré entre la protection des intérêts du commerce international et celle des impérativités substantielles et la confiance envers la juridiction étrangère atteignent ici leur paroxysme puisqu'ils conduisent en réalité à l'acceptation d'une *violation* de l'ordre public de fond.

## 2- Fondements de la solution consacrée

**54.** L'absence de prise en compte de l'applicabilité des lois de police du for pour écarter le libéralisme consacré semble s'expliquer par l'attachement des ordres juridiques à certains principes généraux dont la portée n'est pas remise en cause malgré la spécificité des dispositions substantielles concernées. L'absence d'incidence des lois de police sur la mise en œuvre des solutions libérales est généralement justifiée sous l'angle du respect du principe de séparation des conflits de lois et des conflits de juridictions (a) et de l'existence d'une confiance mutuelle entre les ordres juridiques (b).

---

<sup>242</sup> V. à cet égard, le lien qui peut être fait avec la décision rendue dans l'arrêt *Simula v. Autoliv*, 175 F. 3d 716 (9<sup>th</sup> Cir. 1999), rendu en matière d'arbitrage, et dans lequel les juges s'estimèrent « non liés » par la réserve du *second look* posée par la Cour suprême dans l'arrêt *Mitsubishi*, *préc.*

<sup>243</sup> V. sur la mise en œuvre de ce contrôle, *infra*, TITRE I, Chapitre 2.

## a) Principe de séparation des conflits de lois et des conflits de juridictions

55. Le refus d'admettre que l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige fasse obstacle à la licéité d'une clause attributive de juridiction est très généralement justifié, en France<sup>244</sup>, sous l'angle du principe général de séparation des conflits de lois et des conflits de juridictions<sup>245</sup>. C'est d'ailleurs sans doute à ce principe qu'ont fait référence les juridictions françaises au visa de l'article 3 du Code civil et des « principes généraux du droit international privé »<sup>246</sup>. Considérée par le passé comme « le fondement même de la conception [...] du droit international privé »<sup>247</sup>, il est admis aujourd'hui que cette séparation « reste un principe essentiel du droit international privé »<sup>248</sup>.

Ce principe trouve son origine dans la théorie universaliste développée dans la seconde moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle par Savigny<sup>249</sup>, qui domine aujourd'hui dans les États de tradition civiliste. Cette théorie repose sur l'idée que le droit international privé vise à départager, dans l'intérêt des particuliers, une pluralité de lois ayant toutes une vocation abstraite identique à régir une même situation de fait et se trouvant virtuellement en concurrence<sup>250</sup>. En l'absence de mise en cause d'un intérêt étatique<sup>251</sup>, cette vision conduit à admettre l'existence d'une « communauté des principes de résolution des conflits de lois »<sup>252</sup> entre les ordres juridiques nationaux. Cette communauté permettrait de présumer l'existence

---

<sup>244</sup> Le libéralisme consacré en droit américain, par contraste, semble résulter principalement d'une analyse des différents intérêts mis en cause, qui intègre également une prise en compte de la confiance susceptible d'être éprouvée envers la justice étrangère. La licéité des clauses attributives de juridiction semble avoir été déduite d'une évaluation de la politique poursuivie par la règle de compétence juridictionnelle des tribunaux américains et des intérêts que présentaient ces clauses pour le développement du commerce international. (V. mettant en avant l'importance de cet objectif, *The Bremen et Al. v. Zapata Off-shore Co.*, *préc.*). Le principe dominant aux États-Unis pour résoudre les problèmes de conflits est en effet celui de « l'analyse des intérêts gouvernementaux », qui fut en particulier développée par Currie, et fonde les solutions au cas par cas sur une analyse des intérêts étatiques mis en cause. Le conflit de lois est alors résolu au regard du contenu des dispositions et des politiques dont elles visent à assurer la protection. V. G. Kegel, « The crisis of the conflict of laws », *RCADI* 1964, t. 112, p. 91 et s.

<sup>245</sup> V. not. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010, Eleven International Publ., p. 707 et s. ; *art. préc.*, in *Mélanges Marty*, p. 552 ; *Rép. dr. int.* Dalloz, V<sup>o</sup> *Compétence internationale : matière civile et commerciale*, n<sup>o</sup> 106 ; Y. Lequette, *thèse préc.*, n<sup>o</sup> 147, n<sup>o</sup> 172 (l'auteur est pourtant favorable à la reconnaissance ponctuelle d'un tel chef de compétence en matière de protection des incapables, v. n<sup>o</sup> 258 et s. ) ; A. Huet, *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 581-21, *préc.*, n<sup>o</sup> 6 ; P.-L. Lucas, « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *RCDIP* 1959, p. 405, et s., *spéc.*, p. 407 et 408.

<sup>246</sup> V. les visas des arrêts Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Sté Monster Cable Product Inc. c/ Sté Audio Marketing services*, *préc.* et Cass. Com., 24 novembre 2015, *Sté Lauterbach GmbH c/ Sté Logic instrument*, *préc.*

<sup>247</sup> H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1955, n<sup>o</sup> 682.

<sup>248</sup> H. Gaudemet-Tallon, *art. préc.*, p. 709. V. également, Ph. Guez, *thèse préc.*, n<sup>o</sup> 543, qui déclare que « cette indépendance (...), apparaît aujourd'hui comme l'une des certitudes les plus assurées du droit international privé, mieux, elle en traduit le fondement ».

<sup>249</sup> V. F.-C. Von Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Guenoux, 1851, Firmin-Didot.

<sup>250</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, t. I, n<sup>o</sup> 331, p. 380.

<sup>251</sup> V. sur la conception antérieurement retenue que le droit international privé viserait à résoudre un conflit de souverainetés, not. A. Bucher, « Vers l'adoption de la méthode des intérêts ?, Réflexions à la lumière des codifications récentes », *TCFDIP* 1993-1995, p. 209 et s. ; P. Gothot, « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois », in *Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz 2005, p. 343 et s.

<sup>252</sup> L. d'Avout, « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Sté Monster Cable Product Inc. c/ Sté Audio Marketing services*, *JCP G.* 2008, II, 1018.

d'une absence d'influence du juge saisi sur la manière de résoudre une question de droit privé et une interchangeabilité des autorités juridictionnelles étatiques, justifiant de minimiser « l'enjeu de la question du juge compétent »<sup>253</sup>.

**56.** Sur ce fondement, il est admis, en droit international privé contemporain<sup>254</sup>, que les compétences juridictionnelle et législative sont par principe indépendantes l'une de l'autre, et que les questions de l'autorité compétente et du droit applicable pour trancher un litige doivent être envisagées et traitées séparément. Alors que l'influence qu'exercent ces deux compétences l'une sur l'autre est par principe niée quant à son existence<sup>255</sup>, ou en tout cas minimisée, la désignation d'un ordre juridique *globalement compétent*, dans ses dimensions à la fois substantielle et juridictionnelle, est rejetée comme méthode de résolution des conflits de lois et de juridictions par la doctrine<sup>256</sup> et la jurisprudence<sup>257</sup>.

Ainsi, il a été rappelé que la compétence des juridictions françaises n'induit pas l'application automatique de la loi française, qui ne bénéficie pas en principe d'une compétence exclusive devant le juge du for<sup>258</sup>. D'un autre côté, la loi applicable au fond du litige ne commande pas la compétence juridictionnelle corrélée des tribunaux de l'ordre juridique qui l'a édictée, parce que « la loi éventuellement appliquée au fond est sans effet sur la juridiction compétente »<sup>259</sup>. Corrélativement, la compétence d'une loi étrangère pour régir le fond du litige n'implique pas normalement l'incompétence des juridictions françaises, et il s'ensuit que « le juge français, après avoir déterminé la loi applicable, ne peut se déclarer ensuite incompétent pour statuer au motif que cette loi est une loi étrangère »<sup>260</sup>.

**57.** Cette indépendance des conflits de juridictions et des conflits de lois est généralement justifiée du fait de la différence d'objectifs poursuivis par les règles qui y sont établies. Traiter

---

<sup>253</sup> *Ibid.*

<sup>254</sup> V. cep. proposant au contraire un traitement conjoint de ces deux compétences, Niboyet, *Traité*, t. VI, Sirey, 1949, n° 1834-1837.

<sup>255</sup> V. cep. J. D. Gonzalès-Campos, *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé*, RCADI 1977, t. 156, p. 291 et s. ; H. Batiffol, *Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative, De conflictu legum, Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, 1962, p. 55.

<sup>256</sup> V. not. H. Batiffol et P. Lagarde, *ouvrage préc.*, n° 673.

<sup>257</sup> V. not., Cass. Soc., 29 novembre 1978, où la Cour déclare que « la détermination de la loi applicable et celle de la juridiction compétente n'étant pas liées (...) ».

<sup>258</sup> V. cep. sur la prépondérance qui lui est accordée notamment en droit pénal ou en droit public, P. Hébraud, *art. préc.*, p. 247 et s. ; Adde, J.-M. Bischoff, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, LGDJ, 1959.

<sup>259</sup> V. Cass. Soc., 6 février 1986, JCP G 1986, IV, p. 100 ; Dalloz 1986, p. 266, obs. B. Audit ; Cass. Soc., 15 octobre 2002, JCP G 2002, IV, 2909 ; CA Rennes, 3 février 1905, Clunet 1908, p. 1126 ; RCDIP 1908, p. 245, qui déclare que « le choix d'un tribunal est indépendant de la loi à appliquer ».

<sup>260</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 juin 1963, Clunet 1964, p. 555, note L. Sébag ; RCDIP 1965, p. 366, note Y. Loussouarn, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1993, RCDIP 1995, p. 554, note P. de Vareilles-Sommières, qui déclare que « le juge français ne peut se déclarer incompétent pour statuer [...] au motif que la loi applicable est une loi étrangère ».



conjointement ces deux questions et les faire dépendre d'une même règle reviendraient alors à confondre deux objectifs contraires et éventuellement incompatibles<sup>261</sup>.

S'agissant de l'incidence du droit applicable au fond du litige sur la compétence juridictionnelle, il est généralement avancé que les règles déterminant la compétence législative sont insusceptibles de résoudre opportunément la question du juge compétent et d'assurer la réalisation des objectifs poursuivis dans les conflits de juridictions<sup>262</sup>. Elles sont affectées normalement à la réalisation d'une coordination des systèmes et d'une harmonie internationale des solutions et sont par principe détachées de toute prise en compte des considérations relatives à la commodité procédurale et à une bonne administration de la justice<sup>263</sup>. Elles fixent des principes généraux de rattachements unitaires, fondés sur des « arrêtes essentielles de tout système de droit privé »<sup>264</sup> et ayant pour but d'assurer l'application de la loi présentant les liens les plus significatifs avec le rapport de droit, alors que les règles de compétence juridictionnelle se satisfont de la multiplicité et de la concurrence habituelle des juridictions compétentes. Au-delà, la reconnaissance d'une attraction exercée par le droit applicable sur la compétence des juridictions de l'ordre juridique qui l'a édicté serait incompatible avec l'ordre traditionnel de résolution des questions de droit international privé, dès lors que la détermination de la compétence juridictionnelle est normalement un préalable à la détermination de la loi applicable au fond du litige. Une solution contraire est généralement jugée à la fois illogique<sup>265</sup> et impraticable<sup>266</sup>. À ces arguments s'ajoutent généralement ceux fondés sur l'existence d'une confiance interjuridictionnelle.

#### b) Existence d'une confiance interjuridictionnelle

**58.** Le maintien du principe de licéité des clauses attributives de juridiction, malgré l'applicabilité d'une loi de police du for, semble reposer, comme en matière d'arbitrage, sur l'idée que le maintien du contentieux devant ses juridictions n'est pas absolument nécessaire pour assurer son respect dans les rapports internationaux. La mise en place d'une solution dérogatoire ne se justifierait pas, compte tenu de l'importance des considérations qui induisent

<sup>261</sup> En ce sens, not., Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 147 ; A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 199.

<sup>262</sup> V. sur ce point, P. Hébraud, « De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître », RCDIP 1968, p. 205.

<sup>263</sup> V. en ce sens, not. H. Batiffol, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI 1973, t. 139, p. 91 et s. ; Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 147 ; A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 199 et s.

<sup>264</sup> L. d'Avout, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, JCP 19 novembre 2008, II 10187.

<sup>265</sup> V. not. H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in *Convergence and Divergence in Private International Law*, in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010, Eleven International Publ., p. 707 et s., p. 711 ; A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 199 et s.

<sup>266</sup> V. en ce sens, not. Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 557.

en parallèle de favoriser l'efficacité de ce type de clauses. La faiblesse du risque de violation des lois de police du for qu'engendrerait l'expatriation du contentieux devant une juridiction étrangère est généralement fondée sur l'idée que les tribunaux étrangers ont à la fois la capacité et la volonté de les mettre en œuvre. Une telle croyance est également renforcée par la reconnaissance, aujourd'hui très large, d'une possibilité d'application directe des lois de police étrangères, formellement consacrée dans les instruments européens<sup>267</sup>.

**59.** Au-delà, l'idée se développe que l'application d'une disposition étrangère pourrait suffire pour assurer la réalisation de la politique législative impérative du for. Cette confiance envers les législations étrangères, fondée sur la croyance en une certaine équivalence des objectifs poursuivis, est renforcée par le rapprochement toujours plus important des législations nationales que consacre, en particulier, le droit européen. Le cadre institutionnalisé de l'Union européenne permet, en effet, de développer une entente générale quant aux politiques législatives poursuivies entre les États membres, et conduit à une prise en charge de certains objectifs au niveau supranational, qui diminuent le particularisme des lois de police étatiques<sup>268</sup>.

Il est assez généralement admis que ce rapprochement est susceptible de conduire à ce que la résolution du contentieux par application d'une juridiction étatique étrangère, en application de ses règles de compétence législative, puisse permettre d'obtenir un résultat final équivalent à celui auquel serait parvenu le juge du for par application de sa loi de police<sup>269</sup>. La possibilité, pour les lois de police d'un État, de trouver leur *pendant* dans les règles matérielles de l'ordre juridique étranger, permettrait alors au for de se détacher de la nécessité d'assurer l'application effective de ses dispositions impératives, et de se satisfaire de l'application de la loi étrangère. Ainsi, H. Gaudemet-Tallon a pu déclarer, en faveur de la solution consacrée dans l'arrêt *Monster Cable*, que l'« on peut penser que si les parties se soustraient à l'application d'une loi de police française en désignant une juridiction étrangère, la loi appliquée par le juge étranger rejoindra souvent les objectifs poursuivis par la loi de police française »<sup>270</sup>.

---

<sup>267</sup> V. en particulier, l'art. 9.3 du règlement Rome I.

<sup>268</sup> V. sur ce point, *infra*, n° 294 et s.

<sup>269</sup> V. en ce sens, not., L. G. Radicati di Brozolo, *art. préc.*, note 10, n° 1, et note 5 ; H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de polices ? », in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger et S. Symeonides (eds), *Convergence and Divergence in PIL - Liber Amicorum Kurt Siehr, Pays-Bas, 2010, Eleven International Publ.*, p. 707 et s., p. 717.

<sup>270</sup> H. Gaudemet-Tallon, *art. préc.*, p. 718.

Sous cet angle, la prévalence accordée à la protection des intérêts des parties et du commerce international apparaîtrait tout à fait justifiée parce qu'elle n'induirait qu'un risque extrêmement faible de violation de la politique législative poursuivie.

**60.** Cette éventuelle violation pourrait également être compensée par le contrôle effectué au stade du contentieux de l'*exequatur*. La possibilité, pour le juge du for, de refuser la reconnaissance ou l'exécution du jugement prononcé à l'étranger, dans l'hypothèse exceptionnelle où la saisine des juridictions étrangères aurait conduit à porter atteinte à l'efficacité de la politique législative poursuivie par le for, apparaît en effet, la plupart du temps, invoquée également dans ce cadre<sup>271</sup>. L'impérativité de la loi de police du for serait alors, *dans le pire des cas*, préservée grâce au *second look*, expressément posé pour conditionner l'admission des clauses de prorogation de for dans la jurisprudence américaine. Ce contrôle, dont l'efficacité est présumée, est également considéré comme étant *suffisant* malgré la contingence de sa mise en œuvre<sup>272</sup>, et semble même progressivement voir son utilité remise en cause au fur et à mesure que la confiance éprouvée envers les systèmes juridiques étrangers s'accroît. À cet égard, la solution retenue dans l'affaire *Lloyd's*, par les juridictions américaines, révèle que la confiance interjuridictionnelle est pratiquement absolue et rendrait presque inutile une telle réserve<sup>273</sup>.

L'analyse de la place accordée aux lois de police du for devant les autorités juridictionnelles étrangères ou arbitrales implique pourtant de reconnaître toute l'importance de ce contrôle.

## **SECTION II : RÉPERCUSSIONS SUR LE RESPECT DES LOIS DE POLICE**

**61.** L'indifférence consacrée vis-à-vis des impérativités substantielles au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle conduit, dans le contexte de la libéralisation toujours croissante des clauses de choix de for arbitral et étatique, à accroître sensiblement les chances que celles-ci ne soient pas respectées dans les rapports internationaux. Il en est ainsi, en dépit de la confiance généralement éprouvée quant à la mise en œuvre des lois de police du for devant les autorités juridictionnelles étrangères, du fait de la perte d'impérativité en réalité très nette qu'elles connaissent chaque fois que le litige est tranché à l'étranger. Compte tenu

---

<sup>271</sup> V. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, *art. préc.*, p. 719.

<sup>272</sup> À cet égard, il a pu être considéré que l'absence de saisine des juridictions du for par les parties au stade du contentieux de l'*exequatur* n'empêcherait pas à ce système d'être suffisant, dès lors que ces hypothèses seraient celles dans lesquelles les lois de police du for seraient peu concernées et que leur non-application n'aurait en général « pas de conséquences sérieuses pour l'ordre juridique français ». V. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, *art. préc.*, p. 719. La conjonction de la saisine d'une juridiction étrangère et de la demande d'exécution du jugement sur un territoire étranger légitimerait donc, selon cet auteur, la violation des impérativités substantielles françaises.

<sup>273</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 53.

du lien inévitable qui existe entre l'autorité juridictionnelle saisie et l'application des dispositions de cette nature, leur application certaine et automatique apparaît nécessairement conditionnée au maintien d'une liaison entre le *forum* et le *jus* dans leur ordre juridique d'origine. De ce point de vue, la multiplication des chances d'une décorrélation des compétences, à laquelle conduit la reconnaissance d'un recours favorisé à des autorités juridictionnelles étatiques et arbitrales étrangères, amène en parallèle à réduire d'autant la probabilité d'un respect absolu des politiques législatives impératives du for dans les rapports internationaux.

L'admission croissante des clauses de prorogation de for dans des domaines pourtant régis par des réglementations impératives consacre ainsi, parallèlement, une *dilution* de l'impérativité<sup>274</sup> des lois de police sur la scène internationale (I). Dès lors que le système permet de faire reposer la résolution du contentieux à l'étranger sur la volonté des parties de déroger à la compétence préexistante des juridictions du for, le système conduit à leur conférer une certaine *maîtrise* sur l'impérativité de ces dispositions. Cette conséquence de la libéralisation des conflits de juridictions, mise en lumière par D. Bureau et H. Muir Watt<sup>275</sup>, conduirait alors à rendre les lois de police globalement *disponibles* et à inverser les rapports entre l'autonomie de la volonté et les dispositions internationalement impératives dans les conflits de juridictions (II).

### **I-Dilution de l'impérativité des lois de police du for**

**62.** Dans un contexte général où la détermination du droit substantiel applicable peut par principe être réalisée par recours aux règles de conflits de lois bilatérales et abstraites<sup>276</sup>, la spécificité des lois de police conduit à une réalité toute différente. Reposant sur une revendication de compétence législative unilatérale et visant à assurer la réalisation d'une politique législative impérative poursuivie par l'État dont elles émanent, les lois de police ne s'imposent réellement que devant les juridictions de celui-ci. Devant toute autre autorité juridictionnelle, leur mise en œuvre n'apparaît que commandée par une souveraineté étrangère et implique que cette autorité fasse un choix entre l'application du droit désigné par les règles auxquelles elle est soumise et celle de la loi de police étrangère<sup>277</sup>.

---

<sup>274</sup> Cette expression, utilisée par H. Muir Watt, *cours préc.*, n° 94, p. 141, sera plusieurs fois utilisée par la suite.

<sup>275</sup> V. en particulier, H. Muir Watt, *cours préc.*, n° 95 et s., p. 142 et s. ; D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 144, p. 176 ; n° 149, p. 180 ; n° 556, p. 653.

<sup>276</sup> V. sur ce point, J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. IV, Paris, 1949, p. 260 et s.

<sup>277</sup> Il est possible, néanmoins, que pour un litige donné, la loi de police d'un ordre juridique soit désignée par la règle de conflit de lois du juge saisi. Le caractère unilatéral de cette disposition reste alors sans incidence, et son application, fondée

Dans ce cadre, l'analyse du droit positif révèle que la mise en œuvre des lois de police étrangères est, devant des autorités juridictionnelles étatiques (A) comme devant des autorités arbitrales (B), très largement improbable et en tout cas trop rare pour assurer leur respect effectif. Ces autorités se trouvent, en effet, confrontées à des obstacles pratiques et théoriques dirimants, qui excluent en définitive toute interchangeabilité des autorités juridictionnelles quant à la mise en œuvre des dispositions de ce type.

### **A) Application des lois de police par les juridictions étrangères**

**63.** Alors que la possibilité même qu'il puisse être fait application des lois de police étrangères semble soulever certains doutes (1), la manière dont elles peuvent être mises en œuvre en droit positif apparaît encore, dans tous les cas, insusceptible de garantir leur respect effectif à l'étranger (2).

#### 1- Fragilités théoriques

**64.** Malgré les différentes considérations qui interviennent positivement pour asseoir l'application des lois de police étrangères (a), la reconnaissance de cette possibilité n'apparaît qu'assez limitée en droit positif (b).

#### a) Arguments en faveur d'une application des lois de police étrangères

**65.** En droit international privé contemporain, l'idée d'une possible application des lois de police étrangères a pu se développer du fait de l'abandon progressif du dogme de la territorialité du droit public en doctrine et en jurisprudence<sup>278</sup>, et de l'admission parallèle d'un détachement de ces dispositions des lois de pur droit public<sup>279</sup>. Il est aujourd'hui admis, en effet, qu'elles visent la plupart du temps à régler des intérêts privés ou s'appliquent à des activités privées, notamment économiques<sup>280</sup>. Elles sont considérées comme des dispositions

---

sur la mise en œuvre des règles de détermination de la compétence législative par principe applicable devant ce juge, s'imposera à lui comme n'importe quelle autre disposition étrangère. Une situation assez similaire pourrait apparaître devant un arbitre, lorsque la loi de police applicable appartiendrait à la *lex contractus*, désignée par les parties ou, à défaut de choix, apparaissant comme le droit considéré par l'arbitre comme le plus approprié.

<sup>278</sup> V. sur cette théorie, not. P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », RCDIP 1979, p. 1 et s. et p. 349 et s.

<sup>279</sup> L'idée d'un rattachement de ces dispositions à des règles de droit public a cependant été défendue par plusieurs auteurs, parmi lesquels, not., P. Lalive, « Le droit public étranger et le droit international privé », TCFDIP 1973-1975, p. 215 et s., p. 215 ; G. de La Pradelle, note, Clunet 1970, p. 934 ; Mezger, note, RCDIP 1977, p. 83 ; Sperduti, « Droit international privé et droit public étranger », Clunet 1977, p. 9 et s.

<sup>280</sup> En ce sens, not., P. Mayer, « Les lois de police étrangères », Clunet 1981, p. 277 et s., n° 37.

revêtant une nature « hybride », appartenant à un domaine « où le public et le privé se combinent dans des constructions instables et, d'un État à l'autre, dissemblables »<sup>281</sup>. Ainsi, elles seraient de nature privée et seulement *empreintes* de droit public<sup>282</sup>.

**66.** Dans ce cadre, la question de l'application des lois de police étrangères soulève néanmoins des difficultés variables. Leur mise en œuvre ne semble pas poser de problème particulier lorsqu'elles sont désignées par la règle de conflit de lois du for et intégrées à la *lex causae*<sup>283</sup>, en ce sens qu'elle apparaît justifiée à la fois par le respect du point de vue du for et celui du système étranger. Ces dispositions ne devraient dès lors pouvoir être écartées que pour des raisons qui peuvent justifier en *temps normal* de déroger aux solutions données par la règle de conflit, telles que la contrariété de ces dispositions à l'ordre public du for ou à ses propres lois de police<sup>284</sup>, ou lorsque la situation tomberait en dehors des limites du champ d'application qu'elles ont fixé<sup>285</sup>. À cet égard, d'ailleurs, le rapprochement des législations étatiques et le développement d'une entente quant à la poursuite des politiques législatives étatiques conduisent, au sein de l'espace européen, à une intégration de plus en plus fréquente des lois de police dans des règles de conflit de lois uniformes, qui permet leur désignation en tant que *lex causae* et assure leur application indépendamment du juge saisi<sup>286</sup>. La mise en œuvre des lois de police étrangères peut alors être réalisée directement par l'application de la règle de conflit normalement applicable dans le for, et repose sur la prise en compte du seul point de vue substantiel de celui-ci.

La question, en revanche, soulève plus de difficultés lorsque la loi de police n'est pas désignée par la règle de conflit de lois du for mais se veut applicable *en tant que telle*. Dès lors que cette disposition n'entre pas dans le présumé de la règle de conflit de lois normalement applicable, sa mise en œuvre induit une mise à l'écart des solutions prévues dans le for et risque de susciter des réticences de la part de celui-ci. L'idée d'une application

---

<sup>281</sup> Ph. Francescakis, *Résolution de l'Institut de droit international sur l'application du droit public étranger*, Annuaire IDI, t. 56, p. 156 et s.

<sup>282</sup> V. Y. Lequette, *thèse préc.*, p. 217, note 5 ; J. Foyer, « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », RCDIP 1965, p. 39 et s., n° 10 et s.

<sup>283</sup> V. en doctrine, P. Mayer, *art. préc.*, n° 59 et s., p. 330 et s., et dans la jurisprudence, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 1972, *Audouze*, RCDIP 1973, p. 520, note H. Batiffol ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 1972, *Cassan*, Clunet 1973, p. 716, note B. Oppetit. V. cep. sur la question de leur autolimitation, P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 129.

<sup>284</sup> V. sur les hypothèses d'un conflit de lois de police, *infra*, n° 503 et s.

<sup>285</sup> V. sur cette autolimitation des règles d'application immédiate, not., R. de Nova, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », in *Mélanges offerts à J. Maury*, 1960, t. I, p. 377 et s. ; D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 564.

<sup>286</sup> Le cadre européen favorise en effet la consécration de règles de conflit de lois *adaptées* à la réalisation de certaines politiques législatives, fondées sur des rattachements constitués d'un assemblage ou d'un groupement de lois de police applicables. V. en particulier, l'art. 30 du règlement 650/2012 du 4 juillet 2012 *sur les successions internationales* ou les règles de conflit de lois prévues dans le règlement Rome I à défaut de choix de loi applicable en matière contractuelle notamment. V. sur ce point, *infra*, n° 376.

possible des lois de police étrangères dans ces hypothèses, lancée par *Wengler*<sup>287</sup>, a reçu dans un premier temps un accueil réservé<sup>288</sup>, et suscite encore certaines réticences. Il est notamment avancé qu'elle serait délicate, en particulier parce que le juge du for rencontrerait des difficultés pour déterminer les dispositions relevant de cette qualification et pour identifier leur domaine d'application<sup>289</sup>. D'un autre côté, il est également considéré que cette application entraînerait une imprévisibilité des solutions dans l'hypothèse où la situation présenterait des rattachements avec plusieurs pays et que seuls les intérêts étatiques du for seraient susceptibles de contrebalancer les intérêts privés.

**67.** L'idée s'est pourtant développée que la mise en œuvre des lois de police étrangères applicables *en tant que telles*, sans être obligatoire, était à la fois possible et souhaitable. Elle semble pouvoir se justifier par esprit de coopération internationale<sup>290</sup> et reposer sur la volonté du for de collaborer à la protection des intérêts étatiques étrangers<sup>291</sup>. Dans l'hypothèse envisagée, elle présenterait aussi un intérêt évident, dès lors qu'elle diminuerait le lien existant entre la compétence juridictionnelle et législative en la matière et l'impact de la saisine juridictionnelle sur le droit impératif substantiel applicable<sup>292</sup>. Ainsi, elle permettrait de « déjouer les manœuvres de ceux qui cherchent, en utilisant au maximum les possibilités de la théorie des conflits de lois et de l'autonomie de la volonté, à se jouer des ordres juridiques nationaux »<sup>293</sup>.

Il est également assez souvent mis en avant que la mise en œuvre des lois de police étrangères répondrait à des préoccupations d'harmonie internationale et de reconnaissance des décisions, et que le réalisme devrait conduire l'ordre juridique du for à admettre de la prendre en compte pour éviter la création éventuelle d'une situation incohérente ou boiteuse<sup>294</sup>.

---

<sup>287</sup> V. *Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht: Z. für vgl. Rechtswissenschaft*, t. 54, p. 168 et s.

<sup>288</sup> V. en particulier, Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leur rapport avec les règles de conflit de lois », RCDIP 1966, p. 1 et s., p. 11, pour qui le seul cas où une loi de police étrangère peut être appliquée est celui où elle est désignée par la règle de conflit de lois du for.

<sup>289</sup> À cet égard, d'ailleurs, il a pu être proposé, pour faire l'économie de ce type d'interrogations, de « bilatéraliser » le critère d'application nécessaire des lois de police du for et de consacrer des règles de conflit bilatérales spéciales dérogatoires. V. en ce sens, not. A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, 1972, Dalloz, n° 286 et s. ; F. Déby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, 1973, Dalloz, n° 2 et s., et sur la consécration de cette solution en droit positif dans certaines matières, *infra*, n° 302 et s..

<sup>290</sup> V. en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 182, p. 169.

<sup>291</sup> V. en ce sens, P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, n° 38, p. 312, et sur ce point, *infra*, n°554 et s.

<sup>292</sup> Elle diminuerait ainsi, parallèlement, l'intérêt du *forum shopping* que pourraient chercher à pratiquer les parties. V. sur ce point, *infra*, n° 99 et s.

<sup>293</sup> P. Lagarde, « Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé », ASDI, 1979, p. 72 et s., spéc., p. 80.

<sup>294</sup> V. not. P. Mayer, *art. préc.* *Clunet* 1981, n° 45, p. 320 ; K.-H. Neumayer, « L'autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », RCDIP 1958, p. 53 et s., p. 58, et sur cet argument, également *infra*, n° 586 et s.



D'un autre côté, la prise en compte des lois de police étrangères est généralement considérée comme n'impliquant aucune atteinte aux intérêts du for et à sa souveraineté, dès lors qu'elle ne serait pas imposée comme une obligation mais dépendrait de la volonté du for. Celui-ci, en définitive, disposerait toujours d'une marge de manœuvre dans la décision de les considérer, et pourrait toujours apprécier l'opportunité de leur mise en œuvre au regard de la légitimité de l'objectif qu'elles poursuivent<sup>295</sup>. La seule intégration de la situation dans le champ d'application de la loi de police étrangère serait insuffisante pour justifier son application, qui serait toujours facultative et pourrait être écartée dans toutes les hypothèses où le for considérerait qu'elle n'est pas justifiée ou qu'elle porterait atteinte au respect de ses intérêts. Au contraire, l'État devrait pouvoir trouver des raisons *positives* de les mettre en œuvre, parce que celle-ci rendrait plus probable l'application à l'étranger de ses propres lois de police. Dès lors que tous les États règlementent impérativement certaines activités, l'intérêt d'un État serait de consentir à faire application d'une loi de police étrangère et de coopérer à la réalisation d'une politique d'un autre État pour espérer en retour un acte de réciprocité<sup>296</sup>.

Malgré ces différentes considérations, une telle possibilité n'apparaît consacrée, en droit positif, que de manière restrictive, ce qui la rend en réalité plus théorique que réelle et conduit à admettre l'existence d'un lien entre la compétence juridictionnelle et l'application des lois de police.

#### b) Faible probabilité d'une prise en compte des lois de police étrangères

**68.** Face à l'incertitude qui entoure la question de la mise en œuvre des lois de police étrangères, les textes internationaux apparaissent comme la voie la plus sûre pour en assurer la réalisation. À cet égard, malgré l'existence de dispositions reconnaissant formellement une telle possibilité, elle n'apparaît admise que pour des hypothèses en définitive étroitement circonscrites. En dehors de certains traités<sup>297</sup>, dont certaines conventions de La Haye<sup>298</sup>, la possibilité d'une application des lois de police étrangères est expressément consacrée dans les instruments européens.

---

<sup>295</sup> V. not. sur ce point, K.-H. Neumayer, *art. préc.*, RCDIP 1957, p. 579 et s. et RCDIP 1958, p. 53 et s.

<sup>296</sup> V. en ce sens, not. P. Mayer, *Rép. dr. int. Dalloz*, V° *Lois de police*, n° 31.

<sup>297</sup> V. not. les Statuts du Fonds monétaire international, art. VIII, section 2, b), qui prévoient qu'aucun État ne peut ordonner l'exécution d'un contrat passé en violation de la réglementation des changes régulièrement prise par un autre État, et en outre, que les États peuvent prendre des mesures ayant pour but de rendre plus efficaces les réglementations de change d'un autre État. Et pour un exemple de mise en œuvre en France, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 et 15 mars 1973, *Clunet* 1975, p. 66.

<sup>298</sup> Il en est ainsi, par ex., de l'art. 16 de la convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation (sur laquelle v. RCDIP 1977, p. 639), de l'art. 16 de la convention du 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, qui limite la possibilité de donner effet aux lois de police étrangères sauf dans des cas exceptionnels (sur laquelle, v. RCDIP 1984, p. 770 ; *Clunet* 1987, p. 65).

Les articles 7 de la convention de Rome et 9 du règlement Rome I ont successivement reconnu, en effet, une place aux lois de police du for<sup>299</sup> et aux lois de police étrangères qui revendiqueraient unilatéralement leur application<sup>300</sup>. La mise en œuvre des lois de police étrangères applicables *en tant que telles* n'apparaît néanmoins que comme une *possibilité* pour le juge du for et se trouve limitée à certaines hypothèses étroitement déterminées. Dans le but d'assurer un compromis acceptable pour l'ensemble des États membres<sup>301</sup>, le règlement Rome I s'est placé en retrait par rapport à la convention de Rome et consacre une solution peu satisfaisante<sup>302</sup>. Il limite, en effet, considérablement les hypothèses dans lesquelles les lois de police étrangères sont susceptibles de trouver application<sup>303</sup>, en détachant assez largement la mise en œuvre de ces dispositions de la prise en compte de la *volonté* ou du *point de vue* de l'ordre juridique dont elles émanent. Alors que la convention limitait les lois de police applicables à celles qui présentaient « un lien étroit avec la situation »<sup>304</sup>, le règlement restreint les dispositions étrangères susceptibles de trouver application dans le for à celles « 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 du contrat illégale »<sup>305</sup>. Or, en mentionnant les seules lois de police de ce pays, le système écarte en principe toute possibilité *d'application* des autres lois de police étrangères à portée extraterritoriale, malgré leur éventuelle légitimité<sup>306</sup>, et de celles qui imposent des comportements positifs déterminés<sup>307</sup>. Il

---

<sup>299</sup> V. art. 7.2 de la convention de Rome et art. 9.2 du règlement.

<sup>300</sup> V. art. 7.1 de la convention et art. 9.3 du règlement.

<sup>301</sup> V. sur les débats et les réserves qu'avait suscités l'art. 8.3 de la proposition de règlement, E.-A. Oprea, *thèse préc.*, n° 532 et s., p. 386 et s. Dans le cadre de la convention de Bruxelles, une possibilité de réserve avait été expressément prévue à l'art. 22.1 a) concernant la mise en œuvre des lois de police étrangères, et certains États en avaient fait usage, notamment, le Luxembourg, l'Allemagne et la Grande-Bretagne, ce qui révèle l'absence d'unanimité sur ce point.

<sup>302</sup> V. not. sur de telles critiques, 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-Ritain, A. Bonomi (coord.), *Le nouveau règlement européen Rome I relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles*, Actes de la 20<sup>e</sup> Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Schulthess, 2008, p. 217 ; L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *Dalloz* 2008, p. 2165 et s. ; P. Lagarde et A. Tennenbaum, « De la convention de Rome au règlement Rome I », *RCDIP* 2008, p. 779 et s.

<sup>303</sup> V. sur la limitation consacrée concernant la mise en œuvre de cette possibilité, not., *infra*, n° 702.

<sup>304</sup> L'art. 7.1 énonce en effet que : « 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. » À cet égard, le rapport Giuliano-Lagarde évoquait différents exemples de connexion minimale imposée entre la situation et le for : le lieu d'exécution du contrat, la résidence de l'une des parties ou le centre principal d'activité d'une des parties (V. Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JOCE, C 282 du 31 octobre 1980, n° 6, p. 27).

<sup>305</sup> Art. 9.3.

<sup>306</sup> V. néanmoins, reconnaissant sur la possibilité reconnue de prendre en compte en tant qu'élément de fait de lois de police autres que celles de l'État du for ou de l'État dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, CJUE, 18 octobre 2016, Aff. C-135/15, *République de Grèce contre Grigorios Nikiforidis*, concl. av. gén. Szpunar, du 20 avril 2016 ; *Dalloz* 2016, p. 2122 ; L. Paillet, « Le règlement Rome I et l'effet à donner aux lois de police étrangères », *dr. soc.*, 2017, p. 196 et s.

<sup>307</sup> V. pour une application littérale de l'article 9.3 par les juridictions françaises, qui refusèrent de donner effet à des mesures américaines d'embargo contre l'Iran au motif que ces règles ne constituaient pas des lois de police au sens du règlement, CA Paris, 25 février 2015, *Dalloz* 2015, p. 1260, note M. Winkler et A. Lacombe ; p. 2031, obs. L. d'Avout ; *Dalloz* 2016, p. 1046, obs. H. Gaudemet-Tallon.

accentue ainsi l'existence d'un lien entre le for et la loi de police, et corrélativement, favorise très largement le *forum shopping* en offrant aux parties la possibilité de se soustraire à une loi de police qui serait applicable, en choisissant de saisir la juridiction d'un État étranger<sup>308</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). »<sup>309</sup>

Il s'ensuit que l'absence d'incidence des lois de police applicables sur le régime de la licéité des clauses attributives de juridiction dans le cadre européen ne peut, en pratique, trouver de justification *suffisante* dans la reconnaissance d'une possible application des lois de police étrangères au sein des instruments. L'expatriation du contentieux devant les juridictions d'un autre État membre conduit inévitablement à restreindre l'impérativité des lois de police du for. D'un autre côté, la question de l'application des lois de police étrangères ne fait l'objet, du moins de manière explicite, d'aucune disposition dans le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles<sup>310</sup>. Seul l'article 16 réserve l'application des lois du for « qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable à l'obligation non contractuelle »<sup>311</sup>.

**69.** En dehors du cadre européen, alors que le principe même de l'application des lois de police étrangères a été admis par la jurisprudence française et dans les États étrangers, ces propositions semblent la plupart du temps être restées à l'état théorique, sans franchir le pas d'une application effective<sup>312</sup>. La jurisprudence néerlandaise est à cet égard particulièrement révélatrice<sup>313</sup>. Il en fut ainsi, notamment, de l'arrêt *Alnati* de la Cour néerlandaise<sup>314</sup>, généralement considéré comme ayant posé le principe de la prise en compte des lois de police étrangères. S'agissant de dispositions impératives belges applicables à un contrat de transport maritime, la Cour énonce qu'« il peut arriver que, pour un État étranger, l'observation de

<sup>308</sup> V. en ce sens, et sur ce point, L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », Dalloz 2008, p. 2165, n° 12.

<sup>309</sup> *Ibid.*

<sup>310</sup> Règlement n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil, 11 juillet 2007, JOUE, n° L 199, 31 juillet.

<sup>311</sup> V. à cet égard, alors que le règlement introduit par ailleurs l'autonomie de la volonté dans le cadre des matières extracontractuelles, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, t. II, n° 1009, p. 543-544, qui soulignent la nécessité de reconnaître l'intervention des lois de police dans ce domaine. Elle semblerait, en revanche, moins nécessaire, lorsque les rattachements utilisés sont directement inspirés par des idées de direction des comportements ou de protection des victimes. V. sur ce point, notamment, L. d'Avout, « Que reste-t-il du principe de la territorialité des faits juridiques ? (une mise en perspective du système Rome II) », Dalloz 2009, p. 1629 et s., spéc., n° 16.

<sup>312</sup> V. d'ailleurs, le bilan dressé par P. Courbe, in « Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux », in *Études offertes à Barthélemy Mercadal*, éd. Francis Lefebvre, 2002, p. 99 et s., spéc., p. 111.

<sup>313</sup> V. sur cette jurisprudence, J.-C. Schultsz, « Les lois de police étrangères », TCFDIP 1982-1983, p. 39 et s.

<sup>314</sup> Cour de cassation néerlandaise, 13 mai 1966, RCDIP 1966, p. 522, note A. V. M. Struycken ; Clunet 1979, p. 1010, et 1978, p. 340, note J.-C. Schultsz.

certaines de ces règles, même en dehors de son territoire, revête une importance telle que le juge néerlandais doive en tenir compte, et dès lors, les appliquer de préférence au droit d'un autre État qui aurait été choisi par les parties pour régir leur contrat ». Mais elle relève qu'en l'espèce, « les règles belges ne revêtent pas un caractère tel que le juge néerlandais serait tenu, eu égard aux intérêts belges qui sont en cause relativement à l'application de ces règles, de leur donner la priorité sur le droit néerlandais choisi par les parties »<sup>315</sup>.

**70.** En droit français, la rareté des cas<sup>316</sup> dans lesquels l'application des lois de police étrangères semble avoir été effectivement réalisée<sup>317</sup> conduit également à admettre qu'elle est en pratique assez largement improbable<sup>318</sup>. Pour cette raison, certains auteurs ont pu déclarer que « le principe de l'applicabilité des lois de police étrangères a été admis par certaines décisions judiciaires, même si leur application effective reste rare »<sup>319</sup>.

## 2- Difficultés pratiques

**71.** Au-delà même de la rareté des hypothèses dans lesquelles la possibilité d'une application directe des lois de police étrangères semble admise ou consacrée, leur mise en œuvre se trouve confrontée à des difficultés difficilement surmontables, qui risquent de faire obstacle à un respect effectif des politiques législatives impératives poursuivies par le for à l'étranger. Il en est ainsi à la fois du fait de la complexité que risque de présenter

---

<sup>315</sup> Une autre décision est généralement citée à la suite de cet arrêt, dans laquelle la Cour a relevé que l'intérêt de l'État dont la loi de police étrangère était mise en cause, qui aurait conduit à annuler le contrat de vente, n'était pas suffisamment important pour justifier une dérogation à la mise en œuvre classique de la règle de conflit de lois, en relevant par ailleurs que l'État du for éprouvait au contraire un « intérêt considérable » à voir le contrat considéré comme valable. V. Cour de cassation néerlandaise, 12 janvier 1979, *Sewrajsingh*, RCDIP 1989, p. 68, note van Rooij. V. également, Trib. d'arrondissement de La Haye, 17 septembre 1982, RCDIP 1983, p. 473 et B. Audit, « Extra-territorialité du commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », RCDIP 1983, p. 401 et s.

<sup>316</sup> V. cep. Cass. Com., 16 mars 2010, Dalloz 2010, p. 824, et 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD com. 2010, p. 457, obs. P. Delebecque ; JCP 2010, p. 530, note L. d'Avout et D. Bureau ; DMF 2010, n° 714, note S. Sana-Chaillé de Néré ; RD transp. 2010, Comm. 131, note P. Delebecque ; RDC 2010, p. 1385, note P. Deumier, où la Cour a fait application d'une loi de police étrangère en tant que telle, en l'occurrence ghanéenne, sur le fondement de l'art. 7§1 de la convention de Rome. La Cour de cassation a reproché aux juges du fond de ne pas s'être interrogés sur l'application de cette loi étrangère dont l'applicabilité était invoquée par l'une des parties et dont l'ordre juridique dont elle relève présentait des liens étroits avec la situation.

<sup>317</sup> V. l'arrêt rendu par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation (Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 14 février 1973, JCP 1973, V, 124), dans lequel la Cour avait annulé la vente d'un immeuble situé au Vietnam par un Français à l'État français, en raison du défaut d'autorisation administrative exigée par une ordonnance vietnamienne. Tout en déclarant que cette ordonnance « était une loi d'ordre public s'imposant aux contractants comme loi de police du contrat et à laquelle ne pouvait être opposée la loi d'autonomie des parties », la Cour semble néanmoins avoir appliqué la norme vietnamienne parce qu'elle intégrait la loi vietnamienne en tant que *lex causae*, applicable au titre de la loi d'autonomie ou de la loi de situation de l'immeuble..

<sup>318</sup> On peut d'ailleurs relever, *a contrario*, des arrêts dans lesquels les tribunaux se sont expressément prononcés contre une telle application des lois de police étrangères en tant que telles. La Cour d'appel a pu par exemple rejeter l'application de la réglementation brésilienne sur le contrôle des changes dont se prévalait le vendeur et à laquelle l'une des clauses d'un contrat de vente semblait être contraire. V. CA Paris, 13 juillet 1982, Clunet 1983, p. 383, note Ph. Kahn.

<sup>319</sup> H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité*, n° 254, p. 430.

l'identification des lois de police étrangères revendiquant leur application depuis le for (a), et du caractère *insuffisant* du résultat auquel pourrait conduire leur prise en compte (b).

#### a) Caractère aléatoire de l'identification des lois de police étrangères applicables

**72.** Le premier obstacle auquel devrait être confronté le juge du for quant à la prise en compte des lois de police étrangères semble nécessairement lié à la nature des lois de police, dès lors que le caractère unilatéral par lequel elles revendiquent leur application empêche par principe le système juridique du for de la désigner ou d'en déduire l'applicabilité au regard de ses propres conceptions. En l'absence de « bilatéralisation » du critère de rattachement des lois de police du for<sup>320</sup> ou de mécanisme de coordination spécifique<sup>321</sup>, la mise en œuvre des lois de police étrangères ne trouve dans le for aucun fondement et ne peut reposer que sur une appréciation subjective de celui-ci. L'autorité juridictionnelle saisie, en l'absence de critère de désignation fixé par ses règles lui indiquant les dispositions étrangères dont elle devrait au moins envisager de tenir compte, devra procéder elle-même à une sélection de ces dispositions. Or, dès lors que l'application d'une loi de police étrangère constitue nécessairement « le reflet, dans le for qui n'est pas le leur, de la nécessité d'application qui les caractérise dans leur propre for »<sup>322</sup>, elle dépend de la volonté du législateur étranger et de l'intérêt de l'État auquel il appartient. C'est donc au regard du *point de vue retenu à l'étranger* qu'une telle identification des lois de police applicables devrait être effectuée.

**73.** À cet égard, le caractère particulier des intérêts étatiques étrangers mis en cause conduit à rendre particulièrement délicate la tâche du juge saisi et ne peut aboutir qu'à un résultat aléatoire. La détermination du caractère de loi de police implique en effet, en principe, que le juge procède à l'analyse de son contenu et de sa finalité pour en déduire son champ d'application nécessaire et les limites de celui-ci. La constatation de l'existence d'une loi de police étrangère revendiquant son application dans l'hypothèse considérée impliquera nécessairement que le juge saisi se livre à « une phase d'investigation dans l'ordre juridique auquel [la loi de police] appartient »<sup>323</sup> pour déterminer la politique poursuivie ; il devrait se référer pour cela aux éléments que lui fournirait l'ordre juridique étranger. Or, dans ce cadre, le juge du for ne pourra bien souvent se référer à aucune indication précise qui lui serait

---

<sup>320</sup> V. en particulier, suggérant que cette méthode de bilatéralisation des critères de rattachement spatiaux prévus par le for serait la seule possibilité de mettre en œuvre les lois de police étrangères applicables en tant que telles, A. Toubiana, *thèse préc.*, n° 259.

<sup>321</sup> V. sur la mise en place de tels mécanismes, *infra*, TITRE III.

<sup>322</sup> P. Mayer, *art. préc.*, n° 19, p. 296.

<sup>323</sup> P. Mayer, *art. préc.*, p. 294.

donnée par l'État étranger, du fait de l'absence fréquente de précision apportée par le législateur sur le caractère de police d'une disposition et son champ d'application. Seule une analyse des décisions jurisprudentielles rendues dans cet État, qui s'avèrera nécessairement périlleuse et très longue, permettrait ainsi de lui fournir un résultat concret.

**74.** En l'absence de telles indications, la prise en compte des lois de police étrangères risque alors de se limiter aux hypothèses dans lesquelles le for reconnaît lui-même l'applicabilité de ses propres lois de police et de reposer sur une *bilatéralisation* au moins implicite des rattachements qu'il retient pour leur mise en œuvre<sup>324</sup>. Une telle méthode, envisageable dans la seule mesure où une identité pourrait effectivement être reconnue entre l'ordre juridique du for et l'ordre juridique étranger sur ce point<sup>325</sup>, apparaît à titre général et systématique peu opportune parce qu'elle pourrait conduire le for à ne pas envisager la possibilité de mettre en œuvre la loi de police étrangère dans des hypothèses où celle-ci revendique pourtant son application, ou à l'envisager inutilement dans une hypothèse où au contraire elle n'est pas désirée au cas d'espèce<sup>326</sup>. Elle conduirait à faire dépendre l'application éventuelle des lois de police étrangères du point de vue consacré dans le for et empêche en tout cas de faire reposer le libéralisme consacré dans les conflits de juridictions sur l'idée d'un respect des intérêts étatiques étrangers qui serait assuré par ce biais.

**75.** À cet égard, la solution consacrée par les instruments européens ne lève que très partiellement la difficulté, dès lors que les critères qui ont pu être tour à tour établis par la convention de Rome et le règlement Rome I n'apparaissent en réalité que comme des *directives*, impliquant toujours une appréciation subjective assez large du juge saisi. Ainsi, alors que la notion de « liens étroits » utilisée dans la convention de Rome apparaissait incertaine et risquait de pouvoir englober une pluralité de lois de police étrangères que le juge saisi aurait dû départager, la détermination de la loi de police du lieu d'exécution des obligations découlant du contrat dont la prise en compte est, seule, autorisée par le règlement, suscite, en elle-même, également d'importantes interrogations<sup>327</sup>. Devant ces imprécisions,

---

<sup>324</sup> V. sur le caractère insatisfaisant d'un tel procédé pour la prise en compte des hypothèses de compétence exclusives étrangères, *infra*, n° 501.

<sup>325</sup> V. sur de telles hypothèses, qui ne semblent pouvoir se présenter que dans le cadre du droit européen et vis-à-vis de certaines lois de police, *infra*, n° 302 et s.

<sup>326</sup> V. critiquant le recours à un tel procédé, notamment, P. Mayer, *art. préc.*, n° 18, p. 292 ; Ph. Francescakis, *art. préc.*, p. 16, note 2 ; A. Chapelle, *thèse préc.*, n° 410 et s. ; Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 302, qui mettent en avant l'illogisme du procédé ou le défaut d'intérêts étatiques.

<sup>327</sup> Il en est ainsi par ex. concernant l'identification des « obligations découlant du contrat » et la détermination du lieu d'exécution du contrat. V. sur ces difficultés, S. Francq, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Règlement Rome I*, n° 205 et s. V. pour une mise en œuvre récente de cet article par les juridictions françaises, CA Paris, 25 février 2015, n° 12/23757, Dalloz 2015, p.

« l'encadrement » du juge saisi résultant de la limitation des lois de police susceptibles d'être prises en compte dans le règlement<sup>328</sup>, pourtant opportun, apparaît encore insuffisant, dès lors qu'il ne dispense pas le juge saisi de devoir procéder à une sélection *subjective* et aléatoire des dispositions étrangères susceptibles d'intervenir<sup>329</sup>. En l'absence de procédé encadrant étroitement la mise en œuvre des lois de police étrangères et fixant précisément leurs modalités d'application, le respect de ces impérativités apparaît ainsi à la fois incertain et délicat.

#### b) Caractère aléatoire du respect des intérêts étatiques mis en cause

**76.** Dans l'hypothèse même où le juge saisi aurait identifié la loi de police étrangère revendiquant effectivement son application, l'absence de caractère obligatoire que revêt sa mise en œuvre pour le juge du for remet encore assez largement en cause les chances de voir respectées les lois de police du for à l'étranger<sup>330</sup>. Alors, en effet, que l'application de cette disposition repose, en droit français, sur la seule volonté du juge saisi, elle n'est envisagée dans les instruments européens que sous la forme d'une faculté pour le juge saisi. Il est prévu qu'il pourra « être donné effet » à ces dispositions. L'appréciation de *l'opportunité* de mettre en œuvre les dispositions entrant dans le champ d'application des dispositions consacrées apparaît dès lors toujours laissée à sa discrétion.

Or, dans ce cadre, la détermination du caractère *légitime* que revêt l'application de cette disposition s'avère nécessairement délicate et repose sur une analyse purement subjective du juge saisi. À cet égard, les instruments européens précisent que pour décider s'il doit être donné effet aux lois de police étrangères, il sera tenu compte de « leur nature et de leur objet, ainsi que des conséquences de leur application ou de leur non-application », sans pourtant ne donner d'indication à cet égard. Il reviendra ainsi au juge saisi d'analyser, eu égard aux buts et objectifs qu'elles poursuivent, si la protection des intérêts étatiques

---

1260, note M. Winckler et A. Lacombe ; Dalloz 2015, p. 2031 obs. L. d'Avout ; Dalloz 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon, où la Cour d'appel a considéré qu'elle ne pouvait donner effet aux dispositions internationalement impératives américaines du Code des réglementations fédérales instituant un embargo sur les exportations à destination de l'Iran, parce qu'il ne s'agissait ni d'une loi de police française, ni d'une loi de police iranienne.

<sup>328</sup> Quant à l'office du juge, la Cour de cassation semble ainsi avoir déduit une obligation, pour le juge saisi, de considérer les lois de police étrangères susceptibles d'être intégrées dans les conditions posées par les dispositions européennes applicables lorsque leur applicabilité est soulevée par l'une des parties au litige. V. dans le cadre de la mise en œuvre de l'art. 7§1 de la convention, Cass. Com. 16 mars 2010, *préc.*, et sur cette question de l'office du juge pour l'application des lois de police étrangères, *infra*, n° 664 et s.

<sup>329</sup> V. mettant en avant le fait que cet encadrement pourrait néanmoins favoriser leur meilleure application, dès lors que « la circonscription rassurante de leur domaine faciliterait en quelque sorte l'attention que le juge du for accepterait de leur porter », D. Bureau et L. d'Avout, « Les lois de police étrangères devant le juge du contrat international », JCP 2010, p. 530, note sous Cass. Com., 16 mars 2010.

<sup>330</sup> La mise en œuvre d'une loi de police étrangère pourrait, au-delà, également se voir écartée du fait de l'intervention de l'ordre public du for, apprécié ici *in abstracto*.

étrangers justifie qu'elles soient mises en œuvre. Le juge sera alors conduit à effectuer un examen concret, nécessairement aléatoire, des conséquences de la mise en œuvre ou de l'absence de mise en œuvre de cette disposition<sup>331</sup>. En pareil cas, la mise en œuvre d'une loi de police étrangère résultera nécessairement d'un examen comparatif entre la politique législative poursuivie dans le for et celle que reflète la disposition étrangère, et dépendra nécessairement de sa conformité aux conceptions du for<sup>332</sup>. « L'exclusion des lois politiques étrangères ne peut être comprise qu'accompagnée d'une discrimination entre les politiques étrangères à aider et celles à combattre. »<sup>333</sup> Il s'ensuit, « autrement dit, [que] le juge conserve un droit de regard sur la politique législative poursuivie par la loi étrangère qui doit lui sembler compatible avec les impératifs fondamentaux de son ordre juridique »<sup>334</sup>.

**77.** À cela s'ajoute, d'autre part, que, lorsque les différentes conditions de mise en œuvre des lois de police étrangères seront réunies, la marge de manœuvre conférée au juge saisi pour les mettre effectivement en œuvre est susceptible de conduire celui-ci à n'en assurer qu'une simple *prise en considération*, dont les résultats risquent en définitive de n'assurer qu'imparfaitement les intérêts étatiques qu'elles mettaient en cause. L'absence de précision apportée dans le droit commun ou dans les dispositions européennes, où sont distingués *l'application* de la loi de police du for<sup>335</sup> et le fait de donner effet<sup>336</sup> aux lois de police étrangères, laisse en effet envisager conjointement la possibilité d'une prise en considération de la loi de police étrangère<sup>337</sup> ou d'une réelle application<sup>338</sup>.

La technique de la prise en considération consiste à tenir compte de manière *indirecte* des normes impératives<sup>339</sup>, et conduit à ce qu'elles soient considérées comme des données de fait, auxquelles les dispositions substantielles de la *lex causae* attacheront des conséquences juridiques. Elles entrent ainsi « dans le présupposé de la règle substantielle applicable »<sup>340</sup>,

---

<sup>331</sup> V. sur les propositions formulées pour la mise en œuvre de ce test de légitimité, *infra*, n° 711 et s.

<sup>332</sup> V. sur les critiques opposées à une telle prise en compte de la convergence ou de la divergence des intérêts étatiques du for et de ceux de l'État dont émane la loi de police en question, A. Chapelle, *thèse préc.*, n° 400.

<sup>333</sup> P. Gothot, « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », TCFDIP 1975-1977, p. 201 et s., p. 238.

<sup>334</sup> S. Francq, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Règlement Rome I*, n° 207.

<sup>335</sup> Art. 7.2 de la convention et 9.2 du règlement Rome I (implicitement).

<sup>336</sup> Art. 7.1 et 9.3 du règlement Rome I.

<sup>337</sup> V. considérant que l'art. 7.1 de la convention fait référence à une réelle application, P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 43, mais *contra*, considérant qu'il s'agit en l'espèce de prise en considération, H. Gaudemet-Tallon, J.-Cl. dr. int., Fasc. 552-15, « Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement Rome I du 17 juin 2008. Détermination de la loi applicable. Domaine de la loi applicable », n° 99.

<sup>338</sup> V. sur les incertitudes laissées par les formulations employées quant à la méthode de mise en œuvre qui devrait être utilisée, A. Nuyts, « Les lois de police et dispositions impératives dans le règlement Rome I », RDC/TBH 2009, p. 553 et s., spéc. 562.

<sup>339</sup> V. sur cette pratique, notamment, E. Fohrer- Dedeurwaerder, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, 2008.

<sup>340</sup> P. Mayer, *art. préc.*, n° 34, p. 307.



dont « l'effet juridique détermine[rait] seul la substance de la relation juridique »<sup>341</sup>. Il s'ensuit qu'un tel procédé conduirait à mettre en œuvre la loi de police étrangère conjointement avec la *lex contractus*, en l'intégrant simplement dans le raisonnement du juge saisi. Or, obligeant le juge à procéder à des adaptations de la loi de police étrangère ou à n'en faire qu'une application partielle, cette seule prise en considération n'apparaît susceptible que d'assurer de manière également incomplète le respect des intérêts qu'elle mettrait en cause<sup>342</sup>, parce qu'elle n'intervient que « comme un rouage de fait, au sein du dispositif normatif de la loi par principe applicable, laquelle est seule appliquée d'un point de vue formel »<sup>343</sup>. Éventuellement opportune et envisageable, dans la mesure où elle pourrait constituer un *palliatif* à une absence de prise en compte des intérêts étatiques étrangers dans l'hypothèse où ceux-ci seraient confrontés à la mise en cause d'intérêts étatiques du for, par exemple dans l'hypothèse d'un conflit de lois de police<sup>344</sup>, elle semble en revanche insatisfaisante comme méthode de prise en compte des lois de police étrangères à titre général. Elle semble, pourtant, assez largement privilégiée dans ce cadre<sup>345</sup> et a été consacrée, par les juridictions françaises, comme technique de mise en œuvre des lois de police étrangères dans le cadre de l'article 7.1 de la convention de Rome<sup>346</sup>. Une incertitude encore plus grande règne quant à l'application des lois de police du for devant l'autorité arbitrale dont la compétence pourrait être prorogée.

---

<sup>341</sup> P. Mayer, « Le rôle du droit public en droit international privé », RIDC 1986, p. 467 et s., spéc., p. 484.

<sup>342</sup> Elle apparaît, au-delà, susceptible de soulever certaines incohérences. V. sur ce point, P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 44.

<sup>343</sup> D. Bureau et L. d'Avout, « Les lois de police étrangères devant le juge du contrat international », note sous Cass. Com. 16 mars 2010, JCP G. 2010, p. 530 et s., et V. sur ce point, *infra*, n° 633 et s.

<sup>344</sup> V. sur ces conflits, *infra*, n° 511 et s.

<sup>345</sup> Il semble en être ainsi, par exemple, dans les statuts du FMI, dès lors que la sanction de l'inexécution du contrat est prévue dans le texte même du traité et ne dépend pas de la loi étatique elle-même. V. en ce sens, F. Gianviti, « Réflexions sur l'art. VIII section 2 b) des Statuts du Fonds monétaire international », RCDIP 1973, p. 471 et s. ; N. Nord, *thèse préc.*, n° 713, p. 363. V. également, l'art. 17 du règlement Rome II, qui consacre une règle permettant la prise en considération des « règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ». V. considérant que cet article serait susceptible « d'englober l'ensemble des règles de police qui visent à réaliser une finalité économique ou sociale en pesant sur les comportements individuels », H. Muir Watt, « Délits et analyse des intérêts gouvernementaux », in *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du colloque du 20 septembre 2007 (dir.) S. Corneloup, N. Joubert, Litec, 2008, p. 140 et s., p. 140. La solution conduirait dès lors à n'envisager, dans ce cadre, la prise en compte des lois de police étrangères que sous l'angle d'une simple prise en considération.

<sup>346</sup> V. CA Poitiers, 29 novembre 2011, DMF 2012, p. 738, note O. Cachard ; RDC 2012, p. 1335, obs. P. Deumier ; RTD com. 2012, p. 217, obs. Ph. Delebecque, rendu sur renvoi après Cass. Com., 16 mars 2010, où la Cour a décidé qu'« eu égard aux éléments qui précèdent, il convient de prendre en considération » la loi ghanéenne. La nullité du contrat à laquelle conduit la prise en compte de la loi de police étrangère a été déduite, en l'espèce, non de sa cause illicite mais de son « objet impossible ». C'est donc *a priori* la situation de fait créée par la loi de police qui est visée, c'est-à-dire, l'impossibilité de l'exportation, objet de la convention.

## **B) Application des lois de police par les arbitres**

**78.** Devant l'arbitre, le caractère privé et contractuel de la justice arbitrale et son détachement par rapport aux ordres juridiques étatiques conduisent à rendre la mise en œuvre des lois de police étatiques à la fois délicate et incertaine. Dans ce cadre, la perte d'impérativité que connaissent les lois de police de l'ordre juridique français dont la compétence juridictionnelle aura été écartée est celle que subit nécessairement toute loi de police étatique et paraît inévitable. Elle est due à la multiplicité des considérations susceptibles d'être prises en compte par l'arbitre et à la concurrence des différents intérêts mis en cause devant celui-ci. Dans ce cadre, la *semi-impérativité* des lois de police françaises résulte, pour cette raison, tant de l'incertitude qui entoure leur prise en compte de la part de l'arbitre (1) que des difficultés que présente leur mise en œuvre (2).

### **1- Limites relatives à la prise en compte des lois de police étatiques**

**79.** Le caractère aléatoire que revêt la prise en compte des lois de police étatiques devant les arbitres résulte à la fois de son absence de caractère obligatoire (a) et des difficultés que suscite nécessairement l'identification de ces dispositions (b).

#### **a) Absence de caractère obligatoire**

**80.** L'existence d'une véritable obligation, qui serait imposée aux arbitres, de mettre en œuvre les lois de police, apparaît généralement considérée comme le corollaire nécessaire de l'ouverture de l'arbitrabilité des litiges<sup>347</sup>, laquelle consacrerait ainsi un *transfert* de compétence pour la mise en œuvre des impérativités substantielles. Une telle conception semblerait être confortée par certaines décisions dans lesquelles les juridictions ont semblé formuler une véritable *exigence* quant à l'application des lois de police de la part de l'arbitre. Ainsi, dans l'arrêt *Ganz*<sup>348</sup>, la Cour d'appel de Paris a rappelé que « la mission de l'arbitre international consiste aussi à assurer le respect de l'ordre public international ». Elle est également parfois déduite de l'arrêt *Mitsubishi*<sup>349</sup>, dans lequel la Cour suprême déclara que le tribunal arbitral « should be bound to decide that dispute in accord with the national law

<sup>347</sup> V. en ce sens, P. Mayer, « L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publ. CCI, n° 440/1, 1986, p. 31 et s., J.-Ch. Pommier, *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Paris, 1992, n° 313 et s., p. 318 ; Y. Derains, « Rapport », in *Competition and arbitration law*, Publ. CCI, n° 480/3, 1993, p. 251 et s., spéc., n° 13 et s., p. 257.

<sup>348</sup> CA Paris, 29 mars 1991, *Ganz c. SNCF tunisiens*, préc.

<sup>349</sup> V. *Mitsubishi Motors, Corp. v. Soler Chrysler Plymouth, Inc.* 473 US 614 (1985) ; *Yearbook* 1986, p. 555, spéc., n° 19, p. 563 ; Rev. arb. 1986, p. 273, spéc., p. 282.

giving rise to the claim »<sup>350</sup>, et sembla ainsi lier l'arbitre quant à l'application du droit *antitrust* américain et non de la loi suisse choisie par les parties<sup>351</sup>.

**81.** Ce caractère obligatoire, pourtant, semble assez largement illusoire. Il en est ainsi parce que l'arbitrage « plane au-dessus, ou en dehors, des systèmes juridiques nationaux jusqu'au moment où son produit final (à savoir la sentence) atterrit devant un tribunal national, ou même devant plusieurs tribunaux nationaux, dans le contexte d'une procédure d'annulation ou d'*exequatur* »<sup>352</sup>. En l'absence de « système juridique de référence »<sup>353</sup> susceptible de lui servir de « pivot »<sup>354</sup>, ou de règles s'imposant à lui qui pourraient constituer la base de cette obligation, l'arbitre se trouve inévitablement *livré à lui-même*, pour la mise en œuvre de ces dispositions. Ce détachement de la justice arbitrale par rapport aux systèmes étatiques rend l'existence d'une telle obligation d'autant moins possible que celle-ci apparaîtrait nécessairement contingente et multiple. Susceptible d'être envisagée dans la perspective de différents systèmes juridiques, elle pourrait être conçue différemment en fonction de la juridiction étatique à laquelle serait soumis le contrôle de la sentence arbitrale<sup>355</sup>.

D'un autre côté, une telle obligation n'apparaîtrait de toute manière susceptible d'exister que dans la mesure où elle ferait l'objet d'un contrôle de la part des États et verrait sa violation efficacement sanctionnée. Ainsi, il a été relevé qu'« il ne suffit pas qu'un texte, fût-il international, édicte une obligation à la charge d'une personne pour que celle-ci y soit effectivement soumise »<sup>356</sup>. Or, à cet égard, alors qu'il est assez généralement considéré qu'une telle sanction serait assurée par l'inefficacité ou l'annulation résultant de la mise en œuvre du contrôle opéré dans le cadre du contentieux de l'*exequatur*<sup>357</sup>, le rappel de l'existence du *second look* de la part des juridictions étatiques<sup>358</sup> n'apparaît pourtant que comme un simple *avertissement* sans portée immédiate sur l'arbitre et insusceptible de fonder à son égard une réelle obligation. En l'absence d'emprise des ordres juridiques nationaux sur la justice arbitrale, il n'existe, en définitive, aucun mécanisme juridique ou psychologique

---

<sup>350</sup> ... « sera tenu de juger ce litige avec la loi nationale qui donne naissance à la demande » (trad. libre).

<sup>351</sup> V. en ce sens, H. M. Holtzmann, « Rapport », in *Competition and arbitration law*, Publ. CCI, n° 48°/3, 1993, p. 239, spéc., p. 247.

<sup>352</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 138, p. 446.

<sup>353</sup> V. proposant la mise en place d'un tel système, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, p. 282 et s.

<sup>354</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 138, p. 446.

<sup>355</sup> V. en ce sens, L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 139, p. 447.

<sup>356</sup> P. Mayer, « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », in *L'internationalisation du droit*, Mélanges Y. Loussouarn, Paris, 1994, p. 275 et s., spéc., p. 279.

<sup>357</sup> V. en ce sens, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 258.

<sup>358</sup> Sur lequel, V. not. *supra* n° 32.

efficace et capable d'assurer l'application correcte des règles de droit par l'arbitre<sup>359</sup>, de sorte qu'il convient d'admettre que « les obligations des arbitres au sens propre du terme quant à l'application des lois de police sont, sinon inexistantes, certainement fort génériques »<sup>360</sup>.

**82.** Le seul fondement du respect des lois de police est alors la volonté de l'arbitre de rendre une sentence susceptible d'exécution et de répondre aux attentes des États<sup>361</sup>. Elle semble pouvoir découler, de manière plus générale, du désir d'assurer la pérennité de la juridiction arbitrale et le crédit international de l'arbitre<sup>362</sup>, en assurant la résolution définitive du différend. La prise en compte des lois de police étatiques reposerait ainsi sur la conviction des arbitres qu'ils ne doivent pas *trahir* la confiance qu'ont placée les États envers l'arbitrage et sur l'idée que l'ouverture des États envers la juridiction arbitrale est dans une large mesure dépendante du sérieux avec lequel ils assureront le respect de leurs intérêts étatiques. En ce sens, il semblerait possible de dire que « le devoir de l'arbitre d'appliquer le droit relève plutôt de ses devoirs professionnels que d'une obligation juridique proprement dite »<sup>363</sup>. En l'absence de réelle obligation pesant sur l'arbitre, l'application des lois de police étatiques dans l'instance arbitrale dépend ainsi nécessairement de son appréciation subjective et apparaît forcément incertaine. L'analyse de la pratique arbitrale révèle d'ailleurs que les arbitres, bien qu'admettant de s'interroger sur l'impact des lois de police étatiques sur le rapport litigieux<sup>364</sup>, ne l'envisagent généralement que sous l'angle d'une prise en considération<sup>365</sup> et refusent la plupart du temps, en définitive, d'en faire application.

Cette absence d'emprise des ordres juridiques nationaux sur l'arbitre conduit parallèlement à rendre l'identification des lois de police revendiquant à s'appliquer au fond du litige particulièrement difficile et, corrélativement, aléatoire.

---

<sup>359</sup> V. P. Mayer, « Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law », *Arb. Int.*, 2001, p. 235 et s., spéc., p. 237, cité par L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, note 501, p. 448.

<sup>360</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 140, p. 448.

<sup>361</sup> V. laissant apparaître que les arbitres ont conscience de l'importance que revêt la mise en œuvre des lois de police, not. Sent. CCI, n° 6719 (1994), *Clunet* 1994, p. 1071, obs. J.-J. Arnaldez.

<sup>362</sup> V. en ce sens, P. Mayer, « L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publ. CCI n° 440/1, 1986, p. 31 et s., spéc., p. 285.

<sup>363</sup> P. Mayer, *Reflections on the International Arbitrator's Duty to Apply the Law*, *Arb. Int.*, 2001, p. 235 et s., spéc., p. 247, cité par L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, note 501, p. 448.

<sup>364</sup> V. pour un examen de la pratique arbitrale en matière de lois de police, Y. Derains, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », *Études Goldman*, Paris, 1982, p. 219 et s.

<sup>365</sup> À cet égard, dans la mesure où elle laisse s'appliquer la *lex contractus*, la solution conduit ainsi à faire indirectement dépendre la mise en œuvre des lois de police de la volonté des parties. V. sur ce point, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 892 et s.

## b) Difficulté d'identification des lois de police applicables

**83.** Au stade de la sélection des lois de police étatiques dont la mise en œuvre pourrait être envisagée<sup>366</sup>, l'indépendance dans laquelle se trouve l'arbitre par rapport aux ordres juridiques étatiques rend cette opération particulièrement délicate du fait de leur nombre, potentiellement illimité. N'appartenant à aucun État et dépourvu de *lex fori*, il n'est, en effet, logiquement « le gardien d'aucun ordre public étatique »<sup>367</sup>, et aucune loi de police étatique ne possède, de son point de vue, de titre prioritaire à s'appliquer. Toutes revêtent en parallèle la nature de lois de police étrangères et sont susceptibles de revendiquer leur application, en dehors de celles intégrées dans la *lex causae*. Ainsi, dès lors qu'il se trouve placé à « équidistance » de tous les États<sup>368</sup>, l'arbitre se trouve potentiellement confronté à une pluralité de revendications étatiques, parmi lesquelles il est nécessairement amené à faire un tri. Il est contraint de procéder à une sélection pour déterminer celles dont il est, sur le principe, prêt à envisager la mise en œuvre.

En l'absence de corps de règles ou de directives susceptibles d'indiquer les lois de police étatiques dont l'application devrait au moins être envisagée, la pratique arbitrale révèle que l'arbitre a tendance à se référer, au regard de considérations pratiques, globalement à deux systèmes de référence, qui n'apparaissent ni l'un ni l'autre susceptibles d'apporter une réponse satisfaisante pour le traitement des lois de police étatiques.

**84.** Il est généralement avancé<sup>369</sup>, en premier lieu, que l'arbitre devrait faire reposer la sélection des lois de police susceptibles d'être prises en compte sur des considérations d'ordre pratique relatives à l'efficacité future de la sentence<sup>370</sup>. L'importance qui serait ainsi conférée au point de vue de l'ordre juridique du lieu d'exécution future de la décision repose alors sur l'idée que la sentence sera « relocalisée » dans cet ordre juridique au stade du contentieux de l'*exequatur*<sup>371</sup>, et qu'elle s'imposerait dans une logique pragmatique. Une telle prévalence accordée à ses dispositions, pourtant, n'apparaît pas nécessairement justifiée et pourrait dans

<sup>366</sup> V. considérant que le plus souvent, l'arbitre n'aura pas à rechercher lui-même les lois de police applicables, parce qu'elles seront invoquées par l'une des parties, L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 155, p. 468.

<sup>367</sup> J.-B. Racine, *Arbitrage commercial international et Ordre public*, éd. LGDJ, 1999, n° 454.

<sup>368</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 151, p. 463.

<sup>369</sup> V. not. B. Goldman, *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, RCADI 1968-II, p. 347 et s., spéc., n° 45 ; M.-N. Jobard-Bachelier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 534-2 : *Ordre public international*. Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. Applicabilité de règles étrangères et appartenance des valeurs au for. Origine et contenu des valeurs intangibles du for, n° 41 ; E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *Clunet* 1983, p. 293 et s., spéc., n° 87.

<sup>370</sup> V. par ex., Sent. CCI, n° 3281 (1981), *Clunet* 1982, p. 990, obs. Y. Derains ; Sent. CCI, n° 6697 (1990), *Rev. arb.*, p. 1992, p. 135, note P. Ancel. V. cependant, en sens contraire, Sent. CCI, n° 2476 (1976), *Clunet* 1977, p. 936 ; Sent. CCI, n° 5269 (1986), *Clunet* 1987, p. 1029, obs. S. J.

<sup>371</sup> Ph. Fouchard, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.*, 1997, p. 328 et s., spéc., n° 40.

bien des cas s'avérer impraticable<sup>372</sup>. Outre que ce lieu n'est pas forcément déterminable à l'avance, ou pourrait être multiple, le droit du lieu d'exécution n'aura pas forcément de titre légitime à s'appliquer puisqu'il peut avoir été choisi par hasard par les parties. Une telle solution pourrait dès lors conduire l'arbitre à tenir compte des lois de police d'un État n'ayant en réalité que peu de liens avec le litige et à négliger d'autres lois de police ayant une vocation en réalité bien plus grande à s'appliquer.

**85.** D'un autre côté, il est généralement considéré que l'arbitre pourrait tenir compte de l'ordre public de l'État du siège de l'arbitrage, parce que cela éviterait l'annulation de la sentence. Cette solution semble avoir été retenue par certains arbitres<sup>373</sup>. Elle apparaît pourtant peu opportune du point de vue du respect des lois de police étatiques.

Le droit du siège ne semble revêtu d'aucune légitimité particulière pour décider du traitement à apporter aux lois de police<sup>374</sup>, dès lors que la fixation du siège pourrait avoir été choisie par hasard et celui-ci ne pourrait être concerné de manière très lointaine par la sentence. Il en est ainsi en particulier parce que la fixation du siège de l'arbitrage pourrait être le fruit du hasard. À cela, il est également ajouté que le lieu du siège de l'arbitrage pourrait ne pas être celui du lieu d'exécution de la sentence, ce qui conduirait à ce que la prise en compte de ces lois de police n'empêche pas son inefficacité future<sup>375</sup>. Corrélativement, l'annulation de la sentence dans l'État du siège pourrait ne produire aucun effet dans l'ordre juridique du lieu d'exécution, en particulier parce que la reconnaissance d'une sentence annulée dans un autre pays reste parfois possible<sup>376</sup>. Dans ce cadre, le respect des lois de police dépendrait alors de la volonté des parties, qui pourraient décider de fixer le siège dans un pays libéral, dont la législation correspondrait à leurs attentes, et ainsi échapper à l'application de lois de police ayant une proximité avec la situation litigieuse.

**86.** Le choix de l'un ou l'autre de ces ordres juridiques de référence apparaît dès lors nécessairement incompatible avec un traitement « homogène » des lois de police devant l'arbitre et paraît peu satisfaisant. En fait, il convient d'admettre qu'une difficulté insurmontable réside dans le fait qu'il n'existe pas, à proprement parler, de méthode de

---

<sup>372</sup> V. not. sur de telles critiques, L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *Clunet* 1995, p. 321 et s., spéc., n° 36 ; et pour une systématisation de ces critiques, V. Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 541 et s.

<sup>373</sup> V. par ex., Sent. CCI, n° 4604 (1984), *Clunet* 1985, p. 973, obs. Y. Derains ; Sent. CCI, n° 8626 (1996), *Clunet* 1999, p. 1073, obs. J.-J. A.

<sup>374</sup> V. sur la critique d'un tel système, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 526 et s.

<sup>375</sup> V. Ph. Fouchard, « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.*, 1997, p. 328 et s., spéc., p. 345 et s.

<sup>376</sup> V. not. en France, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Aadyamulia c. Sté Rena Holding et a.* (2 arrêts), *préc.*

sélection des lois de police qui puisse apparaître parfaitement satisfaisante ou praticable. En dehors même de ces deux ordres juridiques dont l'identification semble à *la limite* pouvoir être fondée sur des considérations objectives, l'arbitre ne peut, dans tous les cas, faire reposer la présélection des ordres juridiques divers auxquels il se trouve confronté que sur son appréciation subjective et au regard d'un ensemble de considérations disparates. La pratique arbitrale révèle d'ailleurs, en définitive, que la présélection des lois de police effectuée par l'arbitre, parfois rattachée à l'un ou l'autre des critères précédemment identifiés, repose en réalité la plupart du temps sur une sélection discrétionnaire, effectuée au regard des circonstances de l'espèce. La prise en compte des lois de police étatiques apparaît alors à la fois approximative et difficilement susceptible de systématisation, et peut conduire à laisser *de côté* des lois de police dont la revendication d'application reposait pourtant sur des intérêts particulièrement fondamentaux et dignes de protection.

**87.** À cela s'ajoute, enfin, que « parce que le fondement de son pouvoir de juger ne résulte pas du droit d'un seul État mais de tous ceux qui se déclarent prêts à reconnaître une sentence à certaines conditions, l'arbitre statuant dans une affaire à caractère international ne peut se contenter de se faire l'écho d'une conception particulière de l'ordre public »<sup>377</sup>. C'est donc à une prise en compte cumulative ou conjointe des revendications de plusieurs ordres juridiques<sup>378</sup> que l'arbitre devrait être amené à se livrer, ce qui, compte tenu de leur contradiction éventuelle, pourra présenter des difficultés pratiques insurmontables<sup>379</sup>.

Une telle subjectivité, au demeurant, se retrouve également au stade de la mise en œuvre de la loi de police qui aurait été sélectionnée par l'arbitre, dont l'impérativité, en définitive, n'apparaîtra pas susceptible d'être préservée, même dans cette hypothèse.

## 2- Limites relative à la mise en œuvre des lois de police étatiques

**88.** Une fois les lois de police sélectionnées par l'arbitre, leur mise en œuvre soulève encore d'importantes difficultés et repose en réalité presque exclusivement sur l'appréciation subjective de l'arbitre (a). Elle apparaît encore très largement conditionnée par la volonté des parties (b).

---

<sup>377</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996, n° 1534, p. 875.

<sup>378</sup> V. proposant une prise en compte du point de vue de tous les ordres juridiques « intéressés au litige », dont la détermination présenterait néanmoins des difficultés pratiques considérables, E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *Clunet* 1983, p. 293 et s.

<sup>379</sup> Sur ces difficultés, E. Loquin, *art. préc.*, n° 85 et s.

### a) Soumission de la mise en œuvre à l'appréciation subjective de l'arbitre

Devant l'arbitre comme devant des juridictions étatiques étrangères, la mise en œuvre des lois de police devrait reposer sur une prise en compte du point de vue de l'ordre juridique dont elles émanent. Le respect des attentes de celui-ci implique en effet nécessairement que l'arbitre se réfère à l'intérêt qu'il éprouve à voir appliquée cette disposition au fond du litige et qu'il vérifie la réalité de cette revendication au cas concret. Or, à cet égard, aux difficultés que présentent la détermination et la prise en compte de ce point de vue, s'ajoute également le fait que ni le caractère internationalement impératif de la loi concernée, ni son champ d'application ne s'imposent à l'arbitre avec une force juridique contraignante<sup>380</sup>.

**89.** Dans un premier temps, en effet, le respect effectif des impérativités substantielles d'un ordre juridique dont il aurait admis envisager la mise en œuvre, devrait imposer à l'arbitre de vérifier la réalité de leur caractère internationalement impératif au regard de leur contenu et de leur but, en application du droit et des concepts de celui-ci<sup>381</sup>. À cet égard, E. Loquin a pu mettre en avant la nécessité qu'il y aurait à ce que l'arbitre se fonde sur les seuls éléments objectifs qu'il pourra trouver dans le droit de l'État concerné<sup>382</sup>, sans y apporter sa propre interprétation<sup>383</sup>. Pourtant, en l'absence de précision du législateur, l'analyse des solutions en vigueur dans cet État apparaîtra peu aisée et conduira l'arbitre à procéder seul à la qualification des dispositions étatiques en loi de police. Celle-ci, dès lors, reposera sur la marge d'appréciation inévitable dont il dispose<sup>384</sup> et dépendra nécessairement de son pouvoir discrétionnaire.

Dans un deuxième temps, la vérification de la volonté d'application concrète de la disposition concernée apparaîtra également nécessairement délicate<sup>385</sup>, parce que l'arbitre devrait analyser les conditions d'application de la loi de police en se référant à l'interprétation généralement retenue dans l'État dont elle émane<sup>386</sup>. Or, les lois de police sont en général elles-mêmes assez floues quant aux hypothèses auxquelles elles revendiquent de s'appliquer, et les décisions des tribunaux étatiques n'apportent généralement sur ce point que des réponses imprécises et variables d'une espèce à l'autre.

<sup>380</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 156, p. 470.

<sup>381</sup> V. en ce sens et sur ce point, P. Mayer, *art. préc.*, n° 19.

<sup>382</sup> V. sur la mise en œuvre d'une telle démarche, reposant sur une analyse de la jurisprudence égyptienne par ex., Sent. CCI, n° 4589 (1984), *Yearbook*, p. 148.

<sup>383</sup> E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage international », *Clunet* 1983, n° 57, p. 325.

<sup>384</sup> V. en ce sens, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 743.

<sup>385</sup> V. sur ce point, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 751 et s. et les réf. citées.

<sup>386</sup> V. pour un exemple de mise en œuvre d'une telle démarche, Sent. CCI, n° 14637 (2008), *Clunet* 2011, p. 1244, obs. S. J et C. T.-N.



**90.** Au-delà, en supposant même que l'arbitre ait reconnu l'applicabilité d'une loi de police qu'un ordre juridique souhaite voir mise en œuvre, son application effective se trouve encore nécessairement placée dans la dépendance de l'appréciation que celui-ci portera sur son opportunité au cas d'espèce. Celui-ci, en effet, non lié par les directives de l'État concerné, ne trouvera dans celles-ci que des indices pour fonder sa décision finale. En l'absence de valeur de référence pour apprécier la légitimité des intérêts sur lesquels repose la disposition concernée, les critères utilisés par l'arbitre apparaissent à la fois variables et indéterminés<sup>387</sup>.

Il a été proposé et parfois fait application du critère de l'admission relativement unanime de cet intérêt en droit comparé. La mise en œuvre des lois de police devant l'arbitre pourrait ainsi dépendre de l'adhésion plus ou moins grande des États aux valeurs sur lesquelles il repose<sup>388</sup> et de l'appartenance de ces dispositions à un ordre public réellement international<sup>389</sup>, dont la source serait issue de textes internationaux. L'insuffisance d'un tel système résulte néanmoins de l'inexistence de critère *objectif* préétabli permettant de déterminer le degré d'unanimité nécessaire pour déduire la légitimité de l'objectif poursuivi et du caractère nécessairement restrictif que revêtirait un tel critère. Il risquerait d'empêcher l'application des lois fondées sur un intérêt étatique *particulariste* et marquées d'une empreinte plus nationaliste<sup>390</sup>. L'arbitre, au-delà, pourrait porter un jugement de valeur sur les intérêts et les objectifs mis en cause et en faire varier la décision finale adoptée.

**91.** En fait, il convient d'admettre que l'application des lois de police étatiques devant l'arbitre apparaît nécessairement aléatoire et contingente. Elle ne peut dépendre, en dernière analyse, que de son appréciation subjective et ne reposer que sur le « système de valeurs de celui-ci »<sup>391</sup>. Elle varie nécessairement au regard de ses propres conceptions, éventuellement

---

<sup>387</sup> V. analysant la jurisprudence arbitrale pour dégager les critères sur lesquels les arbitres semblent généralement fonder leur décision, E. Loquin, « Les manifestations de l'illicite », in *L'illicite dans le commerce international* (dir. Ph. Kahn et C. Kessedjian), Litec, 1996, p. 247 et s.

<sup>388</sup> V. considérant qu'une analyse de droit comparé pourrait conduire l'arbitre à admettre la légitimité des lois de police applicables en matière de concurrence, de réglementation des changes, ou encore d'exportations ou d'importations et de protection de la propriété industrielle notamment, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 788. Et considérant que le domaine du droit de la concurrence est celui dans lequel la question de l'arbitrabilité a été la plus débattue, les arbitres devraient attacher un souci particulier à assurer le respect des lois de police en la matière, n° 793. Et V. les sentences citées par l'auteur dans lesquelles les arbitres ont pu faire application du droit impératif de la concurrence, n° 793 et s.

<sup>389</sup> La possibilité d'un recours à la notion d'ordre public réellement international, devant l'arbitre, comme référence pour déterminer si une loi de police doit recevoir application ou non, a été envisagée par Y. Derains, *art. préc.*, n° 51, p. 407.

<sup>390</sup> E. Loquin distingue à cet égard « l'illicite permanent », qui recouvrirait les règles destinées à assurer la protection de valeurs supérieures non marchandes ou permanentes, qui constitueraient pour cette raison « le patrimoine commun de la communauté juridique internationale », de « l'illicite contingent », fondé sur la volonté de l'État de défendre des politiques nationales. V. E. Loquin, *Les manifestations de l'illicite dans le commerce international*, Litec, 1996.

<sup>391</sup> V. sur ce point, C. Seraglini, *thèse préc.*, n° 569 et s., p. 274 et s.

inspirées de considérations de morale et d'éthique qu'il pourrait être amené à prendre en compte<sup>392</sup>. Il a ainsi été relevé qu'en pratique, « chaque fois que la non-application d'une loi de police se traduirait par un résultat contraire aux exigences de la morale, l'arbitre s'appuierait sur cette considération pour justifier son application »<sup>393</sup>. En l'absence de système juridique de référence et de directives précises sur lesquelles la mise en œuvre des lois de police devant l'arbitre pourrait reposer, l'incertitude qui résulte d'un tel système apparaît alors « presque inévitable et certainement consubstantielle au mécanisme de l'arbitrage international, parce qu'elle est la conséquence directe de l'absence d'un système de règles matérielles ou de conflit qui est un des traits typiques de ce système »<sup>394</sup>.

#### b) Encadrement par la volonté des parties

**92.** Innervant la justice arbitrale à toutes les étapes du contentieux, la volonté individuelle des parties est susceptible d'encadrer la mise en œuvre des lois de police étatiques et de réduire leur chance de trouver application dans ce cadre. Dès lors, en effet, que la volonté des parties apparaît comme la source principale du pouvoir et de la mission de l'arbitre, cette volonté est susceptible à la fois de venir limiter son office concernant la mise en œuvre des lois de police et de conditionner la manière dont elles peuvent l'être.

L'importance du poids de la volonté individuelle dans le cadre de la justice arbitrale a pu d'ailleurs être invoquée comme un argument empêchant de manière générale toute vocation d'intervention des lois de police dans ce cadre. Il a pu être avancé, en effet, que l'origine et la nature contractuelle de l'arbitrage feraient perdre toute légitimité à une quelconque incidence des lois de police dans ce cadre. La volonté des parties devrait être le point de départ de toute la démarche de l'arbitre concernant la détermination de la loi applicable<sup>395</sup>, et empêcherait ainsi toute interférence des lois de police dans la résolution du fond du litige<sup>396</sup>.

---

<sup>392</sup> V. faisant cette constatation, P. Mayer, « La règle morale dans l'arbitrage international », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 379 et s., et approuvant une telle approche en termes de morale et de bonnes mœurs, telle qu'elle a été suivie dans l'affaire *Hilmarton*, V. Heuzé, « La morale, l'arbitre et le juge », *Rev. arb.*, 1993, p. 179.

<sup>393</sup> P. Mayer, *art. préc.*, p. 387.

<sup>394</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 161, p. 475.

<sup>395</sup> V. Y Derains, « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales*, in *Mélanges offerts à B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 29 et s., spéc., n° 11, p. 35.

<sup>396</sup> V. pour des exemples de réception de cette idée dans la jurisprudence arbitrale, par exemple, Sent. CCI, n° 6294 (1991), Clunet 1991, p. 1050, obs. J.-J. A. ; Sent. CCI, n° 8385 (1995), Clunet 1997, p. 1001, obs. Y. Derains.

**93.** Sans aller aussi loin, certains auteurs ont pu proposer que l'application des lois de police soit entièrement placée dans la dépendance de la volonté des parties<sup>397</sup>. Il apparaît, en pratique, que si la possibilité pour l'arbitre de mettre en œuvre les lois de police est reconnue, elle ne doit en revanche être réalisée que dans la mesure de sa conciliation avec la volonté des parties<sup>398</sup>. Leur influence sur le respect des impérativités substantielles dans l'arbitrage apparaît dès lors susceptible de s'exercer de manière directe ou indirecte, par les choix qu'elles auront pu effectuer indépendamment de la question de l'applicabilité des lois de police ou par le refus qu'elles pourraient expressément exprimer à cet égard.

Cet encadrement de la mise en œuvre des lois de police par les parties résulte en premier lieu du fait que l'arbitre est nécessairement tenu, avant d'appliquer les lois de police étatiques, de vérifier que la question est effectivement couverte par la convention d'arbitrage et que les parties ont souhaité lui donner compétence pour trancher ces questions<sup>399</sup>. Il s'ensuit que les parties apparaissent par ce biais, en amont même de la résolution du litige, susceptibles de limiter d'emblée l'application des lois de police normalement applicables, auxquelles elles voudraient échapper<sup>400</sup>.

Pendant l'instance arbitrale, les parties apparaissent encore susceptibles de soustraire ponctuellement les questions mettant en cause les lois de police de la compétence de l'arbitre et de s'opposer d'un commun accord à l'application de cette disposition. Il en est ainsi, en effet, dès lors qu'en l'absence de précision qu'elles auraient pu apporter sur la mise en œuvre des lois de police, il est généralement admis<sup>401</sup> que l'arbitre, bien qu'ayant la faculté de relever d'office leur application, n'en a jamais l'obligation<sup>402</sup>. Or, s'il décide de le faire, il devra dans tous les cas respecter le principe du contradictoire et interroger ainsi les parties sur ce point, qui pourront s'y opposer. Dans une telle hypothèse, dès lors qu'il apparaîtrait « déraisonnable que l'arbitre insiste à rendre sa décision en appliquant les lois de police

---

<sup>397</sup> V. not. Y. Derains, « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige sans l'arbitrage international », *Rev. arb.*, 1986, p. 375 et s., spéc., n° 13 et s. ; V. également, I. Fadlallah, *cours préc.*, n° 68 et s.

<sup>398</sup> V. sur ce point, I. Fadlallah, *cours préc.*, p. 367 et s., spéc., n° 82 et s.

<sup>399</sup> V. à cet égard, le rappel formulé par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Mitsubishi*, *préc.*, *Rev. arb.*, 1986, p. 273 et s., spéc., p. 278 et s.

<sup>400</sup> Le respect des termes de la mission qui lui a été confiée par les parties, en effet, s'impose nécessairement à l'arbitre sous peine de donner lieu à une annulation de la sentence. Il ne peut, en effet, statuer *ultra petita* sur des questions pour lesquelles il n'a pas été saisi. V. art. 1520.3 CPC.

<sup>401</sup> V. sur le débat qu'a pu susciter une telle question, not. J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 247 et s. ; P. Mayer, « L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publ. CCI, n° 440/1, 1986, p. 31 et s., spéc., p. 42 ; Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 1026 et s.

<sup>402</sup> V. CA Paris, 16 mars 1995, *Sarl Enodis c/ Société SNC Prodim*, *Rev. arb.*, 1996, p. 146, obs. Y. Derains ; CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile*, *préc.* ; Sent. CCI, n° 7539 (1995), *Clunet* 1996, p. 1030, obs. Y.D., et en ce sens, L. R. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 127 et n° 165. V. sur les justifications d'une telle absence d'obligation, not. B. Goldman, « L'arbitrage international et le droit de la concurrence », *Bull. ASA* 1989 (3), p. 260 et s., spéc., p. 295 ; E. Loquin, « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage commercial international », *Clunet* 1983, p. 293 et s., spéc., n° 60.

évincées par les parties contre la volonté ferme de celles-ci »<sup>403</sup>, la prise en compte des lois de police normalement applicables devrait apparaître exclue<sup>404</sup>. Il a été proposé que seule une incompetence du fait de la nullité de la convention d'arbitrage devrait être envisageable<sup>405</sup>, ou une renonciation des arbitres à leur mandat<sup>406</sup>, mais c'est alors la possibilité de rechercher un autre arbitre plus complaisant qui s'offrirait encore aux parties<sup>407</sup>.

Une telle réalité conduit dès lors à admettre que l'application des lois de police étatiques devant l'arbitre apparaît nécessairement incertaine et fort peu probable. Corrélativement, le recours à l'arbitrage apparaît également comme un instrument à la disposition des parties pour échapper à l'application des lois de police. Il en est d'ailleurs ainsi, de manière plus générale, de la conclusion des clauses de prorogation de for.

## **II- Contournement volontaire des lois de police du for**

**94.** Le lien existant en pratique entre la mise en œuvre des lois de police et l'autorité juridictionnelle saisie conduit à voir les clauses de prorogation de for comme des instruments permettant de faire varier l'impérativité des lois de police. Du point de vue du for, l'affirmation du principe de licéité de ces clauses, malgré l'applicabilité de ses lois de police, revient à admettre que les parties peuvent indirectement faire perdre à ces dispositions leur chance de recevoir une application certaine et automatique, que seul assure le maintien du contentieux devant ses juridictions. Sous cet angle, le système retenu en droit positif semble globalement conduire à conférer aux parties une certaine maîtrise sur l'impérativité des lois de police, grâce à la conclusion d'une clause de prorogation de for. Il favorise, parallèlement, les comportements frauduleux consistant à exploiter ces clauses pour *contourner délibérément* l'application des lois de police du for ou au moins réduire les chances qu'elles soient mises en œuvre (A). Dans ce cadre, alors qu'une telle possibilité de « décoller des contraintes étatiques »<sup>408</sup> semble apparaître *a priori* comme une conséquence non désirée du libéralisme consacré, elle apparaît en quelque sorte *légitimée* dans le système actuel (B).

---

<sup>403</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 163, p. 477.

<sup>404</sup> V. cep. considérant qu'il serait possible que « les arbitres se sentent libres de trancher le litige en faisant abstraction des lois de police écartées par les parties ». L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 163, p. 478.

<sup>405</sup> V. en ce sens, not. Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 1031 et s.

<sup>406</sup> En ce sens, L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 163, p. 477.

<sup>407</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 113, p. 125.

<sup>408</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 144.

## A) Exploitation possible des règles de compétence juridictionnelle

95. L'exploitation de la multiplicité des règles de compétence juridictionnelle en considération d'un résultat recherché sur le plan du droit substantiel constitue l'intérêt essentiel du *forum shopping* (1). Trouvant dans le système consacré à la fois les *moyens* de sa réalisation et son *intérêt*, cette pratique permet ainsi aux parties de se dégager des impérativités substantielles du for (2).

### 1- Caractéristiques de la pratique du *forum shopping*

96. Le *forum shopping*, malgré les définitions variées qu'il reçoit en droit international privé, peut-être décrit comme un procédé consistant, pour le justiciable, à exploiter une option de compétence juridictionnelle dans le but d'obtenir la décision la plus favorable à ses intérêts<sup>409</sup>. Il consiste, pour les plaideurs, à désigner un tribunal « en fonction des avantages pouvant résulter du droit matériel (voire procédural) qui y est appliqué »<sup>410</sup>. Les parties, se livrant par avance à une simulation du résultat qu'elles obtiendront devant plusieurs fors, choisissent, en fonction, celui devant lequel elles porteront leur différend au regard du bénéfice recherché.

Cette pratique a été initialement identifiée dans le cadre de l'application du droit interne aux États-Unis<sup>411</sup> et a fait irruption pour la première fois en droit international privé à la suite de l'affaire *Atlantic Star* jugée par la *Court of Appeal* de Londres<sup>412</sup>. Il a été défini juridiquement par les tribunaux anglais comme « le fait qu'un plaignant évite le tribunal qui a naturellement compétence pour connaître d'une affaire et engage son action auprès d'un tribunal étranger susceptible de lui accorder des dommages et intérêts ou d'autres avantages qu'il n'aurait pu obtenir du tribunal naturellement compétent »<sup>413</sup>. Originellement surtout utilisée, en France, en matière de statut personnel<sup>414</sup>, elle n'a cessé de se développer dans

---

<sup>409</sup> V. en particulier, sur cette pratique, P. de Vareilles-Sommières, « *Le forum shopping* devant les juridictions françaises », TCFDIP 1998-1999, p. 49 et s.

<sup>410</sup> D. R.-J. Colomer, concl. sous CJCE, 28 septembre 1999, *GIE Groupe Concorde e.a.*, Aff. C-440/97, Rec. I-6307, n° 19, note 11.

<sup>411</sup> V. not. U.S. Supreme Court, *Employees v. Westinghouse Corp.*, 348 US 437 (1955), qui relève l'impact de l'absence d'harmonisation entre le droit fédéral et le droit de l'État sur la pratique du *forum shopping* en matière d'exécution des décisions de justice.

<sup>412</sup> *The Atlantic Star*, Court of Appeal [1972], *Lloyd's Rép.*, 446.

<sup>413</sup> *Boys v. Chaplain* [1971] AC 356.

<sup>414</sup> V. en particulier, pour des illustrations en la matière, Cass. Civ., 15 mai 1963, *Patino* (2 arrêts), RCDIP 1964, p. 532 et 506, note P. Lagarde ; Clunet 1963, p. 1016 et 996, note P. Malaurie ; JCP 1963. II. 13365 et 13366, note Motulsky ; GA, n° 38-39 ; Cass. Civ., 22 janvier 1951, *Weiller*, RCDIP 1951, p. 167, note Francescakis ; GA, n° 24. V. également, A. Huet, « Le droit de la famille et les conflits de juridictions en droit international privé européen », in *Mélanges D. Huet-Weiller*, PUF, 1994, p. 243 et s.

divers domaines<sup>415</sup>, et apparaît aujourd'hui favorisée « en raison de la pluralité fréquente des tribunaux éventuellement compétents pour trancher un litige international donné »<sup>416</sup>.

En dehors de la possibilité de choix qu'induit l'unilatéralisme des règles de compétence juridictionnelle, le droit international privé contemporain se caractérise, en particulier au sein des instruments européens<sup>417</sup>, par une multiplication des chefs de compétences juridictionnelles alternatifs et non hiérarchisés, qui laissent toujours plus d'options aux plaideurs quant à la saisine du juge qui tranchera leur différend<sup>418</sup>. Ils organisent la concurrence de ces compétences juridictionnelles<sup>419</sup> et incitent au *forum shopping* en permettant au demandeur d'« arbitrer lui-même cette concurrence en saisissant effectivement le for devant lequel il obtiendra la solution la plus favorable [...] »<sup>420</sup>. Le droit positif présente, en effet, « les deux facteurs propices au développement du *forum shopping* : d'une part, il laisse en fait la possibilité au plaideur d'un choix de for, et, d'autre part, il lui fournit les motifs d'exploiter cette faculté »<sup>421</sup>.

**97.** Ces motifs résident principalement<sup>422</sup> dans les divergences de points de vue existant entre les ordres juridiques quant à la manière de résoudre un différend. Les fondements du *forum shopping* reposent ainsi sur les liens établis entre les compétences juridictionnelle et législative, qui résultent tant du *particularisme* des règles de conflits de lois que du fait que « les règles relatives au statut procédural de la règle de conflit, celles relatives à la preuve, ou à l'interprétation du droit étranger, ou encore le régime de l'exception de l'ordre public, [...] sont autant d'occasions pour le juge saisi, d'appliquer la loi du for, même si la règle de conflit désigne une loi étrangère »<sup>423</sup>. Il s'ensuit que le choix de l'autorité compétente pourra se révéler souvent « déterminant quant à l'issue du litige »<sup>424</sup>. L'intérêt d'exploiter la faculté de

---

<sup>415</sup> Il en est ainsi en particulier dans le cadre des échanges économiques. V. en particulier, sur ce point, M.-L. Niboyet, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *Clunet* 2006, p. 937 et s., spéc. p. 938, n° 2 ; D. Cohen, « Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping* », *Dalloz* 2010, p. 975 et s., et les exemples jurisprudentiels cités. V. également, sur l'importance du *forum shopping* en matière de droit maritime, A. Atallah, « Quelques réflexions sur le développement du *forum shopping* », *DMF* 2001, p. 867 et s.

<sup>416</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Rép. dr. int. Dalloz*, 1998, V° *Fraude à la loi*, n° 21.

<sup>417</sup> V. not. en ce sens, A. Nuyts, « *Forum shopping* et abus de *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 745 et s.

<sup>418</sup> V. en particulier, l'art. 3 du règlement Bruxelles II bis, relatif à la compétence et à l'exécution et à la reconnaissance des jugements en matière matrimoniale et à la responsabilité parentale.

<sup>419</sup> V. qualifiant la convention de Bruxelles de « charte du *forum shopper* », R. Fentiman, « Tactical Declarations and the Brussels Convention », *CLJ* 1995, p. 261, et dans le même sens, J.-F. Sagaut, M. Cagniard, « Regard communautaire sur le *forum shopping* et le *forum non conveniens* », in *Les familles sans frontières en Europe. Mythe ou réalité ?*, 101<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, LPA 14 avril 2005, n° 74, p. 51 et s.

<sup>420</sup> E. Cornut, « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *Clunet* 2007, n° 363, p. 214.

<sup>421</sup> P. de Vareilles-Sommières, *comm. préc.*, p. 50.

<sup>422</sup> V. sur les hypothèses de *forum shopping* à conséquences procédurales, not. P. de Vareilles-Sommières, *comm. préc.*, p. 52 et s.

<sup>423</sup> P. de Vareilles-Sommières, *comm. préc.*, p. 51.

<sup>424</sup> E. Cornut, *thèse préc.*, n° 433, p. 349.

choix de for réside alors à la fois dans la disparité des règles qui seront appliquées par les juridictions potentiellement compétentes, dans la différence qui peut exister quant à la mise en œuvre de règles identiques, et, finalement, dans la divergence du résultat qui en découlera quant à la résolution du litige<sup>425</sup>.

**98.** Dans ses diverses formes<sup>426</sup>, le *forum shopping* apparaît alors, pour les parties, comme un moyen pour contourner l'application du *système* de règles de droit international privé d'un ordre juridique, en se plaçant volontairement sous l'empire d'un autre. Sous cet angle, le *forum shopping* s'apparenterait à une *fraude au sens large*, réalisée grâce à une exploitation conjointe des règles de compétence juridictionnelle et des règles de compétence législative de plusieurs ordres juridiques. Elle se réaliserait concrètement sur le plan de la compétence juridictionnelle mais en considération des effets produits par le choix de l'autorité compétente sur le plan du droit substantiel<sup>427</sup>. Elle consisterait « à s'adresser à une autorité étrangère pour obtenir d'elle ce que l'on peut obtenir dans l'ordre juridique compétent »<sup>428</sup>. Le *forum shopping* peut ainsi conduire, quant à ses effets, à la fois à une *fraude à la loi*<sup>429</sup>, en permettant l'application d'une loi autre que celle normalement applicable, et à « une fraude au jugement qu'aurait rendu le tribunal normalement compétent »<sup>430</sup> en permettant d'obtenir un jugement différent de celui qui aurait été prononcé.

Dans le contexte de l'admission généralisée des clauses de prorogation de for consacrée, le *forum shopping* apparaît alors particulièrement favorisé, et pourrait être réalisé en considération du résultat que les parties souhaitent obtenir quant à la mise en œuvre des lois de police revendiquant leur application pour la résolution du litige.

---

<sup>425</sup> V. en ce sens, not. H. Gaudemet-Tallon, Rép. dr. int. Dalloz 1998, V° *Compétence internationale : matière civile et commerciale*, n° 10.

<sup>426</sup> Sur lesquelles, V. A. Nuyts, « *Forum shopping* et abus de *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges Kirkpatrick*, n° 2, p. 745 et s. ; P. de Vareilles-Sommières, *comm. préc.*, p. 52 et s.

<sup>427</sup> V. sur ce point, en particulier, P. de Vareilles-Sommières, *comm. préc.*, p. 56 et s.

<sup>428</sup> B. Audit, J.-Cl. dr. int., Fasc. 50 : *Fraude*, n° 67.

<sup>429</sup> V. P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 277, p. 192, et sur ce type de fraude entendue *stricto sensu*, V. *infra*, n° 139.

<sup>430</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 393.

## 2- Moyen d'une maîtrise des impérativités par les parties

**99.** La variation du degré d'impérativité que connaissent les lois de police en fonction de l'autorité juridictionnelle saisie constitue un motif de *forum shopping*. Il représente un *argument essentiel* pour inciter les parties à exploiter les règles de compétence juridictionnelle en considération du lien *matériel* existant dans ce cadre entre le *forum* et le *jus*. Cette liaison inévitable des compétences législative et juridictionnelle a pour conséquence, en effet, de conférer au choix de la juridiction compétente une importance fondamentale quant à la mise en œuvre effective de ses dispositions au fond du litige. Assurant, d'un côté, l'application certaine et automatique des lois de police du for étatique saisi, ce choix conduit parallèlement à rendre toutes les autres seulement *semi-impératives*. Les conséquences produites par la saisine des autorités juridictionnelles sur l'application ou la non-application de ces dispositions peuvent alors être anticipées par les parties et motiver leur choix en considération du résultat auquel elles veulent aboutir quant à la mise en œuvre de ces dispositions.

**100.** Sous cet angle, l'affirmation du principe d'admission généralisée des clauses de prorogation de for, indépendamment du droit applicable au fond du litige, *incite* à la réalisation du *forum shopping* en matière de lois de police, qu'*autorise* déjà inévitablement l'unilatéralisme des règles de compétence juridictionnelle, en conférant aux parties un véritable *droit d'option de compétences juridictionnelles* pratiquement illimité.

Elle permet aux parties de désigner volontairement une juridiction étatique ou arbitrale étrangère dans le but de *désactiver* l'impérativité des dispositions normalement applicables d'un ordre juridique. La conclusion d'une clause de prorogation de for peut permettre, en effet, d'éviter la *pleine* impérativité des lois de police du for, en assurant, sinon leur mise à l'écart, du moins une réduction des chances qu'elles soient effectivement appliquées. Les parties peuvent alors choisir, parmi toutes les juridictions étatiques et arbitrales disponibles, celle à laquelle elles conféreront compétence, en fonction de leur propension plus ou moins grande à mettre en œuvre des lois de police étrangères. La désignation des tribunaux d'un État poursuivant une politique législative très différente de celle du for d'origine des lois de police pourrait alors apparaître comme un moyen, pour les parties, de s'éviter de manière pratiquement certaine l'application des lois de police qu'elles estimeraient peu favorables.

D'un autre côté, la prise en compte des conséquences positives de la saisine de l'autorité juridictionnelle étrangère sur la mise en œuvre des dispositions internationalement impératives pourrait également conduire les parties à désigner les tribunaux d'un État dont la



politique législative leur paraît favorable, pour s'assurer bénéfice de ses dispositions internationalement impératives. L'insertion d'une clause de choix de loi applicable désignant le droit de ce même ordre juridique pourrait d'ailleurs encore renforcer l'assurance de sa mise en œuvre, en l'intégrant dans la *lex causae* applicable devant le for saisi<sup>431</sup>.

**101.** L'absence de prise en compte des lois de police au stade de l'appréciation des clauses de prorogation de for conduit dès lors à conférer aux parties, de manière générale, une maîtrise *pratiquement totale* sur l'application effective des impérativités substantielles, pourtant par principe soustraites du champ de l'autonomie de la volonté sur le plan des conflits de lois. Elle permet aux parties de réaliser de manière indirecte, et en intervenant sur le plan des conflits de juridictions, ce qu'elles ne peuvent en principe obtenir directement en agissant sur le plan des conflits de lois<sup>432</sup>, et leur laisse la possibilité de « s'ériger en arbitres entre les législateurs concurrents »<sup>433</sup> même en présence de politiques législatives impératives. Le système conduit alors à rendre en pratique les impérativités du for *disponibles* pour les parties, qui apparaissent sur ce point réellement comme des « consommateurs »<sup>434</sup>, parfaitement libres de faire leur choix « dans le supermarché mondial de la justice »<sup>435</sup>. À cet égard, il semble alors possible d'admettre, avec D. Bureau et H. Muir Watt, que l'essor des clauses de prorogation de for, dans des domaines régis par les lois de police, conduirait globalement à placer l'impérativité des lois de police « sous influence – réelle ou métaphorique – de la volonté des particuliers »<sup>436</sup>. De manière paradoxale et incohérente avec l'importance par principe attachée à leur mise en œuvre, le système conduit à *légitimer* le contournement volontaire des lois de police du for.

## **B) Instrumentalisation permise des règles de compétence juridictionnelle**

**102.** Si la pratique du *forum shopping* doit susciter des réserves et inspire une méfiance certaine lorsqu'il a pour but de contourner l'applicabilité d'une loi de police du for, son illicéité apparaît cependant difficile à établir (1). Malgré son caractère frauduleux, il bénéficie, au-delà, d'une certaine immunité dans l'ordre juridique du for, au stade de l'instance directe (2).

---

<sup>431</sup> C'est une telle solution qui avait, d'ailleurs, été retenue dans l'affaire *Lloyd's* précitée. V. sur ce point, *supra*, n° 53.

<sup>432</sup> V. art. 3.3 et 9.2 du règlement Rome I.

<sup>433</sup> P. Wigny, « La règle de conflit applicable aux contrats », *Rev. Dr. int. lég. comp.* 1933, p 677 et s., spéc p. 682.

<sup>434</sup> *Ibid.*

<sup>435</sup> P. de Vareilles-Sommières, *comm. préc.*, p. 51, note 10.

<sup>436</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 556.



## 1- Incertitudes quant à la licéité du procédé

**103.** « L'impression que laisse le *forum shopping*, quand on cherche à le cerner, est qu'il navigue entre illicéité caractérisée et habileté admise ou en tout cas tolérée. »<sup>437</sup> Fondé initialement sur une option de compétence offerte aux parties, ici sous l'angle de la possibilité de conclure une clause de prorogation de for, il apparaît en effet par principe licite parce que le fait, pour les parties, de choisir le tribunal qui tranchera leur différend au regard des avantages procéduraux ou substantiels qu'il peut leur procurer n'est pas en lui-même nécessairement contestable. En ce sens, il a pu être dit que « le *forum shopping* n'est pas nécessairement illégitime (...), il ne représente que l'expression d'une préférence, constituant plutôt un facteur d'émulation entre États et, partant, d'efficacité globale »<sup>438</sup>. Il est admis, en effet, que le *forum shopping* ne peut être assimilé de manière automatique à une fraude<sup>439</sup>, dès lors que « lorsqu'une option de compétence existe, il faut bien choisir une juridiction devant laquelle porter son litige, et le critère de l'intérêt du demandeur est un critère "naturel", même s'il n'est pas le seul envisageable »<sup>440</sup>.

Malgré la licéité de principe du procédé, néanmoins, il est reconnu que le *forum shopping* peut, dans certaines circonstances, être blâmable au regard des objectifs et de la finalité poursuivis à travers le choix des parties<sup>441</sup>, et qu'il conviendrait de distinguer le *forum shopping bonus* du *forum shopping malus*<sup>442</sup>. Le procédé ne pourrait bénéficier d'une immunité totale et devrait être sanctionné, lorsque le choix des parties conduirait à un résultat inopportun ou serait guidé par des considérations illégitimes.

**104.** S'agissant du système consacré en droit positif, le *forum shopping* réalisé « afin d'échapper à une norme étatique, pourtant internationalement applicable à la situation dans le contexte considéré, avec la conscience que cette norme avait vocation à s'appliquer impérativement »<sup>443</sup>, soulève des interrogations quant à sa licéité. L'idée que l'existence d'un droit d'option expressément reconnu aux parties exclut la reconnaissance du caractère frauduleux du *forum shopping* pourrait *a priori* être admise. L'admission de la licéité des clauses de prorogation de for, malgré l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige,

<sup>437</sup> P. de Vareilles-Sommières, *comm. préc.*, p. 50.

<sup>438</sup> H. Muir Watt, « Quelle méthode ? », in *Vers un procès civil universel ? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute* (dir. Ph. Fouchard), éd. Panthéon-Assas, LGDJ 2001, p. 39 et s., spéc. p. 43.

<sup>439</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 393 ; P. de Vareilles-Sommières, *comm. préc.*, p. 49.

<sup>440</sup> S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », TCFDIP 2010-2012, p. 255 et s., p. 257.

<sup>441</sup> V., en ce sens, not., A. Nuyts, « *Forum shopping* et abus de *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 745 s. ; *L'exception de forum non conveniens. Études de droit international privé comparé*, Bruylant, LDGJ, 2003 ; D. Cohen, « Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping* », Dalloz 2010, p. 975 et s.

<sup>442</sup> P. de Vareilles-Sommières, *comm. préc.*, p. 51.

<sup>443</sup> *Ibid.*

démontrerait que, du point de vue du for, la concurrence des compétences entre *ordres juridiques* est permise, et qu'il n'entend pas conserver une compétence exclusive pour exprimer son point de vue quant à la manière de trancher le différend.

Pourtant, l'incompatibilité du contournement des lois de police réalisé par les parties, avec le caractère internationalement impératif qui leur est reconnu, incite à l'envisager comme une *conséquence néfaste et non désirée* de l'ouverture des frontières du for. Ainsi, S. Clavel a pu relever que la solution consacrée sur le plan de la compétence juridictionnelle ne signifie pas que l'ordre juridique français entende laisser « toute latitude aux justiciables pour bafouer l'autorité de sa loi »<sup>444</sup>, et que l'option de compétence juridictionnelle qui leur est attribuée ne s'entend pas d'une option de droit ou de loi. Le fait que l'ordre juridique français prenne le risque de voir contournées ses impérativités substantielles ne devrait donc pas être considéré comme une admission à les voir évincées. L'exploitation des clauses de prorogation de for de la part des parties pour contourner l'application des lois de police devrait alors nécessairement être considérée comme un *forum shopping malus*, parce qu'elle apparaît condamnable du point de vue de l'objectif poursuivi par les parties<sup>445</sup>.

Elle consacrerait, dans ses effets, une *fraude à la loi de police française*, en soustrayant le rapport de droit à la disposition internationalement impérative que l'ordre juridique français estime applicable<sup>446</sup>. Elle permettrait aux parties de réaliser une *fraude au jugement*, en leur assurant l'obtention d'une sentence arbitrale ou d'un jugement différent de celui qui aurait été rendu devant le for français d'origine des lois de police applicables.

**105.** De ce point de vue, pourtant, la découverte de fondements *adéquats* pour asseoir l'illicéité du *forum shopping* réalisé apparaît délicate. Malgré la parenté du résultat obtenu, son rattachement à une *fraude* apparaît en effet peu aisé, dans la mesure où le plaideur se contente d'exploiter une situation à laquelle s'appliquent les règles de compétence qu'il invoque<sup>447</sup>. Dès lors que la modification de loi appliquée et du jugement obtenu n'apparaît ici que comme le résultat de l'utilisation détournée des règles de *compétence juridictionnelle* préexistantes, la mise en place d'une sanction sous l'angle de la *fraude* ne semble envisageable que dans la mesure où la notion serait envisagée de manière extensive<sup>448</sup>. Il s'agirait d'adopter une conception « contemporaine de la fraude », qui reposerait sur une

---

<sup>444</sup> S. Clavel, *comm. préc.*, p. 265.

<sup>445</sup> V. en ce sens, S. Clavel, *comm. préc.*, p. 257.

<sup>446</sup> P. de Vareilles-Sommières, *comm. préc.*, p. 58.

<sup>447</sup> E. Cornut, « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *Clunet* 2007, p. 27 et s., p. 30.

<sup>448</sup> V. sur cette conception large, susceptible d'être découverte à travers la notion de « fraude au jugement », *infra*, n° 143.

approche « large et globale, qui s'efforce[rait] de dépasser les typologies de la fraude »<sup>449</sup>. Elle devrait être comprise comme « tout procédé licite, ou présentant au moins une apparence formelle de licéité, par lequel un justiciable cherche consciemment à exploiter les spécificités du droit international privé pour échapper à l'application d'une norme à laquelle il se trouve en principe impérativement assujéti et à obtenir, corrélativement, le bénéfice d'une norme auquel il ne pouvait normalement prétendre »<sup>450</sup>. Elle pourrait alors être sanctionnée non pas parce qu'elle serait moralement inadmissible ou parce qu'elle porterait préjudice à l'une des parties, mais parce qu'elle tendrait à éviter l'application d'une disposition substantielle étatique visant à assurer la protection d'un intérêt étatique<sup>451</sup>.

**106.** Dès lors qu'il apparaîtrait comme une utilisation détournée du droit de conclure des clauses de prorogation de for conféré aux parties, au-delà, le *forum shopping* visant à écarter l'application d'une loi de police du for pourrait également appeler un recours au concept de l'abus de droit<sup>452</sup>. Il est généralement considéré qu'un abus est caractérisé lorsque l'exercice d'un droit a pour objet de permettre l'obtention d'un avantage manifestement étranger à son objectif<sup>453</sup>. Son existence, dans l'hypothèse envisagée, pourrait alors être déduite du détournement de la faculté de choix de for conférée aux parties, ici utilisée sous un angle *négatif* pour évincer le for français normalement compétent et échapper à l'application des dispositions qu'il estime applicables. Le recours à cette notion risque néanmoins d'apparaître délicat<sup>454</sup>, du fait de l'incertitude qui règne quant à la détermination de ses contours et des difficultés que présentera la détermination de l'intention des parties.

À cette difficulté d'identification des fondements, permettant d'asseoir l'illicéité du *forum shopping*, s'ajoute également celle relative à la mise en place d'une sanction pour éviter un tel contournement de la loi de police du for au stade de l'instance directe.

## 2- Immunité du procédé dans le for au stade direct

**107.** S'agissant d'empêcher le contournement des lois de police applicables, la lutte contre le *forum shopping* devrait conduire à refuser l'efficacité d'une clause de prorogation de for chaque fois qu'il serait possible d'établir que sa conclusion a été exclusivement ou

---

<sup>449</sup> S. Clavel, *comm. préc.*, p. 257-258.

<sup>450</sup> S. Clavel, *comm. préc.*, p. 258

<sup>451</sup> S. Clavel, *comm. préc.*, p. 262.

<sup>452</sup> V. de manière générale, sur ce concept, L. Cadiet, *Rép. dr. int. Dalloz*, V° *Abus de droit*, n° 31.

<sup>453</sup> V. sur ce point, H. Gaudemet-Tallon, « De l'abus de droit en droit international privé », in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 383 et s. ; S. Clavel, *comm. préc.*, p. 257.

<sup>454</sup> V. sur ce point, *infra* n° 150 et s.

principalement inspirée par la volonté de donner compétence à une autorité devant laquelle elles ne trouveront pas application. Mise en œuvre dans le for d'origine de ces dispositions, elle devrait induire que les juridictions saisies refusent de reconnaître l'effet dérogatoire de compétence qu'elle consacre et laissent jouer les règles de compétence juridictionnelle en principe applicables.

**108.** À cet égard, pourtant, l'admission sans réserve du principe de licéité des clauses de prorogation de for rend délicate la mise en place d'une telle sanction. En l'absence de moyens *préventifs* qui seraient mis en place dans le for d'origine des lois de police pour limiter l'efficacité des conventions d'arbitrage ou des clauses attributives de juridictions au regard des objectifs poursuivis par les parties, ou qui viendraient conditionner leur licéité à la réalisation de certains buts<sup>455</sup>, la solution consacrée conduit, en effet, à instaurer un véritable *droit*, pour les parties, de conclure une telle clause pour les raisons qu'elles veulent.

Envisagé sous l'angle de la fraude entendue largement ou de l'abus de droit, le *forum shopping* apparaît néanmoins, en pratique, difficile à sanctionner, parce qu'il repose sur la seule exploitation d'un droit préexistant. Son caractère frauduleux ne peut être déduit qu'en considération des *modalités* de mise en œuvre d'une faculté par principe octroyée aux parties. La mise en place d'une sanction oblige à procéder à l'analyse de considérations purement subjectives, fondées sur la détermination de leur intention, ce qui apparaîtra nécessairement délicat et source d'incertitude. L'indifférence consacrée vis-à-vis des impérativités substantielles n'autorise ainsi éventuellement qu'une sanction ponctuelle et au cas par cas du *forum shopping* qui serait ici pratiqué et écarte toute possibilité de *blocage automatique*.

**109.** Pour cette raison, le caractère *frauduleux* de la manœuvre des parties risque, au-delà, de ne pouvoir être décelé et sanctionné qu'*a posteriori*, lorsque le contournement des lois de police sera déjà réalisé et consacré à travers la saisine des autorités juridictionnelles étrangères.

Or, une fois l'autorité étrangère saisie, les juridictions du for risquent la plupart du temps de ne pas être sollicitées au stade de l'instance directe, et de se trouver dans l'impossibilité de faire valoir leur point de vue sur l'efficacité de la clause de prorogation de for<sup>456</sup>. Dès lors que le recours à l'autorité juridictionnelle étrangère, prévu

---

<sup>455</sup> V. sur cette question, sous l'angle de la mise en place d'une voie médiane fondée sur le principe de licéité conditionnée des clauses attributives de juridiction, *infra*, n° 413 et s.

<sup>456</sup> V. sur la distinction des hypothèses dans lesquelles la manœuvre frauduleuse peut être sanctionnée devant le for ou devant la juridiction étrangère, not. B. Audit, J.-Cl. dr. int. Fasc. 535 : *Fraude à la loi*, n° 57 et s.

conventionnellement, devrait en principe être admis par les deux parties, la saisine des juges du for, malgré la conclusion d'une clause attributive de juridiction ou d'une convention d'arbitrage, devrait être assez rare. Elle impliquerait que l'une des parties souhaite finalement renoncer à la clause à laquelle elle avait préalablement consenti et saisisse le juge français pour en contester la licéité. En dehors de ces accidents de procédure, la *reprise en main* de la protection de ses impérativités par l'ordre juridique du for ne semblera pouvoir être assurée qu'au stade du contentieux de l'*exequatur*, si le jugement rendu à l'étranger est produit devant elles pour être reconnu ou exécuté ou si la sentence arbitrale est soumise à son contrôle.

**110.** Au stade de l'instance directe, la sanction du contournement frauduleux des lois de police réalisé par les parties devrait alors être principalement assurée devant les autorités étrangères. Il s'agirait, pour celles-ci, d'admettre de sanctionner l'utilisation de leurs règles de compétence juridictionnelle au détriment de la loi de police d'un autre État ou de la décision qu'auraient rendue les juges de celui-ci s'ils avaient été saisis. Elles devraient alors refuser d'exercer la compétence qu'elles se reconnaissent normalement pour désactiver, de manière *préventive*, le *forum shopping* réalisé, en refusant de contribuer à sa réalisation<sup>457</sup>. Cette sanction, bien que concevable<sup>458</sup>, risquera d'être plus aléatoire et incertaine. Elle impliquera la mise en œuvre d'un *mécanisme de coordination des systèmes* fondé sur le consentement des juges étrangers ou des arbitres à apporter leur concours à la protection des intérêts étatiques étrangers.

Le système consacré, sous cet angle, conduit alors à consacrer un certain transfert de la protection des lois de police du for vers les autorités juridictionnelles étrangères<sup>459</sup>. Il semble pouvoir apparaître comme l'expression d'un certain renoncement de l'ordre juridique du for à assurer lui-même le respect de ses impérativités au stade de l'instance directe, et à renvoyer la sanction de leur contournement au stade du contentieux de l'*exequatur*. Sous cet angle, l'admission généralisée des clauses de prorogation de for, malgré l'applicabilité d'une loi de

---

<sup>457</sup> V. sur ce point, en particulier, B. Audit, *La fraude à la loi, thèse*, Paris, 1974, Dalloz, n° 239 ; B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 307.

<sup>458</sup> V. à cet égard, laissant apparaître la possibilité de sanctionner le *forum shopping* réalisé au détriment des dispositions étrangères, devant les juridictions françaises, CA Paris, 10 octobre 1990, RCDIP 1991, p. 605, note H. Gaudemet-Tallon, qui a déclaré que « s'agissant d'un litige international, le choix d'une juridiction qui n'a aucun lien avec le litige ne saurait être considéré comme illicite dès lors qu'aucun texte ne l'interdit et qu'en l'absence de fraude, il n'existe aucun moyen sérieux de faire obstacle à la volonté clairement exprimée des parties de choisir une juridiction qu'elles estiment spécialement qualifiée pour statuer sur leur différend ».

<sup>459</sup> Il en est, d'ailleurs, d'autant plus ainsi en raison de la tendance qui semble se dessiner, en particulier dans le cadre européen, en faveur d'un déplacement du contrôle de l'absence de fraude au for « de jugement » qui tranche le litige au stade direct. V. sur ce point, *infra*, n° 160 et s.

police du for, semble légitimer le *décollage* des acteurs privés des contraintes étatiques<sup>460</sup>,  
« sans que rien n'en assure l'atterrissage dans les bornes prévues »<sup>461</sup>.

---

<sup>460</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 144.

<sup>461</sup> *Ibid.*



## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**111.** L'analyse des solutions consacrées en droit positif révèle l'existence d'une indifférence *a priori* totale du droit de la compétence juridictionnelle directe vis-à-vis des lois de police. L'applicabilité d'une disposition de ce type au fond du litige n'influence en principe jamais la détermination du juge compétent et n'empêche pas le jeu normal des règles de compétence juridictionnelle par principe applicables.

Dans le contexte de l'essor que connaît la volonté individuelle en droit international privé contemporain, la libéralisation des clauses de prorogation de for, étatique et arbitral, s'est ainsi faite sans considération pour le droit substantiel impératif et a conduit à maintenir leur licéité de principe en présence d'une loi de police du for applicable au fond du litige. Cette solution a été progressivement consacrée vis-à-vis des clauses d'arbitrage, où l'arbitrabilité des litiges avait initialement été fondée sur le critère tiré de l'ordre public. Elle n'a reçu une consécration explicite qu'assez récemment vis-à-vis des clauses attributives de juridiction devant les juridictions françaises, alors que la solution semblait déjà implicitement admise en droit français et retenue dans le cadre des instruments européens.

**112.** Du point de vue du for, le maintien du principe de licéité des clauses de prorogation de for en présence de lois de police exprime son consentement à voir le litige résolu à l'étranger non seulement lorsque les juridictions étrangères possèdent un rattachement objectif avec le litige, mais également lorsque leur compétence est expressément *recherchée* par les parties malgré la compétence préexistante de ses tribunaux. La solution indique que celui-ci n'admet pas seulement la saisine des juridictions étrangères comme une conséquence inéluctable de la concurrence des compétences juridictionnelles étatiques, mais qu'il reconnaît aux parties la possibilité d'expatrier volontairement le contentieux devant un juge étranger ou un arbitre, malgré la mise en cause d'une politique législative impérative.

En dépit de l'invocation systématique du principe général de séparation des conflits de juridictions et des conflits de lois, l'absence de maintien impératif de la compétence des juridictions du for semble principalement justifiée par des considérations d'opportunité. Elle apparaît comme l'expression d'un choix des États de faire prévaloir la poursuite d'une politique libérale sur le respect absolu de leurs impérativités, que seule assure la consécration d'une liaison entre le *forum* et le *jus*. Ces considérations semblent, en droit international privé contemporain, principalement reposer sur des critères d'ordre général, non spécifiquement

liés à la nature de ces dispositions. L'ouverture non perturbée des frontières du for reposerait sur une volonté étatique de favoriser au maximum la *mobilité interjuridictionnelle* des parties, compte tenu de ses conséquences positives sur le développement du commerce international. D'un autre côté, il est généralement admis que la consécration d'une inarbitrabilité des litiges ou d'une compétence impérative fondée sur l'applicabilité de lois de police ne se justifierait pas. Elle apparaîtrait inutile à la fois compte tenu de la confiance qui pourrait être éprouvée envers les juges étrangers et les arbitres quant à leur mise en œuvre au fond du litige, et en raison de la possibilité qu'aurait toujours le for de sanctionner la violation de ses impérativités au stade du contentieux de l'*executur*. Sous cet angle, le système consacré viserait en théorie à assurer une solution *équilibrée*, justifiée par l'importance que revêtent les clauses de prorogation de for et la rareté des chances de violation des lois de police qui en résulterait.

**113.** Les solutions consacrées en droit positif révèlent pourtant toute la faiblesse de l'argument fondé sur la probabilité d'une application de ces dispositions à l'étranger. Elle fait apparaître l'existence d'une liaison inévitable entre l'autorité juridictionnelle saisie et l'application des lois de police, et implique d'admettre l'importance de la contrainte<sup>462</sup> que représente le « facteur contentieux »<sup>463</sup> sur l'application des dispositions internationalement impératives. Alors que les lois de police bénéficient en principe d'une application certaine et automatique devant les juridictions de l'ordre juridique dont elles émanent, la décorrélation des compétences juridictionnelle et législative à laquelle conduit la saisine d'une autorité étatique étrangère ou arbitrale amène inévitablement à *diluer* leur impérativité. L'application des lois de police du for non désignées par les règles normalement applicables devant l'autorité saisie, admise sur le principe, n'apparaît toujours que *facultative* pour l'autorité saisie. Leur mise en œuvre dépend, en définitive, de l'appréciation subjective qu'elle portera sur la légitimité de la revendication de compétence législative formulée depuis l'étranger, et se trouve confrontée à des difficultés pratiques difficilement surmontables, en l'absence de critère précis permettant de déceler l'applicabilité d'une disposition de ce type et d'apprécier l'opportunité de la prendre en compte. Il s'ensuit que l'application des lois de police du for à l'étranger n'apparaît en pratique que très exceptionnelle et trop aléatoire devant les juges étrangers et les arbitres pour fonder la confiance du for quant au respect de ses lois de police à l'étranger.

---

<sup>462</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 97.

<sup>463</sup> *Ibid.*



**114.** En conférant aux parties une possibilité pratiquement illimitée de déroger conventionnellement à la compétence des juridictions du for d'origine des lois de police, le système ignore pourtant l'existence de cette liaison entre l'autorité saisie et l'application des lois de police, et semble consacrer leur *semi-impérativité* généralisée. Il *favorise* la décorrélation du *forum* et du *jus*, toujours possible en l'absence de prorogation de compétence, en conférant aux personnes privées une certaine maîtrise sur l'efficacité des politiques législatives impératives<sup>464</sup>. Corrélativement, il incite les parties à *exploiter* la faculté de choix de for qui leur est offerte, en se livrant au *forum shopping*, pour éviter l'application de la loi de police du for normalement applicable et échapper au jugement qui aurait été prononcé par les juridictions du for.

L'incohérence du système réside alors dans ce que le recours à cette pratique, incontestablement critiquable et répréhensible, apparaît ici *légitimé* par l'État dont les lois de police seraient volontairement évincées. Autorisé par la reconnaissance du principe de licéité des clauses de prorogation de for, le *forum shopping* peine à trouver ici des fondements adéquats pour asseoir son illicéité et appelle l'adoption d'une conception élargie du concept de *fraude* ou une prise en compte de *l'abus de droit*, dont les contours resteraient à définir. Il bénéficie, au-delà, d'une relative immunité dans le for au stade de l'instance directe, et voit sa sanction éventuelle dépendre du for étranger ou reportée au stade de l'instance indirecte lors du contrôle opéré par le for sur le jugement étranger ou la sentence arbitrale. Sous cet angle, le système conduit alors à faire intégralement reposer l'efficacité des politiques législatives impératives du for sur les contrôles opérés par le for au stade du contentieux de l'*exequatur*.

---

<sup>464</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 144.

## CHAPITRE II : LES LOIS DE POLICE AU STADE DU CONTRÔLE DES SENTENCES ET DES JUGEMENTS ÉTRANGERS

**116.** Le contrôle que le juge du for pourra exercer sur les jugements étrangers et les sentences arbitrales, au stade du contentieux de l'*exequatur* ou lors d'une procédure d'annulation<sup>465</sup>, est très largement invoqué pour justifier le maintien du principe de licéité des clauses de prorogation de for malgré l'applicabilité d'une loi de police du for. Ce contrôle pourrait « limiter les dégâts »<sup>466</sup> engendrés par une éventuelle non-application ou mauvaise application de cette disposition à l'étranger et permettrait de sauvegarder *in extremis* les politiques législatives impératives du for, parce que, « à supposer que la décision étrangère soit directement contraire à la loi de police française, il [serait] toujours possible de lui refuser effet en France »<sup>467</sup>.

**117.** Ce report de la protection des lois de police au stade de l'instance indirecte, pourtant, s'accorde mal avec la faiblesse du contrôle en pratique exercé dans le cadre du contentieux de l'*exequatur*. Le développement d'une politique toujours plus libérale, visant à favoriser la circulation des décisions et à assurer une coordination des systèmes, s'est réalisé dans une indifférence pratiquement totale vis-à-vis des lois de police du for qui apparaîtraient au moins potentiellement applicables au fond du litige. En l'absence de solution dérogatoire venant limiter le libéralisme consacré en présence de dispositions de cette nature, le caractère limité du nombre et de l'étendue des vérifications effectuées par le for pour apprécier la régularité des jugements étrangers et des sentences arbitrales conduit à rendre le *second look* largement insuffisant pour *compenser* le libéralisme consacré vis-à-vis des clauses de prorogation de for.

L'identification des chefs de contrôles susceptibles de fonder une restauration de l'impérativité des lois de police du for au stade du contentieux de l'*exequatur* fait apparaître le caractère assez limité des fondements sur lesquels une vérification du respect des lois de

---

<sup>465</sup> Ce contrôle pourra être effectué à l'occasion d'un recours en annulation intenté à l'encontre de la sentence arbitrale, dans la mesure où le lieu du siège de l'arbitrage se trouverait sur le territoire de cet État. Dans la mesure où les motifs d'annulation des sentences recouvrent dans une large mesure ceux réalisés dans le cadre du contentieux de la reconnaissance ou de l'exécution des sentences, le contentieux de l'annulation sera ici traité conjointement avec celui du contentieux de l'*exequatur* des sentences arbitrales. V. sur ce point, not. E. Gaillard, J.-Cl. dr. int., Fasc. 586-10 : *Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Contrôle étatique. Droit commun*, spéc., n° 30 et s.

<sup>466</sup> P. Lagarde, compte rendu de l'article de W. Wengler, *Die Gestaltung des internationalen Privatrechts der Schuldverträge unter allgemeinen Leitprinzipien*, in *RabelsZ*, 1983, p. 215, RCDIP 1987, p. 878.

<sup>467</sup> H. Gaudemet-Tallon, *Rép. dr. int. Dalloz*, V° *Compétence civile et commerciale*, spéc., n° 189.

police du for à l'étranger pourrait être efficacement réalisée (SECTION I). Cette analyse conduit à admettre que la possibilité d'une réactivation des lois de police du for au stade indirect repose en définitive entièrement sur la mise en œuvre de la condition de conformité à l'ordre public de fond. Cette condition, pourtant, fait l'objet d'une restriction toujours plus importante quant à la détermination de ses contours et quant à l'étendue de sa mise en œuvre, et apparaît insusceptible d'assurer un respect absolu des impérativités du for au stade indirect.

À cet égard, les solutions retenues en matière d'arbitrage par la jurisprudence récente semblent même avoir consacré une réelle *neutralisation* du contrôle de l'ordre public dont le maintien, malgré l'applicabilité d'une loi de police du for au fond du litige, a été expressément affirmé. Face aux insuffisances préexistantes du contrôle et à sa paralysie future généralisée, à laquelle conduirait une extension cohérente du libéralisme consacré en matière d'arbitrage au contentieux de l'*exequatur* des jugements étrangers, il conviendrait d'admettre que ces dispositions apparaissent globalement *désactivées* dans les conflits de juridictions (SECTION II).

## SECTION I : DÉTERMINATION DES CHEFS PERTINENTS DE CONTRÔLE

**118.** Malgré certaines différences quant aux conditions de régularité établies, le contentieux de l'*exequatur* prend aujourd'hui une apparence relativement uniforme vis-à-vis du contrôle des jugements étrangers et des sentences arbitrales<sup>468</sup>. Fondé sur une conception *privatiste*, il est orienté vers une prise en compte de l'intérêt des parties et a pour objectif principal d'assurer « l'unité et [la] continuité du traitement juridique des situations des particuliers »<sup>469</sup> en favorisant une coordination des systèmes. Pour cette raison, il vise à limiter l'inefficacité des jugements étrangers ou des sentences à des hypothèses exceptionnelles, lorsqu'elle s'avère absolument nécessaire pour le respect de certains intérêts du for ou des parties. Dans ce cadre, le contrôle réalisé par les juridictions de l'État requis repose sur la vérification d'un certain nombre de conditions extrinsèques de régularité limitativement fixées<sup>470</sup>, portant sur le

---

<sup>468</sup> Dans ce cadre, les sources du droit français relatif au contrôle des sentences arbitrales sont le droit commun français et les conventions bilatérales ou multilatérales dont la principale est la convention de New York du 10 juin 1958 *pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*. Celle-ci, néanmoins, n'ayant qu'une influence limitée en France, il n'y sera fait que quelques références.

<sup>469</sup> B. Ancel et H. Muir Watt, « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, chronique d'une séparation », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 135 et s., °20.

<sup>470</sup> V. sur l'évolution qu'a connue le droit français en ce sens, en particulier, H. Muir Watt et B. Ancel, *art. préc.*, p. 135 et s., n° 20.

contenu de la norme à intégrer dans le for et la prise en compte de considérations d'ordre procédural.

**119.** Dans un contexte où la violation des lois de police du for consacrée à l'étranger pourrait apparaître comme l'aboutissement d'une manœuvre frauduleuse ayant consisté à déroger à la compétence des juridictions du for au moyen d'une clause de règlement des différends, l'absence d'efficacité du jugement ou de la sentence consacrant une telle violation pourrait reposer sur la mise en œuvre de contrôles d'ordre substantiel portant directement sur la solution donnée au litige (I) ou sur une prise en compte du comportement procédural des parties ayant procédé volontairement à l'expatriation du contentieux (II). Le constat que la réalisation d'un contrôle de l'absence de comportement frauduleux ne peut constituer, en elle-même, un fondement *suffisant* pour asseoir une vérification du respect des lois de police du for à l'étranger, conduit à admettre que l'efficacité du contrôle réalisé au stade du contentieux de l'*exequatur* à cet égard repose en définitive sur la condition de conformité à l'ordre public de fond.

### **I- Contrôles portant sur la solution donnée au litige**

**120.** La condition de conformité à la loi appliquée, longtemps maintenue en droit français pour le contentieux de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers, aurait pu constituer un moyen efficace pour assurer le respect des lois de police du for à l'étranger. Malgré sa disparition formelle absolue en droit positif, son analyse conserve un intérêt dès lors qu'elle pourrait avoir été implicitement intégrée au sein des autres chefs de contrôles existants (A). En droit positif, le contrôle le plus opportun pour fonder une protection des lois de police du for au stade du contentieux de l'*exequatur* est celui relatif au respect de l'ordre public substantiel (B).

#### **A) Ancienne condition de conformité à la loi appliquée**

**121.** La condition de conformité à la loi appliquée constituait le fondement d'un contrôle objectif du respect des lois de police du for à l'étranger (a). Cette condition, pourtant seule susceptible d'assurer une sanction *systématique* des décisions consacrant une violation des lois de police du for, apparaît aujourd'hui absolument écartée (b).

## 1- Contours de la condition de la loi appliquée

**122.** Puisant ses origines dans un ancien courant jurisprudentiel retenu en matière d'état et de capacité des personnes<sup>471</sup>, la condition de conformité à la solution du conflit de lois fut posée en droit français comme condition générale de régularité des jugements étrangers par l'arrêt *Münzer*<sup>472</sup>. Elle permettait de vérifier que le juge étranger avait procédé à l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflits de lois et imposait une similitude de la solution consacrée par la décision étrangère prononcée avec celle qu'aurait consacrée un jugement français hypothétique<sup>473</sup>. Elle a pu être justifiée par l'idée qu'il serait inadmissible d'importer une solution juridictionnelle étrangère contraire à la conception française de la légalité internationale de droit privé<sup>474</sup>, et que l'intégration en France d'un élément étranger devait être soumise, dans tous les cas, à une procédure ayant pour but de « le ramener au gabarit de normes françaises »<sup>475</sup>.

**123.** Apparaissant comme une *survivance* du système de la révision au fond<sup>476</sup>, cette condition a néanmoins été assez rapidement critiquée<sup>477</sup>, si bien que la question de son abandon a également été très tôt abordée<sup>478</sup>. Les tribunaux français, parallèlement, avaient progressivement été conduits à tempérer les effets de cette condition, face à la fréquence des refus d'efficacité des jugements étrangers à laquelle elle aurait conduit, appliquée strictement. Recherchant une solution équilibrée permettant de respecter conjointement l'objectif d'harmonie internationale des solutions et les exigences de la justice conflictuelle, les

<sup>471</sup> V. sur ce point, B. Ancel, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », TCFDIP 1986-1988, p. 25 et s., spéc., p. 26 et s. ; « Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères », Riv. dir. int. pr. e proc. 1992, p. 201 et s., spéc. p. 214 et s. Elle apparaissait originellement comme le *vecteur de l'efficacité* des jugements étrangers en France, et avait conduit les tribunaux français à reconnaître automatiquement les jugements étrangers rendus dans l'État d'origine des intéressés dans le respect de leur loi nationale. V. not., Cass. Civ., 28 février 1860, *Bulkley*, S. 1860.I.210, concl. Dupin ; GA n° 4 ; DP 1860. I. 57 ; Cass. Civ., 9 mai 1900, *De wrède*, Clunet 1900, p. 613 ; Sirey 1901. I. 185, note E. A ; Dalloz 1905. I. 101, note L. S. ; GA n° 10. V. également, mettant en œuvre cette condition pour contrôler le contenu des jugements étrangers à l'époque même du pouvoir de révision, not. Cass. Civ., 29 juillet 1929, *Drichemont*, D. H. 1929, p. 458 ; Sirey 1930. I. 20 ; Clunet 1930, p. 377 ; RCDIP 1931, p. 334 ; 22 janvier 1951, *Weiller*, RCDIP 1951, p. 167, note Ph. Francescakis ; JCP 1951. II. 6151, note S. et T. ; Dalloz 1952, p. 35, GA, n° 24-25.

<sup>472</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964, *Münzer*, RCDIP 1964, p. 302, note H. Batiffol ; Clunet 1964, p. 302, note B. Goldman ; JCP 1964. II. 13590, note B. Ancel ; GA, n° 41.

<sup>473</sup> B. Ancel, *comm. préc.*, p. 30.

<sup>474</sup> L. d'Avout et S. Bollée, « L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers », Dalloz 2007, p. 1115 et s.

<sup>475</sup> B. Ancel, *comm. préc.*, p. 28.

<sup>476</sup> V. en ce sens, P. Bellet, « La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'*exequatur* des jugements étrangers », TCFDIP 1962-1964, p. 251 et s. ; M. Issad, *Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur. De la révision au contrôle*, LGDJ Bibl. dr. pr. T. XCIX, 1970, p. 125 ; D. Holleaux, « Les conséquences de la prohibition de la révision », TCFDIP 1980-1981, p. 49 et s., spéc. p. 53.

<sup>477</sup> V. sur ces critiques, not. S. Cressot-Léger, « Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en *exequatur* ? », Clunet 2003, p. 765 et s., spéc. p. 767.

<sup>478</sup> V. sur ce point, not., B. Ancel et H. Muir Watt, « Des vérifications auxquelles le juge est tenu de procéder pour accorder l'*exequatur* », RCDIP 2007, p. 420 et s., spéc., n° 10 ; « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, chronique d'une séparation », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 135 et s., p. 148.



juridictions françaises avaient admis le tempérament de l'*équivalence du résultat* obtenu par application d'une loi étrangère<sup>479</sup>. Elles se satisfaisaient également parfois d'une simple identité conflictuelle<sup>480</sup> des solutions, en exigeant la simple identité du rattachement utilisé par la règle de conflit de lois du for et par la règle mise en œuvre à l'étranger, c'est-à-dire une « concordance des désignations »<sup>481</sup>. À la veille de sa suppression, les tribunaux avaient dégagé, dans l'affaire *Enfant Viola*<sup>482</sup>, une solution consistant à limiter la vérification effectuée à l'existence d'une *adéquation* du droit choisi par l'autorité étrangère<sup>483</sup> avec « les principes de solution des conflits de lois sanctionnés par le droit international privé français »<sup>484</sup>. Ils convertissaient ainsi l'exigence du respect de la règle de conflit de lois à une simple condition de rattachement suffisant du droit choisi avec la situation litigieuse.

**124.** Dans ce contexte, la suppression de cette condition dans l'arrêt *Cornelissen*<sup>485</sup> semblait s'imposer, dès lors qu'elle apparaissait réduite « à l'état de fantôme dans notre droit positif »<sup>486</sup> et en pratique dépourvue d'une bonne partie de ses effets et de son sens<sup>487</sup>. Elle apparaissait comme un « reliquat anachronique d'une époque où régnait dans notre droit un nationalisme juridique complètement désuet »<sup>488</sup>, inadaptée « tant à raison de la relativité croissante des solutions nationales des conflits de lois, qu'en égard à la réorientation du droit de la reconnaissance et de l'*exequatur* »<sup>489</sup>. Dans un contexte où se développait l'idée que le pays d'accueil devrait mettre à l'écart ses propres règles de droit international privé pour adopter directement le point de vue de l'État d'origine, dans lequel la situation des personnes privées s'était en quelque sorte cristallisée<sup>490</sup>, elle semblait incompatible avec les

---

<sup>479</sup> V. par ex. Cass. Civ., 29 juillet 1929, *Drichemont*, RCDIP 1931, p. 334 ; Clunet 1930, p. 377 ; DH 1929, p. 458 ; S. 1930. I. 20. V. également, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, *Époux Levy-Guedj*, RCDIP 2004, p. 398, note H. Muir Watt ; Clunet 2003, p. 468, note J.-M. Jacquet.

<sup>480</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1965, *Loesch*, RCDIP 1966, p. 289, note P. Lagade ; Clunet 1966, p. 369, note Ph. Kahn.

<sup>481</sup> B. Ancel, *comm. préc.*, p. 30.

<sup>482</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 2006, *Enfant Viola*, Dalloz 2007, p. 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; RCDIP 2007, p. 413.

<sup>483</sup> V. déjà, antérieurement, CA Paris, 22 novembre 1990, *Banque Internationale de l'Afrique Occidentale*, Dalloz 1992, comm., p. 169, obs. B. Audit.

<sup>484</sup> V. en particulier sur ce système, B. Ancel et H. Muir Watt, *art. préc.* 2007, p. 420 et s., spéc., n° 14 et s.

<sup>485</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, *Cornelissen*, 20 février 2007, Dalloz 2007, p. 892, obs. P. Chauvin ; Dalloz 2007, p. 1115 et s., note L. d'Avout et S. Bollée ; LPA, 2007, n° 102, p. 15, note C. Lecuyer-Thieffry ; RCDIP 2007, p. 420, note B. Ancel et H. Muir Watt ; Clunet 2007, p. 1195, note F.-X. Train ; Dalloz 2007. Chron. 892 ; Gaz. Pal. 29 avril-3 mai 2007, n° 119 et s., n° spécial, Contentieux judiciaire international et européen, p. 2, note Niboyet.

La Cour énonça que « pour accorder l'*exequatur*, hors de toute convention internationale, le juge français doit 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. Le juge de l'*exequatur* n'a donc pas à vérifier que la loi appliquée par le juge étranger est celle désignée par la règle de conflit de lois française ».

<sup>486</sup> L. d'Avout et S. Bollée, *art. préc.*, p. 1115 et s.

<sup>487</sup> V. en ce sens, L. d'Avout et S. Bollée, *art. préc.*, p. 1115 et s.

<sup>488</sup> G. Holleaux, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1963, *Hohenzollern*, RCDIP 1963, p. 116.

<sup>489</sup> L. d'Avout et S. Bollée, *art. préc.* Dalloz 2007, p. 1115 et s.

<sup>490</sup> V. sur cette méthode de résolution des conflits de systèmes, not. P. Mayer, « Les méthodes de la reconnaissance », in *Le droit international privé : esprit et méthode*, in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz 2005, p. 547 et s. ; G. P. Romano, « La

inflexions de la méthode bilatérale qu'imposait de plus en plus largement le respect des droits fondamentaux issus de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>491</sup> et des libertés instituées dans le cadre de l'Union européenne<sup>492</sup>.

La condition, au-delà, était ignorée en matière d'arbitrage<sup>493</sup> et avait été expressément exclue comme solution de principe dans l'espace judiciaire européen. Il est unanimement admis, en effet, que l'absence de disposition faisant expressément référence à l'impossibilité d'effectuer un tel contrôle dans les règlements européens<sup>494</sup> doit être interprétée comme excluant sa mise en œuvre<sup>495</sup> et que ce contrôle ne doit pas être réintroduit à travers la mise en œuvre des conditions de régularité consacrées, en particulier celle de la conformité du jugement à l'ordre public<sup>496</sup>.

---

bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », RCDIP 2006, p. 457 et s. ; S. Bollée, « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », RCDIP 2007, p. 307 et s. ; P. Lagarde, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ*, 68 (2003), p. 225 et s. ; « Reconnaissance, mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 479 et s.

<sup>491</sup> V. not. CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01, *Wagner c/ Luxembourg*, JCP G 2007, I, 182, n° 9, obs. F. Sudre ; AJDA 2007, p. 1920, obs. J.-S. Flauss ; Dalloz 2007, p. 2700, note F. Marchadier ; RCDIP 2007, p. 807, note P. Kinsch ; Clunet 2008, p. 183, note L. d'Avout ; JCP G 2007, I, 182, n° 9.

<sup>492</sup> V. not. concernant la liberté de circulation, CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, Aff., C-148/02, Rec. I-11613, Dalloz 2004, p. 1476, note M. Audit ; Clunet 2004, p. 1219, note S. Poillot-Peruzzetto ; RCDIP 2004, p. 184, note P. Lagarde, CJCE, *Konstantidinis*, 30 mars 1993, Aff., C-168/91, Rec. 1993, p. I-1191 Dr. trav. 1995/1, p. 1, note Mazière ; LPA 1<sup>er</sup> juin 1994, n° 65, note Flauss ; CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, Aff., C-353/06, Rec. p. I-7639, Dalloz 2009, p. 845, note F. Boulanger ; AJ Fam. 2008, p. 481, obs. A. Boiché ; AJDA 2008, p. 2327, obs. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert ; Clunet 2009, p. 205, note L. d'Avout ; sur la liberté d'établissement, CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, Rec. 1999, I-1459, Clunet 2000, p. 482, obs. Luby ; RCDIP 2003, p. 373, note T. Ballarino ; Rev. Des Sociétés, 1999, p. 386, note G. Parléani ; Dalloz Affaires, 1999, p. 550, note Menjucq ; CJCE, 5 novembre 2002, *Uberseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH*, C-208/00, RCDIP 2003, p. 504, note Lagarde ; RCDIP 2003, p. 373, note T. Ballarino ; JCP 2003. II. 10032, note M. Menjucq ; Bull. Joly 2003, p. 464, note M. Joly ; Rev. Soc. 2003, p. 315, note J.-Ph. Dom ; CJCE, 30 septembre 2003, Aff. C-167/01, *Inspire Act*, Rec. I-10155, RCDIP 2004, p. 151, note H. Muir Watt ; JCP E, 2004, p. 251, note V. Magnier ; Dalloz 2004, p. 491, note E. Pataut ; JCP G 2004. II. 10002, note M. Luby.

<sup>493</sup> L'art. 1520 du CPC ne fait aucune référence à un tel contrôle. Il fixe une liste de griefs susceptibles d'être adressés à une sentence arbitrale de manière limitative et fait l'objet d'une interprétation stricte de la part de la jurisprudence. En dehors des cas expressément visés par l'article, il est admis que le contenu substantiel de la sentence échappe au contrôle du juge de la régularité de la sentence. V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 2011, Rev. arb., 2011, p. 597. La condition de conformité à la loi appliquée n'est pas non plus prévue dans la convention de New York.

<sup>494</sup> Une exception avait cependant été posée à l'art. 27-4 de la convention de Bruxelles, qui prévoyait que dans l'hypothèse où le tribunal d'origine avait dû incidemment trancher une question relative à l'État ou à la capacité des personnes physiques, aux régimes matrimoniaux, aux testaments ou aux successions dans un litige relevant à titre principal du règlement, le juge de l'ordre juridique requis pouvait contrôler la loi appliquée à la question incidente et refuser la reconnaissance du jugement étranger si elle différait de celle désignée par ses propres règles de conflits de lois. V. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd. 2015, n° 390 et s.

<sup>495</sup> H. Gaudemet-Tallon, *ouvrage préc.*, n° 388.

<sup>496</sup> Le rapport Jénard a, à cet égard, indiqué qu'il était impossible d'invoquer la contrariété à l'ordre public pour refuser de reconnaître une décision qui n'aurait pas appliqué la loi désignée par la règle de conflit de l'ordre juridique requis. V. *Rapport*, p. 44.

Du point de vue du respect des lois de police, pourtant, cette condition aurait permis de fonder un contrôle particulièrement efficace pour sanctionner leur violation.

## 2- Condition de la loi appliquée et respect des lois de police

**125.** Malgré l'importance et la pertinence des critiques qui ont pu être dirigées contre l'exigence d'une conformité du jugement étranger à la loi appliquée, cette condition aurait revêtu une pleine utilité pour assurer le respect des impérativités substantielles. Contestable à titre général, elle paraissait, en revanche, pleinement justifiée dans l'hypothèse où la solution française du conflit de lois conduisait à l'application de la loi de police française<sup>497</sup>, pour sanctionner les « cas d'atteinte à des solutions du conflit de lois “indirectement exclusives” parce que prenant en charge un impératif internationalement inaltérable de l'ordre juridique »<sup>498</sup>. Certains auteurs avaient considéré, à cet égard, que le contrôle du respect des lois de police apparaissait comme « la seule justification crédible de la condition, quasi esthétique, du respect de la règle de conflit du for, perçue d'une façon ou d'une autre comme empêchant les parties de se jouer de l'ordre juridique du for en saisissant un juge étranger, qui contenait les germes de son déclin »<sup>499</sup>. Dès lors, en effet, que dans cette hypothèse, l'État estime que « son intérêt [est] si immédiatement engagé dans le conflit de lois qu'il ne peut tolérer une solution différente de celle que lui-même prévoit »<sup>500</sup>, il semble possible d'admettre que le respect de la règle substantielle désignée par le système français de conflit de lois importe plus que l'efficacité des décisions étrangères. P. Mayer avait d'ailleurs pu avancer en ce sens que, pour que le maintien de la condition soit justifié, « il faudrait que l'intérêt qui s'attache au respect de notre règle de conflit ou de la loi qu'elle désigne soit plus fort que celui qui s'attache au respect des décisions étrangères »<sup>501</sup>.

**126.** Permettant d'assurer, de manière générale, une vérification de *l'application de la loi compétente d'après les règles françaises de conflit*, cette condition aurait fondé un contrôle de la loi appliquée également dans l'hypothèse où la loi française revendiquait unilatéralement

---

<sup>497</sup> V. en ce sens, not. P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986, t. 196, p. 30 et s., p. 183 ; E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions*, n° 627 et s. ; B. Ancel, *comm. préc.*, p. 38 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.* n° 389.

<sup>498</sup> S. Bollée et L. d'Avout, *art. préc.*, p. 1115 et s.

<sup>499</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 280, p. 321.

<sup>500</sup> B. Ancel, *comm. préc.*, p. 38.

<sup>501</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 388.

son application en tant que loi de police<sup>502</sup> et serait apparue particulièrement efficace pour restaurer l'impérativité des lois de police au stade du contentieux de l'*exequatur*.

Appliquée strictement pour imposer une identité à la fois formelle et matérielle de la solution substantielle retenue à l'étranger, elle aurait permis de sanctionner systématiquement, *a posteriori*, le défaut d'application de la loi de police française et sa mauvaise application. Du point de vue du libéralisme consacré vis-à-vis des clauses de prorogation de for, elle aurait conféré une portée réelle à l'avertissement envoyé aux juges étatiques et aux arbitres d'un risque d'inefficacité de leur jugement ou de leur sentence, et donné une substance plus réelle à leur obligation théorique d'en faire application. L'efficacité du contrôle pour sanctionner la violation des lois de police du for avait d'ailleurs été assez largement mise en avant en doctrine pour *justifier* la reconnaissance du principe de licéité des clauses de prorogation de for malgré l'applicabilité d'une loi de police à l'époque où la question n'avait pas été clairement tranchée<sup>503</sup>. Elle aurait également indirectement permis de sanctionner le comportement frauduleux des parties au stade de l'*exequatur*<sup>504</sup>, en faisant systématiquement obstacle à l'efficacité de la décision obtenue à l'étranger à la suite du *forum shopping* réalisé. L'admission des clauses de prorogation de for n'aurait alors autorisé qu'une *délocalisation* du prononcé du jugement, tel qu'il devrait être rendu du point de vue français.

Compte tenu de son caractère *objectif* et du risque d'inefficacité *automatique* qu'elle aurait induit, une telle condition aurait même pu exercer, en amont de la résolution du contentieux, un effet *dissuasif*. Elle aurait pu, d'un côté, renforcer directement les chances d'une mise en œuvre des lois de police par l'autorité juridictionnelle étatique ou arbitrale étrangère, soucieuse d'éviter de rendre un jugement ou une sentence dépourvue d'effet, et d'un autre côté, dissuader dès le départ les parties de se livrer au *forum shopping*, rendu inutile par l'atténuation du lien entre *forum* et *jus* devant le for étranger. Le système aurait ainsi permis de sauvegarder les intérêts étatiques au stade indirect tout en préservant *a priori* le respect des intérêts procéduraux des parties à voir trancher leur différend à l'étranger. Elle aurait, sous cet angle, pu apparaître comme un compromis entre l'abandon total du respect des

---

<sup>502</sup> V. en ce sens, P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public de fond », *Rev. arb.*, 1994, p. 615 et s., spéc., p. 643 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.* n° 389 ; E. Pataut, *thèse préc.*, n° 640 et s. ; B. Ancel, *comm. préc.*, p. 41.

<sup>503</sup> H. Gaudemet-Tallon, « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », in *Mélanges Marty*, 1978, p. 531 et s., spéc. p. 553 ; Ph. Guez, *thèse préc.*, spéc. n° 247.

<sup>504</sup> Certains auteurs, d'ailleurs, ont pu voir dans la condition de la loi appliquée un moyen suffisant de lutte contre le *forum shopping*, V. not. P. Mayer, V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 385 ; B. Ancel, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », *TCFDIP 1986-1987*, p. 25 et s., spéc., p. 36.

lois de police françaises à la discrétion du juge ou de l'arbitre étranger et le refus de toute compétence juridictionnelle étrangère<sup>505</sup>.

La condition aurait d'ailleurs pu conserver également une partie de son intérêt même appliquée dans ses tempéraments de l'*équivalence* ou de l'identité purement matérielle des solutions, en palliant éventuellement l'insuffisance du contrôle de l'ordre public ou en venant utilement le compléter. La solution dégagée par les tribunaux français à la veille de sa disparition dans l'arrêt *Enfant Viola*<sup>506</sup> aurait pu également permettre le maintien d'une réserve fondée sur l'applicabilité d'une loi de police française<sup>507</sup>.

**127.** Du point de vue du respect des lois de police, l'inexistence de la condition de conformité du jugement à la loi appliquée empêche la mise en œuvre du seul contrôle susceptible d'assurer un contrôle *objectif* de leur application et d'assurer la certitude de l'efficacité du *second look* invoqué. Les conséquences de sa suppression, en droit français, sur le respect des lois de police, pourraient pourtant, dans une certaine mesure, être relativisées à la lueur de certaines propositions.

Face à la généralité de la formulation employée dans l'arrêt *Cornelissen*, où la Cour de cassation ne fait aucune distinction selon la nature des dispositions substantielles applicables, certains auteurs ont pu proposer d'admettre une interprétation restrictive de l'arrêt, qui pourrait être interprété comme réservant l'hypothèse de l'applicabilité d'une telle disposition<sup>508</sup>. La suppression du contrôle ne vaudrait alors que vis-à-vis de la solution résultant de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois classique, et pourrait être maintenue en présence de lois de police<sup>509</sup>.

Il a été avancé, d'autre part, que « sous couvert d'une réduction de la liste des conditions de régularité, il semble que ce soit en réalité à une redistribution de ces conditions dans un nombre de catégories plus réduit que la Cour de cassation s'est adonnée »<sup>510</sup>. Une telle condition, sans être expressément formulée, pourrait alors en pratique encore être prise

---

<sup>505</sup> Sur le lien entre le contrôle de la loi appliquée et le contrôle de la compétence indirecte, voir *infra*, n° 488.

<sup>506</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 2006, *Enfant Viola*, *préc.*

<sup>507</sup> V. sur ce point, not. B. Ancel et H. Muir Watt, « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, chronique d'une séparation », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 135 et s.

<sup>508</sup> V. en ce sens, not. M.-L. Niboyet, « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte », *Gaz. Pal.* 2007, p. 1387 et s., spéc. p. 1389 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 389 ; S. Bollée et L. d'Avout, *art. préc.*, p. 1118, et en envisageant cette possibilité à la suite de l'arrêt *Monster Cable*, L. d'Avout, « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », *JCP G*, 2008, II, 10187.

<sup>509</sup> V. sur ce point, *infra*, n° 393.

<sup>510</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Rép. dr. int. Dalloz*, V° *Jugements étrangers (Matières civile et commerciale)*, n° 77.

en compte à travers les contrôles restants<sup>511</sup>. La « fongibilité ou convergence téléologique des conditions de régularité objective »<sup>512</sup> pourrait en effet laisser envisager, *a priori*, un report de ce contrôle abandonné ou exclu sur les autres conditions de régularité internationale. Celles-ci pourraient être ajustées pour prendre en charge la protection de certains objectifs antérieurement ou potentiellement assurés par le contrôle de la loi appliquée<sup>513</sup> et permettre le respect des lois de police de manière indirecte.

Il en est particulièrement ainsi de la condition de conformité à l'ordre public.

## **B) Condition de conformité à l'ordre public**

**128.** La conformité à l'ordre public international apparaît invariablement prévue comme condition de régularité des jugements étrangers (1) et des sentences arbitrales (2). Malgré une relative similitude du contrôle réalisé dans ces deux cadres, la spécificité de la justice arbitrale, en particulier son détachement des ordres juridiques nationaux, appelle certaines précisions quant à la définition des contours de cette condition.

### 1- Contrôle des jugements étrangers

**129.** Constamment rappelée, la condition de conformité des jugements étrangers à l'ordre public revêt une importance particulière dans le contentieux de l'*exequatur*<sup>514</sup>. Elle est consacrée « avec une régularité qui confine à l'automatisme »<sup>515</sup>, et semble faire l'objet d'une adhésion universelle<sup>516</sup>. Cette condition a pour but de permettre au juge requis de contrôler si, au moment où il est saisi<sup>517</sup>, le contenu des jugements prononcés à l'étranger n'est pas incompatible avec les valeurs fondamentales qui irriguent le droit du for. Elle donne au juge

---

<sup>511</sup> V. not. en ce sens, L. d'Avout et S. Bollée, « L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers », *Dalloz* 2007, p. 1115 et s. ; B. Ancel, et H. Muir Watt, « Des vérifications auxquelles le juge est tenu de procéder pour accorder l'*exequatur* », *RCDIP* 2007, p. 420 et s.

<sup>512</sup> B. Ancel, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007, *Cornelissen*, *préc.* 2007, p. 420.

<sup>513</sup> V. à cet égard, par ex., TGI Paris, 26 novembre 2008, *RCDIP* 2009, p. 310, note B. Ancel, où la condition de conformité à l'ordre public a pu être utilisée pour sanctionner l'application d'une loi différente de celle désignée par la règle de conflit de lois françaises en matière de régime matrimonial, qui désigne la loi choisie par les époux.

<sup>514</sup> Il apparaît, en effet, systématiquement rappelé en droit français depuis l'arrêt *Münzer* (*préc.*), et consacré dans les instruments européens. V. not., l'art. 45.1 BI bis. Il avait cependant été envisagé qu'il soit supprimé lors de la révision du règlement Bruxelles I. V. la proposition de révision du 14 décembre 2010 (COM [2010] 748 final), et sur cette question, V. not. A. Nuyts, « La refonte du règlement Bruxelles I », *RCDIP* 2013, p. 1 et s., spéc., p. 31.

<sup>515</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Rep. dr. Int. Dalloz*, V° *Fraude à la loi*, n° 163.

<sup>516</sup> V. sur ce qui représenterait la seule condition réellement universelle entre les États avant l'élaboration de la convention de Bruxelles, P. Bellet, « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun », *Clunet* 1965, p. 833 et s.

<sup>517</sup> V. sur le principe de l'actualité de l'ordre public, not. P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 204 ; B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 376 ; A. Rodriguez, « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *RCDIP* 1972, p. 369 et s., et rappelant ce principe, not., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 novembre 1976, *Marret*, *Clunet* 1977, p. 504, obs. Ph. Kahn ; *RCDIP* 1977, p. 746, note J. Foyer ; *GA*, n° 57.

saisi 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 »<sup>518</sup>. Le contrôle ainsi opéré sur les décisions étrangères sert donc à éliminer celles qui paraîtraient choquantes aux yeux du for, en interdisant leur efficacité sur le territoire.

À la différence de la fonction qu'il occupe sur le plan des conflits de lois, le contrôle de l'ordre public vise ainsi à assurer la conformité du *contenu* de la décision étrangère avec les valeurs du for et non de la norme étrangère abstraitement considérée. Le jugement est ici apprécié *in concreto*, au regard de son *résultat* et indépendamment des règles en application desquelles il a été rendu<sup>519</sup>. Compte tenu de son caractère très largement subjectif et de la marge de manœuvre que possède le juge saisi pour la mettre en œuvre, cette condition de régularité apparaît susceptible d'être utilisée de manière générale pour assurer le respect de l'ensemble des conceptions du for et d'imposer, en quelque sorte, sa vision quant à la résolution d'un différend.

**130.** L'ordre public, tel qu'il se présente dans ce cadre, semble revêtir la même définition qu'en matière de conflits de lois<sup>520</sup>. Il permet d'assurer le respect de certaines valeurs ou de certains principes fondamentaux de la société française, qui interviennent sur le plan substantiel ou procédural<sup>521</sup>. L'ordre public pris en compte dans ce cadre est un ordre public de source *nationale*, en ce que l'intégration des jugements étrangers sur le territoire de l'ordre juridique de l'État requis est appréciée à l'aune de ses propres conceptions. S'agissant d'apprécier la conformité de normes étrangères à ces conceptions, il intervient néanmoins ici dans sa fonction *internationale* et possède un contenu plus restrictif que dans l'ordre interne, pour ne recouvrir que les principes et les valeurs dont l'ordre juridique du for ne peut souffrir une méconnaissance, même dans les rapports internationaux.

Depuis les analyses de Batiffol<sup>522</sup> et de Lerebours-Pigeonnière<sup>523</sup>, il est généralement admis que l'ordre public international remplirait principalement trois fonctions<sup>524</sup>. Il servirait,

---

<sup>518</sup> B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 41§8, p. 361.

<sup>519</sup> V. sur les effets de ce principe sur le respect des lois de police, *infra*, n° 176 et s.

<sup>520</sup> V. en ce sens, P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 383.

<sup>521</sup> Ce pendant procédural du contrôle a été admis, en droit français, à la suite de l'arrêt *Bachir* (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1964, RCDIP 1968, p. 98, note P. Lagarde ; Clunet 1969, p. 102, note B. Goldman ; Dalloz 1968, p. 95, note Mezger ; JCP 1968. II. 15634, note Sialelli ; *GA*, n° 45), qui a permis d'intégrer, dans la condition de l'ordre public, l'ancienne condition de régularité procédurale du jugement étranger. V. également CJCE, 2 avril 2009, *Gambazzi*, Aff. C-394/07, Rec. I. 2563, concl. Kokott ; Gaz. Pal. 2009. 2. 3799, note Nioche et Sinopoli. Il vise, sous cet angle, à protéger « certains principes de loyauté et de justice » en vigueur en France (H. Batiffol et P. Lagarde, *ouvrage préc.* n° 725). Son contenu apparaît aujourd'hui très largement fondé sur l'art. 6 de la CEDH reconnaissant le droit au procès équitable et est compris toujours largement en droit international privé contemporain.

<sup>522</sup> V. *Aspects philosophiques du droit international privé*, 1956, Dalloz, n° 73.

<sup>523</sup> V. *Précis de droit international privé*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd. 1937, n° 270.

d'une part, à assurer la protection de « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue »<sup>525</sup>, susceptibles d'être rattachés au droit naturel ou à ce qui constituerait « une vérité absolue »<sup>526</sup>. Il assurerait, d'autre part, la défense de principes constituant « les fondements politiques, sociaux de la civilisation française »<sup>527</sup>, et permettrait, enfin, de sauvegarder « certaines politiques législatives »<sup>528</sup>. Dans cette dernière hypothèse, le juge ne chercherait pas nécessairement à ménager l'opinion publique, mais à assurer la réalisation d'une politique que poursuit son législateur. Une telle répartition des éléments constitutifs de l'ordre public, en réalité assez artificielle, semble globalement traduire l'idée d'une distinction entre un noyau de principes réellement *intangibles* et *inaltérables*, et des *composantes périphériques* de l'ordre public constituées de principes plus contingents et par conséquent plus susceptibles de variation.

**131.** À cet égard, l'« inspiration »<sup>529</sup> commune sur laquelle seraient fondés l'ordre public et les lois de police du point de vue de leur contenu et de leurs objectifs est généralement admise et fonde l'idée d'une possible intégration du contrôle de ces dispositions dans la condition de conformité à l'ordre public. Ils apparaissent rattachés à un objectif de « protection de l'ordre juridique du for contre l'intrusion d'éléments étrangers qui seraient incompatibles avec lui »<sup>530</sup>, et visent tous deux à assurer la protection des intérêts étatiques, ce qui justifie le recours à des mécanismes dérogatoires écartant exceptionnellement toute coordination des systèmes. En particulier, leur parenté semble pouvoir être admise au regard de leur objectif commun de *sauvegarde des politiques législatives*, qui fonde le recours à la méthode des lois de police. Sous cet angle, les lois de police interviendraient dans le domaine couvert par l'un des pans de l'ordre public<sup>531</sup> et seraient ainsi incluses au sein de la notion d'ordre public.

Dans le cadre des conflits de lois, la correspondance existant entre l'exception d'ordre public et l'application d'une loi de police a d'ailleurs été relevée par d'éminents auteurs<sup>532</sup>.

---

<sup>524</sup> V. sur ce point, P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.* n° 200 ; M.-N. Jobard-Bachelier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 534-2 : *Ordre public international. Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. Applicabilité de règles étrangères et appartenance des valeurs au for. Origine et contenu des valeurs intangibles du for.*

<sup>525</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1948, *Lautour*, RCDIP 1949, p. 89, note H. Batiffol ; Dalloz 1948, p. 357, note P. Lerebours-Pigeonnière ; S. 1949. I. 21, note Niboyet ; JCP 1948. II. 4532, note Vasseur ; GA, n° 19.

<sup>526</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 200.

<sup>527</sup> V. en ce sens, P. Lerebours-Pigeonnière et Loussouarn, *Précis*, n° 379.

<sup>528</sup> H. Batiffol et P. Lagarde, *ouvrage préc.*, n° 359.

<sup>529</sup> H. Batiffol et P. Lagarde, *ouvrage préc.* n° 354.

<sup>530</sup> V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux (Étude critique des méthodes)*, GLN Joly, 1990, préf. P. Lagarde, n° 375.

<sup>531</sup> Rapp. Ph. Francescakis, « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », TCFDIP 1966-1969, p. 165 et s. ; B. Rémy, *thèse préc.*, n° 10 et les réf. citées.

<sup>532</sup> V. par ex. A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, thèse*, Paris II, 1979, qui y a vu le signe du maintien de la dualité historique des fonctions de l'ordre public et considère ainsi les lois de police comme l'expression d'un ordre public international de direction conduisant à l'application immédiate des règles qui en assurent la réalisation.



Elle a trouvé une expression particulièrement nette sous la plume de V. Heuzé<sup>533</sup>, qui, assimilant entièrement les deux notions, avait pu conclure que « la catégorie des lois de police n'exist[ait] pas »<sup>534</sup>. Pour cet auteur, en effet, la théorie des lois de police pourrait, en dernière analyse, se ramener à la mise en œuvre de l'exception de l'ordre public, et les deux mécanismes présenteraient les deux facettes d'une même réalité. La méthode des lois de police ne permettrait qu'une *économie de raisonnement* en évitant la consultation préalable de la loi étrangère et en permettant à la loi du for de s'appliquer immédiatement avant la mise en œuvre de la règle de conflit de lois.

Sous cet angle, la seule réelle distinction existant entre ces deux mécanismes serait essentiellement, sinon exclusivement, d'ordre méthodologique, et ne résiderait que dans leur mode d'intervention et le stade auquel ils ont vocation à intervenir dans le raisonnement conflictuel. Or, cette différence, d'ailleurs progressivement de plus en plus restreinte sur le plan des conflits de lois<sup>535</sup>, est généralement considérée comme étant sans incidence dans le cadre du contentieux de l'*exequatur*<sup>536</sup>. Cette idée conduit alors très généralement à admettre la capacité du contrôle de l'ordre public à fonder une vérification du respect des impérativités substantielles du for au stade de la reconnaissance et des jugements étrangers, et à sanctionner leur violation.

## 2- Contrôle des sentences arbitrales

**132.** Il est prévu, au titre de l'article 1520.5 du Code de procédure civile, qu'une sentence ne peut produire des effets en France si elle est contraire à l'ordre public international. Cette limite à la reconnaissance ou à l'exécution des sentences est rappelée, bien qu'à travers des formules variables<sup>537</sup>, dans tous les textes nationaux ou internationaux relatifs au contrôle étatique des sentences arbitrales<sup>538</sup>. Elle est, d'autre part, la seule condition insusceptible de faire l'objet d'une renonciation de la part des parties<sup>539</sup>. Elle vise, comme vis-à-vis des jugements étrangers, à permettre au for de s'assurer que les sentences qu'il accepte de reconnaître ou d'exécuter dans son ordre juridique respectent les intérêts ou les valeurs qu'il

---

<sup>533</sup> V. Heuzé, *thèse préc.*, n° 375 et s.

<sup>534</sup> V. Heuzé, *thèse préc.*, n° 409.

<sup>535</sup> V. en ce sens, sans toutefois remettre en cause la légitimité des lois de police et la distinction entre ce mécanisme et celui de l'ordre public, B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, thèse*, Paris, Dalloz 2008, n° 639 et n° 666.

<sup>536</sup> V. not. Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 324, p. 157.

<sup>537</sup> V. sur ce point, L.-Ch. Delanoy, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007, p. 177 et s., spéc., p. 183, notes 20 et 21.

<sup>538</sup> V. également, not. l'article V (2) (b) de la convention de New York du 10 juin 1958 ; ou encore l'art. 34 (2)(b)(ii) de la loi-type CNUDCI.

<sup>539</sup> V. en ce sens, Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *ouvrage préc.*, n° 1606, p. 942.

juges essentiels et constitue le « filtre à travers lequel doit passer la reconnaissance ou l'exécution d'un jugement ou d'une sentence arbitrale »<sup>540</sup>.

---

<sup>540</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 47.

133. La question a néanmoins été soulevée de savoir si, compte tenu des spécificités de la justice arbitrale, le contenu de l'ordre public international dans ce cadre devait être compris de la même manière que dans le cadre de la reconnaissance ou de l'exécution des jugements étrangers<sup>541</sup>. À cet égard, il est admis que l'ordre public auquel il est fait référence dans ce cadre reste l'ordre public *international*, dont le contenu doit être envisagé plus restrictivement qu'en matière interne. La Cour de cassation a d'ailleurs rappelé, dans le cadre du contrôle de sentences arbitrales, que « l'ordre public français applicable aux relations internationales [...] doit être apprécié de manière moins rigoureuse que l'ordre public interne »<sup>542</sup>.

Malgré des opinions divergentes<sup>543</sup> et certaines décisions en sens contraire des tribunaux français<sup>544</sup>, il est généralement admis que l'ordre public intervenant dans ce cadre reste un ordre public de *source nationale*, malgré le détachement de l'arbitrage de tout ordre juridique étatique<sup>545</sup>. L'emploi d'un ordre juridique de dimension réellement supranationale et dont la source transcenderait les cadres étatiques n'apparaîtrait envisageable que vis-à-vis de l'arbitre. Dès lors qu'il s'agit, pour le juge étatique, de déterminer si une sentence peut être intégrée dans son ordre juridique, il devrait être apprécié au regard des conceptions de l'ordre juridique du for<sup>546</sup>. Cette solution ressort d'ailleurs de la jurisprudence des tribunaux français<sup>547</sup>. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a rappelé que « l'ordre public international, au sens de l'article 1502-5 NCPC, s'entend de la conception française de l'ordre public »<sup>548</sup>.

---

<sup>541</sup> V. not. sur ce point, L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 52 et s.

<sup>542</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 1991, *Société Grands Moulins de Strasbourg c/ Compagnie Continentale France II*, Rev. arb. 1992, p. 76, note L. Idot.

<sup>543</sup> Sur lesquelles, V. not. Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 317, p. 154. V. not. considérant qu'il pourrait s'agir d'un ordre public véritablement international, A. Nassar, « Ordre public international et arbitrage : y a-t-il une évolution ? », *Bull. ASA* 1994, p. 110 et s. ; P. Lalive, « Ordre public transnational (ou réellement international) et arbitrage international », Rev. arb., 1986, p. 329 et s. ; J.-B. Racine, *thèse préc.*, p. 465 et s. ; Ph. Kahn, « À propos de l'ordre public transnational : quelques observations », in *Mélanges Fritz Sturm*, Liège, 1999, II, p. 1539 et s.

<sup>544</sup> V. not. faisant référence à un ordre public, sinon universel, du *moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des personnes associées à la vie des sociétés de capitaux*, CA Paris, 3 octobre 1984, *Comité de défense des actionnaires de la Banque ottomane et autres c. Banque ottomane*, Clunet 1986, p. 156, note B. Goldman, RCDIP 1985, p. 526, note H. Synvet.

<sup>545</sup> V. en ce sens, not. P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », Rev. arb. 1994, p. 615 et s., spéc. n° 28 et s., p. 638 ; Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 310 et s. ; Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *ouvrage préc.*, n° 1648, p. 969 ; n° 1712, p. 1013.

<sup>546</sup> V. en ce sens, not. Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 316.

<sup>547</sup> V. not. déclarant que l'examen de la sentence était apprécié au regard de « l'ordre public international tel qu'il est conçu en France », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mars 1988, *Société Grands Moulins de Strasbourg c. Compagnie Continentale France*, Rev. arb., 1990, p. 115 et s., note L. Idot ; ou encore, faisant référence à « l'ordre public français applicable dans les relations internationales », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 1991, Rev. arb., 1992, p. 76, note L. Idot ; V. également, rappelant que l'ordre public ici envisagé est constitué de « l'ensemble des règles et valeurs dont l'ordre juridique français ne peut souffrir la méconnaissance, même dans des situations à caractère international », CA Paris, 27 octobre 1994, *Labenese traders distributors et consultants LTDC c/ Société Reynolds*, Rev. arb., 1994, p. 709 ; CA Paris, 15 février 1996, *SA Renosol France et autre c/ Société Coverall North America*, Dalloz 1996, p. 414, note H. Garidou ; CA Paris, 23 octobre 2012, *Sté Michel A. Chalhoub Inc. c. Sté Daum*, Rev. arb. 2013, p. 171, note L. d'Avout.

<sup>548</sup> CA Paris, 14 juin 2001, *SA Compagnie commerciale André c/ SA Tradigrain France*, Rev. arb. 2001, p. 773, note Ch. Seraglini.

**134.** L'ordre public pris en compte dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales semble dès lors revêtir par principe un contenu similaire à celui qui intervient pour la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers<sup>549</sup>. À cet égard, L. G. Radicati di Brozolo a déclaré que « si l'ordre public est constitué par des principes fondamentaux du système du for, dont la violation ne peut pas être tolérée par celui-ci, il est difficile de concevoir que leur violation puisse être plus ou moins grave ou acceptable simplement selon qu'elle provient d'un arbitre ou d'un juge étranger »<sup>550</sup>.

Il en résulte corrélativement que cette condition de régularité recouvre, comme en matière de contrôle des jugements étrangers, à la fois l'ordre public substantiel et procédural<sup>551</sup>. La Cour d'appel a ainsi rappelé, en effet, que « l'exécution d'une sentence est incompatible avec l'ordre public procédural lorsque les principes fondamentaux du procès ont été violés et avec l'ordre public international matériel lorsque ont été violés des principes juridiques fondamentaux au point que le résultat atteint par les arbitres est inconciliable avec le système de valeurs essentielles de notre ordre juridique »<sup>552</sup>.

**135.** En l'absence de contrôle spécifiquement porté sur le respect des lois de police devant l'arbitre dans les législations nationales et les textes internationaux relatifs aux conditions d'accueil des sentences arbitrales, il est généralement admis que leur violation peut être sanctionnée par le biais de la condition de la conformité à l'ordre public<sup>553</sup>. Ainsi, P. Mayer a pu déclarer que « bien que dans le domaine du conflit de lois l'exception d'ordre public international et la méthode des lois de police constituent deux mécanismes distincts, dans le domaine de la reconnaissance des sentences arbitrales on peut et on doit admettre que la non-application d'une loi de police compétente par une sentence rend cette dernière contraire à l'ordre public »<sup>554</sup>. Ce contrôle est considéré comme la « voie essentielle du contrôle étatique des lois de police »<sup>555</sup>, et d'ailleurs principalement affecté à cet objectif<sup>556</sup>. Son existence est

---

<sup>549</sup> V. cep. sur les propositions formulées en faveur d'une « adaptation » du contenu de l'ordre public, *infra* n° 178.

<sup>550</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 47.

<sup>551</sup> V. not. pour un exemple de mise en œuvre du contrôle sous cet angle, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 octobre 2010, Dalloz 2010, p. 2442.

<sup>552</sup> V. CA Paris, 1<sup>er</sup> mars 2007, Rev. arb. 2007, p. 143.

<sup>553</sup> V. not. Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 320 et s. ; P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », Rev. arb. 1994, p. 615 et s., spéc., p. 640 et s. ; Ph. Fouchard. E. Gaillard et B. Goldman, *ouvrage préc.*, n° 688, p. 429 ; N. Coipel-Cordonnier, *thèse préc.*, p. 61 et s. ; G. Brogini, « Le contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge du siège et par le juge de l'exécution », in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haye, 2000, p. 103 et s.

<sup>554</sup> P. Mayer, *art. préc.*, p. 644, note 59.

<sup>555</sup> Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 322.

<sup>556</sup> V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 2009, Rev. arb. 2010, p. 299, note D. Cohen ; Dalloz 2009, p. 2959, obs. T. Clay ; JCP G 2009, I, 462, n° 7, obs. J. Béguin ; RTD com., 2009, p. 546, obs. E. Loquin ; CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*, RCDIP 2006, p. 104, note S. Bollée ; JCP G, 2005, II, n° 10038, obs. G. Chabot ; RTD com., 2005, p. 263, obs. E. Loquin ; Dalloz 2005, p. 3058, obs. T. Clay ; Clunet 2005, p. 357, note A. Mourre ; V. également, L.G. Radicati di Bozolo, « L'illicéité qui crève les yeux », Rev. arb. 2005, p. 529 et s. ; C. Seraglini, *Cah. arb.* 2005, n° 2, p. 5 ; E. Barbier de la Serre et C. Nourissat, Rev. Lamy Concurrence, février-avril 2005, p. 68 et s. ; CA Paris, 23 octobre 2012, *Sté Michel A. Chalhoub Inc. c. Sté Daum*,

d'ailleurs généralement invoquée pour justifier le principe de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause une loi de police<sup>557</sup>.

Une telle idée semble également ressortir de la jurisprudence rendue en la matière, où la réserve du *second look* est expressément rattachée à la mise en œuvre du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public<sup>558</sup>. La menace d'une opposition de la contrariété de la sentence à l'ordre public international a pu être explicitement rappelée, en effet, par les tribunaux français, dans des litiges mettant en cause des lois de police<sup>559</sup>, et les juridictions ont mis en avant, à plusieurs reprises, le lien de cause à effet existant entre la violation des lois de police et la condition de conformité à l'ordre public. Ainsi, la Cour d'appel de Paris a énoncé qu'« en matière d'arbitrage international, la méconnaissance par l'arbitre d'une règle de droit communautaire porte atteinte à la conception française de l'ordre public international, dès lors que la règle méconnue est impérative et effectivement applicable en la cause »<sup>560</sup>, ou encore que « la sentence arbitrale rendue en France en matière d'arbitrage international peut être annulée lorsque son exécution est contraire à l'ordre public international, ce qui est notamment le cas lorsque le tribunal arbitral a violé une règle d'ordre public international et consacré une solution qui heurte l'ordre public »<sup>561</sup>.

## **II- Contrôles portant sur l'absence de comportement frauduleux des parties**

**136.** Concrétisé par la saisine de l'autorité juridictionnelle étrangère et le prononcé d'un jugement étranger ou d'une sentence arbitrale, le *forum shopping* visant à éviter la mise en œuvre de la loi de police du for et le prononcé du jugement qu'il aurait rendu<sup>562</sup> pourrait être sanctionné dans le for d'origine de ces dispositions au stade du contentieux de l'*exequatur*. Le refus de reconnaissance ou d'exécution déduit de la prise en compte du comportement frauduleux des parties est susceptible de reposer sur des fondements différents selon qu'il

---

*préc.* V. également, pour les lois de police étrangères, CA Paris, 7 avril 2011, Rev. arb. 2011, p. 747, note S. Bollée et B. Haftel (en matière de faillites).

<sup>557</sup> V. not. Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 306 et s. ; P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », Rev. arb. 1994, p. 615 ; N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ 1999, p. 61 et s. ; G. Brogini, « Le contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge du siège et par le juge de l'exécution », in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haye, 2000, p. 103 et s.

<sup>558</sup> V. sur cette réserve, *supra* n° 32.

<sup>559</sup> V. par ex. CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, Clunet 1993, p. 957, note L. Idot, Rev. arb. 1993, 645, note C. Jarrosson ; et dans le cadre de la mise en cause du droit européen de la concurrence, CJCE 1<sup>er</sup> juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c/Benetton International*, Aff. C-126/97, Rec. I. 3055, Rev. arb. 1999, p. 631, note L. Idot, RTDcom. 2000, 340, obs. É. Loquin ; S. Poillot-Peruzzeto, « L'ordre public international en droit communautaire, à propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1<sup>er</sup> juin 1999 », Clunet 2000, p. 299 et p. 505.

<sup>560</sup> V. par ex., CA Paris, *SA Gallay c. Société Fabricated Metals Inc.*, inédit, n° 94/10280, compte rendu in Aff. 1996, p. 569.

<sup>561</sup> V. CA 5 avril 1990, *Société Courrèges Design c. Société André Courrèges et autres*, Rev. arb., 1992, p. 110, note H. Synvet ; RCDIP 991, p. 580, note crit. C. Kessedjian. V. également, CA Paris, 23 octobre 2012, *Michel A. Chalhoub INC c/ Daum, préc.*

<sup>562</sup> V. sur ce procédé, *supra*, n° 96 et s.

s'agira de reconnaître ou d'exécuter un jugement étranger par application du droit français (A), dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne (B), ou lors du contrôle réalisé sur une sentence arbitrale (C).

### **A) Reconnaissance et exécution des jugements en droit français**

**137.** En droit français, la prise en compte du *forum shopping* peut être envisagée à travers la mise en œuvre de la condition de régularité relative à l'absence de fraude. Elle apparaît consacrée sous deux perspectives différentes (1), et pourrait théoriquement servir pour restaurer l'impérativité des lois de police françaises au stade du contentieux de l'*exequatur* (2).

#### 1- Contours de la réserve fondée sur l'absence de fraude

**138.** L'absence de fraude est érigée comme condition de la régularité des jugements à la fois sous la forme d'un contrôle autonome (a) et dans le cadre du contrôle de la compétence indirecte des autorités juridictionnelles étrangères (b).

##### a) Condition autonome de l'absence de fraude

**139.** L'absence de fraude à la loi a été posée comme une condition de régularité des jugements étrangers dès l'arrêt *Münzer*<sup>563</sup> et a été reprise, sous la formulation générale de l'*absence de fraude*, dans la jurisprudence française récente<sup>564</sup>.

Dans sa définition historique, qui semble être celle à laquelle faisait référence l'arrêt *Münzer*, la fraude à la loi *stricto sensu* est considérée comme la manipulation d'une situation juridique afin d'obtenir l'application d'une loi différente de celle qui aurait été normalement compétente et que le fraudeur juge plus conforme à ses attentes<sup>565</sup>. Elle recouvre ainsi les hypothèses dans lesquelles les parties ont « volontairement modifié le rapport de droit dans le seul but de le soustraire à la loi normalement compétente »<sup>566</sup>. Elle nécessite la réunion d'un élément légal, qui peut être une loi française ou étrangère<sup>567</sup> dont les parties ont cherché à se

---

<sup>563</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964, *Münzer*, *préc.*

<sup>564</sup> V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janvier 2013, *Gazprombank*, Dalloz 2013, p. 371, p. 1513, obs. F. Jault-Seseke, p. 1577, obs. A. Leborgne, et 1709, obs. P. Crocq ; RTD com. 2013, p. 389, obs. P. Delebecque ; JCP G 2013, 165, obs. D. Akchoti ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 2014, AJ fam. 2014, p. 185, obs. A. Boiché ; RCDIP 2014, p. 609, note C. Chalas.

<sup>565</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.* n° 238.

<sup>566</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, RCDIP 1985, p. 346, note B. Ancel.

<sup>567</sup> V. rappelant que l'extranéité de la loi mise en cause n'est pas un obstacle à la vérification de l'absence d'une telle fraude, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 2009, Gaz. Pal. 2009. Somm. 1419.

soustraire, d'une intention de soustraire le rapport de droit à la loi qui aurait été normalement compétente et d'un élément matériel, prenant la forme d'une manœuvre ayant pour but de déclencher l'applicabilité d'une loi différente de celle normalement compétente. Elle implique la création d'une situation internationale ou la modification d'une situation internationale préexistante<sup>568</sup>, pour influencer sur l'élément de rattachement<sup>569</sup> ou sur la catégorie de rattachement<sup>570</sup>. Intervenant sur le seul plan des conflits de lois, la fraude à la loi opère au sein d'un ordre juridique donné dont la compétence est établie et que les parties ne cherchent pas à remettre en cause<sup>571</sup>.

**140.** Prenant en compte la rareté des hypothèses dans lesquelles les contournements volontaires de la loi normalement applicable épousaient la configuration d'une fraude à la loi ainsi entendue<sup>572</sup>, la jurisprudence a cependant rapidement entendu la notion de fraude à la loi dans un sens plus large pour tenir compte de la diversité des comportements frauduleux. Il fut ainsi admis qu'« aux fins de modifier la loi finalement appliquée pour la résolution d'un litige, la manœuvre opérée par les plaideurs [pouvait] [...] intervenir lors de la résolution du conflit de juridictions comme du conflit de lois, de manière alternative ou cumulative, et à n'importe quel stade du raisonnement conflictuel »<sup>573</sup>.

Les tribunaux français ont ainsi fait application de la condition de manière assez extensive pour sanctionner une variété de comportements frauduleux, en détachant sa mise en œuvre de l'existence de l'élément matériel tel qu'il est en principe envisagé dans le cadre de la théorie de la fraude à la loi au sens strict. Cette extension apparaît d'ailleurs aujourd'hui cristallisée à travers la généralisation de la formule employée par les juridictions françaises et son détachement de toute référence à la loi applicable<sup>574</sup>.

**141.** Ainsi, la reconnaissance des jugements étrangers a pu être refusée dans des hypothèses où les manœuvres frauduleuses apparaissaient réalisées sans que le fraudeur ne prenne la peine d'agir sur la règle de conflit de lois. La fraude résultait de la seule utilisation de l'option de compétence juridictionnelle qui était offerte dans ce cadre et ne reposait sur aucune

---

<sup>568</sup> E. Cornut, *thèse préc.*, n° 57, p. 41.

<sup>569</sup> Pour une illustration typique, Cass. Civ., 18 mars 1878, *Princesse de Beauffremont*, S. 1878. I. 193, note Labbé ; *GA*, n°6.

<sup>570</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, RCDIP 1986, p. 66, note Y. Lequette ; JCP 1986. II. 20630, note Boulanger ; *Clunet* 1987, p. 80, 1<sup>re</sup>, esp., note M.-L. Niboyet-Hoegy.

<sup>571</sup> V. P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 277.

<sup>572</sup> V. sur ce point, not., B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.* n° 300 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 279 et s.

<sup>573</sup> E. Cornut, *thèse préc.*, n° 340, p. 202.

<sup>574</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janvier 2013, *Gazprombank*, *préc.*, qui mentionne l'« absence de fraude » au lieu de l'« absence de fraude à la loi ».

manipulation de la règle de conflit de lois. La modification de la loi appliquée apparaissait comme une simple conséquence de la mise en œuvre de sa règle de conflit par l'autorité juridictionnelle saisie, et découlait d'un déplacement autorisé du fraudeur sous l'empire d'un entier système juridique étranger<sup>575</sup>.

Sous cet angle, les juridictions françaises ont pu utiliser la condition de l'absence de fraude à la loi pour sanctionner, en réalité, des fraudes aux jugements français<sup>576</sup>. Une telle mise en œuvre a pu être consacrée en particulier concernant la reconnaissance de divorces étrangers, lorsque les parties, ou l'une d'entre elles, s'étaient adressées à une autorité juridictionnelle étrangère pour obtenir un jugement qu'elles ne pouvaient obtenir devant les autorités dont elles auraient normalement dû dépendre<sup>577</sup>.

En fait, la condition de l'absence de fraude a progressivement été appliquée de manière de plus en plus large et détachée de la théorie de la *fraude à la loi* pour sanctionner toutes « formes de déloyauté au cours du procès »<sup>578</sup>.

Elle est, d'autre part, également envisagée dans le cadre de la condition relative à la compétence juridictionnelle indirecte du juge étranger.

#### b) Condition de l'absence de choix de for frauduleux

**142.** La condition relative à l'absence de choix de for frauduleux fut insérée dans celle plus générale de la compétence de l'autorité étrangère dont émane la décision à reconnaître<sup>579</sup>. Posée dès l'arrêt *Münzer*, elle fut confirmée et précisée dans l'arrêt *Simitch* rendu par la Cour de cassation le 6 février 1985<sup>580</sup>. Il ressort de l'arrêt que « toutes les fois que la règle française de solution des conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache d'une manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ». Le système, fondé sur le principe d'une déconnexion des instances directe et indirecte<sup>581</sup>, consacre un système dans lequel, en dehors de l'existence d'une compétence

---

<sup>575</sup> V. not., Cass. Civ., 22 janvier 1951, *Weiller*, S. 1951, 1, p. 187, RCDIP 1951, p. 167, note Ph. Francescakis ; JCP 1951. II. 6151, note S. et T. ; *GA*, n° 24 ; CA Paris, 5 mars 1976, *Giroux*, Clunet 1977, p. 1977, p. 880, obs. A. Huet, RCDIP 1978, p. 149, note B. Audit ; CA Aix-en-Provence, 21 janvier 1981, *Zagha*, RCDIP 1982, p. 297, note G. Légier et J. Mestre.

<sup>576</sup> V. sur ce type de fraude, *infra*, n° 143.

<sup>577</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 536, p. 473. Et sur ce type de fraude, not., E. Cornut, *thèse préc.*, n° 175 et s.

<sup>578</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.* n° 536, p. 473.

<sup>579</sup> V. sur cette condition P. de Vareilles-Sommières, Rép. dr. int. Dalloz, *Jugement étranger (Matières civile et commerciale)*, n° 69, et sur cette condition, V. *infra*, n° 585 et s.

<sup>580</sup> Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, Dalloz 1985, p. 469, note J. Massip et inf. rap. p. 497, obs. B. Audit ; Clunet 1985, p. 460, note A. Huet ; RCDIP 1985, p. 369 et chron. Ph. Francescakis, p. 243. V., depuis, not., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2008, *Langlet c/ Cuningham*, RCDIP 2008, p. 636, note B. Ancel ; Cass. Com., 19 février 2013, *Sté Yaknoo*, Dalloz 2013. Actu. 576 ; Dalloz 2013, Pan. 1503, obs. F. Jault-Seseke.

<sup>581</sup> V. sur ce point, *infra*, n° 466.



exclusive des tribunaux français<sup>582</sup>, la compétence du juge étranger est présumée. Elle ne doit être appréciée qu'au regard de règles spécifiquement établies pour le contentieux de l'*exequatur*, visant à vérifier que la compétence de l'autorité juridictionnelle étrangère a été exercée sans fraude et de manière raisonnable, ce qui est déduit de l'existence d'un lien réel entre le juge et le litige<sup>583</sup>.

Dans ce cadre, le caractère frauduleux ou non de la saisine du juge étranger n'a d'incidence sur la solution définitive qu'en l'absence de compétence juridictionnelle exclusive et revêt un caractère *a priori* autonome par rapport à la condition d'existence de « liens caractérisés » entre la juridiction saisie et le litige<sup>584</sup>. L'arrêt *Simitch* semble avoir fait de l'exigence d'un tel lien et de l'absence de fraude des critères apparemment distincts et cumulatifs<sup>585</sup>. L'absence de liens caractérisés semble ainsi dispenser de se prononcer sur le caractère frauduleux de la saisine parce qu'il emporte directement l'incompétence indirecte du juge étranger<sup>586</sup>.

La fraude ici sanctionnée s'inscrit dans le champ de la compétence juridictionnelle et met en cause la saisine de la juridiction étrangère. Elle semble prioritairement avoir vocation à recouvrir les hypothèses de « fraude à la juridiction »<sup>587</sup>, dans lesquelles le fraudeur aurait provoqué volontairement la compétence d'un for déterminé en créant artificiellement un critère de rattachement, dans le but exclusif de soustraire le litige à ses juges naturels<sup>588</sup>. Elle a ainsi pour objet, sous cet angle, de remettre en cause un critère de compétence licite et réel, c'est-à-dire caractérisé, qui n'existe que grâce à la manœuvre frauduleuse<sup>589</sup>. Une telle fraude peut être motivée par des objectifs purement procéduraux, indépendamment de toute volonté de changer de loi applicable au fond du litige<sup>590</sup> ou apparaître comme « l'une des pièces d'une machination tendant à faire fraude à la loi compétente »<sup>591</sup>.

---

<sup>582</sup> V. sur cette notion, *infra*, n° 462 et s.

<sup>583</sup> V. déjà, avant l'arrêt *Simitch*, sous une formulation différente, CA Paris, 10 novembre 1971, *Mack Trucks*, RTD com. 1972, p. 239, obs. Y. Loussouarn ; Clunet 1973, p. 239, note A. Huet.

<sup>584</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1998, RCDIP 1998, p. 662, note H. Muir-Watt, mais cependant, Cass. Civ. 1<sup>er</sup>, 28 janvier 2003, *Lévy*, RCDIP 2004. 398, note Muir Watt ; Clunet 2003, p. 468, note J.-M. Jacquet.

<sup>585</sup> En ce sens, T. Vignal, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juillet 2001, JCP 2002, II, 10039, p. 453 ; E. Cornut, *thèse préc.*, n° 832.

<sup>586</sup> V. par ex., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Lemaire*, RCDIP 1989, p. 89, note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>587</sup> V. sur ce type de fraude, E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, n° 627 et s. ; « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », Clunet 2007, p. 27 et s., spéc., p. 33 ; A. Nuyts, *art. préc.*, p. 758.

<sup>588</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, *Sté Garrett*, RCDIP 1988, p. 364, note G.A.L. Droz ; Clunet 1988, p. 793, note E. Loquin ; JCP 1989. II. 21201, note Blondel et Cadet.

<sup>589</sup> V. pour une mise en œuvre en matière de compétence directe, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, *préc.*, et au stade indirect, par exemple, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> octobre 1984, JCP G 1984, IV, p. 335 ; Clunet 1985, p. 497, note B. Audit ; RCDIP 1986, p. 91, note N. Jobard-Bachelier ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 2014, Dalloz 2015, p. 86 ; *ibid.* 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2015, p. 163 ; RCDIP 2015, p. 443, note S. Laval.

<sup>590</sup> P. de Vareilles-Sommières, *comm. préc.*, p. 51 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.* n° 408.

<sup>591</sup> P. de Vareilles-Sommières, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Jugement étranger (Matières civile et commerciale)*, n° 126.

**143.** En dehors de cette hypothèse de fraude, cette condition a fait l'objet d'une utilisation particulièrement large de la part des tribunaux français, en particulier en matière de répudiations musulmanes<sup>592</sup>. Elle a été invoquée pour refuser la reconnaissance d'une décision étrangère ou le dessaisissement des juridictions françaises, dans des hypothèses où le mari avait saisi les juridictions étrangères de sa nationalité afin d'obtenir une répudiation et faire échec à la procédure intentée en France<sup>593</sup>. Les juridictions françaises ont estimé que la vérification de l'absence de choix frauduleux devait impliquer de s'assurer que la juridiction étrangère n'avait pas été saisie dans le seul but d'échapper aux conséquences du jugement français<sup>594</sup>.

Sous cet angle, la fraude admise dans le cadre de l'arrêt *Simitch* a été utilisée pour maintenir en réalité la jurisprudence antérieurement consacrée en matière de divorces migratoires<sup>595</sup>. Ce faisant, elle a fait l'objet d'une mise en œuvre non limitée à l'hypothèse de la fraude exercée sur le seul plan juridictionnel, mais a permis de sanctionner la *fraude au jugement* résultant « d'une symbiose entre [les] deux ramifications de la fraude »<sup>596</sup>. La violation de la loi appliquée semble en effet résulter ici de l'association d'une fraude exercée sur le plan de la compétence juridictionnelle et d'une autre sur le plan substantiel, en ce sens que la saisine du juge étranger apparaît comme le moyen d'obtenir la mise à l'écart de la loi normalement applicable. La fraude se réalise ainsi ici non pas directement devant l'autorité appelée à statuer mais « à l'égard du pays de la reconnaissance : elle consiste, sachant qu'on

---

<sup>592</sup> Cette question est aujourd'hui réglée sous l'angle de la contrariété au principe d'égalité des époux, consacré par le protocole n° 7 additionnel à la CEDH, par le biais de la condition de conformité à l'ordre public international, sans recours à la fraude.

<sup>593</sup> Les juridictions françaises semblent parfois avoir tenté de dégager une absence de liens caractérisés entre le litige et le juge étranger, de manière assez contestable, pour justifier également leur refus. V. not., CA Paris, 15 novembre 1988, Dalloz 1989, somm. p. 257, obs. B. Audit, où la Cour a énoncé que « le seul lien de rattachement avec l'ordre juridique du juge algérien étant la nationalité algérienne commune des époux, rattachement qui ne suffit pas en la matière alors qu'il s'agit de prononcer la dissolution du lien matrimonial et de statuer sur ses conséquences à l'égard des époux et des enfants, pour constituer un lien caractérisé avec le pays du juge saisi et justifier la compétence de ce juge, alors en outre que le choix par le mari du tribunal algérien apparaît en l'espèce frauduleux et destiné à faire échec à la procédure régulièrement introduite à une date antérieure devant la juridiction française par sa femme ».

<sup>594</sup> V. not., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Senoussi*, Dalloz 1988, p. 486, note J. Massip ; RCDIP 1989, p. 721, note A. Sinay-Cytermann ; Defrénois 1988, art. 34255, p. 726, chron. J. Massip, où, s'agissant d'époux algériens vivant en France, la Cour a censuré les juges du fond d'avoir reconnu le divorce obtenu dans son pays par le mari avec la participation de son épouse « sans rechercher si comme le soutenait (la femme) dans ses conclusions, le choix de la juridiction algérienne n'avait pas été frauduleux et n'avait pas été fait dans le seul but d'échapper aux conséquences du jugement français condamnant (le mari) à contribuer aux charges du mariage » ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, *Akla*, RCDIP 1991, p. 593, note P. Courbe, 1<sup>re</sup> esp., Dalloz 1990, Somm. 263, obs. Audit ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, JCP G 1991, IV, p. 68, faisant état d'une saisine du tribunal étranger « constituant une manœuvre destinée à faire échec à la procédure de divorce préalablement introduite en France par l'épouse » ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1994, RCDIP 1995, p. 105, 1<sup>re</sup> esp., note J. Déprez ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2003, Clunet 2004, p. 182, note F. Monéger ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janvier 2006, Dalloz 2006, p. 1666, note E. Cornut ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2012, RCDIP 2012, p. 900, note H. Gaudemet-Tallon, 1<sup>re</sup> esp. ; Clunet 2013, p. 165, note Fohrer-Dedeurwaerder ; Dalloz 2012, Actu. 1676 ; Dalloz 2012-2013, Pan. 1503, obs. F. Jault-Seseke, dénonçant une procédure de divorce « précipitée » à l'étranger « dans le but de faire échec à l'exécution de la décision française (sur la contribution aux charges du mariage) devant intervenir ».

<sup>595</sup> V. retenant également la qualification de « fraude à la loi », même après l'arrêt *Simitch*, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, *Lemaire*, RCDIP 1989, p. 89, 2<sup>e</sup> esp., note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>596</sup> E. Cornut, *thèse préc.*, n° 184, p. 160.

n'obtiendra pas dans ce pays (pays I) la décision que l'on espère, à saisir l'organe d'un autre pays (pays II) dans le but principal, sinon exclusif, de voir reconnaître dans le pays I la décision obtenue dans le pays II »<sup>597</sup>.

Elle ne semble directement pouvoir être rattachée ni à une fraude à la loi, ni à une fraude à la juridiction, en l'absence de réalisation de l'élément matériel, normalement nécessaire à la caractérisation d'une fraude<sup>598</sup>. Le fraudeur ne fait que profiter de la situation internationale préexistante et exploite la pluralité des fors compétents<sup>599</sup>. La fraude ainsi sanctionnée est celle qui consiste à « aller plaider à l'étranger dans le but principal (sinon unique) d'invoquer le jugement dans (un autre pays) qui aurait refusé de le prononcer si ses juges avaient été saisis directement ; la fraude consiste dans le fait de chercher à obtenir indirectement ce que l'on n'aurait pu obtenir directement »<sup>600</sup>. Son élément matériel est ainsi la saisine des autorités étrangères compétentes ; son élément intentionnel, la saisine de la juridiction étrangère ayant pour objectif d'obtenir un jugement consacrant un résultat donné ; et son élément légal, la décision française ou étrangère<sup>601</sup>.

Envisagée ainsi, pour « prévenir toute utilisation malicieuse de la pluralité de compétence qu'offre de façon inhérente l'internationalité d'une situation individuelle »<sup>602</sup>, elle semble pouvoir assurer le respect des lois de police et sanctionner leur contournement par les parties.

## 2- Absence de fraude et sanction du contournement des lois de police

**144.** Malgré l'utilité qu'elle présente pour fonder une restauration de l'impérativité des lois de police du for au stade du contentieux de l'*exequatur* (a), la condition relative à l'absence de fraude, entendue largement, constitue néanmoins en elle-même un fondement insuffisant pour assurer l'efficacité du *second look* et ne semble pouvoir intervenir qu'en complément de la mise en œuvre du contrôle de l'ordre public (b).

### a) Utilité du contrôle

**145.** La mise en œuvre élargie et *déformante* des conditions de régularité des jugements étrangers relatives à l'absence de fraude, consacrée par les juridictions françaises, laisse

<sup>597</sup> P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz 1973, n° 242.

<sup>598</sup> E. Cornut, *thèse préc.*, n° 177

<sup>599</sup> V. sur le fondement de cette option de compétence juridictionnelle en matière de répudiation, E. Cornut, *thèse préc.*, n° 175 et s.

<sup>600</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.* n° 408.

<sup>601</sup> E. Cornut, *thèse préc.*, n° 187.

<sup>602</sup> E. Cornut, *thèse préc.*, n° 181.

envisager son utilité potentielle pour sanctionner le contournement des lois de police du for par les parties. L'extension dont elle fait globalement l'objet conduit, en effet, à y voir désormais « l'instrument idoine pour réagir à tous les types de contournement d'un ordre juridique, pris dans sa dimension législative comme juridictionnelle »<sup>603</sup>. Elle apparaît comme un moyen de sanctionner le résultat d'un processus d'ensemble lui-même dépourvu de caractère illicite, en considération de la seule analyse de l'intention des parties.

L'adoption d'une telle conception est ici rendue nécessaire pour sanctionner le *forum shopping*, du fait de l'absence de modification artificielle d'un élément de rattachement de la part des parties. Celles-ci se trouveraient, par hypothèse, placées dès l'origine dans la situation internationale permettant de fonder la compétence juridictionnelle objective de l'autorité étrangère et l'éviction de la loi du for.

**146.** Le recours à cette condition pourrait permettre de faire obstacle à la reconnaissance du jugement rendu à l'étranger, sous l'angle d'une prise en compte du comportement des parties. Elle empêcherait les parties d'expatrier le contentieux à l'étranger dans le seul but de retourner dans le for pour lui faire produire des effets, et réduirait ainsi l'utilité du *forum shopping*. Elle limiterait ses effets au stade de l'instance directe et rendrait tout « départ » à l'étranger définitif. De manière générale, en permettant de bloquer le jugement étranger consacrant une violation de la loi de police du for, elle assurerait la restauration de son impérativité au stade indirect.

La sanction du contournement des lois de police par ce biais apparaît d'autant plus envisageable que la manœuvre frauduleuse présenterait ici une assez grande similitude avec celle qui était consacrée dans le cadre des divorces migratoires, sanctionnés par ce biais. Le *forum shopping* trouvait ses fondements dans la possibilité offerte aux parties de saisir une juridiction étrangère, concurremment compétente, et résultait d'une volonté d'assurer l'application d'une loi qui aurait été écartée par l'exception d'ordre public devant le juge français. L'objectif des fraudeurs était « d'échapper aux conséquences [substantielles] d'un jugement français »<sup>604</sup>, grâce au changement de loi applicable auquel conduisait la saisine juridictionnelle. Il reposait ainsi sur la prise en considération à la fois du lien existant entre la

---

<sup>603</sup> L. d'Avout, et S. Bollée, « L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers », *Dalloz* 2007, p. 1115 et s., p. 1117.

<sup>604</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> mars 1988, *Senoussi préc.*

juridiction saisie et la mise en œuvre des dispositions d'ordre public substantiel et de la variabilité de l'intensité de l'ordre public français aux stades direct et indirect<sup>605</sup>.

---

<sup>605</sup> La manœuvre réalisée dans le cadre des répudiations étrangères a pour cette raison été envisagée comme une fraude « à l'intensité de l'ordre public » : le fraudeur cherchait à faire reconnaître en France le jugement étranger en raison de l'effet atténué de l'ordre public alors qu'un ordre public plein aurait été opposé à sa demande s'il l'avait portée directement en France. V. en ce sens, I. Fadlallah, note, RCDIP 1984, p. 336, et sur la variation du degré de ce contrôle, *infra*, n° 185 et s.

**147.** Du point de vue de l'ordre juridique français, l'utilisation qui a été faite des conditions de régularité portant sur la fraude révèle ainsi que la volonté de protéger certaines considérations d'ordre public est susceptible d'intervenir dans la mise en œuvre de cette réserve au stade du contentieux de l'*exequatur*<sup>606</sup>. C'est, en effet, le rejet des répudiations unilatérales, contraires à la conception française de l'ordre public, qui semble avoir justifié le recours à la notion de *fraude au jugement*. Une telle interchangeabilité des conditions de conformité à l'ordre public et d'absence de fraude explique, d'ailleurs, qu'un report ait pu être consacré vers l'*ordre public de proximité* pour sanctionner de telles pratiques.

**148.** L'utilité du recours à la *fraude lato sensu*, pour protéger les lois de police du for au stade indirect, a été mise en avant par S. Clavel, qui a pu distinguer la « déloyauté procédurale » et la « fraude aux systèmes juridiques » ou aux « intérêts publics »<sup>607</sup>. Sous ce second angle, l'auteur considère que l'exception de fraude pourrait permettre de sanctionner « le comportement des justiciables qui chercheraient, par un procédé frauduleux, à échapper aux règles impératives »<sup>608</sup>. La manœuvre des parties serait ainsi sanctionnée « parce qu'elle tend[rait] ici à déjouer l'appareil normatif mis en place par l'État pour protéger des intérêts publics fondamentaux »<sup>609</sup>.

L'auteur reconnaît également spécifiquement le rôle de la fraude pour sanctionner le *forum shopping* susceptible de résulter de l'admission des clauses attributives de juridictions malgré l'applicabilité des lois de police du for<sup>610</sup>. Elle considère que le fait que l'État français n'ait pas pris la peine de sécuriser l'impérativité de la loi de police grâce à la consécration d'une compétence juridictionnelle exclusive ne devrait pas être interprété comme une volonté de laisser la possibilité aux justiciables de la contourner<sup>611</sup>. Dans ce cas, on devrait, selon l'auteur, refuser de reconnaître le jugement étranger au titre de la fraude, si les parties « ont consciemment, délibérément, choisi de porter le litige devant un juge étranger pour échapper à l'application de la loi de police française qu'elles savaient applicable. Elle devrait ainsi

---

<sup>606</sup> V. sur l'utilisation qui a pu être faite de la condition de l'absence de fraude pour refuser l'efficacité des jugements étrangers concernant des conventions de mères porteuses, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013 (2 arrêts), n° 12-18.315 et 12-30.138, sur lesquels, n° 396 et s.

<sup>607</sup> S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé », TCFDIP 2010-2012, p. 255 et s., spéc., p. 262.

<sup>608</sup> S. Clavel, *comm. préc.*, p. 262.

<sup>609</sup> *Ibid.*

<sup>610</sup> V. également, considérant que la condition de l'absence de fraude à la loi, même entendue strictement, devrait pouvoir faire obstacle à la reconnaissance du jugement étranger dans l'hypothèse envisagée, A. Huet, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Monster Cable, préc.*, Dalloz 2009, p. 684 et s., spéc., p. 686.

<sup>611</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 104.

pouvoir sanctionner le dévoiement de l'option de compétence consacrée par l'État, en une option législative qui elle, n'était pas consacrée »<sup>612</sup>.

**149.** L'utilisation de la condition posée par l'arrêt *Simitch* à cette fin a également été envisagée sous l'angle de l'abus du droit d'option de compétence<sup>613</sup>. E. Cornut, notamment, considère que ce critère de l'absence de choix de juridiction frauduleux pourrait permettre de sanctionner les hypothèses dans lesquelles la compétence étrangère aurait été fondée sur un lien caractérisé préexistant mais facultatif au regard des règles de compétence internationale françaises, dans la mesure où il serait démontré que le ou les plaideurs ont commis un abus de droit dans la saisine des juridictions étrangères<sup>614</sup>. Il serait susceptible de pallier les difficultés liées à l'inexistence de l'élément matériel et de conduire à apprécier la compétence indirecte au regard à la fois de l'existence d'un lien caractérisé entre le juge étranger et le litige, et de « l'absence d'abus de droit dans l'exploitation de ce lien caractérisé »<sup>615</sup>.

#### b) Insuffisance du contrôle

**150.** L'insuffisance de la condition relative à l'absence de fraude pour assurer, en elle-même, l'efficacité du *second look* vis-à-vis du respect des lois de police du for à l'étranger, résulte des difficultés que présentera sa mise en œuvre. Ces difficultés ont pour conséquences de rendre le déclenchement de cette condition très aléatoire et rendent très incertaine la possibilité de sanctionner le *forum shopping* pratiqué par les parties pour contourner les lois de police du for. Ces considérations d'ordre pratique conduisent, corrélativement, à admettre le rôle seulement *complémentaire* ou *subsidaire* qu'est susceptible de jouer cette condition pour sanctionner la violation des lois de police du for, et le rôle en parallèle *déterminant* et *central* de la condition de conformité à l'ordre public dans ce cadre.

**151.** La détermination du caractère frauduleux du comportement des parties présente en effet nécessairement une difficulté intrinsèque dès lors qu'elle oblige à « sonder les consciences »<sup>616</sup>. Elle implique une analyse subjective de la part des juges saisis et ne peut

---

<sup>612</sup> *Ibid.*

<sup>613</sup> E. Cornut, « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », *Clunet* 2007, p. 27 et s., spéc., n° 58 et s. ; Ph Francescakis, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 janvier 1951, *Weiller*, RCDIP 1957, p. 491 et s. ; M. Raimon, « L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux », *JCP* 2000. I. 256, spéc., n° 16.

<sup>614</sup> V. sur cette théorie de l'abus de droit, qui pourrait être utilisée au stade direct, devant les autorités juridictionnelles étrangères, *infra*, n° 569.

<sup>615</sup> E. Cornut, *thèse préc.*, n° 839.

<sup>616</sup> S. Clavel, *comm. préc.*, p. 258.

conduire qu'à un résultat aléatoire<sup>617</sup>. Pour cette raison, d'ailleurs, l'évolution du droit positif semble se dessiner en faveur de la substitution de mécanismes plus objectifs au contrôle de la fraude formellement consacré en droit français<sup>618</sup>, qui permettent d'appréhender les comportements frauduleux de manière plus automatique et d'éviter la difficulté que présente la mise en œuvre de cette condition<sup>619</sup>. Le recours désormais privilégié à la condition de l'ordre public pour sanctionner les comportements frauduleux en matière de répudiations musulmanes apparaît particulièrement révélateur de cette tendance<sup>620</sup>. Cette difficulté, inévitable lorsqu'il s'agit de déterminer les buts et les objectifs poursuivis par les justiciables et inhérente à la mise en œuvre de la condition de l'absence de fraude, apparaît ici renforcée par la spécificité de la manœuvre frauduleuse qui pourrait être réalisée.

**152.** Dès lors que la manœuvre frauduleuse des parties reposera sur l'exploitation de leur faculté de conclure une clause de prorogation de for ou l'option de compétence juridictionnelle que leur offrira la multiplicité des juridictions étatiques concurremment compétentes, elle ne pourra être décelée par le juge saisi qu'à travers une analyse de l'intention des parties. La préexistence de la compétence de la juridiction étrangère saisie empêche, en effet, d'appuyer l'analyse sur des considérations objectives. En l'absence de modification ou de création d'un élément de rattachement de compétence juridictionnelle, « l'observateur ne dispose pas du référent antérieur qui lui permet [...] d'évaluer la réalité du nouveau rattachement au regard de l'ancien »<sup>621</sup>.

Même si la volonté de contournement de la loi de police du for applicable pouvait être décelée, d'autre part, la multitude des considérations susceptibles d'avoir justifié la conclusion de la clause de prorogation de for devrait empêcher, la plupart du temps, de sanctionner sous l'angle de la fraude ou de l'abus de droit le comportement des parties. La diversité des avantages que présentent les clauses de choix de for entraîne en effet parallèlement une diversité des *motifs* pouvant inciter les parties à choisir une juridiction plutôt qu'une autre, et risque de rendre la preuve du caractère *exclusif*, ou au moins *principal* de l'objectif de contournement des lois de police du for presque impossible à apporter. Dans

---

<sup>617</sup> V. en ce sens, s'agissant d'évaluer le caractère frauduleux du recours à l'arbitrage recherché par les parties, L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 40.

<sup>618</sup> V. en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.* n° 242.

<sup>619</sup> V. considérant au contraire que le contrôle de la fraude est préférable à l'utilisation de conditions objectives et se prononçant en faveur d'une revalorisation de ce contrôle, S. Clavel, *comm. préc.*, p. 278 et s.

<sup>620</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, *Abbaci*, RTD civ. 2004, p. 367, obs. Marguénaud ; Clunet 2004, p. 867, note Cuniberti ; Dalloz 2004, p. 824, concl. Cavarroc ; chron. Courbe, 819 ; Defrénois 2004. 812, note Massip ; Gaz. Pal. 2004. Somm. 569 et 3366, note Niboyet et Somm. 678, note Massip ; JCP 2004. I. 153, obs. Attal.

<sup>621</sup> E. Cornut, *thèse préc.*, n° 198, p. 174.



les rares cas où une telle intention pourrait être démontrée, elle devrait être presque toujours accompagnée d'autres considérations légitimes et conformes à la finalité poursuivie à travers l'admission de ces clauses, qui apparaîtront susceptibles de lui donner une apparence licite<sup>622</sup>.

En particulier, la conformité de l'objectif poursuivi par la clause avec le but généralement poursuivi à travers leur édicition devrait pouvoir être admise chaque fois que celle-ci aura pour but de « fixer le for de manière certaine en vue d'éviter toute discussion ultérieure quant au tribunal compétent, de désigner un for neutre par rapport aux parties, ou encore d'attribuer le litige à un for approprié en fonction des circonstances de l'espèce ou possédant une expertise particulière par rapport à la matière »<sup>623</sup>. Cet objectif devrait alors conduire à rejeter tout « détournement de la finalité du droit »<sup>624</sup> de la part des parties, et risquerait d'empêcher la reconnaissance du caractère abusif ou frauduleux de l'expatriation du contentieux à l'étranger<sup>625</sup>. En fait, compte tenu de la diversité des justifications qui seront à la base de ces dérogations conventionnelles, c'est à la fois l'absence de caractère exclusif de l'intention frauduleuse et l'absence de certitude quant à son existence qui devraient empêcher de sanctionner le *forum shopping* pratiqué<sup>626</sup>.

**153.** Face à ce constat, il convient d'admettre que le contrôle de l'absence de fraude ne peut constituer qu'un fondement *subsidaire* ou *complémentaire* de restauration de l'impérativité des lois de police du for au stade indirect, et de reconnaître la place parallèlement centrale et déterminante qu'occupe la condition de conformité à l'ordre public dans ce cadre. Compte tenu de l'incertitude qui entoure sa capacité à permettre de déceler et de sanctionner les *forum shopping* frauduleux réalisés pour contourner les impérativités du for, il n'aurait vocation à intervenir de manière autonome que lorsque aucun autre chef de contrôle ne permettrait de sanctionner la violation de la loi de police consacrée à titre de « condition balai »<sup>627</sup> ou en *complément* de la condition de conformité à l'ordre public de fond. Elle interviendrait alors « comme un argument de soutien », invoqué par le juge pour « justifier davantage ce qui pourrait autrement passer pour un refus de coopération internationale »<sup>628</sup> et éventuellement

---

<sup>622</sup> V. en ce sens, L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », RCDIP 2003, p. 1 et s. n° 14 et s.

<sup>623</sup> H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz 1965, n° 220 et s., cité par A. Nuyts, « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 745 et s. p. 785.

<sup>624</sup> V. sur ce critère, pour fonder la caractérisation d'un abus, L. Cadiet et Ph. Tourneau, Rép. dr. civ. V° *Abus de droit*.

<sup>625</sup> V. sur ce point, CJCE, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, *Kefalas*, Rec. CJCE 1998, I, p. 2843, concl. G. Tesaurò ; RTD com. 1998, p. 1000, obs. Luby ; Rev. sociétés 1998, p. 794, note Dana-Démaret ; Europe 1998, n° 225 et 247, obs. Lagodet, point 20 ; CJCE, 23 mars 2000, *Diamantis*, Aff. C-373/97, Rec., p. I-1705, concl. A. Saggio ; RTD com. 2000, p. 777, obs. Luby.

<sup>626</sup> V. en ce sens, A. Nuyts, *art. préc.*, p. 780.

<sup>627</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 536, p. 473.

<sup>628</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.* n° 536.

pour justifier une atténuation du degré de violation des principes et valeurs défendus par le for, exigé pour fonder le déclenchement de la réserve de l'ordre public<sup>629</sup>.

Sous cet angle, la sanction du *forum shopping* frauduleux réalisé par les parties pour contourner la loi de police du for semble principalement devoir reposer sur le contrôle de l'ordre public, et être réalisée indirectement, au regard des *conséquences* produites par la manœuvre frauduleuse. C'est la contrariété du jugement obtenu par la fraude, avec les objectifs poursuivis à travers l'édiction des lois de police du for, qui serait sanctionnée.

Un tel report du contrôle du comportement frauduleux des parties sur la condition de la conformité à l'ordre public semble, également, assez largement consacré dans le cadre du droit de l'Union européenne.

## **B) Reconnaissance des jugements étrangers dans le cadre de l'Union européenne**

**154.** L'insuffisance du contrôle réalisé sur le comportement frauduleux des parties dans le cadre européen résulte à la fois de l'incertitude entourant la détermination des fondements de sa mise en œuvre (a) et du caractère incertain de son efficacité (b).

### 1- Incertitudes relatives au fondement du contrôle

**155.** La condition de l'absence de fraude « fait figure de grand absent des instruments européens de droit international privé »<sup>630</sup>. Elle n'apparaît, en effet, textuellement prévue dans aucun règlement sur la reconnaissance des décisions comme motif possible de refus d'efficacité des jugements étrangers. Quant à sa mise en œuvre, au-delà, alors que la sanction de la fraude à la loi au sens strict devrait nécessairement être exclue du fait de l'inexistence de contrôle de la loi appliquée<sup>631</sup>, la mise en œuvre d'une vérification de l'absence de choix frauduleux, telle qu'elle est consacrée en droit français, apparaît également délicate du fait de la mise à l'écart de toute vérification de la compétence indirecte du juge étranger<sup>632</sup>.

Il est pourtant assez généralement admis que le silence du droit européen sur ce point ne devrait pas être interprété comme une interdiction de contrôler les fraudes dans le cadre de

---

<sup>629</sup> V. à cet égard, l'attendu de l'arrêt *Rivière*, dans lequel la Cour précise que l'effet atténué de l'ordre public doit être admis lorsqu'il s'agit de laisser produire en France les effets d'un droit acquis, *sans fraude*, à l'étranger, et sur cet arrêt, *infra*, n° 185.

<sup>630</sup> S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », TCFDIP 2010-2012, p. 255 et s., p. 271.

<sup>631</sup> En ce sens, P. Gothot et D. Holleaux, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985, n° 260 *in fine*.

<sup>632</sup> Art. 45.3 règl. B I bis.

la mise en œuvre des instruments européens, mais qu'une telle possibilité pourrait être implicitement reconnue pour permettre de sanctionner ce type de comportements<sup>633</sup>.

**156.** Il est considéré que l'existence d'une fraude pourrait être prise en compte à travers le contrôle de l'ordre public<sup>634</sup>. L'utilisation de ce contrôle devrait néanmoins faire l'objet d'une mise en œuvre restrictive et ne pourrait être analysée et sanctionnée devant le juge de l'État requis que lorsqu'elle aurait déjà été débattue devant le tribunal étranger<sup>635</sup>. Lorsqu'elle serait invoquée pour la première fois devant le juge requis, elle pourrait être sanctionnée sur le fondement de la contrariété à l'ordre public, dans la mesure où aucun recours ne serait encore ouvert pour invoquer la fraude dans l'État d'origine<sup>636</sup>, et sauf si la partie qui invoque la fraude devant le juge requis a fait défaut à l'étranger<sup>637</sup>. Cette solution a été consacrée à travers un recours à l'ordre public procédural pour limiter l'obligation de reconnaissance d'une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre, dans le cadre de l'application du règlement n° 1346/2000 relatif aux procédures d'insolvabilité<sup>638</sup>, dans une hypothèse où planait « l'ombre d'un mauvais *forum shopping* »<sup>639</sup>.

**157.** Au-delà, il a été à plusieurs reprises affirmé que la possibilité de contrôler et de sanctionner la fraude dans le cadre européen pourrait être fondée sur un *principe général* du droit de l'Union européenne<sup>640</sup>. La solution pourrait d'ailleurs sembler avoir été consacrée dans certains arrêts de la Cour de justice, rendus pour l'interprétation des instruments européens. Ainsi, la Cour a semblé implicitement reconnaître que la fraude réalisée dans l'utilisation des règles de compétence juridictionnelle prévues par les règlements devait être

---

<sup>633</sup> V. en ce sens, not. J.-P. Beraudo et M.-J. Beraudo, J.-Cl. Europe, Fasc. 3040 : *Convention de Bruxelles, convention de Lugano et règlement (CE) N° 44/2001. Reconnaissance des décisions juridictionnelles* ; H. Gaudemet-Tallon, *préc.*, n° 406.

<sup>634</sup> En ce sens, G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, Étude de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, n° 493 ; P. Gothot et D. Holleaux, *ouvrage préc.*, n° 260 ; H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd. 2015, n° 406.

<sup>635</sup> Sur ce point, H. Gaudemet-Tallon, *ouvrage préc.*, n° 406 ; G. A. L. Droz, *thèse préc.*, n° 494.

<sup>636</sup> G. A. L. Droz, *thèse préc.*, n° 496.

<sup>637</sup> G. A. L. Droz, *thèse préc.*, n° 495, qui considère qu'il en serait ainsi parce que « l'esprit de la convention veut que toute personne régulièrement assignée se défende et utilise les règles conventionnelles à cette fin ».

<sup>638</sup> V. Cass. Com. 15 février 2011, n° 09-71.436, *Dalloz* 2011, p. 588, obs. A. Lienhard ; BJE, mai-juin, 2011, p. 146, note J.-L. Vallens ; Bull. Joly 2011, p. 427, note L. d'Avout ; Rev. proc. coll. janvier-février, 2011, p. 15, note P. Florent ; Gaz. Pal. 1<sup>er</sup> avril 2011, p. 15, note F. Mélin. Et V. sur cet arrêt, en particulier, R. Dammann et A. Rapp, « La Cour de cassation sanctionne le *forum shopping* frauduleux et précise la notion d'ordre public du règlement communautaire n° 1346/2000 », *Dalloz* 2011, p. 1738 et s.

<sup>639</sup> L. d'Avout, Bull. Joly 2011, p. 427.

<sup>640</sup> V. not. en ce sens, S. Vrellis, « "Abus" et "fraude" dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, *Dalloz* 2008, p. 633 et s. ; S. Clavel, *comm. préc.*, p. 271. V. également, les conclusions de l'avocat général dans l'affaire *Centros*, point 20, qui déclare que le principe selon lequel les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires est non seulement constant dans la jurisprudence de la Cour, mais « figure [...] parmi les principes généraux de l'ordre communautaire » ; et V. considérant que la solution consacrée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt *Centros* (sur lequel, V. *infra* n° 159) aurait permis de dégager un tel principe, M. Menjuq, « Liberté d'établissement et fraude en droit communautaire », *Dalloz* 1999, p. 550 et s.

sanctionnée<sup>641</sup>. Elle a pu également rappeler la nécessité d'empêcher le « détournement des règles relatives aux clauses attributives de juridiction » dans le cadre de la mise en œuvre des règles de compétence applicables en matière contractuelle<sup>642</sup>.

La volonté de la Cour de lutter contre la fraude apparaît surtout explicitement dans sa jurisprudence relative à la mise en œuvre du dispositif « anti-contournement »<sup>643</sup> développé pour sanctionner l'utilisation des libertés européennes<sup>644</sup>. Ainsi, la Cour a rappelé que « les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires » pour échapper à une loi nationale normalement applicable<sup>645</sup>, et a expressément reconnu la possibilité, pour les États membres, de contrôler et de sanctionner les comportements frauduleux dans le cadre européen. Elle a déclaré que les États pouvaient « tenir compte du comportement abusif ou frauduleux des personnes concernées pour leur refuser, le cas échéant, le bénéfice des dispositions communautaires invoquées »<sup>646</sup>.

**158.** Quant aux fondements utilisés pour sanctionner les comportements frauduleux, la Cour de justice semble avoir recours, de manière alternative ou cumulative, aux concepts de fraude et d'abus de droit<sup>647</sup>. L'approche retenue semble subjective, car centrée sur une analyse du *mobile illicite* du plaideur dans l'appréciation de la fraude ou du critère du « détournement de la finalité du droit » pour en déduire l'existence d'un abus<sup>648</sup>. Il s'agirait de sanctionner les hypothèses dans lesquelles un droit découlant d'une disposition européenne aura été exercé « dans le but d'obtenir [...] des avantages illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif de ladite disposition »<sup>649</sup>. Dans ce cadre, la possibilité, pour le for, de sanctionner le *forum*

---

<sup>641</sup> V. not. CJCE, 27 septembre 1988, Aff. C-189/87, *Kalfelis c/ Banque et autres*, RCDIP 1989, p. 112, note H. Gaudemet-Tallon, Clunet 1989, p. 457, concl. Darmon ; CJCE, 4 juillet 1985, Aff. C-220/84, *AS Autoteile Service*, Rec. 2267, concl. Lenz ; RCDIP 1986, p. 142, note Mezger ; Clunet 1986, p. 449, obs. A. Huet, et sur ce point, A. Nuyts, « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 745 et s., n° 6 et s. <sup>642</sup> CJCE, 20 février 1997, Aff. C-106/95, *M. S. G. c/ Les Gravières Rhénanes*, Rec. CJCE I-911 ; Dalloz 1997. IR. 69, point 34.

<sup>643</sup> E. Cornut, *thèse préc.*, n° 132 et s. ; M.-Ch. Boutard-Labarde, « Droit communautaire », JCP G 1995. I. 383.

<sup>644</sup> V. not. CJCE 3 décembre 1974, *Van Bisbergen*, Aff. C-34/74, Rec., p. 1299 et s., concl. Mayras ; CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, Aff. C-115/78, Rec. p. 399 et s., concl. Reischl ; CJCE, 10 janvier 1985, *Leclerc*, Aff. C-229/83, Rec. p. 1 et s., concl. Darmon.

<sup>645</sup> V. not. CJCE, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, *Kefalas*, Rec. CJCE 1998, I, p. 2843, concl. G. Tesauro ; RTD com. 1998, p. 1000, obs. Luby ; Rev. sociétés 1998, p. 794, note Dana-Démaret ; Europe 1998, n° 225 et 247, obs. Lagondet, point 20 ; CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, Rec. 1999, I-1459 ; Clunet 2000, p. 482, obs. Luby ; RCDIP 2003, p. 373, note T. Ballarino ; Rev. soc. 1999, p. 386, note G. Parléani ; Dalloz Affaires, 1999, p. 550, note Menjucq, point 24.

<sup>646</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, *préc.*, point 25.

<sup>647</sup> V. sur cette question, V. Karayannis, « L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire. À propos de l'arrêt C-367/96 *Kefalas* », *Cah. dr. eur.* 1999, p. 521 et s. ; J.-S. Bergé, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas *Blood* », JCP 2000, I, 206 ; D. Triantafyllou, « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *Cah. dr. eur.* 2002, p. 611 et s.

<sup>648</sup> V. en ce sens, A. Nuyts, *art. préc.*, n° 9.

<sup>649</sup> CJCE, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, *Kefalas*, *préc.*, point 28.

*shopping* qui viserait à assurer le contournement de ses lois de police apparaîtrait incertaine<sup>650</sup>.

## 2- Incertitudes relatives à l'efficacité du contrôle

**159.** Dans le cadre des relations entre États membres, la possibilité, pour le juge saisi, de sanctionner le contournement de ses lois de police au stade du contentieux de l'*exequatur* est rendue incertaine en raison du déplacement progressif dont fait l'objet le contrôle de l'absence de fraude vers l'ordre juridique d'origine (a). Elle apparaît, au-delà, très largement limitée, du fait du contrôle exercé par la Cour de justice sur sa mise en œuvre (b).

### a) Déplacement progressif du contrôle vers le for d'origine

**160.** Le droit positif se caractérise globalement par une tendance à un déplacement progressif de la sanction des comportements frauduleux ou abusifs. Alors que la fraude, entendue largement, semble en principe devoir être contrôlée par les juridictions de l'État dans lequel elle a vocation à produire des effets, l'idée se développe progressivement, en particulier dans le cadre de la mise en œuvre des instruments européens, que la fraude devrait être sanctionnée directement dans le for d'origine. Le contrôle de l'absence de comportement frauduleux des parties, une fois réalisé au stade direct devant le juge étranger, n'aurait plus, par la suite, à être mis en œuvre dans l'ordre juridique de la reconnaissance ou de l'exécution du jugement<sup>651</sup>. Le comportement frauduleux ou abusif adopté par les parties quant à la mise en œuvre des règles de compétence juridictionnelle devrait ainsi être pris en compte et sanctionné dès l'instance directe par le juge qui s'interroge sur l'exercice de sa propre compétence, lors de la constitution de la situation. Le juge saisi au stade de la reconnaissance du jugement étranger devrait au contraire renoncer à l'exercice de ce contrôle en s'en remettant sur ce point à l'appréciation du juge d'origine.

Cette idée s'est développée dans le cadre plus général de l'évolution en cours en droit positif, conférant aux contrôles opérés dans l'ordre juridique requis un caractère *secondaire* et *subsidaire*. Il est de plus en plus fréquemment admis, en effet, que les contestations indirectes d'ordre procédural sont dépendantes de la teneur et de l'issue des contestations réalisées dans le pays d'origine. Justifiée, par certains auteurs, sous l'angle du principe de reconnaissance

---

<sup>650</sup> V. sur ce point, sous l'angle de la mise en œuvre d'une réserve de l'abus de droit devant le juge étranger saisi, *infra*, n° 569.

<sup>651</sup> V. en ce sens, S. Clavel, *comm. préc.*, p. 272.

mutuelle<sup>652</sup>, cette solution peut également être considérée comme induite par « l'idée de cohérence procédurale des plaideurs et d'épuisement des voies de recours au pays d'origine »<sup>653</sup>.

**161.** Dans le cadre de la mise en œuvre des instruments européens, une telle solution a été consacrée dans certains arrêts rendus par les juridictions françaises saisies de la reconnaissance d'un jugement étranger. Le contrôle et la sanction de la fraude ont en effet, à plusieurs reprises, été refusés au motif que la fraude avait été invoquée devant le juge d'origine qui n'avait pas accueilli la demande<sup>654</sup>, ou qu'elle n'avait pas été invoquée alors qu'elle aurait pu l'être devant cette juridiction<sup>655</sup>.

Sous l'angle de la mise en œuvre du contrôle de l'ordre public, la Cour de justice a affirmé, de manière générale, que le règlement Bruxelles I « doit être interprété en ce sens qu'il repose sur l'idée fondamentale que les justiciables sont tenus, en principe, d'utiliser toutes les voies de recours ouvertes par le droit de l'État membre d'origine. Ainsi que l'a relevé M. l'avocat général (...), sauf circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l'exercice des voies de recours dans l'État membre d'origine, les justiciables doivent faire usage dans cet État membre de toutes les voies de recours disponibles afin d'empêcher en amont une violation de l'ordre public »<sup>656</sup>. La solution a également été expressément retenue, à travers la mise en œuvre du contrôle du respect des exigences de l'ordre public procédural, en matière de droit de la concurrence, où la Cour de cassation a affirmé que le juge français requis ne pouvait apprécier la conformité du déroulement d'une mesure d'enquête à l'ordre public international, que dans la mesure où aucun recours n'avait été exercé devant le juge du pays d'origine et qu'il n'avait pas été allégué qu'un tel recours était impossible<sup>657</sup>. *A contrario*, l'arrêt énonce que le contrôle du respect de l'ordre public procédural par le juge de l'État requis ne peut être efficacement invoqué que si « le grief a été en substance et vainement formulé au pays d'origine »<sup>658</sup>.

---

<sup>652</sup> *Ibid.*

<sup>653</sup> L. d'Avout, « Régime de l'entraide internationale au sein du réseau européen de concurrence », RCDIP 2016, p. 521 et s.

<sup>654</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 2009, n° 08-12.397.

<sup>655</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 2002, RCDIP 2002, p. 573, note B. Ancel ; JCP 2002. IV. 1416 ; Clunet 2003, p. 157, obs. A. Huet ; et déjà, CA Paris, 15 décembre 1987, Clunet 1989, p. 102, obs. A. Huet.

<sup>656</sup> CJCE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, Aff. C-681/13, Dalloz 2015, p. 1606 ; *ibid.* 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; RCDIP 2016, p. 367, note T. Azzi ; RTD eur. 2015. 872, obs. E. Treppoz, point 64. V. également, CJUE, 25 mai 2016, Aff. C-559/14, *Meroni c/ Reoletos Limited*, Dalloz 2016, p. 1206 ; CEDH, 23 mai 2016, *Avotins c/ Lettonie*, n° 17502/07, et sur ces arrêts, en particulier, E. Bonifay, « L'importance des recours internes dans le for d'origine au stade de l'*exequatur* des décisions judiciaires », Dalloz 2016, p. 1636 et s.

<sup>657</sup> Cass. Com. 20 janvier 2015, RCDIP 2016, p. 521, note L. d'Avout ; Dalloz 2015, p. 261, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 2016, p. 964, obs. D. Ferrier ; AJCA 2015, p. 169, note G. Parleani ; RTD com. 2015, p. 258, obs. E. Claudel ; RTD eur. 2016, p. 374-28, obs. F. Zampin.

<sup>658</sup> L. d'Avout, « Régime de l'entraide internationale au sein du réseau européen de concurrence », RCDIP 2016, p. 521.

Cette solution apparaît surtout consacrée à travers les décisions rendues en matière de procédures d'insolvabilité, dans le cadre de l'application du règlement n° 1346/2000 du 29 mai 2000, où le critère de rattachement du lieu du centre des intérêts principaux du débiteur retenu pour fonder la compétence des juridictions d'ouverture de la procédure<sup>659</sup> favorise assez largement la pratique du *forum shopping*<sup>660</sup>. Face à l'obligation faite aux juridictions de tout autre État membre de reconnaître la décision du juge d'origine, sans pouvoir vérifier lui-même la compétence des juridictions de cet État<sup>661</sup>, la possibilité de sanctionner le *forum shopping* par le biais de l'ordre public a été reconnue, mais seulement dans des hypothèses où les parties n'auraient aucun recours pour contester effectivement et efficacement la compétence de la juridiction d'ouverture dans l'ordre juridique d'origine<sup>662</sup>.

**162.** Sous l'angle du contournement des lois de police envisagé, un tel déplacement du contrôle de l'absence de manœuvre frauduleuse ou d'abus dans l'exercice des règles de compétence vers le for d'origine, sans absolument engendrer le « risque d'une nouvelle figure de fraude à la reconnaissance »<sup>663</sup>, conduit néanmoins à confier prioritairement la sanction de ce contournement au juge étranger désigné par la clause attributive de juridiction. De plus, cela restreint la possibilité du juge du for de restaurer l'impérativité de ses lois de police au stade du contentieux de l'*exequatur*. Cette tendance au déplacement de l'autorité de contrôle du comportement frauduleux rend alors d'autant plus nécessaire la reconnaissance explicite d'un système permettant leur prise en compte au stade de l'instance directe, à la fois pour permettre au for d'origine des lois de police de refuser la licéité de la clause attributive de juridiction et au for étranger de refuser d'exercer sa compétence juridictionnelle<sup>664</sup>.

#### b) Conception restrictive des comportements frauduleux

**163.** La possibilité reconnue aux États membres de contrôler et de sanctionner la fraude, dans le cadre de la mise en œuvre du droit européen, apparaît, en l'absence de disposition

---

<sup>659</sup> V. art. 3 du règlement.

<sup>660</sup> V. sur cette question, not. R. Dammann et A. Rapp, « La Cour de cassation sanctionne le *forum shopping* frauduleux et précise la notion d'ordre public du règlement communautaire n° 1346/2000 », Dalloz 2011, p. 1738 et s. ; J.-M. Jude, « Faillite internationale : exception d'ordre public et droit d'accès au juge », RCDIP 2011, p. 903.

<sup>661</sup> V. CJCE, 2 mai 2006, *Eurofood-Parmalat*, Aff. C-341/04, Dalloz 2006, p. 1752, note Dammann ; JCP 2006. II. 10089, note Menjuq ; RD aff. int. 2006, p. 554 ; JCP 2006. I. 185, n° 7, obs. R. Cabrillac et M. Pétel ; Europe, juill. 2006, n° 230, obs. Idot ; Clunet 2007, p. 151, note Khairallah ; RCDIP 2006, p. 811, chron. F. Jault-Seseke et Robine, et V. art. 16 du règlement.

<sup>662</sup> V. *a contrario*, Cass. Com. 15 février 2011, Dalloz 2011, p. 1738, obs. A. Lienhard, note R. Dammann et A. Rapp ; *Ibid.*, p. 2434, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Rev. soc. 2011, p. 443, note T. Mastrullo ; RCDIP 2011, p. 903, note J.-M. Jude ; RTD eur. 2012, p. 522, obs. C. Moille et C. Pellegrini ; Bull. Joly 2011, § 177 et la note.

<sup>663</sup> E. Treppoz, « Épuisement international et reconnaissance des décisions étrangères », RTD eur. 2015, p. 872 et s.

<sup>664</sup> V. en ce sens, S. Clavel, *comm. préc.*, p. 275, et sur ce point, *infra*, n° 564 et s.

européenne spécifique, par principe laissée à leur appréciation et peut être mise en œuvre par application de leurs dispositions nationales<sup>665</sup>. Ainsi, il a été relevé que « tout ordre juridique qui aspire à un minimum d'achèvement doit contenir des mesures, pour ainsi dire, d'autoprotection, afin d'éviter que les droits qu'il confère soient exercés de manière abusive, excessive ou déformée »<sup>666</sup>.

Cette faculté, néanmoins, ne peut être exercée que dans le respect des objectifs de l'Union européenne, qui doivent être pris en considération par les États pour apprécier le comportement mis en cause<sup>667</sup> ; et il est admis que les États ne peuvent, dans ce cadre, priver les parties des prérogatives que leur reconnaît le droit européen. La Cour a ainsi précisé que « la mise en œuvre d'une telle règle nationale ne peut pas porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les États membres. En particulier, les juridictions nationales ne peuvent pas, dans l'appréciation de l'exercice d'un droit découlant d'une disposition communautaire, modifier la portée de cette disposition ni compromettre les objectifs qu'elle poursuit »<sup>668</sup>.

**164.** Or, dans ce cadre, l'encadrement des mesures étatiques qu'effectue la Cour de justice pour vérifier la légitimité des moyens utilisés au regard du respect des libertés européennes<sup>669</sup> conduit en pratique à limiter très largement la possibilité d'une sanction du *forum shopping* susceptible d'être pratiqué dans le cas envisagé.

En déterminant les conditions dans lesquelles les concepts d'abus et de fraude apparaissent susceptibles d'être employés, et en définissant la manière dont les autorités nationales peuvent mettre en place, directement ou indirectement, des mesures permettant d'assurer le respect des impérativités nationales<sup>670</sup>, elle rend en réalité peu probable la mise en œuvre d'une sanction alors même que le caractère frauduleux du comportement des parties serait évident. En fait, les mesures nationales visant à éviter le contournement des dispositions étatiques ont été, dans la plupart des affaires, écartées par la Cour, parce que la sanction qu'elles visent à instituer est généralement jugée inopportune<sup>671</sup>. La Cour entend, en effet, la

---

<sup>665</sup> V. CJCE, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, *Kefalas, préc.*, point 21.

<sup>666</sup> Concl. de l'avocat général Tesauo, dans l'arrêt CJCE, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, *Kefalas, préc.*, point 24 ; CJCE, 23 mars 2000.

<sup>667</sup> V. sur ce point, not., E. Cornut, *thèse préc.*, n° 743 et s.

<sup>668</sup> CJCE, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, *Kefalas, préc.*, point 22.

<sup>669</sup> V. par ex. en matière de liberté de prestation de services, CJCE, 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, Aff. C-34/74, Rec. p. 1299, concl. Mayras ; *GACJCE*, t. 2, n° 17 ; en matière de liberté d'établissement, CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, Aff. C 115/78, Rec. p. 399, et s., concl. Reischl ; en matière de circulation des marchandises, CJCE 10 janvier 1985, *Leclerc*, Aff. C- 229/83, Rec., p. 1 et s., concl. Darmon.

<sup>670</sup> V. CJCE, 12 mars 1996, *Pafitis E.A.*, Aff. C-441/93, Rec. I. 1347, point 69.

<sup>671</sup> V. par ex., CJCE, 10 juillet 1986, *SEGERs*, Aff. 79/85, Rec. 2375, point 17 ; CJCE, 12 mars 1996, *Pafitis E.A.*, Aff. C-441/93, *préc.*, point 70 ; CJCE, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, *Kefalas, préc.*, point 23 ; CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-



notion de fraude de manière très restrictive, ce qui empêche de sanctionner le contournement des lois de police du for et incite fermement les ressortissants à se livrer à un *law shopping* licite. Il en est ainsi en particulier dans le cadre des domaines économiques et financiers, où la reconnaissance de la liberté d'établissement conduit en pratique à une tolérance accrue de la fraude. Cette liberté conduit en effet, en définitive, à conférer la possibilité aux parties de choisir, parmi les législations des États membres, celle qui leur paraît être la moins contraignante, quitte à contourner, pour cela, les législations internationalement impératives du for se voulant applicables.

**165.** L'arrêt rendu dans l'affaire *Centros*<sup>672</sup> est à cet égard particulièrement révélateur et témoigne sans nul doute du déclin de la fraude dans les relations intra-européennes. Dans cette affaire, la situation avait été *européanisée* par la constitution d'une société *fictive* à l'étranger, par un couple de Danois résidant au Danemark. Le siège social de cette société avait été fixé au Royaume-Uni, dans le but exclusif de contourner la législation danoise relative à la constitution et à la libération d'un capital social minimum jugée peu favorable. L'administration danoise refusa de procéder à l'immatriculation d'une succursale demandée au Danemark, qui était destinée à permettre à la société d'exercer l'ensemble de son activité sur le territoire danois.

Les autorités avaient considéré que les manœuvres successives des parties n'avaient eu pour but que d'éviter la constitution initiale de la société au Danemark et de contourner la législation danoise plus contraignante en matière de libération d'un capital social minimal. Le changement de loi applicable ayant été réalisé grâce à l'exercice de la liberté d'établissement, la Cour, après avoir rappelé la possibilité pour les États de contrôler l'exercice de cette liberté, a précisé que « dans l'appréciation d'un tel comportement, les autorités nationales doivent prendre en considération les objectifs poursuivis par les dispositions communautaires en cause »<sup>673</sup>. Or, elle a déclaré que « le fait pour un ressortissant d'un État membre de choisir de constituer une société dans l'État membre dont les règles lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement », et que « ce droit [...] est inhérent à l'exercice

---

212/97, *préc.*, point 27 ; CJCE, 16 mai 2002, *Commission c. Espagne*, Aff. C- 232/99 points 63 et 40 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inpsire Art.*, Aff. C-167/01, point 139.

<sup>672</sup> CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, Rec. 1999, I-1459 ; Clunet 2000, p. 482, obs. Luby ; RCDIP 2003, p. 373, note T. Ballarino ; Rev. Des Sociétés, 1999, p. 386, note G. Parléani ; Dalloz Affaires, 1999, p. 550, note Menjucq ; revenant sur sa position antérieure, CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail*, Aff. 81/87, Rec. I-5483.

<sup>673</sup> Point 25.

de la liberté d'établissement, garantie par le traité »<sup>674</sup>. Le refus d'immatriculation de la succursale susceptible de porter atteinte à cette liberté apparaissait dès lors paralysé du fait de son incompatibilité avec les objectifs du traité. Il s'ensuit que la lutte contre le contournement des dispositions impératives étatiques doit céder lorsque l'exercice de la liberté instituée par le traité est remis en cause par la mesure envisagée, et ceci conduit à empêcher assez largement la possibilité de sanctionner un tel contournement dans le cadre des relations entre États membres.

Tout en réservant la possibilité, pour l'État, « de prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes, soit à l'égard de la société elle-même [...], soit à l'égard des associés dont il serait établi qu'ils cherchent en réalité, par le biais de la constitution d'une société, à échapper à leurs obligations vis-à-vis des créanciers privés ou publics établis sur le territoire de l'État membre concerné »<sup>675</sup>, la Cour a refusé en l'espèce de sanctionner la fraude réalisée.

**166.** La même solution a encore été retenue par la suite dans l'arrêt *Inspire Art*<sup>676</sup>. La Cour a énoncé que « le fait qu'une société n'exerce aucune activité dans l'État membre où elle a son siège et exerce uniquement ou principalement ses activités dans l'État membre de sa succursale ne suffit pas à démontrer l'existence d'un comportement abusif et frauduleux permettant à cet État de dénier à la société concernée le bénéfice des dispositions communautaires relatives au droit d'établissement »<sup>677</sup>.

Sous cet angle, les solutions consacrées, en particulier en matière de liberté d'établissement, font apparaître que si la réserve de l'abus ou du comportement frauduleux apparaît *sur le principe* admise dans le cadre intra-européen, elle semble en réalité « plus théorique que concrète »<sup>678</sup>. La mise en œuvre des libertés européennes conduit, en pratique, à limiter considérablement le recours à des mesures susceptibles de porter atteinte à l'exercice de libertés européennes, et compromet assez largement la possibilité de sanctionner le *forum shopping* qui pourrait ici être pratiqué.

Devant les difficultés de mise en œuvre de cette condition, insusceptible de fonder une confiance de l'ordre juridique français quant au respect de ses impérativités substantielles et

---

<sup>674</sup> Point 27.

<sup>675</sup> Point 38.

<sup>676</sup> CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art.*, Aff. C-167/01, Rec. CJCE I. 10155, Dalloz 2003, AJ 2504 ; Dalloz 2004, p. 491, note E. Pataut, RCDIP 2004, p. 151, note H. Muir Watt ; Rev. Europe nov. 2003, p. 27, obs. L. Idot ; JCP 2004. II. 10002, note M. Luby ; Bull. Joly 2003, p. 1296, note M. Menjucq, Clunet 2004, p. 917, note M. Menjucq.

<sup>677</sup> Point 139.

<sup>678</sup> M. Menjucq, note sous CJCE, 30 septembre 2003, *préc.*, p. 926.

une sanction de leur violation par des jugements étrangers, c'est en définitive par le biais du contrôle de l'ordre public que leur restauration pourrait être effectuée.

### C) Contrôle des sentences arbitrales

**167.** En matière de contrôle des sentences arbitrales, l'absence de référence formelle faite à la condition de l'absence de fraude est souvent justifiée sous l'angle du rôle primordial accordé à la volonté individuelle des parties dans la justice arbitrale. « La liberté reconnue aux parties de fixer le siège de l'arbitrage où bon leur semble, de manière à déterminer l'ordre juridictionnel qui contrôlera la sentence, implique que leur choix ne puisse pas être trop facilement contesté, faute de quoi la faveur consentie sera peu ou prou illusoire et ne servira que modestement la sécurité juridique »<sup>679</sup>.

Il est cependant généralement admis que ce silence ne devrait pas être entendu comme empêchant toute prise en compte des comportements frauduleux et qu'il serait nécessaire « de réagir, par l'exception de fraude, à des choix qui manifestement ne seraient inspirés que par la volonté de contourner des dispositions gênantes pour les parties. Tel serait le cas si le siège avait été fixé à l'étranger dans le but essentiel d'y obtenir un jugement de validation que les organes du for auraient refuser de prononcer s'ils avaient eux-mêmes contrôlé la sentence, et d'invoquer ce jugement devant ceux-ci »<sup>680</sup>.

**168.** Il est parfois avancé que les comportements frauduleux réalisés par les parties dans le cadre de l'exercice de la justice arbitrale pourraient être sanctionnés sous l'angle des *principes généraux du droit de l'arbitrage commercial international*, notamment le principe de bonne foi et *fraus omnia corrumpit*. L. G. Radicati di Brozolo a pu considérer, à cet égard, que le comportement frauduleux des parties, consistant à chercher à écarter l'application d'une loi de police par le recours à l'arbitrage, pourrait être sanctionné au nom des « principes généraux »<sup>681</sup> du droit de l'arbitrage international. Ceci parce que l'on « pourrait soutenir que le recours à l'arbitrage ne devrait pas être admis si celui-ci est manifestement exploité pour éviter l'application des lois de police »<sup>682</sup>.

Sur ce fondement, la Cour de cassation avait, d'ailleurs, introduit un assouplissement à la règle de l'exclusion du recours en révision qui prévalait en matière internationale sous l'empire du décret du 12 mai 1981, et admis cette voie de recours extraordinaire devant le tribunal arbitral lui-même, lorsqu'il était resté constitué ou pouvait être à nouveau réuni. Dans

---

<sup>679</sup> S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, 2004, n° 517, p. 376.

<sup>680</sup> *Ibid.*

<sup>681</sup> V. L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 40, p. 325. V. également, B. Goldman, « La situation en France », *Competition and Arbitration Law, ICC Dossier of Institute of International Business Law and Practice*, 1993, p. 337 ; Y. Derains, *Ibid.*, p. 219 et s., p. 266.

<sup>682</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 40, p. 325.

l'affaire *Fougerolles*<sup>683</sup>, la Cour a décidé qu'il « résulte des principes généraux du droit en matière de fraude que, nonobstant l'exclusion du recours en révision [...], la rétractation d'une sentence rendue en France en matière d'arbitrage international doit exceptionnellement être admise en cas de fraude lorsque le tribunal arbitral demeure constitué après le prononcé de la sentence (ou peut à nouveau être réuni) ». Cette création jurisprudentielle a été consacrée dans le droit français de l'arbitrage résultant du décret du 13 janvier 2011, puisque celui-ci prévoit désormais expressément la possibilité d'un recours en révision contre les sentences arbitrales, qu'elles soient internes ou internationales, selon des modalités propres à chacune<sup>684</sup>.

Le recours à ces *principes généraux*, pour sanctionner les hypothèses de *forum shopping* réalisés pour contourner les lois de police, apparaît néanmoins incertain. Ces principes ne semblent généralement invoqués que pour sanctionner des hypothèses de fraudes procédurales, reposant sur la réalisation de comportements déloyaux de l'une des parties envers l'autre, ou pour sanctionner des actes de corruption<sup>685</sup>.

**169.** En dehors de ce fondement, la voie du contrôle des comportements frauduleux en matière d'arbitrage est celle de la mise en œuvre de la condition de conformité à l'ordre public, établie dans le cadre d'une procédure d'annulation ou lors du contentieux de l'*exequatur*<sup>686</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Westman*, la Cour de cassation avait affirmé que dans l'hypothèse où le recours en révision n'était pas possible, « la fraude pouvait toujours être sanctionnée au regard de l'ordre public international de procédure de sorte que demeure ouvert le recours en annulation prévu par l'article 1502-5 du Code de procédure civile »<sup>687</sup>.

De manière générale, en effet, il est en principe reconnu qu'une sentence donnant effet à une fraude, ou ne sanctionnant pas une fraude qui aurait été commise, devrait pouvoir être jugée contraire à l'ordre public du for. L'intégration d'une prise en compte des comportements frauduleux dans le contrôle de l'ordre public apparaît également consacrée par

---

<sup>683</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1992, *Soc. Fougerolles c/ Procofrance*, Clunet 1992, p. 974, note E. Loquin ; RCDIP 1992, p. 699, note B. Oppetit ; Rev. arb. 1993, p. 91.

<sup>684</sup> V. art. 1506.5 CPC, renvoyant à l'art. 1502 al. 1 et 2 du CPC.

<sup>685</sup> V. par ex. CA Paris, 15 février 2007, Rev. arb., 2009, p. 158, note P. Callé ; CA Paris, 17 février 2015, D. Mouralis, « Affaire Tapie-Adidas : les sentences arbitrales sont rétractées », Dalloz 2015, p. 1253 ; S. Bollée, « L'accueil du recours en révision formé contre la sentence Tapie », JCP G, 2015, p. 289 ; M. Henry, « Les affaires d'un préjudice moral immoral », LPA 2015, n° 221, p. 8.

<sup>686</sup> V. not., en ce sens, P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public de fond », Rev. arb., 1994, p. 615 et s. n° 20 ; Ph. Fouchard, « L'arbitrage international en France après le décret du 12 mai 1981 », Clunet 1982, p. 375, spéc. p. 403 et s.

<sup>687</sup> CA Paris, 30 septembre 1993, *Société European Gas Turbine SA c/ Société Westman International Ltd*, Rev. arb., 1994, p. 359, note D. Bureau ; RCDIP 1994, p. 349, note V. Heuzé ; *Bull. ASA*, 1994, p. 105, note A. Nassar ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 décembre 1995, Rev. arb., 1996, p. 49, note D. Bureau ; RTD com., 1996, p. 667, obs. E. Loquin et J.-C. Dubarry.

les juridictions françaises<sup>688</sup>, et a d'ailleurs conduit à des incertitudes assez importantes quant à l'étendue du contrôle opéré dans ce cadre<sup>689</sup>. La jurisprudence semble osciller, à cet égard, entre un contrôle approfondi de l'ordre public<sup>690</sup> et un contrôle restreint<sup>691</sup> pour sanctionner à la fois les hypothèses de fraudes substantielles, « objets de l'arbitrage », et les fraudes procédurales réalisées « dans l'arbitrage »<sup>692</sup>. Ce contrôle pourrait ainsi permettre de sanctionner le contournement de la loi de police française recherché par les parties à travers le recours à l'arbitrage.

À cet égard, E. Gaillard a pu déclarer que « dans l'hypothèse d'une fraude caractérisée à la loi française – par la fixation du siège de l'arbitrage à l'étranger dans une situation purement interne française – il n'est pas douteux que le juge trouverait dans la souplesse de la notion d'ordre public international les moyens de faire respecter les dispositions du droit français. Le juge français pourrait même être tenté de faire varier la réaction de l'ordre public international en fonction de l'intensité des rattachements avec l'ordre juridique français »<sup>693</sup>.

La possibilité de sanctionner le *forum shopping* ayant pour objet d'éviter l'application d'une loi de police par le biais du contrôle de l'ordre public pourrait également être envisagée au regard d'un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris le 9 avril 2009<sup>694</sup>. Les tribunaux français avaient refusé sur ce fondement de reconnaître une sentence d'accord-parties,

---

<sup>688</sup> V. not., CA Paris, 25 juin 2013, *Sirec c/ Metalmonde Steel Trading, M. Acquaviva*, n° 12/01461 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2014, *Schneider*, Procédures 2014. Comm. 107, note L. Weiller ; JCP 2014, p. 475, note D. Mouralis ; Rev. arb. 2014, p. 389, note D. Vidal ; Dalloz 2014 p.1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Dalloz 2014, p. 490 ; *ibid.* 2541, obs. T. Clay ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 novembre 2015, *Mme E c/ Vasarely PB*, Gaz. Pal. 22 mars 2016, n° 12, note B. Denis.

<sup>689</sup> Sur lesquels, V. not. Ch. Jarrosson, « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in E. Loquin, S. Manciaux (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 162 et s., et V. sur la position adoptée par les juridictions françaises, à titre général, sur l'intensité du contrôle, *infra*, n° 199 et s.

<sup>690</sup> Ainsi, la Cour d'appel de Paris avait déclaré, dans l'affaire *Westman (préc.)*, que « [l]e pouvoir reconnu, en matière d'arbitrage international, à l'arbitre d'apprécier la licéité d'un contrat au regard des règles relevant de l'ordre public international et d'en sanctionner l'illicéité en prononçant en particulier sa nullité implique, dans le cadre du recours en annulation fondé sur la contrariété de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale à l'ordre public international, un contrôle de la sentence, par le juge de l'annulation, portant en droit et en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international et dans l'affirmative, d'apprécier au regard de celle-ci la licéité du contrat ». V. également, CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2010, *préc.*, où elle a encore affirmé qu'il « appartient au juge de l'*exequatur* d'examiner l'ensemble des circonstances susceptibles de caractériser la fraude alléguée, sans que puisse être utilement opposé le moyen tiré de la prohibition de la révision au fond des sentences, dès lors que la contestation porte précisément sur l'altération, par les manœuvres d'une partie, de l'appréciation des faits à laquelle se sont livrés les arbitres ». V. également, CA Paris, 26 février 2013, *Sprecher*, Rev. arb. 2014, p. 82, note P. Duprey et C. Fouchard ; CA Paris, 4 mars 2014, *Gulf Leaders for Management and Services Holding c. Crédit Foncier de France*, L.-C. Delannoy, « L'espoir d'un retour au contrôle effectif et concret de la conformité à l'ordre public international de la reconnaissance et de l'exécution des sentences internationales », Rev. arb. 2014, p. 955 et s., où la Cour a retenu un contrôle approfondi malgré l'affirmation du principe d'un contrôle *minimaliste* de l'ordre public de manière générale.

<sup>691</sup> V. transposant le principe du contrôle *minimaliste* de l'ordre public, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2014, *Schneider*, Procédures 2014, Comm. 107, note L. Weiller ; JCP 2014, p. 475, note D. Mouralis ; Rev. arb. 2014, p. 389, note D. Vidal ; Dalloz 2014, p. 490 ; *ibid.* 2541, obs. T. Clay ; *ibid.* p. 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Procédures 2014. Comm. 107, note L. Weiller ; JCP 2014, p. 475, note D. Mouralis ; Rev. arb. 2014, p. 389, note D. Vidal.

<sup>692</sup> V. consacrant cette distinction, M. de Boissésou, « L'arbitrage et la fraude : à propos de l'arrêt Fougerolles, rendu par la Cour de cassation le 25 mai 1992 », Rev. arb. 1993, p. 3 et s.

<sup>693</sup> E. Gaillard, J.-Cl. dr. int.. Fasc. 586-10 : *Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Contrôle étatique. Droit commun.*, n° 5. V. également, retenant un raisonnement semblable, V. CA Paris 18 juin 1964, Clunet 1964, p. 810.

<sup>694</sup> CA Paris, 9 avril 2009, *Cah. arb.* 2010, p. 889 (2<sup>e</sup> arrêt), note E. Loquin ; CA Paris, 1<sup>er</sup> juillet 2010, Rev. arb. 2010, p. 857, note B. Audit ; *Cah. arb.* 2011, p. 741 (2<sup>e</sup> arrêt), note L.-Ch. Delanoy ; JCP G 2010, p. 1286, n° 5, obs. J. Ortscheidt ; LPA 23 février 2011, n° 38, p. 9, note M. de Boissésou.

réclamée par les deux parties qui avaient simulé un contentieux fictif pendant la période suspecte. Cette sentence, qui avait pour objet d'imposer aux futurs curateurs de la société un fait accompli, apparaissait également comme l'instrument d'une fraude au droit belge des procédures collectives, applicable en tant que loi de police. Le caractère frauduleux du recours à l'arbitrage pouvait cependant être ici aisément relevé dès lors que les parties avaient simulé un contentieux, et avait permis aux juridictions françaises de sanctionner directement le comportement des parties, en jugeant que la fraude, elle-même, était contraire à l'ordre public international français. La possibilité de sanctionner le contournement d'une loi de police réalisé par le recours à l'arbitrage en l'absence de tels éléments objectifs apparaît en revanche plus incertaine.

**170.** En l'absence de modification d'une situation préexistante, néanmoins, la mise en place d'une sanction directe du *forum shopping* réalisé par les parties pour contourner l'application de la loi de police française apparaît plus difficile à envisager.

La voie de l'article 1520.1 du Code de procédure civile, réservant l'hypothèse d'une incompetence du tribunal arbitral pouvant résulter de la *nullité* de la convention arbitrale, déduite du caractère illicite de son objet, risque d'apparaître peu envisageable compte tenu de l'affirmation explicite du principe de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause des règlementations impératives. L'utilisation de grief pour faire obstacle à la sentence arbitrale impliquerait alors d'admettre que la clause arbitrale, bien que conclue dans une matière en principe jugée arbitrale, a un objet illicite, en tant qu'elle donne mission au tribunal arbitral de rendre une sentence dont le contenu sera lui-même illicite parce que contraire à l'ordre public du for.

Dans ces conditions, la sanction du contournement des lois de police réalisé par les parties ne semble pouvoir être assurée que de manière indirecte, par le biais de la mise en œuvre du contrôle de la conformité de la sentence à l'ordre public, en elle-même. Le comportement des parties n'apparaîtrait dès lors pas sanctionné en lui-même mais seulement au regard de ses conséquences sur la solution donnée au litige.

## **SECTION II : DÉSACTIVATION DES IMPÉRATIVITÉS DU FOR**

**171.** Devant les incertitudes existant quant à la possibilité de sanctionner directement le *forum shopping* réalisé par les parties et l'inexistence contemporaine du contrôle de la loi

appliquée, l'efficacité du *second look* pour assurer la protection des politiques législatives impératives du for dépend de la capacité du contrôle de l'ordre public à permettre au juge du for de refuser l'efficacité de la sentence arbitrale ou du jugement étranger dans les hypothèses de violation de ses lois de police.

Malgré son apparente aptitude à fonder un contrôle du respect des impérativités substantielles du for à l'étranger, ce contrôle apparaît pourtant insusceptible de *compenser* les risques d'atteinte qu'engendre la saisine d'une autorité arbitrale ou étatique étrangère et de justifier le maintien absolu du principe de licéité des clauses de prorogation de for malgré l'applicabilité des lois de police. Soumis à un certain nombre de facteurs de relativité destinés à limiter sa mise en œuvre à des hypothèses exceptionnelles, le contrôle ne peut permettre au juge du for de sanctionner l'ensemble des hypothèses de violation de ses lois de police à l'étranger, et laisse une grande partie de ces dispositions sans protection au stade du contentieux de l'*exequatur* (I).

Les solutions jurisprudentielles consacrées en matière d'arbitrage ces dernières années, d'autre part, ont conduit à restreindre considérablement l'intensité du contrôle opéré par le juge pour vérifier la conformité des sentences arbitrales à l'ordre public du for, qui apparaît désormais pratiquement *neutralisé* vis-à-vis des lois de police (II). Face à cette paralysie de la condition de conformité à l'ordre public, expressément admise malgré l'applicabilité des lois de police du for au fond du litige, la solution est de nature à inquiéter également pour l'avenir au regard de l'extension *probable* de cette solution au contentieux de la reconnaissance et de l'exécution des jugements étrangers. Cette évolution, *logique* compte tenu de la parenté des objectifs poursuivis dans ces deux cadres et de l'incohérence que présenterait le maintien d'une solution moins libérale pour la reconnaissance des jugements étrangers, pourrait également apparaître *prévisible* en raison du caractère *transversal* de l'argument tenant à l'interdiction de la révision au fond invoqué à l'appui de cette solution. La généralisation de cette solution conduirait alors globalement à rendre les lois de police semi-impératives dans les conflits de juridictions, et appellerait la mise en place d'une solution susceptible d'assurer leur *réactivation*.

### **I- Insuffisance du contrôle de l'ordre public**

**172.** L'insuffisance de la condition de conformité à l'ordre public, pour assurer le respect des politiques législatives impératives du for dans les rapports internationaux, résulte en premier lieu de son incapacité à fonder une prise en compte de l'ensemble des lois de police



du for (A). Le contrôle, d'autre part, apparaît insusceptible de sanctionner l'ensemble des hypothèses de violation des lois de police qu'auraient pu consacrer les juridictions étrangères et les arbitres (B).

### **A) Inadaptation quant à la prise en compte de l'ensemble des lois de police**

**173.** L'absence de correspondance existant entre les hypothèses dans lesquelles la contrariété du jugement ou de la sentence arbitrale à l'ordre public du for pourra être constatée, et celles dans lesquelles ses lois de police auront été violées, provient à la fois de l'adoption d'une conception extrêmement restrictive de la notion d'ordre public (1) et de son détachement progressif des principes et valeurs d'origine nationale (2).

#### 1- Conception restrictive de la notion d'ordre public

**174.** Il est souvent avancé qu'il y aurait une parfaite corrélation entre la violation d'une loi de police et la contrariété d'une sentence ou d'un jugement avec l'ordre public de ce même for. Ces dispositions, visant à assurer la protection d'un élément de l'organisation politique, sociale ou économique du pays, pourraient être comprises dans la notion d'ordre public employée dans le cadre du contentieux de l'*exequatur*<sup>695</sup>. La correspondance des intérêts pris en charge par les lois de police et l'ordre public assurerait l'efficacité du *second look* et garantirait un blocage systématique des sentences et des jugements consacrant une violation des lois de police du for. Cette confiance éprouvée envers le contrôle de l'ordre public, pourtant, semble devoir être très largement relativisée.

**175.** L'intégration de la loi de police applicable dans le contrôle de l'ordre public prévu au stade de l'instance directe pourrait, en premier lieu, apparaître aléatoire, compte tenu de l'absence de définition clairement établie de la notion d'ordre public<sup>696</sup>. Dans le contentieux de l'*exequatur*, comme lorsqu'elle est employée pour faire échec à l'application d'une loi étrangère, cette notion ne fait l'objet d'aucune définition clairement établie et revêt des contours à la fois flous et incertains. Elle apparaît alors nécessairement empreinte de

---

<sup>695</sup> V. sur la parenté existant entre les fondements des mécanismes de l'ordre public et des lois de police, *supra*, n° 119 et s.

<sup>696</sup> V. sur cette notion, en particulier, M.-N. Jobard-Bachellier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 534-2 : *Ordre public international. - Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. - Applicabilité de règles étrangères et appartenance des valeurs au for. - Origine et contenu des valeurs intangibles du for*, n° 38.

subjectivisme<sup>697</sup> et susceptible d'être envisagée de manière différente en fonction des autorités chargées de la mettre en œuvre et du contexte dans lequel elle a vocation à intervenir. Les contours de l'ordre public apparaissent d'ailleurs, en pratique, très largement modulés au coup par coup par les tribunaux, en fonction des objectifs poursuivis et du résultat recherché quant à l'intégration de certaines institutions étrangères sur le territoire<sup>698</sup>.

**176.** L'absence de correspondance existant entre l'ordre public et les lois de police, surtout, résulte de la tendance qui semble se dessiner en droit international privé contemporain à envisager l'ordre public de manière de plus en plus restrictive en matière de contrôle des jugements étrangers et des sentences arbitrales. Dans le contexte du libéralisme consacré en droit positif, visant à assurer la circulation des jugements et des sentences, l'ordre public substantiel semble en effet progressivement se réduire à une peau de chagrin<sup>699</sup>, et ne semble plus restreint qu'aux « seules valeurs vraiment fondamentales de chaque système juridique »<sup>700</sup>.

Cette conception restrictive de la notion semble d'ailleurs ressortir des formulations employées par les juridictions françaises. Ainsi, en matière d'arbitrage, il a été rappelé que l'exécution d'une sentence est incompatible avec l'ordre public lorsque « ont été violés des principes juridiques fondamentaux au point que le résultat atteint par les arbitres est inconciliable avec le système de valeurs essentielles de notre ordre juridique »<sup>701</sup>. La nouvelle référence faite aux « principes essentiels du droit français »<sup>702</sup> pour la reconnaissance des jugements étrangers semble également traduire cette même conception restrictive de l'ordre public, pour ne prendre en charge que les intérêts qui correspondent « à un noyau dur de conceptions auxquelles le for ne peut en aucun cas renoncer »<sup>703</sup>.

---

<sup>697</sup> V. en ce sens, P. Kinsch, « La sauvegarde de certaines politiques législatives, cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 447 et s.

<sup>698</sup> V. sur la modulation de la notion qui a pu être réalisée par les tribunaux français, *infra*, n° 397.

<sup>699</sup> V. cep. *contra*, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 323.

<sup>700</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 51, p. 338.

<sup>701</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> mars 2007, Rev. arb. 2007, p. 143. V. également, *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société générale de l'industrie du papier RATKA*, 508 F. 2d 929 (2<sup>nd</sup> Cir. 1974), cité par L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 50, p. 337, note 181, déclarant que l'ordre public ne comprend que « the forum's most basic notions of morality and justice ».

<sup>702</sup> V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, Dalloz 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister ; AJ fam. 2010, p. 387, obs. A. Mirkovic, obs. B. Haftel ; RDSS 2010. 1128, note C. Neirinck ; RTDciv. 2010. 547, obs. J. Hauser ; RCDIP 2010, p. 747, note P. Hammje ; JCP 2010. 1173, note H. Fulchiron ; Clunet 2011, comm. 4, note S. Bollée ; Dr. fam. 2010, n° 156, note M. Farge ; AJ fam. 2010, p. 389, note Mécarý ; Gaz. Pal., 2011, n° 254, p. 17, note M. Farge ; LPA 2011, n° 108, p. 5, note E. Kerckhove.

<sup>703</sup> P. Hammje, *note préc.*, RCDIP 2011, p. 747 et s. Mais sur la capacité de cette nouvelle définition à asseoir une prise en compte plus importante des lois de police, *infra*, n° 397.

Cette tendance à restreindre le contenu de l'ordre public apparaît également parfois imposée dans le cadre de la mise en œuvre des instruments internationaux<sup>704</sup>. Il en est ainsi, en particulier, concernant le contrôle de l'ordre public prévu dans les règlements européens. La Cour de justice a précisé, en effet, que la violation de l'ordre public s'entend de la violation « d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis »<sup>705</sup>, ou encore que l'ordre public ne recouvre que les « règles de droit considérées comme réellement fondamentales dans l'ordre juridique requis »<sup>706</sup>. Cette interprétation restrictive a été largement accueillie dans la jurisprudence des États membres<sup>707</sup>.

**177.** Sous l'angle du respect des lois de police, une telle conception est de nature à empêcher le contrôle de l'ordre public de permettre une prise en compte de *l'ensemble* des lois de police françaises qui auraient pu être applicables, et laisse sans protection la plupart d'entre elles au stade du contentieux de l'*exequatur*, alors même qu'elles seraient affectées à la protection d'intérêts fondamentaux<sup>708</sup>. Il a ainsi été relevé qu'« il est [...] difficile de concevoir que chaque loi de police codifie un principe d'ordre vraiment fondamental ou supérieur »<sup>709</sup>. Une telle affirmation semble d'autant plus vraie que le droit positif se caractérise parallèlement par une extension de la notion de lois de police et une multiplication des dispositions qualifiées comme telles, qui apparaissent de moins en moins susceptibles d'être intégrées à un noyau dur de principes ou valeurs d'ordre public et semblent rattachées à cette catégorie pour bénéficier du mécanisme dérogatoire qui les caractérise<sup>710</sup>.

Cette absence de superposition de la violation des lois de police et du contrôle de l'ordre public a pu être jugée opportune par certains auteurs, qui ont relevé qu'une « inclusion

---

<sup>704</sup> V. à cet égard, le rapport explicatif de T. Hartley et M. Dogauchi, qui met en avant l'importance fondamentale que devrait revêtir le respect des principes mis en cause pour justifier qu'un État mette en œuvre l'exception de l'ordre public dans le cadre des art. 6 et 9 de la convention de La Haye du 30 juin 2005.

<sup>705</sup> CJCE, 11 mai 2000, *Renault c. Maxicar*, Aff. C-38/98, Rec. I. 2973, concl. Alber ; RCDIP 2000, p. 497, note H. Gaudemet-Tallon ; JCP 2001. II. 10607, note C. Nourissat ; Clunet 2001, p. 696, obs. A. Huet, point 30.

<sup>706</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, Aff. C-7/98, Rec. I. 1935, concl. Saggio ; RCDIP 2000, p. 481, note H. Muir Watt ; Clunet 2001, p. 690, obs. A. Huet ; JCP 2001. II. 10607, note C. Nourissat. V. également, CJCE, 16 juillet 2015, *Diaego Brands*, Aff. C-681/13, *préc.*, points 50, 51 et 52, où la Cour fait référence à « une violation d'une règle de droit essentielle dans l'ordre juridique de l'Union et donc dans celui de l'État requis » et à une « atteinte à un principe fondamental de celui-ci ».

<sup>707</sup> V. par ex., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, *Stolzenberg*, Dalloz 2004, 2743, note N. Bouche ; Dalloz 2005, pan. 1267, obs. P. Courbe et H. Chanteloup ; Gaz. Pal 14-15 janv. 2005, n° 14-15, p. 28, note M.-L. Niboyet ; RCDIP 2004, p. 815, note H. Muir Watt ; Clunet 2005, p. 112, note G. Cuniberti ; Procédures 2005, comm. 9, obs. C. Nourissat ; JCP 2005. II. 10198, avis J. Sainte-Rose. La Cour n'a pas considéré l'injonction *Mareva* du droit anglais comme contraire à l'ordre public au motif qu'aucune atteinte à un droit fondamental, ni indirectement à une *prérogative de souveraineté étrangère*, ne pouvait être découverte.

<sup>708</sup> V. à cet égard, la disqualification du droit de la concurrence des « valeurs essentielles » de l'ordre juridique suisse effectuée par la Cour fédérale suisse dans un arrêt du 8 mars 2006 (sur cet arrêt, L. Idot, Rev. arb. 2007. 121), cité par D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p. 1 et s., n° 16, note 64.

<sup>709</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *art. préc.*, n° 16.

<sup>710</sup> V. sur cette extension de la notion de loi de police et les caractéristiques de ces lois de police de « seconde génération », *infra*, n° 312 et s.

de la gamme entière des lois de police dans la notion d'ordre public international comporterait un élargissement très considérable de la sphère de l'ordre public, en plein contraste avec le développement de cette notion »<sup>711</sup>. L. G. Radicati di Brozolo a pu considérer ainsi que l'incapacité du contrôle de l'ordre public à sanctionner la violation de toutes les lois de police ne devrait pas conduire à remettre en cause le libéralisme consacré au stade direct, parce que la protection des seules dispositions intégrant cette notion restrictive serait suffisante. Pour l'auteur, en dehors de ces hypothèses où « la non-application ou la (prétendue) mauvaise application de la loi de police par le jugement étranger ou par la sentence peut être qualifiée de violation des principes “vraiment fondamentaux” », la mise à l'écart du principe libéral ne se justifierait pas, « compte tenu [...] des conséquences sur le bon fonctionnement du système des conflits de juridictions et des relations internationales. Le jeu ne vaut pas la chandelle »<sup>712</sup>. À cet égard, pourtant, la prise en compte des difficultés qu'il y aurait à intégrer certaines lois de police de régulation économique dans cette conception de l'ordre public, notamment celles qui interviennent en matière de droit de la concurrence, a été relevée par certains auteurs<sup>713</sup> et pourrait convaincre du caractère non pleinement satisfaisant de cette solution.

D'autres considérations conduisent encore à admettre l'insuffisance du contrôle de l'ordre public pour assurer l'efficacité des politiques législatives dans les rapports internationaux.

## 2- Déplacement progressif des sources de l'ordre public

**178.** La restriction progressive des contours du contrôle de l'ordre public s'accompagne en parallèle d'un déplacement de ses fondements vers des « sources d'ordre supérieur »<sup>714</sup>. Alors même qu'il est admis que l'ordre public est un concept de dérivation interne<sup>715</sup>, l'idée s'est progressivement développée que le caractère d'ordre public international, même dans le cadre national, devrait être réservé à des principes et valeurs qui sont généralement admis en droit international et font l'objet d'une large adhésion de la part des États<sup>716</sup>.

---

<sup>711</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 54, p. 341.

<sup>712</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 23.

<sup>713</sup> À cet égard, P. Mayer a ainsi pu relever « qu'il est douteux que le droit de la concurrence mette en jeu des valeurs », V. « L'étendue du contrôle par le juge étatique de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, 2008, p. 459 et s., p. 472.

<sup>714</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 51.

<sup>715</sup> V. sur ce point, en matière de contrôle de jugements étrangers, *supra*, n° 130, et en matière de contrôle des sentences arbitrales, *supra*, n° 132.

<sup>716</sup> V. not., à cet égard, en matière d'arbitrage, art. 2 b) des recommandations de l'ILA, qui indique que les juridictions devraient, pour déterminer si un principe est d'ordre public international et peut justifier un refus de reconnaissance, prendre en compte l'existence d'un consensus au niveau international à l'égard du principe en question.

En matière d'arbitrage, en particulier, il a pu être envisagé que, tout en conservant une origine interne, son contenu puisse être *adapté* et prendre en compte des préoccupations unanimes ou qui dépasseraient les intérêts purement nationaux. Face aux avantages et au caractère spécifique de la justice arbitrale, l'ordre public pourrait être envisagé de manière différente et plus restrictive qu'en matière de reconnaissance des jugements étrangers pour favoriser le recours à ce mode de règlement des différends. Ainsi, Ch. Seraglini a déclaré que « la vocation universelle de la justice arbitrale mérite sans doute que l'ordre public international du juge saisi de ce contrôle s'ouvre également à des préoccupations et des intérêts qui ne concernent pas exclusivement le for, mais qui sont universels, ou communs à un grand nombre d'États »<sup>717</sup>.

De manière générale, d'ailleurs, le détachement de l'ordre public de source nationale des conceptions de l'ordre juridique auquel il appartient résulte de l'intégration en son sein des droits et libertés fondamentaux reconnus au niveau international<sup>718</sup>, notamment dans la Convention européenne des droits de l'homme<sup>719</sup> ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 14 décembre 2007<sup>720</sup>. Corrélativement, l'intégration de principes et de valeurs dans l'ordre public du for apparaît en réalité de plus en plus dépendante de leur reconnaissance dans ces instruments internationaux, indépendamment même de l'importance qu'ils revêtent aux yeux du for.

**179.** D'un autre côté, le contrôle exercé par les juridictions supranationales sur la détermination du contenu de l'ordre public des ordres juridiques nationaux<sup>721</sup> conduit à la fois à l'harmoniser et à en fixer les contours. Il en est ainsi, en particulier, dans le cadre de l'application des règlements européens, où la Cour de justice a eu l'occasion de rappeler à plusieurs reprises que la détermination de ce qui relève de l'ordre public international, bien que fixé par principe par les droits nationaux<sup>722</sup>, ne devait pas être abandonnée à la discrétion des États membres. Elle a ainsi énoncé, dans l'arrêt *Krombach*, que « s'il n'appartient pas à la

---

<sup>717</sup> Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 317, p. 154, mais *contra*, considérant que cette idée serait dépourvue de tout fondement logique, L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 52, p. 339.

<sup>718</sup> V. sur ce point, F.-X. Train et M.-N. Jobard-Bachellier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 534-1 : *Ordre public international, Notion d'ordre public en droit international privé*, n° 30 et s.

<sup>719</sup> Dans ce cadre, ce sont en particulier les art. 6§1, sur le droit au procès équitable, 8 sur le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale, 12 sur la liberté matrimoniale et 14 sur la prohibition des discriminations qui apparaissent le plus fréquemment utilisés.

<sup>720</sup> V. par ex., le droit à la dignité (art. 1), le droit à l'intégrité de la personne (art. 3).

<sup>721</sup> À cet égard, la Cour européenne des droits de l'homme exerce un droit de regard sur la façon dont les États parties à la Convention européenne des droits de l'homme font jouer leur ordre public international, en veillant à ce que l'intervention de ce dernier ne perturbe pas de façon démesurée le droit des individus au respect de leur vie privée et familiale. V. not. concernant l'art. 6 de la Convention, CEDH, 3 mai 2011, n° 56759/08, *Négrépontos-Giannisis c/ Grèce*, RCDIP 2012, p. 817 ; Clunet 2012. Comm. 7, note A. Dionisi-Peyrusse.

<sup>722</sup> CJCE, 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, *préc.* point 28.

Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un 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 membre »<sup>723</sup>.

---

<sup>723</sup> CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, préc., point 23, et, CJCE, 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, préc., point 28 ; CJCE, 2 avril 2009, *Gambazzi*, préc., points 26 et 27.

Sans qu'une définition unitaire de la notion d'ordre public n'ait été directement dégagée au niveau européen, la Cour donne ainsi les lignes directrices auxquelles devront se conformer les États membres dans le maniement de l'exception d'ordre public afin d'« éviter les interprétations divergentes »<sup>724</sup>. L'ordre public du for ne peut ainsi jouer que dans la mesure de sa conformité aux principes qui définissent un ordre public européen qui lui est supérieur, et sous le contrôle éventuel de la Cour de justice de l'Union européenne. Il en résulte, en pratique, une limitation et une harmonisation des valeurs et des principes dont les États membres peuvent assurer le respect à travers l'exception d'ordre public. Parallèlement, cet encadrement européen quant à la détermination des contours de l'ordre public contribue au développement d'un ordre public européen<sup>725</sup>, venant progressivement *remplacer* les ordres publics étatiques<sup>726</sup>.

**180.** Un tel déplacement du contenu de l'ordre public conduit corrélativement à réduire les hypothèses dans lesquelles une coïncidence pourrait être établie entre les intérêts protégés par le contrôle de l'ordre public et ceux mis en cause à travers les lois de police du for. Alors que ces dispositions visent à défendre des objectifs de politique législative de l'ordre juridique qui les a édictées, et à protéger des intérêts nationaux en principe particularistes, l'ordre public n'aurait progressivement vocation qu'à intégrer une partie des lois de police, recouvrant celles dont le but est d'assurer la protection de principes et de valeurs unanimement admis dans l'ordre international.

Face à cette tendance au détachement de l'ordre public des conceptions nationales, la nouvelle référence faite aux *principes essentiels de droit français* par les tribunaux français pourrait éventuellement laisser envisager la possibilité d'une réorientation des sources de l'ordre public vers les valeurs qui, même non nécessairement partagées par les autres ordres juridiques, façonneraient l'ordre juridique français. Elle pourrait laisser envisager la possibilité d'une prise en compte des lois de police poursuivant une politique législative propre à l'ordre juridique français, trop techniques ou trop peu imprégnées de valeurs morales pour constituer des principes unanimement admis, au stade du contentieux de l'*exequatur*<sup>727</sup>.

---

<sup>724</sup> V. en ce sens, concl. de l'avocat général Albert dans l'arrêt *Renault c. Maxicar, préc.*, point 58.

<sup>725</sup> V. sur ce point, M.-N. Jobard-Bachelier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 534-2, *préc.*, n° 53.

<sup>726</sup> V. critiquant ce phénomène et déclarant que, « tout en reconnaissant l'existence de l'ordre public communautaire comme le noyau du nouvel ordre juridique communautaire, il faut laisser aux États membres la possibilité de conserver jalousement le droit d'invoquer leur propre ordre public comme le noyau de leur ordre juridique respectif, l'une des expressions de leur identité nationale », T. Struycken, « L'ordre public de la Communauté européenne », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 617 et s., p. 632.

<sup>727</sup> Les arrêts dans lesquels l'ordre public a pu être utilisé dans des affaires récentes, pour sanctionner la violation de lois de police françaises à l'étranger, se caractérisent d'ailleurs tous par l'emploi de cette formulation de la part de la Cour de cassation. V. sur ces exemples, *infra*, n° 397.

## **B) Inadaptation quant à la sanction de la violation des lois de police**

**181.** Le caractère exceptionnel que doit revêtir la mise en œuvre du contrôle de l'ordre public au stade de la reconnaissance et de l'exécution des jugements et des sentences arbitrales conduit à admettre un certain nombre de facteurs de relativité. Ils conduisent à limiter son intervention aux hypothèses de violation concrète (1) et effective (2) d'un principe réellement fondamental, et empêchent qu'il puisse sanctionner tous les cas de non-application ou de mauvaise application des lois de police du for à l'étranger.

### 1- Existence d'une violation *concrète* de l'ordre public

**182.** Une première cause de l'incapacité du contrôle de l'ordre public à sanctionner toutes les hypothèses de violation des lois de police réside dans la limitation de sa mise en œuvre aux seules hypothèses de violation *concrète* des valeurs et principes défendus par le for. Il est admis, au stade de l'instance indirecte, que la conformité à l'ordre public international français doit être appréciée au regard de la décision, prise dans leur ensemble, et non au regard de la disposition appliquée au fond du litige. « C'est bien le jugement étranger qui doit être conforme à l'ordre public, et non la loi qu'il applique. »<sup>728</sup>

Ce caractère concret de l'appréciation est reconnu tant en matière de reconnaissance des jugements étrangers que dans le cadre du contrôle des sentences arbitrales. Il est admis, également, concernant la mise en œuvre du contrôle prévue dans les instruments européens<sup>729</sup>. Ainsi, en matière d'arbitrage, la Cour de cassation<sup>730</sup> a pu approuver le raisonnement de la Cour d'appel de Versailles d'avoir énoncé qu'une sentence « ne saurait être contraire à l'ordre public international [...] sans porter atteinte concrètement et effectivement, dans ce cas particulier, aux résultats recherchés et aux objectifs poursuivis par une réglementation interne d'ordre public ; qu'en effet, seule une atteinte ainsi caractérisée, abstraction faite d'une

---

<sup>728</sup> P. de Vareilles-Sommières, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Jugement étranger : Matières civile et commerciale*, n° 171.

<sup>729</sup> Le rapport Jénard indique en effet qu'« il y a un motif de refus de reconnaissance non pas si la décision étrangère, elle-même, mais bien si sa reconnaissance est contraire à l'ordre public de l'État requis. Il n'entre pas, en effet, dans le rôle du juge saisi d'émettre une appréciation quant à la compatibilité de la décision étrangère avec l'ordre public de son pays, ce qui pourrait être considéré comme une critique de cette décision, mais bien de vérifier si la reconnaissance de cette décision est de nature à porter atteinte à cet ordre public ». (V. rapport, p. 44).

<sup>730</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 1991, Rev. arb., 1992, p. 76, note L. Idot.



violation purement formelle de cette réglementation, apporterait un désordre suffisamment important [...] et serait contraire à la conception française de l'ordre public international »<sup>731</sup>.

**183.** Du point de vue de la norme appliquée, ceci implique que c'est le *résultat* auquel conduit sa mise en œuvre au fond du litige, et non son *application* en tant que telle, qui est pris en compte. La violation d'une règle d'ordre public, par mauvaise application ou absence d'application, n'entraîne pas *ipso facto* une contrariété du jugement ou de la sentence à l'ordre public. Corrélativement, une telle violation ne peut être sanctionnée par le biais du contrôle de l'ordre public que dans la mesure où elle conduit, *concrètement*, à un résultat contraire à l'ordre public. Sous cet angle, le contrôle de l'ordre public ne semble dès lors pouvoir sanctionner les atteintes aux lois de police du for applicables que dans la mesure où leur violation *formelle* conduira également à ce que la solution obtenue au fond du litige porte substantiellement atteinte à l'ordre public du for. Or, à cet égard, il n'existera aucune correspondance automatique entre la conformité à l'ordre public et l'application correcte de la loi de police du for.

L'application d'une loi différente, même éventuellement contraire à l'ordre public du for abstraitement considéré, pourrait conduire le juge étranger ou l'arbitre à rendre une décision qui lui est finalement conforme, parce que l'ensemble des éléments du litige et des circonstances de l'espèce viendrait contrebalancer une contrariété éventuelle de la disposition appliquée avec les valeurs du for<sup>732</sup>. Il en résulte alors une incapacité intrinsèque du contrôle de l'ordre public à sanctionner toutes les hypothèses de non-application ou de mauvaise application des lois de police du for à l'étranger, et à induire un blocage automatique des jugements et des sentences consacrant leur violation. À cette insuffisance s'ajoute, au-delà, celle qui résulte de la limitation de sa mise en œuvre aux hypothèses de violation *effective* de l'ordre public.

---

<sup>731</sup> CA Versailles, 2 octobre 1989, *Grands Moulins de Strasbourg*, Rev. arb., 1990, p. 115, 2<sup>e</sup> esp., note L. Idot. V. également, en ce sens, CA Paris, 27 octobre 1994, *Reynolds*, Rev. arb. 1994, p. 615, note P. Mayer ; et plus récemment, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2001, *SA Compagnie commerciale André c/ SA Tradigrain France*, préc.

<sup>732</sup> Il en serait par exemple ainsi d'une décision ayant statué sur la garde d'un enfant conformément à l'intérêt de celui-ci mais qui aurait appliqué une loi attribuant la garde en fonction de l'âge ou du sexe de l'enfant. V. par ex., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janvier 1987, *Southern Pacific Properties Ltd et Southern Pacific Ltd c/ République arabe d'Égypte*, RCDIP 1988, p. 337, note Y. Lequette ; Rev. arb. 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger ; Clunet 1987, p. 638, note B. Goldman. De même, des jugements étrangers prononçant une répudiation unilatérale avaient pu initialement être jugés conformes à l'ordre public international, dans la mesure où l'épouse avait consenti à la répudiation ou avait pu faire valoir ses prétentions et ses moyens de défense. V. par ex. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1979, *Dahar*, 2<sup>e</sup> esp., Dalloz 1980, p. 549, note É. Poisson-Drocourt, Clunet 1981, p. 597, note Ph. Kahn. La jurisprudence française offre d'assez nombreux exemples d'hypothèses dans lesquelles ce relativisme a pu conduire à admettre certaines pratiques, venues notamment du monde anglo-saxon et originellement contraires aux conceptions françaises. V. par ex., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, Dalloz 2011, p. 423, note I. Gallmeister, note F.-X. Licari ; RTD civ. 2011, p. 122, obs. B. Farges ; RCDIP 2011, p. 93, note H. Gaudemet-Tallon, où, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts punitifs était considérée comme n'étant pas contraire à l'ordre public, la Cour a considéré une telle condamnation comme contraire à l'ordre public lorsque le montant alloué est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur.

## 2- Existence d'une violation effective

**184.** Le caractère exceptionnel que doit revêtir la mise en œuvre du contrôle de l'ordre public conduit à limiter son déclenchement aux hypothèses de violation *effective* de l'ordre public, c'est-à-dire, à celles dans lesquelles la solution donnée au fond du litige porte une atteinte particulièrement importante aux valeurs et aux principes fondamentaux que défend le for. Il est admis, en effet, que l'ordre public international revêt, au stade de l'instance indirecte, un « seuil de tolérance »<sup>733</sup> plus élevé que dans l'instance directe et intervient sous une forme atténuée<sup>734</sup>.

**185.** La solution a été expressément consacrée en droit français par l'arrêt *Rivière*, pour la reconnaissance des jugements étrangers<sup>735</sup>. Il ressort de cet arrêt, en effet, 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 produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger ». La Cour de cassation est venue par la suite préciser que lorsqu'il s'agit de donner effet en France à des droits régulièrement acquis à l'étranger, l'ordre public est moins exigeant que lorsqu'il s'agit de l'acquisition des mêmes droits en France<sup>736</sup>.

Cette atténuation de l'ordre public dans le cadre de l'instance indirecte repose sur l'idée que l'ordre juridique français devrait renoncer à la protection de certaines valeurs et limiter les refus de reconnaissance des jugements étrangers aux cas de violation particulièrement graves, pour assurer la continuité de la situation juridique des particuliers et éviter au maximum la création de situations juridiques boiteuses<sup>737</sup>. Le recours à l'ordre public *atténué* reflète l'existence d'une plus grande tolérance vis-à-vis des conceptions étrangères, justifiée par l'éloignement spatial et temporel de la situation juridique par rapport à l'ordre juridique français. Devant les difficultés présentées par la mise en œuvre de la théorie de l'effet atténué<sup>738</sup>, et la faculté de contourner facilement l'ordre public qui résulte de

---

<sup>733</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 268.

<sup>734</sup> Cette relativité n'apparaît consacrée, néanmoins, qu'à l'égard de l'ordre public substantiel. L'ordre public procédural ne connaît pas, en revanche, de variabilité selon qu'il s'agit de créer un droit dans le for ou à l'étranger. V. en ce sens, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, RCDIP 1991, p. 593, note P. Courbe. V. également, sur ce point, H. Muir Watt, « Contre une géométrie variable des droits fondamentaux de la procédure », *Justices* 1996, p. 329.

<sup>735</sup> Cass. Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, RCDIP 1953, p. 412, note H. Batiffol ; Clunet 1953, p. 860, note Plaisant ; JCP 1953, II, 7863, note A. Buchet, GA, n° 26.

<sup>736</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964, *Münzer*, *préc.*

<sup>737</sup> V. L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », TDFDIP 2006-2008, p. 205 et s. ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 206, p. 150.

<sup>738</sup> V. sur ces difficultés, not. L. Gannagé, *art. préc.* 2006-2008, p. 205 et s.

cette atténuation dans un contexte où les individus peuvent aisément se déplacer par-delà les frontières étatiques<sup>739</sup>, la doctrine contemporaine a néanmoins été conduite à lui préférer un autre facteur de relativité fondé sur *l'intensité des liens* existants entre la situation et l'ordre juridique français<sup>740</sup>.

**186.** En pratique, *l'effet atténué* de l'ordre public conduit à limiter le déclenchement de la réserve de l'ordre public aux seules hypothèses où la solution donnée au fond du litige présente un degré de contrariété élevé avec les conceptions du for. Les conséquences de cet effet atténué, pour cette raison, ne portent pas sur *l'intensité* ou la *profondeur* du contrôle. Elles influent directement sur le *déclenchement* de la réserve de l'ordre public. La réaction de l'ordre public international n'apparaît, en effet, pas seulement *moins importante* à l'encontre d'un jugement étranger qu'à l'encontre d'une loi étrangère qu'il s'agit d'appliquer en France, mais en réalité *inexistante* : *l'effet atténué* de l'ordre public conduit à paralyser sa mise en œuvre et empêche de bloquer l'efficacité du jugement étranger sur ce fondement<sup>741</sup>. Pour cette raison, d'ailleurs, certains auteurs ont pu déclarer que « l'expression "ordre public atténué" (ou "effet atténué de l'ordre public") est trompeuse et mériterait d'être remplacée par celle d'"absence d'effet" ou d'"absence de réaction" de l'ordre public »<sup>742</sup>. Il a pu également être relevé que la distinction entre l'ordre public plein et l'ordre public atténué ne présenterait aucune graduation, et apparaîtrait comme « un passage du tout ou rien, une véritable hésitation entre l'éviction complète et la pleine validité »<sup>743</sup>. Dans ce cadre, la restauration d'un contrôle *réel* de l'ordre public au stade du contentieux de l'*exequatur* implique alors un recours à *l'ordre public de proximité*, dont la mise en œuvre est déduite de l'existence d'un lien étroit entre la situation juridique et l'ordre juridique français<sup>744</sup>.

---

<sup>739</sup> V. sur ce point, B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 13, p. 243 ; P. de Vareilles-Sommières, *préc.*, n° 169.

<sup>740</sup> V. sur ce facteur, qui a permis l'émergence de l'ordre public de proximité, R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, 1996, Dalloz, Thèmes et commentaires, p. 65 s., spéc. p. 72 et s., n° 9 et 10.

<sup>741</sup> L'effet atténué de l'ordre public a, en particulier, été invoqué en matière de répudiations musulmanes et de mariages polygamiques. V. pour des ex. d'application not., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 novembre 1983, *Rohbi*, 1<sup>re</sup> esp., RCDIP 1984, p. 325, note I. Fadlallah ; Cass. Civ., 28 janvier 1958, *Chemouny*, Dalloz 1978, p. 265, note Lenoan ; JCP 1958. II. 10488, note Louis-Lucas ; RCDIP 1958, p. 110, note Jambu-Merlin ; Clunet 1958, p. 776, note Ponsard ; *GA*, n° 30 : admission des effets d'une union polygamique en France ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, RCDIP 2010, p. 747, note P. Hammje : admission des liens de filiation adoptive à l'égard de deux personnes de même sexe.

<sup>742</sup> A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-40 : *Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale. Objet du contrôle : les conditions de la régularité internationale*, n° 38. V. également, en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.* n° 375 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 213, mais V. cep. P. de Vareilles-Sommières, *préc.*, n° 170, qui déclare que « quoi qu'il en soit, la théorie de l'effet atténué de l'ordre public n'a jamais signifié un effacement total de l'ordre public international ».

<sup>743</sup> R. Libchaber, « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 1996, p. 65 et s., spéc., p. 72.

<sup>744</sup> V. sur ce principe, *infra*, n° 575

**187.** Dans le cadre de l'arbitrage, si le concept de l'effet atténué de l'ordre public n'est pas expressément reconnu<sup>745</sup>, l'idée que l'intensité de l'ordre public est susceptible de variation selon qu'il s'agit de l'acquisition d'un droit en France ou de laisser produire les effets d'un droit valablement acquis à l'étranger est néanmoins également admise<sup>746</sup>. La nécessité de limiter l'intervention de la réserve de l'ordre public aux seules hypothèses de violations *effectives* et sérieuses est consacrée et d'ailleurs invariablement rappelée par les tribunaux français<sup>747</sup>. Elle conduit, en pratique, à ce que les violations purement formelles de l'ordre public et sans réelle conséquence ne soient pas sanctionnées.

**188.** Au sein de l'espace judiciaire européen, la Cour de justice<sup>748</sup> a, de même, très tôt rappelé le caractère *exceptionnel* du contrôle de l'ordre public énoncé à l'article 27.1 de la convention de Bruxelles<sup>749</sup>. La condition de conformité à l'ordre public apparaît pratiquement présumée remplie, et ceci s'impose, selon la Cour, « en ce que la réserve d'ordre public constitue un obstacle à la réalisation de l'un des objectifs fondamentaux de la convention », à savoir, la liberté de circulation des décisions de justice<sup>750</sup>. La rareté avec laquelle ce contrôle devrait être mis en œuvre dans les relations entre les États membres est également admise par les tribunaux français, qui ont eu l'occasion de préciser que l'article 27.1 de la convention de Bruxelles n'avait vocation à faire obstacle à la reconnaissance de la décision étrangère que « dans les cas exceptionnels où les garanties inscrites dans la législation de l'État d'origine

---

<sup>745</sup> V. sur la question de son application en matière d'arbitrage, H. Arfazadeh, *Ordre public et arbitrage international, à l'épreuve de la mondialisation*, Zurich, 2005, p. 185 et s.

<sup>746</sup> V. not. en ce sens, CA Versailles, 2 octobre 1989, *Grands Moulins de Strasbourg*, préc., où la Cour avait mis en avant le fait que l'ordre public pouvait être apprécié de manière moins rigoureuse « dès lors qu'il ne s'agit pas de l'acquisition d'un droit en France mais de laisser se produire en France les effets d'un droit régulièrement acquis à l'étranger ». V. également, en ce sens, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 octobre 2006, *Fournier et Courtade c/ Fallecker*, Rev. arb. 2007, p. 98, note S. Bollée.

<sup>747</sup> V. not. CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*, RCDIP 2006, p. 104, note S. Bollée ; JCP G, 2005, II, n° 10038, obs. G. Chabot ; RTD com., 2005, p. 263, obs. E. Loquin ; Dalloz 2005, p. 3058, obs. T. Clay ; Clunet 2005, p. 357, note A. Mourre. V. également, L. G. Radicati di Brozolo, « L'illicéité qui crève les yeux », Rev. arb. 2005, p. 529 et s. ; C. Seraglini, Gaz. Pal., *Cah. arb.* 2005, n° 2, p. 5 ; Rev. Lamy Concurrence, février-avril 2005, p. 68, « Le contrôle des sentences arbitrales à l'aune du droit de la concurrence : à la recherche du bon équilibre », E. Barbier de la Serre et C. Nourissat ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, *Cytec Industries*, Rev. arb. 2008, p. 473, note I. Fadlallah ; RTD com. 2008, p. 518, obs. E. Loquin ; Dalloz 2008 Pan. 3111, obs. Clay ; Dalloz 2008. AJ. 1684, obs. X. Delpech, JCP 2008, Actu. 430, obs. J. Ortscheidt ; JCP 2008. I. 264, n° 8, obs. C. Seraglini, RLC, juillet-septembre 2008, p. 62, note C. Nourissat ; Dalloz 2008, p. 2560, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; CA Paris, 26 février 2013, *Julian Sprecher*, Gaz. Pal. 30 juin-2 juillet 2013, p. 15, obs. D. Bensaude ; CA Paris, 14 mars 2014, Rev. arb. 2014, p. 502.

<sup>748</sup> V. également, insistant sur ce point, rapport Jénard, p. 44.

<sup>749</sup> V. not. CJCE, 4 février 1988, *Hoffmann c/ Krieg*, Aff. 145/86, Rec. p. 645, RCDIP 1988, p. 605, note H. Gaudemet-Tallon ; Clunet 1989, p. 449, note A. Huet. Le caractère exceptionnel de la réserve a d'ailleurs été maintes fois réaffirmé par la suite. V. not. CJCE, 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren*, Aff. C-414/92, point 10 ; CJCE, 13 juillet 1995, *Hengst Import*, Aff. C-474/93, point 24 ; CJCE, 10 octobre 1996, *Hendrikman et Feyen*, Aff. C-78/95, point 23 ; CJUE, 6 septembre 2012, *Trade Agency*, Aff. C-619/10, Dalloz 2012, p. 2181 ; Procédures 2012. Comm. 353, obs. Nourissat ; Europe 2012. Comm. 469, obs. L. Idot.

<sup>750</sup> V. not., rappelant cet objectif, CJUE, 15 novembre 2012, *Gothaer Allgemeine Versicherung*, Aff. C-456/11, RCDIP 2013, p. 686, note Nioche ; Procédures 2013. comm. 71, obs. Nourissat ; CJUE, 26 septembre 2013, *Salzgitter*, Aff. C-157/12, RCDIP 2014, p. 174, note H. Gaudemet-Tallon ; JCP 2013, p. 1082, obs. Berlin.

[...] n'ont pas suffi à protéger le défendeur d'une violation manifeste de son droit de se défendre devant le juge d'origine [...] »<sup>751</sup>.

Au sein du règlement Bruxelles I bis, la formulation de l'article 45.1 a) reflète d'ailleurs parfaitement l'exigence d'un seuil élevé de violation, dès lors qu'il énonce que la reconnaissance pourra être refusée si elle apparaît « manifestement contraire à l'ordre public de l'État requis »<sup>752</sup>. La nécessité que puisse être constatée l'effectivité de la violation est constamment rappelée dans la jurisprudence de la Cour de justice<sup>753</sup>. À cet égard, la Cour a ainsi récemment déclaré que l'article 34.1 du règlement Bruxelles I, avant sa refonte, devait être interprété en ce sens que le refus de reconnaissance au motif de la contrariété à l'ordre public n'était possible que dans la mesure où l'erreur de droit invoquée constituerait « une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Union » ou d'un « droit reconnu comme fondamental dans les États membres »<sup>754</sup>. Il en résulte, du fait de l'harmonisation des législations des divers États membres, que le contrôle de l'ordre public, déclenché seulement dans les cas où la violation du jugement étranger aux principes et valeurs défendus par le for présentera un degré d'importance particulièrement élevé, ne devrait avoir que peu l'occasion d'intervenir.

## **II- Neutralisation du contrôle de l'ordre public à l'égard des lois de police**

**189.** Déjà par principe limitée du fait des *artifices* qui conduisent à circonscrire la portée pratique du filtre de l'ordre public au stade du contentieux de l'*exequatur*<sup>755</sup>, l'efficacité du *second look* pour restaurer l'impérativité des lois de police est encore réduite par les restrictions apportées en matière d'arbitrage, quant à l'*étendue* du contrôle réalisé par le juge saisi pour procéder à une analyse de la conformité de la sentence à l'ordre public international

<sup>751</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, *Stolzenberg*, *préc.*

<sup>752</sup> V. également, l'art. 9 e) de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords exclusifs d'élection de fors, qui prévoit que la reconnaissance ou l'exécution pourra être refusée si elle « est manifestement incompatible avec l'ordre public de l'État requis ».

<sup>753</sup> V. CJCE, 11 mai 2000, *Renault c/ Maxicar*, *préc.*, dans lequel la Cour précise que l'art. 27.1 peut jouer lorsque l'atteinte constitue une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis. Elle précise encore, dans le même sens de la restriction, que la décision doit heurter de *manière inacceptable* l'ordre juridique de l'État requis. De même, CJCE, 28 mars 2000, *Kombrach*, *préc.*, point 37. V. également, CJCE, 16 mars 2006, *Rosemarie Kapferer c/ Schlank & Schlick GmbH*, Aff. C-234/04, RCDIP 2007, p. 140, note S. Francq ; Gaz. Pal. 21-22 février 2007, n° 52-53, p. 18, note J.-G. Huglo.

<sup>754</sup> CJCE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, Aff. C-681/13, Dalloz 2015, p. 1606 ; *ibid.* 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; RCDIP 2016, p. 367, note T. Azzi ; RTD eur. 2015. 872, obs. E. Treppoz, point 64. V. également, confirmant cette solution, concernant la mise en œuvre du règlement Bruxelles II bis, CJUE 19 novembre 2015, *P. c/ B.*, Aff. C-455/15, Dalloz 2015, p. 2450 ; *ibid.*, 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2016, p. 48, obs. E. Viganotti ; Clunet 2016, Comm. 9 ; *Procédures* 2016, Comm. 16, obs. C. Nourissat ; Europe 2016, Comm. 35, obs. L. Idot.

<sup>755</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, RCADI 2005, t. 315, p. 265 et s., p. 338.

du for. Sa mise en œuvre apparaît désormais quasiment paralysée et pratiquement insusceptible de fonder une vérification du respect des lois de police du for à l'étranger.

Le choix clairement exprimé par les juridictions françaises de retenir une conception limitée du contrôle malgré l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige (A) consacre alors une *semi-impérativité consentie* des lois de police dans les rapports internationaux (B).

### **A) Limitation de l'intensité du contrôle malgré l'existence de lois de police**

**190.** La détermination de l'intensité du contrôle que le for devrait opérer sur les sentences arbitrales, dans l'hypothèse où sa loi de police apparaîtrait potentiellement applicable au fond du litige, a suscité des interrogations<sup>756</sup> et a donné lieu à deux conceptions différentes en doctrine (1). Le maintien d'un contrôle *minimaliste* même dans une telle hypothèse restreint très largement les chances de voir la mauvaise application ou l'absence de mise en œuvre des lois de police du for sanctionnée par un refus de reconnaissance ou d'exécution de la sentence arbitrale au stade indirect (2).

#### **1- Dualité des conceptions relatives à l'étendue du contrôle**

**191.** La question de l'étendue du contrôle de l'ordre public oppose un courant dit *minimaliste*, qui considère que le rôle du juge saisi devrait toujours être extrêmement limité, quelle que soit la nature des dispositions applicables au fond du litige (a), et un courant *maximaliste*, selon lequel la spécificité des lois de police devrait justifier un renforcement des vérifications réalisées par le juge sur la sentence arbitrale (a).

##### **a) Contours de la conception *minimaliste***

**192.** Il est assez largement considéré que le contrôle de l'ordre public exercé à l'égard des sentences arbitrales, par principe limité en droit commun, devrait rester minimal même en présence de lois de police<sup>757</sup>. L'applicabilité d'une loi de police du for au fond du litige devrait ainsi rester sans incidence sur la portée de la vérification effectuée et n'induirait pas la mise en œuvre d'un contrôle approfondi. Une telle conception repose sur l'idée que le

---

<sup>756</sup> V. sur ces interrogations, not. Ch. Seraglini, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Dalloz 2001, n° 413 et s. ; Y. Derains, *Chronique de jurisprudence*, Rev. arb. 2001, p. 806 et s. ; P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », Rev. arb. 1994, p. 615, spéc., n° 17 et s. ; I. Fadlallah, *L'ordre public dans les sentences arbitrales*, RCADI 1994, t. 249, p. 369 et s., spéc. n° 18 et s. ; J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 952 et s.

<sup>757</sup> V. en ce sens, not. L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 60 et s. ; M.-N. Jobard-Bachellier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 534-2, *préc.*, n° 64 et s. ; I. Fadlallah, *L'ordre public dans les sentences arbitrales*, RCADI 1994, t. 249, p. 369 et s., n° 18.

contrôle de l'ordre public doit toujours rester exceptionnel et limité aux hypothèses de violations réellement manifestes des valeurs essentielles du for, indépendamment de la nature du droit applicable au fond du litige.

Cette approche conduit à adopter une attitude de déférence vis-à-vis de la manière dont l'arbitre a rendu la justice, et à éprouver une certaine confiance quant à sa capacité à faire une application correcte des lois de police<sup>758</sup>. Dès lors que les arbitres auraient envisagé la question de l'applicabilité des lois de police, la solution qu'ils auraient retenue devrait par principe être admise, sauf dans des circonstances d'extrême gravité<sup>759</sup>. La manière dont l'arbitre aurait fait application de la loi de police devrait également être admise, parce que toute idée de l'existence d'un monopole étatique quant à l'application du droit impératif devrait être écartée. Il faudrait admettre qu'il n'existe pas d'interprétation « par définition “correcte” d'une règle de droit, ni de solution “correcte” à un litige concret, que celui-ci implique ou non une loi de police »<sup>760</sup>, et qu'une divergence de solution entre l'arbitre et le juge ne serait que « le fruit d'une divergence légitime sur une question au sujet de laquelle peuvent subsister des opinions différentes »<sup>761</sup>.

**193.** En contradiction avec la philosophie du *second look* posé notamment dans l'arrêt *Mitsubishi*<sup>762</sup> et les arguments avancés à l'appui du libéralisme retenu au stade direct, les auteurs qui retiennent cette conception voient dans la restriction du contrôle de l'ordre public une *conséquence nécessaire* de la reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges. Ils invoquent qu'une solution contraire reviendrait à nier l'ouverture consacrée envers l'arbitrage au stade direct et à ruiner l'intérêt des clauses de prorogation de for. Elle porterait atteinte à l'objectif poursuivi à travers l'arbitrage, qui est, pour les parties, que le litige soit tranché une fois pour toutes grâce à la décision rendue par les arbitres.

L'argument relatif au respect de l'autonomie de la volonté des parties et de leur attente légitime est encore invoqué dans le sens du maintien du contrôle minimal. Il est avancé que si les parties ont entendu soustraire leur litige au juge étatique, réexaminer les questions de fait et de droit soumises aux arbitres reviendrait à trahir leurs attentes. Selon les auteurs qui défendent cette idée, « rouvrir devant le juge un débat qui a déjà eu lieu devant l'arbitre

---

<sup>758</sup> V. en particulier, retenant cette conception, Y. Derains, *art. préc.*

<sup>759</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 60, p. 348.

<sup>760</sup> L. G. Radicati di Brozolo, « L'illicéité qui crève les yeux : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris) », *Rev. arb.*, 2005, p. 529 et s., p. 540.

<sup>761</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, p. 541.

<sup>762</sup> *Mitsubishi Motors, Corp. v. Soler Chrysler Plymouth, Inc.* 473 US 614 (1985), *préc.*

revient (...) à priver d'effet la volonté des parties de soumettre leur litige à l'arbitrage plutôt qu'au juge »<sup>763</sup>.

Au-delà, le contrôle minimal serait surtout imposé par la prohibition de la révision au fond<sup>764</sup>, qui empêcherait toute vérification en droit et en fait de la sentence arbitrale<sup>765</sup> et ferait obstacle à la réalisation d'une analyse du raisonnement de l'arbitre. Entendu largement, en effet, ce principe limite le contrôle du juge à la seule vérification de l'examen, par l'arbitre, de la question de l'applicabilité de loi de police, sans qu'il ne puisse apprécier la manière dont il en a fait application. Le contrôle opéré par le juge, en d'autres termes, ne porterait que sur la seule solution donnée au litige, et serait limité au contrôle de « l'apparence de la conformité de la sentence à l'ordre public »<sup>766</sup>. L'analyse du bien-fondé de la solution est dans tous les cas d'emblée écartée, sans même que les juges ne s'interrogent sur l'appartenance des règles concernées à l'ordre public substantiel. Elle consacre un principe d'indifférence vis-à-vis des lois de police, dont la mise en cause n'induit aucun renforcement du contrôle réalisé<sup>767</sup>.

**194.** Une telle conception a pu trouver un appui assez important dans la jurisprudence française<sup>768</sup>, avant même que la question ne soit clairement tranchée<sup>769</sup>, et apparaît d'ailleurs consacrée dans un certain nombre de pays<sup>770</sup>. La plupart des arrêts semblaient déjà s'orienter vers une transposition pure et simple du contrôle *minimaliste* de la sentence arbitrale, également dans l'hypothèse d'applicabilité d'une loi de police.

Ainsi, les tribunaux ont pu décider que le juge ne pourrait pas vérifier la qualification qui a été faite de la question litigieuse malgré le caractère de loi de police prétendu des dispositions applicables<sup>771</sup>, ni contrôler l'appréciation que les arbitres ont faite des droits des parties<sup>772</sup>, ni la cohérence de la motivation, ni encore la contradiction des motifs. La Cour a rappelé, par exemple, que « le juge de l'annulation ne saurait, sous peine de remettre en cause

<sup>763</sup> A. Mourre et L. Radicati di Brozolo, note sous CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès*, Clunet 2005, p. 357, spéc. p. 367.

<sup>764</sup> V. sur la réalité de cet argument, n° 207 et s.

<sup>765</sup> V. sur ce point, I. Fadlallah, « Nouveau recul de la révision au fond : motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationales », *Cah. arb.* 2000, p. 148 et s.

<sup>766</sup> E. Loquin, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 71 et s., spéc., p. 76.

<sup>767</sup> Certains auteurs ont ainsi pu dénoncer une telle indifférence dans les arrêts ayant retenu cette conception, et relever qu'il paraît « troublant que la motivation des arrêts soit à peu de chose près la même, que la partie recourante invoque la contrariété d'une sentence aux règles [...] - indiscutablement couvertes par la réserve de l'ordre public - ou à des dispositions qui à l'évidence n'abritent ni ne protègent aucune valeur essentielle ou intérêt étatique [...] ». V. S. Bollée, *Chronique de la jurisprudence française*, *Rev. arb.* 2007, n° 4, p. 105.

<sup>768</sup> V. Y. Derains, « Chronique de la jurisprudence française », *Rev. arb.*, 2001, p. 805 et s.

<sup>769</sup> V. sur ce point, *infra*, n° 200 et s.

<sup>770</sup> V. not. en Italie, certaines cours se sont bornées à vérifier que les arbitres avaient appliqué le droit communautaire de la concurrence, sans vérifier de manière approfondie comment ce droit avait été appliqué. V. not. CA Florence, 21 mars 2006, *Nuovo Pignone c/ Schlumberger* et CA Milan, 8 mars 2006, *Cah. arb.*, 2007/1, p. 57, obs. T. Tampieri.

<sup>771</sup> V. par ex., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 1991, *Société SICA Veradour c/ Etab. Larroche*, *Rev. arb.* 1991, p. 447, note L. Idot ; CA Paris, 20 mai 1994, *SNC Danton Défense c/ SA Cotelle, Bella et Delpha*, *Rev. arb.*, 1994, p. 397 ; CA Paris, 30 mars 1995, *Fabre c/ Espitalier*, *Rev. arb.* 1996, p. 131, note Pellerin.

<sup>772</sup> CA Paris, 14 octobre 1993, *Aplix c/ Velcro*, *Rev. arb.*, 1994, p. 164, note Ch. Jarrosson.



le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès, la violation alléguée d'une loi de police n'autorisant aucune atteinte à la règle procédurale de l'interdiction de la révision au fond, effectuer en l'absence de fraude, ou [...] de violation manifeste, un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux [...] »<sup>773</sup>. Aux États-Unis, la décision *Mitsubishi*<sup>774</sup> est également souvent citée comme un exemple de consécration d'une approche *minimaliste*, limitant le juge à vérifier uniquement qu'une application formelle des règles d'ordre public a été réalisée, sans contrôle de la façon dont ces règles ont été appliquées<sup>775</sup>.

Une solution visant à assurer un plus grand respect des lois de police a néanmoins été envisagée.

#### b) Conception *maximaliste* du contrôle

**195.** En dépit de l'étendue restreinte du contrôle opéré en droit positif, certains auteurs<sup>776</sup> considèrent que la spécificité des lois de police pourrait conduire à admettre une mise à l'écart des solutions libérales habituellement consacrées. Un contrôle plus étendu de la sentence arbitrale devrait pouvoir être mis en œuvre lorsque des dispositions de ce type apparaîtraient au moins potentiellement applicables au fond du litige. En effet, seule une analyse approfondie des éléments de droit et de fait du litige permettrait de vérifier que le résultat concret découlant de la reconnaissance de la sentence n'est pas contraire à l'ordre public. Selon les tenants de cette approche, un examen simplement *superficiel* de la sentence aboutirait à *éradiquer* tout contrôle de l'ordre public<sup>777</sup>.

**196.** La nécessité de mettre en place un contrôle élargi de l'ordre public est généralement déduite du fait qu'il serait « la contrepartie nécessaire de l'attitude libérale manifestée par les tribunaux sur l'arbitrabilité du litige et [que] l'on comprendrait mal que la confiance de principe accordée aux arbitres, qui constitue le fondement de cette attitude libérale, ne s'accompagne pas d'un contrôle ultérieur de la sentence ne permettant pas aux arbitres

---

<sup>773</sup> CA Paris, 14 juin 2001, *SA Compagnie commerciale André c/ SA Tradigrain France*, Rev. arb. 2001, p. 773, note Ch. Seraglini, et sur l'ambiguïté de la position adoptée par la Cour, V. *infra*, n° 209.

<sup>774</sup> *Mitsubishi Motors, Corp. V. Soler Chrysler Plymouth, Inc.* 473 US 614 (1985), *préc.*

<sup>775</sup> V. en ce sens, A. Malan, « L'introuvable critère du contrôle de l'ordre public par le juge de l'*exequatur* des sentences arbitrales (ou les suites de l'arrêt *Thalès*) », LPA, 26 mars 2009, n° 61.

<sup>776</sup> V. not., J.-B. Racine, *thèse préc.*, p. 437 et s. ; note sous CA Paris, 23 février 1996, *Leroy c/ Sté Prodim*, 1<sup>re</sup> esp., Rev. arb. 2000, p. 471, spéc., p. 488 ; Ch. Seraglini, *thèse préc.*, p. 127 et s. ; S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, 2004, p. 352 et s. ; P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public de fond », Rev. arb., 1994, p. 615 et s. ; E. Loquin, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 1998, Rev. arb., 1999, p. 71 et s., p. 78.

<sup>777</sup> V. S. Bollée, note sous Cass. Com., 17 janvier 2006, *Varassedis c/ Prodim*, Rev. arb. 2007, p. 97, spéc. n° 6.

d'échapper à toute censure en motivant habilement leur décision en fait »<sup>778</sup>. Dès lors, en effet, que l'on considérerait que l'État n'avait pas définitivement renoncé au respect de ses lois de police en admettant l'expatriation du contentieux devant une autorité arbitrale au stade de l'instance directe, l'arbitrabilité des litiges mettant en cause de telles dispositions semblait devoir s'accompagner, *a posteriori*, d'un examen réel de leur respect. Il éviterait leur contournement et limiterait le *forum shopping* susceptible d'être pratiqué par les parties<sup>779</sup>.

**197.** Cette conception du contrôle implique de considérer que le juge du for devrait pouvoir vérifier à la fois si les lois de police ont été appliquées et si elles ont été correctement mises en œuvre par les arbitres. Elle conduit à admettre que le juge puisse apprécier en fait et en droit les circonstances du litige et analyser le raisonnement suivi par l'arbitre pour vérifier leur correcte application. Le juge pourrait ainsi opérer « une comparaison entre le résultat consacré par la sentence et celui auquel aurait abouti, selon le juge, une application correcte »<sup>780</sup> de la règle de droit.

Sans appeler à une remise en cause de la prohibition de la révision au fond, les tenants de la *thèse maximaliste* du contrôle considèrent que cette interdiction devrait être simplement entendue de manière restrictive en cas d'applicabilité d'une loi de police. Elle empêcherait simplement le juge d'« examiner à tous égards le bien-fondé de la décision et refuser la reconnaissance et l'exécution dès qu'il éprouve un désaccord quelconque de droit ou de fait », mais il pourrait « revenir sur une question de fait ou de droit qui relevait de la compétence de l'arbitre si ce réexamen est utile pour vérifier l'accomplissement des conditions d'efficacité prévues par la loi »<sup>781</sup>. Le principe de non-révision se limiterait donc à interdire au juge de vérifier le *bien jugé* de la décision, c'est-à-dire d'ajouter, en pratique, un motif autonome d'invalidation des sentences à ceux prévus par les textes. Elle l'autoriserait, en revanche, à analyser l'ensemble des éléments de droit ou de fait dans la mise en œuvre des différentes conditions de régularité consacrées<sup>782</sup> et n'empêcherait pas de vérifier « la pertinence de

---

<sup>778</sup> Ph. Fouchard, E. Gaillard et B. Goldman, *ouvrage préc.*, n° 1605, p. 939.

<sup>779</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 99 et s.

<sup>780</sup> Ch. Seraglini, note sous CA Paris, 14 juin 2001, Rev. arb. 2001, p. 773, n° 30.

<sup>781</sup> D. Holleaux, « Les conséquences de la prohibition de la révision », TCFDIP 1980-1981, p. 53 et s., spéc., p. 57.

<sup>782</sup> V. retenant cette conception, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janvier 1987, *Southern Pacific Properties Ltd et Southern Pacific Ltd c/ République arabe d'Égypte*, *préc.*, où la Cour a déclaré que « si la mission de la Cour d'appel, saisie en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ».

l'ensemble du raisonnement suivi par l'arbitre, et notamment l'interprétation ou la qualification du contrat retenue, si elle peut conditionner l'application de la loi de police »<sup>783</sup>.

---

<sup>783</sup> Ch. Seraglini, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2001, *SA Compagnie commerciale André c/ SA Tradigrain France*, préc., Rev. arb. 2001, p. 773 et s., n° 19.

**198.** Cette conception a parfois été consacrée par les juridictions françaises<sup>784</sup>. Ainsi, dans l'affaire *Westman*, la Cour d'appel de Paris a déclaré que le pouvoir de l'arbitre d'apprécier la licéité d'un contrat au regard des lois de police et d'en sanctionner l'illicéité « implique, dans le cadre d'un recours en annulation fondé sur la contrariété de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence arbitrale à l'ordre public international, un contrôle [...] portant en droit et en fait sur tous les éléments permettant notamment de justifier l'application ou non de la règle d'ordre public international »<sup>785</sup>. La Cour, mettant en lien le pouvoir reconnu à l'arbitre dans le domaine des règles d'ordre public et la réalisation d'un contrôle renforcé de l'exercice de ses pouvoirs, semblait également avoir admis qu'une exception au principe du contrôle minimum de la sentence puisse être justifiée par l'importance des intérêts étatiques en cause. Elle ajouta, à cet égard, que « décider autrement aboutirait [...] à priver le contrôle du juge de toute efficacité et, partant, de sa raison d'être ».

La jurisprudence récente a pris, néanmoins, clairement parti en faveur d'une conception *minimaliste* du contrôle malgré l'applicabilité de lois de police du for au fond du litige.

## 2- Consécration de la conception *minimaliste*

**199.** Alors que la portée exacte du contrôle de la sentence en présence de lois de police était longtemps restée assez incertaine, le maintien d'un contrôle minimal de l'ordre public a finalement été clairement consacré par les tribunaux français. La vérification est désormais expressément limitée, même dans ces hypothèses, aux cas de violations *flagrantes* de l'ordre public (a). La solution conduit en pratique à limiter, dans une large mesure, la possibilité de sanctionner la violation des lois de police (b).

### a) Limitation du contrôle aux cas de violations *flagrantes* de l'ordre public

**200.** La Cour d'appel de Paris s'est prononcée clairement sur l'étendue du contrôle de l'ordre public en présence de lois de police dans l'arrêt *Thalès* du 18 novembre 2004<sup>786</sup>. Dans

---

<sup>784</sup> V. par ex. CA Paris, 5 avril 1990, *Société Courrèges Design c/ Société André Courrèges et autres*, Rev. arb., 1992, p. 110, note H. Synvet ; RCDIP 991, p. 580, note crit. C. Kessedjian. V. également, CA Paris, 10 septembre 1998, *Thomson c/ Frontier AG*, Rev. arb. 2001, p. 583, note J.-B. Racine. V. également, aux États-Unis, *American Central Eastern Texas Gas v. Union Pacific Resources Group*, 93 Fed. Appx (5<sup>th</sup> Circ. 2004).

<sup>785</sup> CA Paris, 30 septembre 1993, *Société European Gas Turbine SA c/ Société Westman International Ltd*, Rev. arb., 1994, p. 359, note D. Bureau ; RCDIP 1994, p. 349, note V. Heuzé.

<sup>786</sup> CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile*, RCDIP 2006, p. 104, note S. Bollée ; JCP G, 2005, II, n° 10038, obs. G. Chabot ; RTD com., 2005, p. 263, obs. E. Loquin ; Dalloz 2005, p. 3058, obs. T. Clay ; Clunet 2005, p. 357, note A. Mourre ; L. G. Radicati di Brozolo, *cours. préc.*, Rev. arb. 2005, p. 529 ; Ch. Seraglini, *Cah. arb.* 2005, n° 2, p. 5 ; Rev. Lamy Concurrence, février-avril 2005, p. 68.

cette affaire, le litige opposait deux sociétés liées par un protocole d'accord et un contrat de licence exclusive portant sur la fabrication et la vente de missiles. À la suite d'une résiliation unilatérale des deux accords, une première sentence arbitrale avait reconnu la rupture fautive et le principe d'une indemnisation et avait obtenu l'*exequatur*. Une seconde sentence fixant le montant des dommages-intérêts avait ensuite été rendue, et la société *Thalès* avait formé un recours en annulation contre cette sentence. La société invoqua sa contrariété à l'ordre public international, au motif que les arbitres avaient donné effet à des stipulations contractuelles contraires à l'article 81 du traité CE prohibant les ententes anticoncurrentielles.

Pour répondre à la demande d'annulation, la Cour rappela qu'une telle violation n'est concevable que lorsqu'elle constitue « une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle, ou d'un principe fondamental ». Confirmant la solution consacrée dans l'affaire *Eco Swiss*<sup>787</sup>, elle confirma le caractère impératif de l'article 81 CE et rappela la nécessité d'interpréter de manière restrictive la notion d'ordre public international. S'attachant ensuite à déterminer les conditions dans lesquelles le juge de l'annulation pouvait examiner pour la première fois la validité des contrats litigieux au regard de ces dispositions, elle énonça que la violation de l'ordre public international devait être « flagrante, effective et concrète »<sup>788</sup> pour pouvoir être sanctionnée. Elle déclara que le juge peut « porter une appréciation en droit et en fait sur les éléments qui sont dans la sentence déférée à son contrôle, mais pas statuer au fond sur un litige complexe qui n'a jamais été ni plaidé, ni jugé devant un arbitre, concernant la simple éventualité de l'illicéité de certaines stipulations contractuelles ». La violation alléguée d'une loi de police n'autorisait ainsi aucun renforcement du contrôle réalisé par le juge, ce dernier ne pouvant, « sous peine de remettre en cause le caractère final de la détermination des arbitres sur le fond du procès [...], effectuer en l'absence de fraude ou [...] de violation manifeste, un examen de l'application des règles de la concurrence au contrat litigieux ». En exigeant le caractère « manifeste » de la violation, elle fixa ainsi un nouveau critère de détermination de l'intensité du contrôle et limita celui-ci aux hypothèses où l'illicéité crèverait les yeux<sup>789</sup> du juge de l'annulation.

---

<sup>787</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, *Eco Swiss China Time Ltd c/ Benetton International*, Aff. C-126/97, Rec. I. 3055, Rev. arb. 1999, p. 631, note L. Idot, RTD com. 2000. 340, obs. E. Loquin ; S. Poillot-Peruzzeto, « L'ordre public international en droit communautaire, à propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1<sup>er</sup> juin 1999 », *Clunet* 2000, p. 299 et p. 505. La Cour de justice a pu, dans cet arrêt, implicitement faire l'obligation à l'arbitre de relever d'office la mise en œuvre des règles d'ordre public européennes en matière de droit de la concurrence, puisqu'elle a considéré qu'une juridiction d'un État membre doit annuler la sentence pour violation de l'art. 81 CE, « dès lors qu'elle doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande d'annulation fondée sur la méconnaissance de règles nationales d'ordre public ».

<sup>788</sup> V. antérieurement, déjà, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 2000, *Verhoeft c/ Moreau*, Rev. arb. 2001. 805, obs. Derains, 2<sup>e</sup> esp., et aux États-Unis, *Baxter International Inc. v. Abbott Laboratories*, 315, F 3d 829 (7th Circ. 2003).

<sup>789</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours. préc.*, p. 529 et s.

La motivation ainsi retenue par la Cour d'appel apparaît ainsi extrême, dès lors que les arbitres n'avaient pas abordé la question relative à la mise en œuvre du droit impératif. Le juge du contrôle ne vérifia même pas si la situation était de nature à avoir des effets anticoncurrentiels, mais écarta directement toute possibilité d'apprécier des éléments de droit et de fait non portés à la connaissance des arbitres<sup>790</sup>. Dès lors que cet aspect n'a pas été examiné par les arbitres, ni soulevé par les parties, le juge du contrôle ne pourra pas procéder à cette analyse, limitée à l'examen des éléments de droit et de fait « qui sont dans la sentence déferée à son contrôle ».

**201.** La solution a été reprise plusieurs fois par la suite, dans des affaires où la question de l'applicabilité des dispositions impératives avait été posée devant le tribunal arbitral.

Dans l'arrêt *Cytec*, la Cour de cassation a repris la solution alors qu'elle était chargée de se prononcer sur l'exécution d'une sentence heurtant « la pleine efficacité de la politique législative de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles poursuivies par le droit de l'Union européenne »<sup>791</sup>. Elle a déclaré que « 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>792</sup>. La Cour a donc confirmé que la violation de la législation impérative du droit européen de la concurrence ne vaut atteinte à l'ordre public que si cette violation est « flagrante, effective et concrète », et que la sentence peut être exécutée en France chaque fois que ces trois critères ne sont pas conjointement remplis<sup>793</sup>. Tout en restant dans le droit fil de la jurisprudence *Thalès*, la Cour de cassation semble aller dans le sens d'une légère extension quant à l'intensité du contrôle opéré par le juge, en exigeant que les arbitres aient pris en considération la règle d'ordre public et en autorisant au minimum un contrôle formel que l'arbitre l'a prise en compte.

---

<sup>790</sup> V. pourtant, antérieurement, CA Paris, 14 juin 2001, *SA Compagnie commerciale André c/ SA Tradigrain France*, Rev. arb. 2001, p. 773, note Ch. Seraglini.

<sup>791</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., n° 86.

<sup>792</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2008, *Cytec Industries*, Rev. arb. 2008, p. 473, note I. Fadlallah ; RTD com. 2008, p. 518, obs. E. Loquin ; Dalloz 2008, Pan. 3118, obs. T. Clay ; Dalloz 2008, AJ 1684, obs. X. Delpech, JCP 2008, Actu. 430, obs. J. Ortscheidt ; JCP 2008. I. 264, n° 8, obs. C. Seraglini, RLC, juillet-septembre 2008, p. 62, note C. Nourissat ; Dalloz 2008, p. 2560, obs. L. d'Avout et S. Bollée, LPA 2008, n° 199, note P. Duprey ; Clunet 2008, p. 1107, note A. Mourre, confirmant, CA Paris, 23 mars 2006, Dalloz 2006, Pan. 3026, obs. T. Clay, Dalloz 2007, Pan. 2562, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; Rev. arb. 2007, p. 97, obs. S. Bollée ; et V. pour les développements en Belgique de l'affaire *Cytec*, CA Bruxelles, 22 juin 2009, Rev. 2009, p. 574, note A. Mourre ; Dalloz 2009, Pan. 2968, obs. T. Clay, où les juridictions belges ont adopté la position *minimaliste* consacrée en France.

<sup>793</sup> V. postérieurement, en ce sens, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2009, A. de Premont, Dalloz 2009, Pan 2968, obs. T. Clay, Rev. arb. 2009, p. 240 ; CA Paris, 22 octobre 2009, *Linde et al. c/ Halyvourgiki*, Rev. arb. 2010, p. 124, note F.-X. Train ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 2011, *Smeg c/ Poupardine*, Dalloz 2011. Pan. 2439, obs. L. d'Avout ; JCP 2011, 1064, obs. Nourissat ; JCP 2011, 1432, obs. Béguin ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 octobre 2010, *Abela*, Rev. arb. 2010, p. 813, note F.-X. Train ; Dalloz 2011, Pan. obs. N. Fricero ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 septembre 2011, Dalloz 2011, p. 2410, note X. Delpech.

Cette solution, néanmoins, conduit à restreindre très largement l'analyse réalisée par le juge sur la sentence arbitrale. Son analyse serait limitée à la seule vérification de la prise en compte de l'applicabilité de la loi de police de la part de l'arbitre, et si ce dernier a conclu à l'applicabilité de cette disposition, à la vérification qu'il en a fait une application ne comportant pas de violation grave des principes qui lui servent de fondements. Le juge n'est autorisé ni à examiner les différentes questions ayant conduit les arbitres à décider de leur application ou de leur non-application, ni, lorsqu'elles auront été appliquées, à vérifier la manière dont elles l'auront été. La solution retenue par l'arbitre quant au traitement accordé aux lois de police n'apparaît dès lors susceptible d'être remise en cause et sanctionnée au titre de la contrariété à l'ordre public que s'il apparaît, par un examen superficiel et *prima facie*, que le résultat auquel elle conduit est à l'évidence inacceptable du point de vue des conceptions fondamentales du for.

**202.** Le principe d'un contrôle minimal apparaît aujourd'hui clairement établi en droit français<sup>794</sup>, et constamment rappelé, sans même que les juridictions françaises ne fassent référence à ces trois critères. Ainsi, la Cour de cassation, statuant sur l'annulation d'une sentence donnant effet à des contrats ayant pour objet d'organiser la corruption de fonctionnaires, a pu déclarer que « le juge de l'annulation est juge de la sentence pour admettre ou refuser son insertion dans l'ordre juridique français et non juge de l'affaire pour laquelle les parties ont conclu une convention d'arbitrage »<sup>795</sup>. La Cour rejeta ainsi le pourvoi soutenant que la Cour d'appel aurait dû rechercher si les faits de l'espèce démontraient l'existence d'un acte de corruption et d'un comportement frauduleux dans la mise en œuvre du contrôle de l'ordre public, sans s'arrêter aux conclusions formulées dans la sentence. Or, ce faisant, « la Cour de cassation remplace [...] une expression très ambiguë par un attendu qui, pour être beaucoup plus clair, ne marque aucune évolution substantielle de sa jurisprudence »<sup>796</sup>. Alors même que le domaine de la corruption semblait être le lieu d'une atténuation de la limitation du contrôle opéré<sup>797</sup>, la Cour maintient, en l'espèce, le principe d'un contrôle minimal.

---

<sup>794</sup> V. également, aux États-Unis, not. *MGM Productions v. Aeroflot Russian Airlines*, US District LEXIS 8174 (SDNY 2003).

<sup>795</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2014, *Schneider*, Procédures 2014. Comm. 107, note L. Weiller ; JCP 2014, p. 475, note D. Mouralis ; Rev. arb. 2014, p. 389, note D. Vidal.

<sup>796</sup> V. D. Mouralis, *note préc.*, D. Vidal, *note préc.*

<sup>797</sup> En matière de corruption, en effet, les juridictions françaises ont parfois semblé admettre la mise en œuvre d'un contrôle plus approfondi de la sentence arbitrale. La solution pourrait s'expliquer, selon certains auteurs (V. S. Bollée, *Droit du commerce international*, Dalloz 2014, p. 1967), par la proximité de la problématique de la corruption avec celle de la fraude. V. not. les références citées *supra*, note 696.

Une telle solution conduit à limiter considérablement l'efficacité du contrôle de l'ordre public pour assurer le respect des lois de police.



## b) Conséquences quant au respect des lois de police

**203.** Le libéralisme consacré par les juridictions françaises vis-à-vis du contrôle des sentences arbitrales, malgré la présence au fond de lois de police, apparaît très largement controversé<sup>798</sup>. Éventuellement satisfaisante à titre général, parce que « la sentence n'est pas un "brouillon" que le juge étatique devrait améliorer, mais un travail qui a vocation à être définitif »<sup>799</sup>, elle paraît contestable, en revanche, lorsque des dispositions impératives sont applicables au fond du litige, parce qu'elle risque d'autoriser « tous les détournements »<sup>800</sup>. Elle conduit, en pratique, à limiter la sanction de la violation des lois de police aux hypothèses où elle apparaît *évidente*, et devrait empêcher assez fréquemment la vérification de leur respect effectif devant les arbitres<sup>801</sup>. Il a pu être considéré, en effet, que la restriction du contrôle aux hypothèses de violations *flagrantes* de l'ordre public, et qui *crèveraient les yeux du juge*, conduirait à ne faire de la réserve de l'ordre public qu'un « simple ornement »<sup>802</sup>, ou « une parodie de contrôle »<sup>803</sup>.

**204.** L'impossibilité, pour le juge, d'analyser la qualification ou l'interprétation du contrat donnée par l'arbitre paraît en effet insatisfaisante, dès lors que pourra en dépendre l'application ou la non-application de la loi de police du for. Elle conduit à conférer à l'arbitre une large marge de manœuvre pour décider de les mettre en œuvre, et à laisser sans protection toutes les lois de police normalement applicables qu'une mauvaise qualification ou interprétation aura conduit à écarter.

En fait, dans toutes ces hypothèses, la violation de la loi de police ne pourrait être sanctionnée parce qu'elle n'apparaîtrait pas dans la sentence elle-même. Le caractère *flagrant* que doit revêtir la violation de l'ordre public limiterait en effet la possibilité de sanctionner la violation d'une loi de police aux seules hypothèses où la question de son application serait au moins évoquée dans la sentence<sup>804</sup>, et seule pourrait alors être annulée une « improbable sentence particulièrement mal motivée »<sup>805</sup>, faisant apparaître que l'arbitre a affirmé que la loi

---

<sup>798</sup> V. not. L.-Ch. Delanoy, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007, p. 177 et s. ; P. Mayer, « L'étendue du contrôle, par le juge étatique, de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 459 et s.

<sup>799</sup> Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 410, p. 194.

<sup>800</sup> V. en ce sens, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 421.

<sup>801</sup> V. sur les propositions formulées par certains auteurs, pour articuler ce contrôle *minimaliste* avec la réalisation d'un contrôle des lois de police au stade du contrôle des sentences, *infra*, n° 211.

<sup>802</sup> S. Bollée, note sous l'arrêt *Thalès*, RCDIP 2005, p. 116.

<sup>803</sup> E. Loquin, « Le contrôle du seul caractère flagrant effectif et concret de la violation de l'ordre public international de la sentence », *RTD com.* 2008, p. 519 et s.

<sup>804</sup> E. Loquin, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 71 et s., spéc., p. 76.

<sup>805</sup> E. Loquin, « Le contrôle du seul caractère flagrant effectif et concret de la violation de l'ordre public international de la sentence », *RTD com.* 2008, p. 519.

de police est applicable et a décidé pourtant de ne pas l'appliquer. La solution pourrait ainsi laisser la possibilité aux arbitres de n'effectuer qu'un respect de *façade* des lois de police, en faisant un raisonnement *artificiel* pour écarter toute question d'applicabilité des lois de police et empêcher une sanction éventuelle de leur violation. En l'absence de prise en compte de l'appréciation des faits, des qualifications juridiques et de la manière dont l'arbitre a fait application de la loi de police, « des solutions violant concrètement et effectivement des règles d'ordre public [seraient alors] à l'abri de toute sanction pour peu qu'elles procèdent d'une qualification erronée (mais souveraine) excluant en apparence le jeu desdites règles »<sup>806</sup>.

La limitation du contrôle à celui de « l'apparence de la conformité de la sentence à l'ordre public »<sup>807</sup> risquerait de conduire en pratique à limiter le contrôle des juges au seul dispositif de la sentence, et d'empêcher la plupart du temps de déceler l'existence d'une violation. Le seul dispositif consacre rarement en lui-même une solution contraire à l'ordre public, mais apparaît généralement *neutre* au regard de celui-ci<sup>808</sup>. Il en résulte que, dans de nombreux cas, un simple survol de la sentence par le juge étatique risque d'être insuffisant pour déceler l'existence d'une violation de la loi de police.

**205.** La réalisation d'un contrôle réel du respect des lois de police par l'arbitre appelle, la plupart du temps, un contrôle en fait et en droit de la sentence, concernant tant leur applicabilité que leur application effective de la part de l'arbitre<sup>809</sup>. Elle nécessite une prise en compte du raisonnement de l'arbitre parce que l'ensemble de celui-ci est susceptible d'exercer une influence sur la mise en œuvre de ces dispositions. E. Loquin estime que « le contrôle du respect par l'arbitre de l'ordre public implique un examen de tous les éléments de fait et de droit dont dépendent l'application ou la non-application de la règle d'ordre public pertinente, ce qui impose un contrôle de l'interprétation comme de la qualification de la convention litigieuse »<sup>810</sup>. Un contrôle efficace devrait dès lors permettre au juge de s'interroger sur la question de l'applicabilité de la loi de police, même dans l'hypothèse où l'arbitre l'aurait déclarée non impérative, non légitimement applicable ou encore non applicable en l'espèce, et l'autoriser à vérifier si l'arbitre en a fait une correcte application. Il devrait, au-delà, également permettre de tenir compte des lois de police n'ayant pas été soulevées au cours de

---

<sup>806</sup> L.-Ch. Delanoy, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007, p. 177 et s., spéc., n° 14.

<sup>807</sup> E. Loquin, note sous *Cass. Civ. 1<sup>re</sup>*, 3 juin 1998, *Rev. arb.*, 1999, p. 71, spéc. p. 76.

<sup>808</sup> J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 974.

<sup>809</sup> V. en ce sens, J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 987 et s.

<sup>810</sup> E. Loquin, note sous *Cass. Civ. 1<sup>re</sup>*, 3 juin 1998, *Rev. arb.* 1999, p. 71 et s., spéc., p. 78.

la procédure, ce qui, autrement, ferait anormalement dépendre la défense des principes fondamentaux du for du bon vouloir des parties ou de l'esprit d'initiative de l'arbitre<sup>811</sup>.

Face à ce constat, l'interprétation de la référence au caractère *flagrant* de la violation, exigé par les tribunaux comme limitant le contrôle « aux seules apparences de conformité, ou aux seules évidences de contrariété »<sup>812</sup>, conduirait alors à supprimer pratiquement son efficacité pour assurer le respect des lois de police du for. Cette solution semble pouvoir être interprétée comme l'expression d'une semi-impérativité des lois de police du for.

## **B) Expression d'une semi-impérativité consentie des lois de police**

**206.** La faiblesse des arguments juridiques invoqués pour justifier l'adoption d'une conception *minimaliste* du contrôle de l'ordre public conduit à admettre que la solution ne s'impose pas par *nécessité* et pourrait être écartée au profit d'une solution plus *raisonnable* (1). À l'analyse, la neutralisation du contrôle du respect des lois de police au stade du contentieux de l'*exequatur* semble résulter d'un choix étatique réalisé au regard de considérations *d'opportunité* (2).

### 1- Faiblesse de l'argument tiré de l'interdiction de la révision au fond

**207.** En matière de compétence juridictionnelle étatique comme en matière d'arbitrage, le principe de la prohibition de la révision au fond<sup>813</sup> apparaît comme l'argument principal avancé par la jurisprudence française pour justifier les limitations posées au contrôle effectué au stade du contentieux de l'*exequatur*<sup>814</sup>. Il ne semble apparaître, pourtant, que comme un argument juridique *artificiel* visant à justifier une solution de pure *opportunité* dont

<sup>811</sup> V. favorable à une telle solution, J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 247 et s., p. 147.

<sup>812</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 980, p. 892.

<sup>813</sup> V. consacrant cette interdiction en France, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1964, *Münzer*, RCDIP 1964, p. 302, note H. Batiffol ; Clunet 1964, p. 302, note B. Goldman ; JCP 1964. II. 13590, note B. Ancel ; GA, n° 41, et antérieurement, pour les jugements rendus en matière extrapatrimoniale et constitutive, not., Cass. Civ., 9 mai 1900, *De Wrède*, S. 1901. I. 185, Clunet 1900, p. 613, GA, n° 10. Le principe est, depuis, constamment rappelé, V. par ex., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 2009, *Agrogabon*, RCDIP 2009, p. 331, note L. d'Avout ; Dalloz 2009. Pan. 1567, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; JCP 2009, n° 10033, p. 31 à 33, note Mahinga. Elle est également rappelée dans le cadre européen où elle a toujours été admise, V. not. art. 52 règl. B I bis ; CJUE 16 juillet 2015, Aff. C-681/13, *Diageo Brands BV c/ Simiramida-04 EOOD*, Dalloz 2015, p. 1606 ; *ibid.* 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; RTD eur. 2015, p. 872, obs. E. Treppoz ; Clunet 2016, p. 157, note J. Heymann ; Europe 2015. Comm. 398, obs. L. Idot ; Procédures 2015. Comm. 297, obs. C. Nourissat, et dans le cadre de la mise en œuvre du règlement Bruxelles II bis, CJUE 19 novembre 2015, Aff. C-455/15, *P. c/ B.*, Dalloz 2015, p. 2450 ; *ibid.* 2016, p. 1045, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2016, p. 48, obs. E. Viganotti ; Clunet. 2016, Comm. 9 ; Procédures 2016. Comm. 16, obs. C. Nourissat ; Europe 2016. Comm. 35, obs. L. Idot. Elle apparaît, au-delà, également acquise en matière d'arbitrage. V. not., rappelant cette interdiction, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 octobre 2010, *Abela*, Rev. arb. 2010, p. 813, note F.-X. Train ; Dalloz 2011, Pan. obs. N. Fricero.

<sup>814</sup> V. not. en matière de jugements étrangers, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 2009, *Agrogabon*, RCDIP 2009, p. 331, note L. d'Avout ; Dalloz 2009. Pan. 1567, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; JCP 2009, n° 10033, p. 31 à 33, note Mahinga.

la pertinence pourrait, autrement, être plus facilement contestée. L'argument fondé sur le respect de cette interdiction pour justifier l'ampleur de la restriction du contrôle de l'ordre public au stade du contentieux de l'*exequatur* repose sur une dénaturation de ce principe et conduit à lui conférer une portée démesurée. En doctrine, d'ailleurs, il a été démontré à plusieurs reprises qu'une référence à l'interdiction de réviser au fond n'est pas véritablement justifiée pour déterminer l'ampleur du contrôle des sentences arbitrales au regard de l'ordre public<sup>815</sup>.

**208.** Le principe de non-révision a fait l'objet d'une interprétation plus ou moins large en fonction des conceptions du contentieux de l'*exequatur* qui ont été successivement adoptées<sup>816</sup>. Elle apparaît, en effet, comme « un caméléon qui prend automatiquement les couleurs que lui imprègne le système évolutif de la reconnaissance et de l'*exequatur* »<sup>817</sup>.

À l'origine simplement entendue comme empêchant le juge requis de s'assurer que le juge étranger ou l'arbitre avait bien rendu la décision qu'il aurait lui-même prononcée, cette prohibition est aujourd'hui de plus en plus fréquemment utilisée comme « prétexte pour anéantir tout contrôle »<sup>818</sup> porté sur les décisions étrangères, et intervient comme un *renfort* pour asseoir la politique de plus en plus libérale consacrée. Elle permet de justifier la restriction de l'étendue des contrôles effectués à travers chacune des conditions posées et leur limitation à une analyse purement formelle<sup>819</sup>, et vient conditionner la mise en œuvre des conditions de régularité consacrées, alors qu'il n'avait « jamais été admis jusqu'à ces dernières années que la tâche du juge fût limitée par une interdiction de réexaminer le fait ou le droit »<sup>820</sup> dans le cadre des contrôles extrinsèques.

**209.** Le caractère artificiel de son invocation, au demeurant, semble pouvoir être admise, dès lors que « la révision [...], c'est la réitération du travail intellectuel du juge étranger ; c'est pourquoi tout contrôle du juge français sur le jugement étranger comporte une part de révision »<sup>821</sup>. Conserver, en théorie, l'existence d'un contrôle, tout en limitant à l'extrême le

---

<sup>815</sup> V. not., L.-Ch. Delanoy, « Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions », *Rev. arb.* 2007, p. 177 et s.

<sup>816</sup> V. sur l'ensemble de la question, M. Issad, *Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur*, thèse, LGDJ, 1970, préf. Y. Loussouarn ; D. Alexandre, *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, thèse LGDJ 1970, préf. A. Weill ; D. Holleaux, « Les conséquences de la prohibition de la révision », *TCFDIP* 1980-1981, p. 53 et s.

<sup>817</sup> L. d'Avout, note sous *Cass. Civ. 1<sup>re</sup>*, 14 janvier 2009, *Agrogabon*, *RCDIP* 2009, p. 332 et s., spéc. p. 334.

<sup>818</sup> P. Gothot, résumé de la thèse de D. Holleaux, *RCDIP* 1990, p. 634-635.

<sup>819</sup> V. invoquant ce principe pour limiter la mise en œuvre d'un contrôle de l'absence de fraude en matière d'arbitrage, malgré le caractère *a priori* plus étendu du contrôle qui semblait admis dans ce cadre, *CA Paris*, 10 septembre 2009, *Société M. Schneider Schaltgerätebau aun Elektroninstallationen GmbH*, *Rev. arb.* 2010, p. 548, note L.-C. Delanoy.

<sup>820</sup> P. Mayer, « La sentence contraire à l'ordre public au fond », *Rev. arb.* 1994, p. 615 et s., spéc., n° 14, p. 469.

<sup>821</sup> P. Gothot, *art. préc.*, p. 635.

juge de l'*exequatur* dans sa mise en œuvre au nom de l'interdiction de réviser au fond, c'est donc en définitive maintenir des conditions de régularité vides de sens. À partir du moment, en effet, où l'on admet l'existence même de ce contrôle, alors il devient incohérent d'en supprimer la mise en œuvre par une interprétation extrêmement large du principe de l'interdiction de la révision au fond.

De fait, les rares arrêts dans lesquels le contrôle de la conformité à l'ordre public a été effectué ont d'ailleurs reposé sur une analyse relativement approfondie des sentences étrangères parce qu'elle apparaît, en réalité, comme une condition nécessaire à sa mise en œuvre. La relativité de l'argument, d'ailleurs, apparaît assez largement à l'analyse de la jurisprudence, dès lors que son invocation de la part des tribunaux a conduit en pratique à retenir des solutions assez contrastées quant à l'ampleur du contrôle effectué<sup>822</sup>. Tout en rappelant le principe de la conception *minimaliste* du contrôle, certaines juridictions semblent s'être livrées à un examen en réalité assez minutieux des données de l'espèce<sup>823</sup>. Tout en rappelant qu'elle n'avait pas à contrôler la pertinence de la motivation des arbitres, la Cour d'appel de Paris s'est ainsi livrée, dans l'arrêt *SA Compagnie commerciale André c. SA Tradigrain France*, du 14 juin 2001<sup>824</sup>, à une analyse assez poussée des faits de l'espèce pour déterminer si la disposition en cause, qualifiée de loi de police, était applicable, alors même que cette question n'avait pas été examinée par les arbitres<sup>825</sup>. Compte tenu de la marge de manœuvre laissée aux juridictions étatiques dans ce cadre, la mise en œuvre d'un contrôle approfondi pourrait en effet parfois être implicitement consacrée au regard de l'importance des intérêts mis en cause<sup>826</sup>.

**210.** Dans la mesure d'une interprétation raisonnable de cette interdiction, la réalisation d'un contrôle efficace des lois de police et le respect du principe de non-révision apparaîtraient également compatibles, dès lors que ce principe ne ferait qu'empêcher les arbitres de procéder à une nouvelle instruction au fond de l'affaire. Il ne fait obstacle qu'au réexamen de « l'ensemble des éléments de droit et de fait soumis au juge étranger, comme si

---

<sup>822</sup> V. sur cette question, Ch. Seraglini, note sous CA Paris, 14 juin 2001, *SA Compagnie commerciale André c. SA Tradigrain France*, Rev. arb., 2001, p. 773 et s., spéc., n° 20.

<sup>823</sup> V. not. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 20 février 1991, *Société SICA Veradour c. Etab. Larroche*, Rev. arb. 1991, p. 447, note L. Idot.

<sup>824</sup> CA Paris, 14 juin 2001, *SA Compagnie commerciale André c/ SA Tradigrain France*, préc.

<sup>825</sup> V. déclarant, pour cette raison, qu'« au-delà du discours des juges, de faire la part des choses entre le travail que les juges réservent à l'arbitre et celui qu'ils entendent effectuer dans le cadre du contrôle de la sentence », Ch. Seraglini, note préc., p. 793. V. également, en ce sens, L. Idot, note sous Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 20 février 1991, *Société SICA Veradour c. Etab. Larroche*, Rev. arb., 1991, p. 447, spéc., n° 11 et s.

<sup>826</sup> V. à cet égard, le rapprochement qui semble pouvoir être fait entre cette constatation et la « réserve naturelle » qui semble exister de la part des tribunaux étatiques en matière de reconnaissance des jugements étrangers, sur laquelle, *infra*, n° 392 et s.

ce dernier ne s'était pas prononcé »<sup>827</sup>, de façon à vérifier s'il existe une « *identité parfaite entre la solution à laquelle il est parvenu et celle qu'aurait retenue un tribunal français dans les mêmes circonstances* »<sup>828</sup>. Il implique seulement, en d'autres termes, d'admettre que le juge de l'annulation est « juge de la sentence » et non « de l'affaire »<sup>829</sup>.

Sous cet angle, il ne fait pas obstacle à la mise en œuvre d'un contrôle *réel* de la conformité à l'ordre public<sup>830</sup>. Un tel contrôle permettrait de vérifier que la sentence respecte une condition de régularité venant limiter et fixer le cadre dans lequel l'examen de la sentence doit être opéré par le juge, sans qu'un « préjugé défavorable n'entache la décision étrangère que le juge de l'*exequatur* est prêt à accueillir dans l'ordre juridique français »<sup>831</sup>. L'examen, même approfondi, du respect de la condition de conformité à l'ordre public, réalisé à travers une vérification des faits, de leur qualification et des conclusions qui en ont été tirées par l'arbitre, n'aurait pas pour objet « de vérifier le bien ou le mal-jugé du litige primaire »<sup>832</sup>. Il s'ensuit que « la prohibition de la révision au fond des sentences ne saurait s'opposer à l'exercice effectif du contrôle de [la] conformité à l'ordre public, quand bien même il faudrait pour cela procéder à un réexamen de certains points de fait et de droit, dès lors qu'il ne s'agit pas de statuer à nouveau sur le litige primaire, ni même de vérifier si les arbitres l'ont convenablement tranché, mais seulement de s'assurer que la solution inscrite dans la sentence, si elle devait recevoir exécution en France, ne contreviendrait pas à l'ordre public »<sup>833</sup>.

**211.** En définitive, le respect de l'interdiction de la révision au fond du litige, s'il constituait l'argument sur lequel reposait la limitation du contrôle de l'ordre public consacré, laisserait dans tous les cas la possibilité de mettre en place une solution plus mesurée<sup>834</sup>. Certains auteurs ont d'ailleurs pu proposer des solutions *intermédiaires*, susceptibles d'assurer un contrôle efficace des lois de police tout en limitant raisonnablement le contrôle du juge sur la sentence arbitrale.

---

<sup>827</sup> L.-Ch. Delanoy, *art. préc.*, n° 28.

<sup>828</sup> *Ibid.*

<sup>829</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2014, *Schneider, préc.*

<sup>830</sup> V. d'ailleurs, mettant en avant cette absence d'incompatibilité, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 janvier 1987, *Rev. arb.* 1987, p. 469, note Ph. Leboulanger ; Clunet 1987, p. 638, note B. Goldman, où la Cour a déclaré que « si la mission de la Cour d'appel, saisie d'un recours en vertu des articles 1502 et 1504 du nouveau Code de procédure civile, est limitée à l'examen des vices énumérés par ces textes, aucune limitation n'est apportée au pouvoir de cette juridiction de rechercher en droit et en fait tous les éléments concernant les vices en question ; qu'en particulier, il lui appartient d'interpréter le contrat pour apprécier elle-même si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ».

<sup>831</sup> L.-Ch. Delanoy, *art. préc.*, n° 31.

<sup>832</sup> L.-Ch. Delanoy, *art. préc.*, n° 33.

<sup>833</sup> L.-Ch. Delanoy, *art. préc.*, n° 35.

<sup>834</sup> V. sur les différents degrés de contrôle qui sont envisageables, D. Mouralis, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 février 2014, *JCP* 2014, p. 475 et s.

Ainsi, Ch. Seraglini a pu proposer une solution intermédiaire, fondée sur l'exigence d'une violation concrète et *sérieuse* qui, tout en respectant le principe de l'interdiction de la révision au fond, ne condamnerait pas toute protection des impérativités substantielles. Elle permettrait de maintenir le principe d'un contrôle approfondi *circonstancié* des sentences arbitrales et des éléments de faits soumis aux arbitres, en assortissant la violation de ces dispositions d'une sanction d'utilisation mesurée<sup>835</sup>. Le juge saisi devrait pouvoir vérifier *l'évidence de la non-contrariété à l'ordre public*, en ce sens qu'un contrôle approfondi ne serait réalisé que lorsqu'il serait nécessaire, compte tenu d'un risque d'atteinte *grave, effective et concrète* à l'ordre public, détecté *prima facie*. Il n'y aurait alors « pas de véritable révision au fond même dans l'hypothèse où le contrôle serait élargi pour permettre au juge de procéder à un examen minutieux incluant la sentence et le contexte général de l'affaire et les objectifs poursuivis de la législation en cause, en permettant de sanctionner la sentence qui consacrerait une solution en opposition avec les buts de la législation, dès lors que le contrôle serait exercé en vue de satisfaire un objectif précis et avec un a priori favorable à la validité de la sentence »<sup>836</sup>.

De même, L. d'Avout a pu mettre en avant le fait que « l'obstacle tiré de la révision au fond [...] ne devrait pas être de nature à se dresser contre l'accomplissement d'un tel contrôle »<sup>837</sup>. L'auteur propose une méthode de réalisation du contrôle, fondée sur la mise en œuvre de deux phases successives, conduisant le juge à procéder, d'une part, à un examen préalable de la qualification et de l'applicabilité de la loi de police invoquée pour déclencher le contrôle, puis, d'autre part, à un examen comparatif des effets produits par la loi de police et par la sentence arbitrale pour assurer sa réalisation. Le constat de l'applicabilité *certaine et positive* de la loi de police, dont la violation serait alléguée, justifierait alors la réalisation d'un contrôle « permettant d'examiner si la solution proclamée par la sentence est ou non compatible avec l'effet de droit recherché par la loi de police »<sup>838</sup>. La contrariété de la solution proclamée par la sentence avec l'effet de droit recherché par la loi de police permettrait alors le jeu de la réserve de l'ordre public, dès lors que la violation de la loi de police serait effective et concrète mais également flagrante « à cause de la contradiction même apportée à la loi de police dont la qualification est certaine et l'applicabilité en l'espèce impérative »<sup>839</sup>. Même dans l'hypothèse problématique où « le moyen tiré de la violation

---

<sup>835</sup> V. Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 430 et s. ; et dans le même sens, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 984.

<sup>836</sup> Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 436.

<sup>837</sup> L. d'Avout, note sous CA Paris, 23 octobre 2012, *Sté Michel A. Chalhoub Inc. c. Sté Daum*, Rev. arb. 2013, p. 171 et s., p. 181.

<sup>838</sup> *Ibid.*

<sup>839</sup> *Ibid.*

d'une loi de police, dont l'examen suppose de passer outre les faits arrêtés par l'arbitre »<sup>840</sup>, le juge devrait pouvoir réexaminer les faits litigieux, parce que « l'allégation de contrariété de la sentence à une loi de police se voulant applicable suffit à justifier une présomption de violation flagrante, mettant à l'écart le principe de non-révision au fond, à supposer ce dernier pertinent »<sup>841</sup>.

Face à la faiblesse de l'argument tiré de la prohibition de révision au fond, les raisons de la solution consacrée semblent reposer sur des arguments de pure opportunité.

## 2- Justification sous l'angle d'arguments d'opportunité

**212.** Non justifiée par *nécessité*, au regard d'un argument juridique dont le respect s'imposerait au juge saisi, la limitation extrême du contrôle réalisé par le for au stade du contentieux de l'*exequatur*, même en présence de lois de police, semble pouvoir être expliquée du fait de la mise en cause d'« exigences d'ordre plus général et systématique liées au bon fonctionnement des échanges internationaux et à la coexistence entre les systèmes juridiques nationaux »<sup>842</sup>. Elle résulterait, ainsi, de la volonté d'assurer la réalisation d'objectifs poursuivis au stade du contentieux de l'*exequatur*, et qui appelleraient, à titre général, de favoriser la reconnaissance des jugements et des sentences arbitrales. Dans un tel contexte, l'absence de régime dérogatoire consacré vis-à-vis des lois de police semble s'inscrire dans la politique libérale poursuivie dans ce cadre, qu'appellent le respect de l'intérêt des parties et le développement du commerce international, et s'expliquerait par l'importance de ces considérations n'ayant rien à voir avec ces dispositions<sup>843</sup>.

**213.** Sous cet angle, la prévalence accordée à la poursuite de ces objectifs sur le respect des lois de police est parfois envisagée, par certains auteurs, comme une illustration de la « mutation idéologique »<sup>844</sup> que connaîtrait le droit international privé, désormais placé « au service des intérêts particuliers par le biais d'une certaine forme de privatisation du contentieux international »<sup>845</sup>. L'inversion consacrée des rapports entre la volonté individuelle

---

<sup>840</sup> *Ibid.*

<sup>841</sup> L. d'Avout, *note préc.*, p. 182.

<sup>842</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 89, p. 384.

<sup>843</sup> V. en ce sens, L. G. Radicati di Brozolo, « L'illicéité qui crève les yeux : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris », *Rev. arb.*, 2005, p. 529 et s., p. 540.

<sup>844</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 102.

<sup>845</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », *RCDIP* 2009, p. 1 et s., spéc., n° 18, p. 24. V. également, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 556 et s. et n° 891 et s. et A. Mourre, « Le libre arbitre, ou l'aveuglement de Zaleucus », in *Mélanges en l'honneur de F. Knoepfler*, Neuchâtel, 2005, p. 283 et s., spéc. p. 285, qui déclare que la



et la protection des lois de police apparaîtrait alors en quelque sorte imposée aux États, dans un contexte de « globalisation économique [où] la place que confère l'idéologie libérale à la volonté individuelle induit [...] une inversion des rapports entre régulation et marché »<sup>846</sup>. La conséquence en serait alors un déclin progressif généralisé des impérativités étatiques dans les rapports internationaux, et pratiquement inévitable.

**214.** À côté de ce « scénario du délitement des lois de police »<sup>847</sup>, pourtant, une explication plus *politique* paraîtrait envisageable<sup>848</sup>. Le système consacré pourrait être envisagé comme une solution de pure *opportunité*, fondée sur un choix stratégique des États. Non *imposée* par le contexte actuel, la prévalence accordée à la « mobilité intersystémique »<sup>849</sup> des parties, avec le maintien d'une ouverture non perturbée des frontières étatiques du for, pourrait alors « cesser à l'avenir si cela est jugé cohérent et opportun »<sup>850</sup>.

À cet égard, l'absence de mise en place d'un système dérogatoire visant à assurer le respect des lois de police et l'indifférence retenue vis-à-vis de ces dispositions pourraient s'expliquer parce qu'elle semble apparaître, à certains égards, comme la solution la plus réaliste et opportune. Dans un contexte où les dispositions qualifiées de lois de police connaissent un essor considérable sur le plan des conflits de lois et visent à assurer la réalisation de politiques législatives présentant une importance variable pour l'État qui les édicte<sup>851</sup>, le système reposerait sur le sentiment qu'une mise à l'écart du libéralisme, pour assurer le respect des lois de police applicables au fond du litige, ne se justifierait pas forcément. Il résulterait alors du constat qu'une solution dérogatoire déduite de l'applicabilité d'une disposition qualifiée de loi de police dans le for pourrait conduire à une solution *excessive*, non nécessairement justifiée au regard de l'importance des intérêts mis en cause et de l'importance attachée par l'ordre juridique concerné à la réalisation de la politique législative poursuivie. Face à l'abondance des dispositions internationalement impératives, les conséquences d'une telle solution seraient alors une remise en cause généralisée de la politique libérale poursuivie.

---

conception *minimaliste* du contrôle de l'ordre public permettait « de préserver l'autonomie des parties face aux intrusions toujours plus inquiétantes de la puissance publique dans la sphère privée ».

<sup>846</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 552 ; n° 556 et s.

<sup>847</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 103.

<sup>848</sup> V. en ce sens, en particulier, L. d'Avout, *art préc.*, p. 109.

<sup>849</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 557.

<sup>850</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 109.

<sup>851</sup> V. sur ce point, *infra*, n° 311 et s.

Ce renoncement de l'ordre juridique du for à imposer le respect de ses lois de police pourrait alors d'autant plus se justifier qu'une telle solution apparaît nécessairement, dans le cadre du contentieux de l'*exequatur*, difficilement *conciliable* avec la poursuite d'une politique libérale, et conduit inévitablement à porter une atteinte assez importante aux intérêts parallèlement mis en cause. Au stade de l'instance directe, le juge saisi se trouve nécessairement confronté à une *alternative* entre la reconnaissance du jugement ou de la sentence arbitrale, et une fermeture absolue de ses frontières étatiques. Celui-ci est nécessairement contraint de faire un choix entre la protection d'intérêts appelant *a priori* des solutions incompatibles. Alors, d'un côté, que le développement du commerce international et le respect de l'intérêt des parties impliquent de favoriser l'intégration dans l'ordre juridique du for des sentences arbitrales et des jugements étrangers, la mise en place d'une protection efficace des lois de police conduirait au contraire à refuser leur efficacité. La *réactivation* de l'impérativité des lois de police ne peut être réalisée que par une fermeture absolue des frontières du for et fait obstacle à toute coordination des systèmes au stade indirect.

D'un autre côté, le caractère excessif que pourrait présenter la mise en place d'une solution dérogatoire servant à assurer le respect des lois de police résulte de l'importance des effets négatifs que produirait le *blocage* des jugements étrangers et des sentences qui consacrerait leur violation. Il apparaît, en effet, nécessairement peu satisfaisant du point de vue de l'intérêt des parties, vis-à-vis desquelles le jugement ou la sentence aura forcément déjà engendré des droits que le prononcé de leur inefficacité viendrait anéantir. Du point de vue des personnes privées, la mise en place d'un contrôle approfondi à ce stade de l'instance apparaît nécessairement peu satisfaisante, dès lors que celui-ci permet à l'État de « reprendre d'une main [...] ce qu'il paraît avoir concédé de l'autre »<sup>852</sup> et semble incompatible avec le respect de la continuité de leurs situations juridiques et de la prévisibilité des solutions.

Sous cet angle, la *semi-impérativité* des lois de police pourrait apparaître, pour l'avenir, comme une invitation à « se concentrer sur l'essentiel » en matière de lois de police<sup>853</sup>, et semblerait dans le contexte actuel, dans une certaine mesure, *cohérente*. L'incidence du « facteur contentieux »<sup>854</sup> sur le respect des impérativités du for et les risques de violation résultant du maintien des solutions libérales, reconnus mais *minimisés*, seraient *acceptés* par les États en l'absence de solution permettant d'assurer conjointement la poursuite d'objectifs contradictoires mis en cause sur le plan des conflits de juridictions. Face à ce système, insatisfaisant vis-à-vis des lois de police poursuivant une politique législative

---

<sup>852</sup> L. G. Radicati di Bozolo, *cours préc.*, p. 542.

<sup>853</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 104.

<sup>854</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 97.

impérative fondamentale pour l'ordre juridique dont elles émanent, l'enjeu serait alors celui de la mise en place d'un système permettant de *concilier* ou *d'articuler* harmonieusement la protection des impérativités étatiques et la poursuite d'une politique libérale.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ET DU TITRE I

**215.** Alors que l'indifférence retenue vis-à-vis des lois de police applicables au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle est généralement fondée sur l'idée que leur respect restera *garanti* grâce au contrôle exercé par le for lors du contentieux de l'*exequatur*, la perspective d'une restauration de l'impérativité de ces dispositions à ce stade apparaît en pratique assez illusoire.

Le développement d'une politique libérale visant à favoriser la circulation des décisions et la coordination des systèmes a conduit à une limitation toujours plus importante du nombre et de la portée des conditions de régularité établies. Cette évolution s'est réalisée, comme au stade de l'instance directe, sans considération pour les lois de police du for qui pourraient être applicables au fond du litige. Il en résulte, dans le système consacré en droit positif, que même si le juge du for d'origine des lois de police était saisi au stade du contentieux de l'*exequatur*, ce qui n'aura rien d'automatique, sa saisine ne garantit pas la réactivation, *a posteriori*, de ses dispositions. Ceci empêche au *second look* de *compenser* le libéralisme consacré vis-à-vis des clauses de prorogation de for et oblige à relativiser l'argument généralement invoqué au soutien d'une admission généralisée des clauses de prorogation de for. A la lueur des solutions récemment consacrées en matière de contrôle des sentences arbitrales, cette incertitude pourrait même laisser place à la certitude inverse de l'*incapacité* du contrôle réalisé au stade du contentieux de l'*exequatur* de restaurer l'impérativité des lois de police écartées,

**216.** Dès lors que la violation de la loi de police du for pourrait résulter d'un *forum shopping* frauduleux reposant sur l'exploitation des clauses de règlement des différends, l'efficacité du *second look* pourrait en principe reposer sur la mise en œuvre d'un contrôle portant sur le but poursuivi par les parties à travers la saisine du juge étranger ou de l'arbitre. Le constat que les parties ont exploité leur droit d'option de compétence juridictionnelle pour contourner le jugement qu'auraient rendues les juridictions françaises par application de la loi de police si elles avaient été saisies, conduirait à admettre l'existence d'une *fraude au jugement* et à refuser l'efficacité du jugement ou de la sentence.

À cet égard, néanmoins, la réalisation d'un tel contrôle apparaît nécessairement délicate à mettre en œuvre et incertaine quant à sa mise en œuvre. La possibilité de réaliser un tel contrôle n'apparaît formellement consacrée qu'en droit français concernant la

reconnaissance des jugements étrangers, à travers la condition de régularité relative à l'absence de fraude, et peine à trouver un fondement autonome dans le cadre de l'Union européenne et en matière d'arbitrage. Sa mise en œuvre présente, au-delà, inévitablement des difficultés, en l'absence de critère objectif permettant d'identifier le caractère frauduleux du procédé et ne peut conduire qu'à un résultat aléatoire. Sous cet angle, la prise en compte du comportement frauduleux des parties paraît nécessairement insuffisante pour fonder, en elle-même, l'efficacité du *second look* du point de vue du respect des lois de police. Elle ne semble, pour cette raison, pouvoir n'intervenir que dans le cadre de la mise en œuvre du contrôle de la conformité à l'ordre public, pour renforcer éventuellement sa rigueur.

**217.** À l'heure où le contrôle de la loi appliquée est absolument écarté, cette condition de régularité du jugement ou de la sentence arbitrale à l'ordre public apparaît, en effet, comme la voie *naturelle* du contrôle du respect des politiques législatives impératives du for. Elle conditionne, en définitive pratiquement de manière absolue l'efficacité du *second look* et la possibilité d'une sanction a posteriori de la violation des lois de police du for à l'étranger. Pourtant, il fait l'objet, au stade du contentieux de l'*exequatur*, d'une conception de plus en plus restrictive et n'est susceptible que d'assurer la protection d'un nombre restreint de lois de police, appartenant à un noyau dur de principes réellement fondamentaux. La limitation de sa mise en œuvre, limitée à des hypothèses de violations *effectives* et *concrètes* limite, au-delà, considérablement les hypothèses de son déclenchement et l'empêche de sanctionner un nombre important d'hypothèses de violation des lois de police. Cette restriction du contrôle de l'ordre public, solidement établie, est admise de manière transversale pour la reconnaissance des jugements étrangers et des sentences arbitrales, et semble inhérente au stade de l'instance auquel il intervient.

Au nom du respect du principe de la non révision au fond, ce contrôle a néanmoins fait l'objet, ces dernières années, d'une limitation assez contestée de son *intensité* en matière de reconnaissance et d'exécution des sentences arbitrales, ce qui conduit en pratique à le *neutraliser* pratiquement vis-à-vis du respect des lois de police. La formulation d'une exigence de violation *flagrante* de l'ordre public dans la jurisprudence française, a pour conséquence de limiter l'étendue des vérifications auxquelles le juge peut procéder pour apprécier la contrariété de la solution donnée au litige avec les valeurs qui irriguent le droit du for. Or, restreint la censure de l'ordre public au cas où l'atteinte pourrait être décelable à travers un examen *prima facie* de la sentence, elle réduit en pratique considérablement les chances qu'il puisse permettre de sanctionner la violation des lois de police du for à

l'étranger, dont l'atteinte ne pourra bien souvent pas être décelée au *premier regard*. Elle conduit, corrélativement, en pratique, à le paralyser pour sanctionner la violation des lois de police et supprime presque intégralement la possibilité d'une restauration de l'impérativité des lois de police du for au stade de l'instance indirecte.

**218.** Dans un contexte où l'extension d'une telle solution au contentieux des jugements étrangers apparaît tout à fait probable, les dangers que présente le système consacré sur le plan des conflits de juridictions pour le respect des politiques législatives impératives apparaissent alors évidents. À l'heure où l'intensité des liens existant entre la mise en œuvre des lois de police et l'autorité juridictionnelle saisie s'accroît et augmente les chances de violation des impérativités du for à l'étranger, le caractère de plus en plus illusoire du *second look* renforce les conséquences de cette violation en empêchant qu'elle puisse être sanctionnée *a posteriori* par l'ordre juridique du for. Le constat de cette inefficacité *inévitabile* et aujourd'hui *croissante* du contrôle réalisé par les juridictions du for au stade du contentieux de l'*exequatur*, laisse apparaître tous les dangers que présente l'admission d'une ouverture des frontières du for au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle. Il incite à reconnaître qu'elle conduit à une perte d'impérativité *pratiquement définitive* des dispositions du for.

Cet effet conjoint du libéralisme retenu au stade de l'instance directe et indirecte conduit alors globalement à une *désactivation* des lois de police dans les conflits de juridictions<sup>855</sup>. Leur violation, *favorisée* grâce à l'admission généralisée des clauses de prorogation de for, peut-être dans un second temps *légitimée* par l'ordre juridique dont elles émanent, susceptible d'admettre l'efficacité, sur son territoire, du jugement étranger ou de la sentence qui consacrerait cette violation. Le système conduit, parallèlement, à consacrer une réelle inversion des rapports entre impérativité étatique et volonté privée<sup>856</sup>, en conférant aux parties la possibilité non seulement *d'échapper* à l'application d'une disposition impérative du for, mais aussi de *contourner* sa mise en œuvre, grâce à un *détour* par l'étranger. Cette solution, non juridiquement imposée malgré l'invocation systématique des principes de séparation des conflits de lois et de juridictions ou de la prohibition de la révision au fond, apparaît comme la conséquence d'un choix étatique réalisé, au regard de considérations d'*opportunité*. Elle semble résulter de l'impossibilité existant, dans le système actuel, de mettre en place une solution permettant de concilier ou d'articuler harmonieusement la

---

<sup>855</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p. 1 et s.

<sup>856</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 556 et s.

poursuite d'une politique libérale et la protection des politiques législatives impératives, et pourrait ainsi être évitée grâce à la mise en place d'une solution plus satisfaisante. Ce constat rend à la fois opportune et possible la formulation de propositions de solutions, visant à permettre de restaurer l'impérativité des lois de police.

## TITRE II : RESTAURER L'IMPÉRATIVITÉ DES LOIS DE POLICE AU FOR D'ORIGINE

**219.** Face aux risques de perte d'efficacité généralisée des politiques législatives impératives étatiques dans les rapports internationaux qu'engendre le système libéral actuel consacré, il convient d'envisager des solutions pour restaurer l'impérativité des lois de police dans les conflits de juridictions. Dans la perspective du for d'origine de ces dispositions, la question peut être analysée sous l'angle de la protection qu'il pourrait leur apporter, à travers ses règles de compétence juridictionnelle et ses règles applicables au stade du contentieux de l'*exequatur*, pour éviter ou limiter la perte d'impérativité qu'elles connaissent inévitablement devant les fors étrangers. La mise en place de cette protection impliquerait que celui-ci admette de lever l'indifférence par principe retenue vis-à-vis des lois de police dans les conflits de juridictions, pour adapter les solutions qu'il retient à la réalité du lien existant entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle en matière de lois de police. La prise en compte de ce lien devrait conduire à empêcher la décorrélation de ses compétences ou à limiter ses effets négatifs sur la mise en œuvre des lois de police.

Dès lors que l'admission généralisée du principe de licéité des clauses de prorogation de for consacrée ne fait que multiplier les chances d'expatriation du contentieux, toujours permise en raison du maintien de la concurrence des compétences étatiques, la recherche d'une telle solution devrait permettre plus largement d'apporter une réponse satisfaisante à la contrainte que constitue inévitablement le « facteur contentieux »<sup>857</sup> pour la mise en œuvre des lois de police.

**220.** La restauration de l'impérativité des lois de police au for d'origine, justifiée au regard des intérêts étatiques, en principe fondamentaux, qu'elles mettent en cause, semble également opportune pour rétablir une certaine cohérence des solutions et harmoniser le traitement accordé à ces dispositions sur le plan des conflits de lois et des conflits de juridictions. Dans

---

<sup>857</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boscovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 98.



un contexte où le recours à la technique des lois de police apparaît toujours plus fréquent en droit international privé contemporain, et où celles-ci font globalement l'objet d'une interprétation de plus en plus extensive de la part des tribunaux, leur réactivation dans les conflits de juridictions permettrait d'éviter le paradoxe du système actuel, consistant à multiplier les dispositions internationalement impératives en réalité internationalement inapplicables<sup>858</sup>.

**221.** À cet égard, le constat que leur perte d'impérativité n'est ni juridiquement imposée par le principe de séparation des conflits de lois et de juridictions ni inéluctable dans le contexte de « globalisation économique »<sup>859</sup> actuel, offre des perspectives rassurantes quant à la possibilité d'y apporter des correctifs. Dès lors que cette solution apparaît comme la conséquence d'un choix étatique quelque peu « contraint » du fait de l'incompatibilité existant, en droit positif, entre la poursuite d'une politique libérale et le respect des impérativités étatiques, la mise en place d'une solution doit être envisagée sous l'angle de la possibilité qu'il y aurait de réconcilier ou au moins d'articuler harmonieusement ces deux objectifs *a priori* contradictoires. Face à l'importance que présente la poursuite de cette politique pour la protection de l'intérêt des parties et le développement du commerce international, la restauration de l'impérativité des lois de police ne pourrait être réalisée que grâce à une solution mesurée, assurant un *rééquilibrage* dans la prise en compte des différents intérêts mis en cause.

**222.** Pour cette raison, la réactivation des lois de police implique de délimiter étroitement, en amont, les hypothèses dans lesquelles la poursuite d'une politique libérale apparaît réellement insatisfaisante au regard de la protection des impérativités étatiques et nécessite la mise en place d'un nouveau système de solutions. Dans un contexte où « l'indiscipline actuelle »<sup>860</sup> qui règne en matière de lois de police obscurcit les rapports existants entre le droit de la compétence juridictionnelle et les lois de police, et conduit à faire émerger de nouvelles formes de dispositions internationalement impératives, détachées de la qualification connue de lois de police, désormais non nécessairement rattachées à la mise en cause d'un intérêt étatique fondamental, cette délimitation implique une analyse d'ensemble des solutions

---

<sup>858</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boscovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 111, p. 93.

<sup>859</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n°552, p. 592.

<sup>860</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 105.

existantes en droit positif, sur le plan des conflits de lois et des conflits de juridictions (CHAPITRE I).

Lorsqu'il apparaîtra que le système libéral actuel est réellement problématique pour le respect des impérativités étatiques, la mise en place d'une solution plus satisfaisante devra être envisagée. Ainsi étroitement délimitée et restreinte, quant à sa mise en œuvre, aux hypothèses dans lesquelles elle apparaît réellement justifiée, elle devrait pouvoir reposer sur une mise à l'écart exceptionnelle de la politique libérale avec laquelle elle paraît incompatible et sur une levée de l'indifférence traditionnellement retenue vis-à-vis des lois de police dans le cadre des conflits de juridictions. La mise en place d'une telle solution apparaît tout à fait envisageable, en dépit des solutions explicites du droit positif, et semble en pratique déjà exceptionnellement consacrée. Elle pourrait être, au-delà, également encouragée par certaines évolutions du droit international privé contemporain (CHAPITRE II).

## CHAPITRE I : OBSERVATION À PARTIR DU DROIT POSITIF

**223.** L'admission généralisée du principe de licéité des clauses de prorogation de *for* consacrée dans le système actuel met à mal le respect des impérativités locales portées par les lois de police étatiques. Dans le système libéral actuel favorisant la « mobilité inter-systémique »<sup>861</sup> des parties, le maintien du jeu normal des règles de compétence directe sans égard pour l'application d'une loi de police, a pour conséquence d'augmenter les chances d'une décorrélation des compétences législative et juridictionnelle, alors que les lois de police du *for* voient leur impérativité diluée à l'étranger. La perte d'efficacité que connaissent les politiques législatives impératives dans les conflits de juridictions semblerait alors pratiquement inévitable. L'indifférence du droit de la compétence juridictionnelle à ces dispositions apparaît imposée par le principe de séparation des conflits de lois et des conflits de juridictions, alors que le lien existant entre le *forum* et le *jus* semble inhérent aux spécificités propres à ces règles.

**224.** Dans un contexte où l'autonomie des règles de compétence juridictionnelle et législative apparaît de plus en plus relative<sup>862</sup>, et où les lois de police connaissent une mutation finaliste et fonctionnelle assez importante, les solutions explicitement consacrées doivent être confrontées aux réalités concrètes des rapports établis entre les lois de police et les règles de compétence juridictionnelle. La réalité de l'atteinte portée à ces règles et le caractère tolérable de cette atteinte doivent être évalués au regard d'une analyse transversale des solutions du droit de la compétence juridictionnelle et de la compétence législative, détachée de la seule qualification des dispositions mises en cause en lois de police.

Elle permettra une délimitation des cas où décorrélation admise et des cas où cette décorrélation est effectivement problématique. Détermination des hypothèses dans lesquelles la contrainte du facteur contentieux est réelle et problématique.

**225.** À cet égard, l'observation des solutions consacrées en droit positif permet de relativiser les dangers du système consacré, tout en mettant en évidence les hypothèses pour lesquels il n'est pas tolérable. Elle fait apparaître que la décorrélation des compétences

---

<sup>861</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 557.

<sup>862</sup> V. sur ces liens, J. D. Gonzalez Campos, *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé*, RCADI 1977, t. 156, p. 227 et s.

juridictionnelle et législative apparaît parfois évité ou acceptables ou la perte d'impérativité est évitée.

**226.** L'analyse des rapports de la compétence juridictionnelle et des lois de police révèle du droit positif révèle que compétence juridictionnelle vient parfois au soutien de la protection des LP. Elle permet d'identifier l'existence de lois de police protégées par le système de compétence juridictionnelle, car bénéficiant d'un chef de compétence juridictionnelle indérogeable corrélé à leur applicabilité. Celles-ci, soustraites du champ du libéralisme consacré dans les conflits de juridictions, en préservant le lien entre forum et jus nécessaire à l'application certaine des lois de police. À cet égard, les solutions consacrées en droit positif révèle qu'en dépit du principe constamment rappelé d'une indépendance entre les conflits de lois et les conflits de juridictions, les règles de compétence juridictionnelles viennent parfois au soutien du respect des impérativités substantielles étatiques, en assurant le maintien impératif d'une compétence juridictionnelle corrélée à l'application des lois de police (SECTION I). Le compétence juridictionnelle semble parfois pouvoir venir non pas comme un obstacle à la mise en œuvre des lois de police mais comme un soutien à leur mise en œuvre. Non pas comme une contrainte mais comme un soutien, éventuellement volontaire, à leur mise en œuvre Il en est ainsi parce qu'elles les soustraient, en réalité, du champ du libéralisme consacré dans les conflits de juridictions (Section I).

**227.** D'autre part, malgré la décorrélation des règles de compétences législative et juridictionnelle, l'impérativité portée par les lois de police peut être préservée. En premier lieu, l'uniformisation des règles de compétence par les règlements européens permet de garantir l'impérativité des règles locales par l'intégration des lois de police dans la *lex causae*. Évaluation des différentes réalités du droit positif pour mettre en place une solution raisonnable, dans les hypothèses où elle apparaît réellement justifiée.

Trop de lois de police et envisagées en bloque de manière unitaire, d'où nécessité de vérifier concrètement la nécessité de mettre en place une solution grâce à une analyse détachée de la notion connue de lois de police.

En second lieu, la décorrélation des compétences peut être admise dans certains domaines, où une perte d'impérativité des règles peut être tolérée. A l'issue de cette observation subsiste les hypothèses problématiques, celles dans lesquelles l'impact de la compétence juridictionnelle sur l'impérativité des règles devra être évalué au regard du traitement qui leur est accordé sur le plan des conflits de lois, car susceptible d'exercer une incidence sur l'ampleur de la

contrainte de constitue le facteur contentieux sur leur mise en œuvre. Parmi ces différentes applications de lois de police, le constat que certaines d'entre elles, oubliées par le système de compétence juridictionnelle, subissent effectivement une perte d'impérativité dans les systèmes consacrés dans les conflits de juridictions et visent à assurer la protection d'intérêts étatiques fondamentaux conduira à admettre l'opportunité de mettre en place un système de solution pour écarter le système insatisfaisant consacré en droit positif.

Pour les lois de police effectivement décorrélées au système de compétence juridictionnelle, oubliées par le système de compétence juridictionnelle et soumises à la contrainte du facteur contentieux, il convient de déterminer les hypothèses dans lesquelles cette corrélation apparaît réellement problématique. Analyse sur le plan des conflits de lois.

**228.** Restaurer l'impérativité des lois de police du for suppose alors d'identifier la protection octroyée aux dispositions impératives en droit international privé. L'observation du droit positif montre d'une part que l'impérativité substantielle peut être protégée au moyen des règles de compétence juridictionnelle directe, lesquelles assurent l'application des lois de police du for (Section 1), d'autre part, que la décorrélation des compétences n'est susceptible de porter atteinte aux lois de police que dans les hypothèses mettant en jeu de véritables loi de police, répondant à la définition originelle de la notion, directement affectées à un objectif d'ordre public de direction (Section 2).

## **SECTION I : IMPÉRATIVITÉS DÉFENDUES PAR LE SYSTÈME DE COMPÉTENCE**

**229.** L'analyse des hypothèses soustraites du principe de licéité généralisée des clauses de prorogation de for révèle que ces cas correspondent à des matières dans lesquelles la législation étatique applicable apparaît globalement constituée d'un *amas* de lois de police systématiquement ou très fréquemment applicables. Les restrictions opposées à la liberté des parties de déroger à la compétence des juridictions d'un ordre juridique déterminé, au profit d'un juge étranger ou d'un arbitre, permettent alors de protéger les lois de police de ce même for dans les rapports internationaux. Elles assurent le maintien du contentieux devant les tribunaux de l'ordre juridique d'origine des lois de police en consacrant une liaison absolue entre *forum* et *jus*, ou permettent de réduire les chances d'une expatriation du contentieux à l'étranger en limitant les risques d'une décorrélation des compétences. L'existence d'une telle

protection peut être décelée à travers l'analyse des chefs de compétence juridictionnelle indérogeables, dont le respect est absolument imposé aux parties (I), et celle des chefs de compétence juridictionnelle soumis à un régime dérogatoire de licéité des clauses de prorogation de for (II).

## **I- Hypothèses de compétences indérogeables**

**230.** La nécessité de maintenir absolument la compétence juridictionnelle d'un for déterminé dans des cas exceptionnels pour des raisons d'ordre procédural ou substantiel est unanimement reconnue. Ils recouvrent à la fois les hypothèses dans lesquelles les droits français et européen consacrent des chefs de compétence exclusifs en matière patrimoniale<sup>863</sup> (A) et, de manière globale, l'ensemble des chefs de compétence retenus vis-à-vis des litiges relevant de la matière extrapatrimoniale (B).

À cet égard, le domaine de l'inarbitrabilité des litiges ne recouvre néanmoins que très partiellement celui de l'illicéité des clauses attributives de juridiction et apparaît extrêmement restreint. La possibilité d'avoir recours à l'arbitrage international, appréciée indépendamment du caractère exclusif ou impératif reconnu au chef de compétence étatique considéré<sup>864</sup>, n'apparaît en effet écartée, pour les litiges patrimoniaux, que dans des hypothèses très exceptionnelles encore imparfaitement définies<sup>865</sup>. L'inarbitrabilité des litiges ne semble en réalité clairement établie que concernant les matières de nature extrapatrimoniale, où les solutions retenues vis-à-vis des juridictions étatiques et arbitrales se rejoignent.

---

<sup>863</sup> Dans cette matière, on doit également mentionner l'existence d'autres chefs de compétence juridictionnelle *impératifs* auxquels les parties ne peuvent se soustraire par le biais d'une clause attributive de juridiction. Il en est ainsi de la compétence juridictionnelle consacrée en matière de faillite, qui sera étudiée plus loin (*infra*, n° 436 et s.). Considérée comme *intouchable*, la compétence des juridictions du lieu d'ouverture de la faillite est incontestablement impérative mais n'est que *principale* ou *prépondérante* et non exclusive.

<sup>864</sup> Il est généralement admis, en effet, que ces critères sont, en tant que tels, sans incidence sur la question de l'arbitrabilité des litiges, et ne sont susceptibles de faire obstacle aux clauses compromissaires qu'au regard des considérations d'ordre public mises en cause. Ce sont donc les *raisons* de l'exclusivité ou de l'impérativité consacrée qui apparaissent déterminantes en matière d'arbitrage, et qui pourraient conduire à faire correspondre les hypothèses d'inarbitrabilité et d'illicéité des clauses attributives de juridictions. L'arbitrabilité pourrait éventuellement ainsi être ponctuellement écartée pour certains litiges mettant en cause un service public ou une autorité publique. V. sur cette question, not. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat-Montchrestien, 2013, n° 144, p. 125 et s. et n° 643, p. 545 note 182 ; B. Hanotiau, *L'arbitrabilité*, RCADI, 2002, t. 296, p. 25 et s, n° 151 et s..

<sup>865</sup> La pratique révèle, en effet, que l'arbitrage est admis de manière générale dans ce cadre, même lorsque les clauses attributives de juridiction sont pourtant écartées. Il n'est exclu que ponctuellement dans des matières mettant en cause des lois de police. V. admettant l'arbitrabilité des litiges, notamment : en matière de validité des brevets, lorsque la question de la validité est tranchée de manière incidente, CA Paris, 28 février 2008, Rev. arb., 2009, p. 168, note T. Azzi ; JCP G 2008, I, 164, n° 6, obs. J. Béguin ; Dalloz 2008, p. 3111, obs. T. Clay ; Dalloz 2008, p. 1325, note R. Meese ; RTD com. 2008, p. 516, obs. E. Loquin (et V. antérieurement, CA Paris, 24 mars 1994, *Sté Déko*, Rev. arb., 1994, p. 515, note Ch. Jarrosson) ; en matière de droits réels immobiliers, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 octobre 2009, *SHLP* Rev. arb., 2011, p. 126, note L. Perreau-Saussine.

## A) Compétences exclusives en matière patrimoniale

**231.** Les chefs de compétence exclusive consacrés recouvrent des hypothèses assez marginales. Ils correspondent aux cas dans lesquels l'ordre juridique du for estime non seulement devoir interdire aux parties de déroger à la compétence de ses tribunaux, mais également de leur réserver systématiquement la résolution des litiges. Généralement envisagés sous un angle bilatéral et fondés sur une conception absolument unitaire des compétences juridictionnelle et législative<sup>866</sup>, ils consacrent une corrélation systématique entre l'applicabilité des lois de police et la compétence des juridictions françaises. Ils correspondent, en dehors de la compétence consacrée en matière réelle immobilière (1), à des hypothèses dans lesquelles le fonctionnement d'un service public apparaît mis en cause (2).

### 1- Compétence exclusive en matière réelle immobilière

**232.** Dans le contexte du territorialisme transversal qui caractérise la matière réelle immobilière, la compétence exclusive conférée aux tribunaux du lieu de situation de l'immeuble correspond, dans une large mesure, aux hypothèses où la *lex rei sitae* est également applicable (a). Celle-ci, massivement constituée de lois de police d'application territoriale, voit alors son respect assuré grâce au système de compétence juridictionnelle (b).

#### a) Corrélation des compétences de l'ordre juridique du *situs*

**233.** La compétence exclusive de la juridiction du lieu de situation de l'immeuble pour les litiges mettant en cause un droit réel immobilier apparaît comme l'une des mieux établies en droit français<sup>867</sup>. Cette règle est très généralement admise en droit comparé<sup>868</sup>, et est également consacrée par le droit européen<sup>869</sup>. Elle apparaît si évidente<sup>870</sup> qu'elle semble

---

<sup>866</sup> La concordance des compétences qu'ils consacrent est d'ailleurs unanimement admise. V. sur ce point, en droit européen, not. H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd. 2015, n° 101 ; en droit français, B. Ancel et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, Dalloz., n° 70 §13 ; D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 650 et s.

<sup>867</sup> Elle trouve son fondement, en droit français, dans l'art. 44 du CPC, étendu à l'ordre international selon la jurisprudence *Pelassa* (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1959, Dalloz 1960, p. 37, note Holleaux ; RCDIP 1960, p. 215, note Y. L.) et *Scheffel* (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 octobre 1962, RCDIP 1963, p. 387, note Francescakis ; Dalloz 1963, p. 109, note Holleaux ; GA n° 37).

<sup>868</sup> V. G. A. L. Droz, *Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé*, RCADI 1991, t. 229, p. 9 et s. spéc. p. 48.

<sup>869</sup> L'art. 24.1 règl. B I bis énonce que sont seuls compétents, sans considération de domicile, en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État membre où l'immeuble est situé. Il reprend, sur ce point, les solutions antérieures (art. 22.1 du règlement Bruxelles I et 16-1 de la convention de Bruxelles). V. sur la mise en œuvre de ce chef de compétence, H. Gaudemet-Tallon, *ouvrage préc.*, n° 101 et s. ; E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions (étude de droit international privé)*, 1999, t. 298, coll. Bibl. dr. pr., LGDJ, n° 378 et s. ; L. Perreau-Saussine, *L'immeuble et le droit international privé. Étude des méthodes*, 2006, Defrénois, n° 508 et s. ; M.-C. de Lambertye-Autrand, *La distinction des meubles et des immeubles en droit international privé*, thèse, Paris I, 2001, n° 322 et s.

désormais retenue sans motivation particulière<sup>871</sup>. Bien qu'entendue de manière relativement stricte pour les contentieux réels<sup>872</sup>, elle s'étend traditionnellement aux contentieux périphériques du provisoire et de l'exécution forcée<sup>873</sup>, aux successions réelles immobilières<sup>874</sup> et, bien qu'elle ait pu susciter des hésitations<sup>875</sup>, aux contrats de bail d'immeubles<sup>876</sup>.

En pratique, l'existence de cette compétence exclusive conduit l'ordre juridique français à réserver systématiquement la compétence de ses tribunaux lorsque l'immeuble est situé en France<sup>877</sup>, en déniait toute compétence aux juridictions étrangères même lorsque celles-ci seraient désignées par une clause attributive de juridiction<sup>878</sup>, et à refuser de reconnaître les jugements rendus à l'étranger dans cette hypothèse<sup>879</sup>. Le juge français s'estime également radicalement incompétent chaque fois que l'immeuble se trouve sur un

---

<sup>870</sup> V. not. A. Huet, J.-Cl. dr. int. Fasc. 581-20 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Compétence internationale ordinaire. Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne*, n° 51, qui considère cette compétence comme « toute naturelle », et en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 360.

<sup>871</sup> Il en est particulièrement ainsi lorsqu'elle est invoquée pour écarter l'application des art. 14 et 15 du CC. V. par ex. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 1955, RCDIP 1955, p. 327, note H. Batiffol ; Clunet 1956, p. 684, obs. Sialelli ; JCP 1955. II. 8657, note Louis-Lucas ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1959, RCDIP 1959, p. 501, note H. Batiffol ; Dalloz 1959, p. 377, note G. Holleaux ; Clunet 1959, p. 1158, obs. Sialelli (1<sup>er</sup> arrêt).

<sup>872</sup> V. not. consacrant cette interprétation restrictive, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 décembre 1996, *Bentchikou*, RCDIP 1997, p. 318, note B. Ancel. La même interprétation restrictive a également été retenue au niveau européen concernant les art. 16-1 de la convention de Bruxelles et 22-1 du règlement Bruxelles I (devenu 24-1 règl. B I bis). V. récemment, CJUE, 3 octobre 2013, Aff. C-386/12, *Schneider*, RTD com. 2013, p. 831, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; RCDIP 2014, p. 182, note S. Corneloup ; Dalloz 2014, p. 1059, obs. F. Jault-Seseke.

<sup>873</sup> V. sur cette compétence, L. d'Avout, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Biens*, n° 26 et s.

<sup>874</sup> L'art. 45 du CPC, donnant compétence aux tribunaux du lieu d'ouverture de la succession n'a pas, en effet, été étendu au niveau international en raison du *principe de la territorialité*. Le règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012, *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen*, soumet les successions mobilières et immobilières aux mêmes solutions et cherche à établir une liaison entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative (cons. 27), sur le rattachement de principe à la dernière résidence habituelle du défunt (art. 4). V. sur la mise en œuvre de ces règles, not. B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1021 et s., p. 908 et s., spéc., n° 1026, p. 911.

<sup>875</sup> V. P. Bellet, « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun », Clunet 1965, p. 833 et s., spéc. p. 857 ; P. Jénard, *Rapp. préc.*, p. 35. L'application des art. 14 et 15 du Code civil, néanmoins, sera normalement possible en la matière, dès lors qu'ils ne sont écartés en matière immobilière que lorsqu'il s'agit d'actions réelles (V. not., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1970, *Weiss*, RCDIP 1971, p. 113, note H. Batiffol, *GA* n° 49).

<sup>876</sup> V. dans le droit commun français, les art. R. 221-38 COJ et R. 221-48 COJ (et l'art. 880 du CPC pour les baux ruraux). Elle n'est pas cependant, dans ce cadre, de nature exclusive (V. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 25 janvier 1989). Elle est, d'autre part, directement incluse dans la liste des compétences exclusives de l'art. 24.1 du règlement Bruxelles I, qui prévoit toutefois une compétence concurrente, mais impérative, en faveur du domicile du défendeur pour les baux de courte durée. V. sur cette question, P. Lagarde, « Les locations de vacances dans les conventions européennes de droit international privé », in *Études offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 281 et s.

<sup>877</sup> V. not. mais les exemples sont extrêmement nombreux, la solution étant constante, Cass. Civ. 14 mars 1837, *Stewart*, S. 1837. 1, p. 195, D.P. 1837. 1 ; p. 275, *GA* n° 3 ; Cass. Civ., 22 mars 1865, S. 1865, 1, p. 175 ; DP 1865, 1, p. 127 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 1961, RCDIP 1961, p. 774, note H. Batiffol ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2007, JCP 2007, IV. 1432.

<sup>878</sup> Cette règle revêt en effet, *a priori*, également un caractère impératif. V. sur la discussion relative à la faculté d'y déroger, notamment, H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965, n° 342, et énonçant qu'« il n'est pas absolument certain que la compétence exclusive revête un caractère impératif ; de sorte que deux parties à une opération relative à un immeuble pourraient convenir librement du juge compétent ou du recours à l'arbitrage pour le règlement de leur différend », B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 832, p. 739. Ce caractère impératif est certain dans le cadre de l'application des instruments européens (art. 25.5 règl. B I bis). Il faut noter également l'exclusion de cette matière du champ d'application de la convention de La Haye sur les accords exclusifs d'élection de for du 30 juin 2005 (art. 2§2-1).

<sup>879</sup> Ceci résulte, comme il a été vu, de la jurisprudence *Simitch*, *préc.*, et de l'art. 45.1 e) ii) du règlement Bruxelles I bis.



territoire étranger<sup>880</sup> de manière corrélatrice<sup>881</sup>, et admet de reconnaître de manière simplifiée les jugements étrangers rendus dans l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble<sup>882</sup>.

**234.** Cette compétence juridictionnelle exclusive des tribunaux français du *situs* se trouve en pratique presque systématiquement doublée d'une application corrélatrice de la loi française du lieu de situation de l'immeuble dans les mêmes hypothèses<sup>883</sup>. Établie comme solution de principe pour les questions touchant au statut réel immobilier proprement dit<sup>884</sup>, elle apparaît également assurée de manière moins absolue et directe, en matière contractuelle, par le biais d'une règle de conflit de lois objective désignant la *lex rei sitae*<sup>885</sup>. Celle-ci *déborde*, quant à son champ d'application, des hypothèses de compétences exclusives<sup>886</sup>.

La matière des droits réels immobiliers apparaît ainsi comme un domaine de coïncidence généralisée des compétences juridictionnelle et législative résultant de sa soumission à « une territorialité globale, transcendant la distinction du conflit de lois et du conflit de juridictions »<sup>887</sup>. Elle appelle le recours à une « méthodologie propre »<sup>888</sup> de résolution des conflits de lois et de juridictions, justifiée par la « prépondérance de l'ordre

---

<sup>880</sup> V. not. Cass. Civ., 5 juillet 1933, *Nagalingampoullé*, RCDIP 1934, p. 166, note J.-P. Niboyet ; Dalloz 1934, 1, p. 133, note Silz ; S. 1934, 1, p. 337, note J.-P. Niboyet ; Cass. Civ., 24 novembre 1953, *Besson*, RCDIP 1955, p. 698, note Mezger ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1970, *Weiss*, RCDIP 1971, p. 113, note H. Batiffol ; *GA*, n° 49 ; et même en cas de déni de justice ; V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1982, *Le Van Chau*, JCP G 1982, IV, p. 105 ; RCDIP 1983, p. 87, note B. Ancel.

<sup>881</sup> V. considérant que cette incompétence du juge français découle directement du caractère exclusif de ce chef de compétence, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 361, mais considérant au contraire cette bilatéralisation des compétences exclusives comme contingente et non nécessaire, L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 189, note 2 et n° 207 et s.

<sup>882</sup> V. not. Req. 9 mars 1853, Dalloz 1853.1, p.59. La solution est également retenue en droit comparé. V. not. art. 108 LDIP suisse.

<sup>883</sup> Elle n'apparaît écartée que ponctuellement, lorsque la réalisation de certaines considérations l'exige V. en matière de successions, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, *Ballestrero*, JCP G 2000, II, 10443, note Th. Vignal ; *Clunet* 2001, p. 505, note M. Revillard ; Dalloz 2000, p. 539, note F. Boulanger ; *Gaz. Pal.*, 29 août 2000, note S. Drapier ; RCDIP 2000, p. 458, note B. Ancel ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, *Wildenstein*, RCDIP 2007, p. 383, note B. Ancel ; Dalloz 2007, p. 1710, note P. Courbe, p. 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; *Clunet* 2007, p. 125, note H. Gaudemet-Tallon ; *Dr. et Patr.*, 2006, n° 154.83, obs. M.-E. Ancel ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 février 2009, *Riley*, Dalloz 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; RCDIP 2009, p. 512, note B. Ancel ; *AJ Fam.*, 2009, p. 356, obs. A. Boiché ; *Clunet* 2009, p. 567, note Péroz ; JCP 2009. II. 10068, note F. Boulanger ; *Actu.* 106, obs. E. Cornut ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 juin 2010, Dalloz 2010, p. 2955, note L. d'Avout ; *AJ fam.* 2010, p. 401, obs. A. Boiché ; *Clunet* 2010, p. 1263, note Péroz.

<sup>884</sup> Elle repose ainsi sur l'art. 3 al. 2 du Code civil et a été étendue, en droit commun français, aux successions immobilières. V. not. Cass. Civ., 14 mars 1877, *Stewart*, *préc.*, qui énonce que « l'article 3 al 2 du Code civil embrasse dans sa généralité tous les droits de propriété et autres droits réels qui sont réclamés sur les immeubles » ; RCDIP 1961, p. 774, note H. Batiffol. Le règlement sur les successions retient cependant un rattachement unitaire à la résidence habituelle du défunt ou à la volonté individuelle de ce dernier pour déterminer la loi applicable aux successions mobilières et immobilières (art. 21 et 22), qui correspondront également la plupart du temps à la juridiction compétente.

<sup>885</sup> V. not. consacrant cette règle en droit commun français, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1956, RCDIP 1957, p. 672, note H. Batiffol ; *Clunet* 1959, p. 468. Une telle solution est également consacrée au niveau européen. En l'absence de choix de loi applicable de la part des parties, en effet, l'art. 4.1 c) du règlement Rome I prévoit que « le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble ». La convention de Rome, d'ailleurs (art. 4.3), sans faire expressément référence aux baux immobiliers, consacrait la même solution et semblait même lui donner une portée plus large, dès lors que la présomption qu'elle consacrait en faveur de la loi du lieu de situation de l'immeuble était retenue, de manière générale, pour les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble.

<sup>886</sup> Cela semble pouvoir être expliqué par une différence du degré de l'impérativité conférée à la *lex rei sitae*. Bénéficiant dans certains cas d'une protection absolue grâce à l'existence d'une compétence exclusive corrélatrice, elle apparaîtra dans d'autres cas simplement cristallisée dans une règle de conflit de lois.

<sup>887</sup> L. d'Avout, *Rép. Int. Dalloz*, V° *Biens*, n° 3.

<sup>888</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 835, p. 41, et la note 33.

juridique du *situs* »<sup>889</sup>. Elle conduit les tribunaux à envisager les deux compétences de manière unitaire et globale en déduisant automatiquement l'une de l'autre de manière pratiquement indistincte<sup>890</sup>.

Ce traitement unitaire des compétences de l'ordre juridique du lieu de situation, initialement rattaché au *principe de souveraineté*<sup>891</sup>, apparaît de plus en plus fréquemment justifié sous l'angle de considérations pratiques et de l'intérêt des parties<sup>892</sup>. Parallèlement, si la liaison que cette compétence permettait d'établir entre la loi applicable et le juge compétent a été historiquement le premier argument avancé par la doctrine et retenu par la jurisprudence<sup>893</sup>, elle apparaît aujourd'hui moins nettement reconnue<sup>894</sup>. Ce lien apparaît, néanmoins, toujours consacré et permet de doubler les lois de police applicables d'un chef de compétence juridictionnelle corrélé.

#### b) Caractère de loi de police de la *lex rei sitae*

**235.** L'application exclusive de la *lex rei sitae* en matière de droits réels immobiliers apparaît universellement admise<sup>895</sup> et ne soulève en elle-même, en dehors de la délimitation du statut réel immobilier, aucune hésitation. Considérée comme une règle générale, susceptible de donner compétence à la loi française ou étrangère de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble<sup>896</sup>, elle est caractérisée par un unilatéralisme latent, fondé sur une « volonté propre d'application de la loi de situation [...] susceptible de prévaloir sur le titre

---

<sup>889</sup> V. en ce sens, B. Ancel, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1982, *Le Van Chau*, RCDIP 1983, p. 92, qui parle de compétence « nécessaire et globale » de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble.

<sup>890</sup> V. en ce sens not. T. Vignal, « Réflexions sur le rattachement des immeubles en droit international privé », TCFDIP 2006-2008, p. 15 et s., spéc. p. 16, qui déclare que l'immeuble semble être l'une des rares catégories en droit international privé à propos de laquelle la distinction des conflits de lois et des conflits de juridictions n'aurait plus de réelle portée.

<sup>891</sup> V. not. explicitement Cass. Civ., 5 juillet 1933, *Nagalingampoullé*, *préc.*, et en ce sens, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 249 et s., qui considère que la souveraineté de l'État du *situs*, serait directement mise en cause et risquerait d'être atteinte si un État étranger se prononçait vis-à-vis d'un immeuble situé sur son territoire (mais l'auteur est plus nuancé concernant la compétence exclusive en matière de baux immobiliers, V. n° 490 et s.). V. également, M.-C. de Lambertye-Autrand, *thèse préc.*, n° 311 et s.

<sup>892</sup> V. sur les arguments tirés du *principe de proximité*, not. L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 509.

<sup>893</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 367.

<sup>894</sup> Les questions de la loi applicable et de la compétence juridictionnelle, toujours fondées sur les mêmes solutions, n'apparaissent plus, en effet, nécessairement *reliées* entre elles mais formulées à la suite. La coïncidence entre la loi applicable et la compétence juridictionnelle n'apparaît plus, en effet, la plupart du temps, que formulée de manière incidente ou nuancée. V. not. Cass. Civ., 24 novembre 1953, *Besson*, *préc.* ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 1961, *préc.* ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1982, *Le Van Chau*, *préc.*, CA Paris, 11 mai 1989, RCDIP 1990, p. 98, note Revillard, et sur cette question, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 366.

<sup>895</sup> V. en ce sens, H. Batiffol, *Les sources internationales du droit international privé*, Cours IHEI, 1969-1970, p. 26, qui affirme qu'« il est universellement admis que les immeubles sont soumis à la loi de leur situation, cela paraît d'une logique imperturbable ».

<sup>896</sup> V. not. en ce sens, V. Bonnet, J.-Cl. dr. int. Fasc. 550 : *Biens*, n° 8, et sur cette conception, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 268, qui considère que la doctrine voit généralement la règle comme une règle de conflit bilatérale « bridée dans sa mise en œuvre ». Mais l'auteur rejette cette conception bilatérale de la règle, et considère d'ailleurs que la jurisprudence n'en a jamais fait une telle application (V. n° 271 et s.).

contraire d'application d'une autre loi »<sup>897</sup>. Le principe de son application systématique ne semble valoir, dès lors, « qu'au bénéfice du rappel de [son] unilatéralité innée »<sup>898</sup> et apparaît en réalité autorisée par l'unanimité des réglementations étatiques de droit des biens sur ce point.

**236.** Si, quant aux fondements de son application, elle apparaît aujourd'hui généralement justifiée par la protection qu'elle apporterait conjointement aux différents intérêts mis en cause<sup>899</sup>, l'application à la fois exclusive et unilatérale de la loi locale a toujours été, selon un degré d'importance variable en fonction des auteurs et des époques, justifiée sous l'angle de l'implication des intérêts étatiques. Le droit des biens, mettant en cause la répartition objective des richesses sur le territoire et visant à assurer la conciliation des intérêts privés et publics éventuellement concurrents, semble en effet, par principe, mettre en cause l'intérêt général et l'ordre public local. Cela « oblige l'État à intervenir pour encadrer juridiquement le phénomène de la jouissance privative »<sup>900</sup> et conduit, en pratique, à l'édiction d'une réglementation de droit interne globalement « dirigiste »<sup>901</sup>. Celle-ci, visant à assurer « la promotion d'une certaine conception collective de la justice sociale »<sup>902</sup>, s'impose alors impérativement « par opportunité »<sup>903</sup> à tous les immeubles situés sur le territoire.

Au cœur du statut réel, les règles applicables prennent en effet la forme de règles internes de droit public constituant les « premières composantes du statut réel »<sup>904</sup>. Elles visent à assurer le respect de l'intérêt général et la conciliation des intérêts privés et sociaux<sup>905</sup>, en imposant leur application unilatérale impérative dans les rapports internationaux pour assurer « la paix et la sécurité publique locale, ensuite les conceptions essentielles de justice sociale qu'il veut poursuivre pour la collectivité humaine et le territoire dont il a la charge »<sup>906</sup>.

---

<sup>897</sup> B. Audit, et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 835, p. 741.

<sup>898</sup> L. d'Avout, *Rép. dr. int.*, V° *Biens*, n° 30.

<sup>899</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 214, p. 202. Il est admis, en effet, que l'application exclusive de la loi locale sur l'ensemble des immeubles situés sur le territoire étatique satisfait les intérêts des particuliers en assurant la connaissance des droits qu'ils posséderont ou qui pourront leur être opposés relativement à ces choses, et sera imposée par le respect des intérêts de l'État dont l'immeuble constitue un élément du territoire.

<sup>900</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 365, p. 504.

<sup>901</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 93, p. 134.

<sup>902</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 365, p. 504.

<sup>903</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *Rép. int. Dalloz*, V° *Biens*, n° 11 et s.

<sup>904</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 369, p. 506, et n° 400 et s., p. 539 et s.

<sup>905</sup> Il semble possible de rattacher à cette catégorie les dispositions relatives aux restrictions administratives apportées à l'acquisition de la propriété, celles qui réservent à la collectivité la jouissance de certaines richesses, telles que celles relatives aux expropriations ou aux servitudes pour cause d'utilité publique, ou encore les règles relatives aux nationalisations. Il semble en être ainsi également des règles d'urbanisme et environnementales et des règles de publicité foncière (V. not. art. 710-1 du Code civil, issu de la loi du 28 mars 2011), qui sont destinées à protéger les tiers. V. sur ces règles de publicité foncière, L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 152, p. 210, qui précise que ces règles sont des « lois de police sécuritaires ».

<sup>906</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 369, p. 507.

En dehors de ce *noyau dur*, la prise en charge étatique fréquente de certaines questions soulevées dans le cadre des relations privées conduit également à la consécration d'un nombre important de dispositions de droit privé, motivées par des considérations d'ordre public. Celles-ci visent à encadrer la gestion du marché économique local ou à assurer la protection de certaines personnes<sup>907</sup>, et sont doublées d'un rattachement territorial impératif fréquemment maintenu dans l'ordre international<sup>908</sup>. Sous ses deux aspects de droit privé et public, la réglementation applicable en matière réelle immobilière apparaît dès lors formée d'un *agrégat* de lois de police territoriales<sup>909</sup> émanant de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble et intervenant massivement.

**237.** Ces dispositions voient, au cœur du statut réel, leur application absolument assurée grâce au jeu conjoint de la règle générale de l'article 3 al. 2 du Code civil<sup>910</sup>, qui les *crystallise* en quelque sorte<sup>911</sup>, et du chef de compétence exclusif des tribunaux français. Lorsqu'elles ont vocation à intervenir dans des matières périphériques dégagées de l'emprise générale de la territorialité, elles sont également susceptibles de trouver application sans le bénéfice d'un chef de compétence juridictionnelle corrélé, grâce à l'utilisation de règles de rattachements propres<sup>912</sup>, par le biais du mécanisme des lois de police<sup>913</sup> ou de règles de conflit spéciales<sup>914</sup>.

---

<sup>907</sup> V. sur les conséquences de cette différence d'objectif poursuivi sur la qualification de ces dispositions en lois de police, *infra*, n° 364.

<sup>908</sup> Doivent être rattachées à cette catégorie, de manière générale, les règles déterminant les modes de constitution, de preuve et d'exercice des droits réels individuels, telles que celles relatives à la prescription acquisitive des droits réels (art. 2221, 543 et 2373 et s. du Code civil), les règles relatives aux régimes d'indivision légale (art. 815 et s. du Code civil), les règles de copropriété (L. n° 65-557 du 10 juillet 1965), les règles relatives aux effets des hypothèques (art. 2458 et s. du Code civil) et aux procédures de saisies (art. 2190 du Code civil), ou encore les règles prévoyant l'attribution préférentielle de certains biens successoraux (art. 831 et s. du Code civil), sur lesquelles, voir, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 octobre 2012, AJ fam. 2012. 624, note Boiché ; Clunet 2013, p. 1, concl. Chevallier, note Fongaro ; JCP 2012. 1368, note L. Perreau-Saussine. V. de manière générale, sur ces dispositions impératives, L. d'Avout, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Biens*, n° 32.

<sup>909</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *thèse préc.*, spéc., n° 291 ; n° 371 et Rép. int. Dalloz *préc.*, n° 30 et s. ; B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 838, p. 745 ; D. Holleaux, J. Foyer et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, 1987, Masson, n° 1441, p. 619, qui ont pu dire que « les règles régissant le statut réel présentent souvent les caractères de lois d'application immédiate : elle comporte nécessairement de nombreuses règles de police », et ajoutent « sinon même [un caractère] de droit public ».

<sup>910</sup> V. en ce sens, déclarant qu'« après les lois de police traitées en son alinéa premier, l'alinéa 2 (art. 3 du Code civil), les visait génériquement », L. d'Avout, Rép. int. Dalloz, V° *Biens*, n° 3.

<sup>911</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 94, p. 135, qui voit dans cette règle, une règle fondée sur un rattachement finaliste dicté par « la teneur impérative du droit interne ».

<sup>912</sup> V. sur l'évolution de la méthode utilisée pour faire respecter les impérativités substantielles du *situs*, L. Perreau-Saussine, en particulier, n° 367 et s. ; H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, n° 105, p. 232 ; M.-C. Lambertye-Autrard, *La distinction des meubles et des immeubles en droit international privé*, Pedone, Paris, 2001, p. 178 ; Y. Loussouarn, « L'évolution de la règle de conflit », TCFDIP 1988, journée commémorative du cinquantième, p. 59 et s.

<sup>913</sup> Il en sera ainsi, en particulier, lorsqu'elles interviennent pour assurer la protection « du consommateur immobilier ». En matière d'opérations de *timeshare*, sur le fondement de la directive n° 2008/122 du Parlement européen et du Conseil du 14 janvier 2008 (transposée aux art. L. 121-60 à L. 121-76 du Code de la consommation), dont l'art. 9 énonce que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que, quelle que soit la loi applicable, l'acquéreur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive, si le bien immobilier est situé sur le territoire d'un État membre ».

<sup>914</sup> V. dans les instruments européens, les art. 11§1 et 11§5 du règlement Rome I (il est prévu, en effet, que la loi applicable, en l'absence de choix des parties, pour les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble, est soumise aux règles de forme de la loi du pays où l'immeuble est situé), ou encore, par exemple, l'art. 4.1 c) du règlement, qui,

Le statut réel immobilier apparaît ainsi très globalement comme un domaine de corrélation des impérativités juridictionnelle et substantielle, caractérisé par un maintien impératif de la compétence des tribunaux français dans les hypothèses où les lois de police ont vocation à s'appliquer, et assure ainsi leur respect absolu.

Une même constatation peut être faite à propos des autres chefs de compétence exclusifs qui sont consacrés.

## 2- Autres chefs de compétence exclusifs

**238.** Les règles de compétence exclusive établies dans des hypothèses de mise en cause d'un service public consacrent une coïncidence systématique des compétences juridictionnelle et législative (a). Correspondant à des cas d'intervention *massive* de dispositions substantielles impératives, elles assurent parallèlement leur respect absolu dans les rapports internationaux (b).

### a) Coïncidence systématique des compétences juridictionnelle et législative

**239.** La mise en cause de la souveraineté étatique dans le domaine du contentieux de l'exécution forcée<sup>915</sup> et le monopole qui en résulte quant à l'exercice de la contrainte matérielle<sup>916</sup> ont conduit à la reconnaissance d'une compétence exclusive incontestée des tribunaux du lieu d'exécution de la mesure. Elle repose sur l'idée que le pouvoir de coercition ne peut être exercé sur un territoire étatique que sur ordre de l'autorité de cet État. Il est ainsi admis, concernant le déroulement et la réalisation de la mesure d'exécution, que le juge français est exclusivement compétent chaque fois que celle-ci est exécutée en France, et que cette compétence ne peut être écartée par la volonté des parties<sup>917</sup>, chaque fois que les biens saisis ou à saisir se trouvent sur le territoire français<sup>918</sup>. La solution est constante en

---

en matière de contrats portant sur un droit réel immobilier ou les contrats de baux de longue durée, prévoit que la *lex rei sitae* est applicable à défaut de choix des parties. Sont révélateurs également, à cet égard, l'art. 1 § 2i) et les points 18 et 19 du préambule du règlement, qui excluent de son champ d'application l'inscription dans un registre de droits immobiliers.

<sup>915</sup> Pour une étude d'ensemble, V. G. Couchez, « Les incidences de la réforme des voies d'exécution sur le droit international privé », TCFDIP 1996-1997, p. 123 s ; G. Cuniberti, *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, 2000 ; V. Delaporte, « Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé », TCFDIP 1987-1988, p. 147 s ; Ph. Théry, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Voies d'exécution*.

<sup>916</sup> V. sur cette question, Ph. Théry, *préc.*, n° 10 et s.

<sup>917</sup> V. CA Versailles, 13 mai 1986, Dalloz 1987. Somm. 348, obs. B. Audit.

<sup>918</sup> V. sur ce point, outre les références citées *supra*, Ph. Théry, « Procédures civiles d'exécution et droit international privé », LPA 1999, n° 254, p. 50 et s. ; G. Cuniberti, « Le principe de territorialité des voies d'exécution », *Clunet* 2008, p. 963 et s. ; H. Batiffol et P. Lagarde, *Droit international privé*, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., 1993, LGDJ. n° 674 ; Ph. Théry, *art. préc.*, n° 9 et s. ; P. de Vareilles-Sommières, « La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires », RCDIP 1996, p. 397 et s.

jurisprudence<sup>919</sup> et consacrée en droit européen<sup>920</sup>. Elle apparaît évidente pour le contentieux de la réalisation de la mesure d'exécution<sup>921</sup>, et s'étend aux incidents relatifs au déroulement procédural de la mesure. Il en est déduit, par réciprocité, un principe d'abstention des tribunaux français vis-à-vis des voies d'exécution pratiquées à l'étranger, qui conduit les tribunaux français à s'estimer invariablement incompétents pour accomplir de tels actes en territoire étranger<sup>922</sup>.

Cette compétence juridictionnelle exclusive se double d'une compétence absolue de la loi locale, laquelle revendique unilatéralement son application pour les mesures pratiquées sur le territoire de l'État dont elle émane<sup>923</sup>. La solution résulte du fait que la mise en œuvre de la mesure d'exécution met en cause le fonctionnement d'un service public et repose sur l'idée que l'activité d'un service public ne peut fonctionner que selon la loi qui l'institue. La matière apparaît ainsi gouvernée par une territorialité transversale absolue qui se traduit par un traitement conjoint des compétences législative et juridictionnelle, généralement justifié par le respect du *principe de souveraineté*<sup>924</sup> et sous l'angle de considérations pratiques<sup>925</sup>.

---

<sup>919</sup> V. not., Cass. Civ., 12 mai 1931, *Cie française de navigation Cyprien Fabre*, Clunet 1931, p. 382, note Perroud ; DP 1933, I, p. 60, note Silz ; S. 1932.I.137, rapp. Casteil ; Clunet 1932, p. 387, note Perroud.

<sup>920</sup> V. art. 24.5 du règlement Bruxelles I bis, repris de l'art. 22.5 du règlement Bruxelles I, et sur sa mise en œuvre, not., CJCE 26 mars 1992, Aff. C-261/90, Rec. I. 2149, *Reichert*, RCDIP 1992, p. 714, note B. Ancel ; Clunet 1993, 461, note A. Huet, points 26 et 27, qui énonce que « le motif essentiel de la compétence exclusive des tribunaux du lieu d'exécution du jugement est qu'il n'appartient qu'aux tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel l'exécution forcée est requise d'appliquer les règles concernant l'action, sur ce territoire des autorités chargées de l'exécution forcée [...] ». Cette règle de compétence exclusive fait l'objet d'une interprétation restrictive de la part de la Cour de justice et ne fait pas obstacle à ce qu'un État membre autorise une saisie s'étendant à des biens se trouvant sur un État membre étranger. V. not. CJCE, 27 mars 1979, Aff. C-143/78, *De Clavel I*, Dalloz I.R., p. 451 ; Clunet 1979, p. 681, obs. A. Huet ; RCDIP 1980, p. 614, note G. A. L. Droz ; CJCE, 21 mai 1980, Aff. C-125/79, *Denilauer*, Rec. 1553, p. 1533, concl. Mayrs ; Clunet 1980, p. 939, obs. A. Huet ; RCDIP 1980, p. 787, note M. Mezger ; Gaz. Pal. 1980, 2, 657, note Mauro ; Dalloz 1981, I.R., p. 158.

<sup>921</sup> V. B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 621. Elle est cependant écartée concernant le contentieux relatif à l'existence de la créance invoquée. En droit français, il avait été admis que la compétence des juridictions françaises du lieu d'exécution pouvait être étendue pour statuer sur le fond du litige lorsque le débiteur était domicilié à l'étranger et qu'aucun autre chef de compétence ne désignait les tribunaux français, V., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 novembre 1979, *Nassibian*, Clunet 1980, p. 95, rapp. A. Ponsard ; RCDIP 1980, p. 588, note G. Couchez ; GA, n° 59-60. Cette extension a par la suite été condamnée. V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janvier 1995, *Sté COBENAM*, JCP. II. 2430, note H. Muir Watt ; RCDIP 1996, p. 113, note Y. Lequette ; Cass. Com., 21 octobre 1997, RCDIP 1998, p. 319, note S. Poillot-Peruzzetto ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 avril 2010, RCDIP 2010, p. 510, note Marchadier ; Dr. et proc. 2010, p. 234, note E. Guinchard ; Dalloz 2010, p. 1087, obs. Avena-Robardet ; Dalloz 2011, Pan. 1379, obs. Jault-Seseke ; Dalloz 2011, Pan. 1512, obs. Leborgne. Dans le cadre de l'application du droit européen, la Cour de justice a également retenu cette conception restrictive, V. CJCE, 4 juillet 1985, Aff. C-220/84, *A. S. Autoteile c/ Malhé*, Clunet 1986, p. 449, note A. Huet ; RCDIP 1986, p. 147, note Mezger.

<sup>922</sup> V. not. Cass. Civ., 12 mai 1931, *préc.* ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1976 et 11 mai 1976, RCDIP 1977, p. 352, 1<sup>re</sup> esp., note D. Mayer ; Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 29 février 1984, RCDIP 1985, p. 545, note A. Sinay-Cytermann, et retenant une approche extensive de cette incompétence, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 avril 2010, JCP G 2010, p. 471, obs. A. Devers ; Dalloz 2010, p. 1087, obs. V. Avena-Robardet ; Dr. et Procédures, 2010, p. 234, obs. E. Guinchard ; RCDIP 2010, p. 510, note F. Marchadier.

<sup>923</sup> V. en ce sens, Cass. Civ., 12 mai 1931, *préc.*, où il est énoncé que « les voies d'exécution, dans chaque pays, relèvent expressément du droit interne de ce pays, sans qu'il y ait lieu à considérer la nationalité de la partie qui les a requises ou qui les subit, dès lors que leur application est restreinte au territoire de la juridiction qui les a ordonnées ».

<sup>924</sup> V. en ce sens, d'une manière particulièrement nette, Cass. Civ., 12 mai 1931, *préc.*, où la Cour a déclaré que « les tribunaux français ne peuvent, sans porter atteinte au principe de l'indépendance et de la souveraineté respective des États, connaître d'une demande en nullité ou en mainlevée d'une saisie-arrêt pratiquée, en pays étranger, entre les mains d'un tiers saisi étranger ».

<sup>925</sup> V. en particulier, en ce sens, P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », RCDIP 1979, I, p. 12 et II, p. 374 ; Ph. Théry, « *Judex Gladii* (Des juges et de la contrainte en territoire français) », in *Mélanges Perrot*, 1996, p. 477 ; D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 201 et s., B. Ancel, note sous CA Lyon, 19 avril 1977, RCDIP 1979, p. 788 et s.



**240.** Cette même conception unitaire des compétences juridictionnelle et législative est également sous-jacente aux chefs de compétence juridictionnelle exclusifs retenus pour les litiges mettant en cause un service public proprement dit. Elle fonde la compétence de l'ordre juridique auquel le service public appartient.

En droit européen, une règle de compétence exclusive est ainsi consacrée pour les litiges mettant en cause la validité des inscriptions portées sur les registres publics, au profit des juridictions de l'État sur lequel ils sont tenus<sup>926</sup>. De même, les juridictions françaises s'estiment exclusivement compétentes pour statuer sur les demandes de modification ou de rectification d'un acte d'état civil dressé en France, même s'agissant de ressortissants étrangers, ainsi que des actes civils dressés à l'étranger par des agents consulaires ou diplomatiques français<sup>927</sup>. Réciproquement, l'idée que l'État ne doit pas porter atteinte à la souveraineté étrangère en s'immisçant dans le fonctionnement de ses services publics ou en exerçant un contrôle sur ses activités<sup>928</sup> conduit les tribunaux français à s'estimer absolument incompétents pour annuler ou rectifier des actes de l'état civil dressés à l'étranger par une autorité étrangère, même s'ils concernent des Français ou des étrangers résidant en France<sup>929</sup>.

**241.** La mise en cause des services publics étatiques est également assez généralement invoquée pour justifier la compétence exclusive des tribunaux français pour les litiges relatifs aux actions en nullité ou en validité de brevets<sup>930</sup> ou de marques<sup>931</sup>, déposés ou enregistrés en France. Une compétence analogue est également consacrée au niveau européen<sup>932</sup>. Il en est

---

<sup>926</sup> V. art. 24.3 du règlement Bruxelles I bis ( reprenant art. 22.3 régl. B I). S'étendant à l'ensemble des registres publics (à l'exception des registres relatifs aux droits de propriété industrielle, couverts par un autre chef de compétence exclusive), la mise en œuvre de cette compétence exclusive conduit en quelque sorte à *étendre* l'application du règlement à des branches du droit qui en sont en principe exclues, notamment concernant les registres de l'état civil. V. sur cette règle de compétence, L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160 : *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale, Compétence. Règles de compétence exclusives. Article 24 du règlement (UE) n° 1215/2012*, n° 59 et s.

<sup>927</sup> V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 1901, S. 1902. 1 181, note Audinet ; DP 1902. 1. 9, note Guénée ; Clunet 1901, p. 571 ; CA Paris, 2 avril 1998, Dalloz 1998, p. 137 ; RTD civ., 1998, p. 651, obs. J. Hauser ; LPA 15 mars 1999, n° 52, p. 15, note J. Massip.

<sup>928</sup> V. sur ce point, P. Mayer, *art. préc.*, RCDIP 1979, p. 374, et estimant que l'abstention du juge français à l'égard des services publics étrangers est la traduction, non pas de son incompétence, mais de son défaut de pouvoir juridictionnel, Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, Étude de droit international privé, Thèse Paris II, 1981*, n° 166, 171 et s., 223 et s.

<sup>929</sup> V. not. TGI Paris, 1<sup>er</sup> octobre 1976, RCDIP 1977, p. 535, note A. Huet ; Clunet 1977, p. 879, obs. Ph. Kahn ; CA Paris, 17 octobre 1990, Dalloz 1990, inf. rapp., p. 274, RCDIP 1991 p. 400, note P.-Y. Gauthier ; Clunet 1991, p. 279, note A. Huet ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 2001, JCP G IV, n° 1917, Dalloz 2001, inf. rapp., p. 1590 ; RCDIP 2001, p. 697, note H. Muir Watt.

<sup>930</sup> V. not. écartant pour cette raison l'application des dispositions de la Convention franco-belge du 8 juillet 1899 et de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869, Cass. Civ., 21 janvier 1936, RCDIP 1936, p. 510, note J.-P. Niboyet ; S. 1937, 1, p. 81, note J.-P. Niboyet ; Gaz. Pal., 1936, 1, p. 445 ; et sur l'arrêt, J.-J. Abrahams, « Convention de compétence et ordre public international », Clunet 1964, p. 541 et s.

<sup>931</sup> V. not. T. civ. Seine, 5 mars 1892, Clunet 1892, p. 688 ; CA Paris, 2 août 1893, Clunet, 1893, p.1174.

<sup>932</sup> V. art. 24.4, du règlement Bruxelles I bis. Des textes internationaux viennent néanmoins apporter des dérogations à la mise en œuvre de ce chef de compétence exclusive. Il en est ainsi, par exemple, du règlement (UE) n° 1257/2012 *relatif au brevet unitaire européen* (JOUE 31 décembre 2012, qui met en place une juridiction centralisant le contentieux des brevets européens). V. L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160, *préc.*, n° 62 et s. Il est admis que cette compétence doit faire l'objet



corrélativement déduit leur incompétence pour statuer sur la validité d'un brevet délivré par les autorités étrangères<sup>933</sup> ou d'une marque enregistrée devant elles<sup>934</sup>.

La solution reposerait sur l'idée que, dès lors que les brevets ou les marques sont délivrés ou enregistrés par un service public, l'appréciation de ces questions intéresserait le fonctionnement de ce service et relèverait donc de la compétence exclusive de cet État<sup>935</sup>. Le caractère absolu de ce chef de compétence exclusif, cependant, a pu être mis en doute<sup>936</sup>. Il est d'ailleurs parfois considéré que certaines questions relevant en principe de cette compétence exclusive, mises en cause à titre incident, pourraient néanmoins être réglées par d'autres tribunaux<sup>937</sup>. Elle fait pourtant l'objet, même en droit européen, d'une « interprétation amplifiante »<sup>938</sup> et doit jouer même concernant des litiges portant principalement sur des questions qui n'entreraient pas dans son champ d'application. La Cour a en effet donné une portée maximale à cette compétence exclusive, en jugeant que cette règle de compétence exclusive devait trouver application « quel que soit le cadre procédural dans lequel la question de la validité d'un brevet est soulevée, que ce soit par voie d'action ou par voie d'exception, lors de l'introduction de l'instance ou à un stade plus avancé de celle-ci »<sup>939</sup>. Bien que très critiquée<sup>940</sup>, la solution a été consacrée par le règlement Bruxelles I bis.

Sur le plan du droit substantiel, le principe de territorialité conduit à conférer compétence à la loi de l'ordre juridique français du lieu où le droit est concédé et dont la protection est réclamée<sup>941</sup>. Il en résulte qu'une coïncidence systématique des compétences

---

d'une interprétation restrictive, V., not., CJCE, 15 novembre 1983, Aff. C-288/82, *Duijstee c/ Goderbauer*, point 24, et la note de G. Bonet, RCDIP 1984, p. 361 ; PIBD, 1984, III, p. 57.

<sup>933</sup> V. not. Cass. Req., 1<sup>er</sup> juin 1875, *Clunet* 1876, p. 356 ; CA Lyon, 8 avril 1908, *Clunet* 1909, p. 456, note J. P.

<sup>934</sup> T. Civ. Lille, 17 février 1883, *Clunet* 1883, p. 399. V. également, Cass. Crim., 19 juin 2007, *Clunet* 2007, p. 1229, note S. Jarvin, C. Muyl et A. Nicaud.

<sup>935</sup> V. en ce sens, not. P. Lagarde, *Application de la Convention d'exécution aux actions en contrefaçon de brevets nationaux*, PIBD 9/1974, p. 41 ; H. Batiffol et P. Lagarde, *ouvrage préc.*, n° 674-1.

<sup>936</sup> V. considérant que cette justification n'est réellement satisfaisante que dans la mesure où la condition prétendue irrégulière a fait l'objet, de la part de l'administration qui a délivré le brevet, d'un véritable examen préalable, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 415 ; A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-21, n° 56. Et V. également, considérant que l'État n'éprouve aucun intérêt particulier à la sauvegarde de ces droits, A. Tröller, *Rapp. Individuel pour la Suisse*, Annuaire AIPPI, 1957, p. 262, et concernant le contentieux de l'*exequatur*, D. Holleaux, *thèse préc.*, p. 352, qui doute « qu'un jugement étranger (...) relatif à des questions de validité d'un brevet français soit, malgré le rôle des pouvoirs publics en cette matière, un attentat intolérable contre les prérogatives françaises ».

<sup>937</sup> V. not. en ce sens, J.-J. Abrahams, *art. préc.*, p. 543.

<sup>938</sup> L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160 : *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale, Compétence. Règles de compétence exclusives. Article 24 du règlement (UE) n° 1215/2012*, n° 66.

<sup>939</sup> V. CJCE, 13 juillet 2006, Aff. C-4/03, *GAT c/ LuK*, RCDIP 2006 p. 777, chron. M. Wilderspin ; RTD eur. 2007, p. 679, obs. Schmidt-Szalewski ; CCE 2007, étude 10, chron. M.-E. Ancel. V. sur la solution contraire consacrée en matière d'arbitrage, CA Paris, 28 février 2008, *préc.*, *supra* note 142.

<sup>940</sup> V. not. M. Wilderspin, *chron. préc.* ; M.-E. Ancel, *chron. préc.* ; A.-C. Chiariny-Daudet, *Quand les magistrats de la CJCE interprètent strictement les textes clés du contentieux sur portefeuille de brevets*, Prop. industr. 2007, étude 3. La principale critique invoquée est notamment qu'elle risque d'induire une dispersion du contentieux.

<sup>941</sup> V. not. affirmant nettement cette solution, mais la solution ne semble souffrir aucune exception en droit positif, CA Paris, 28 avril 1976, *Dalloz* 1977, p. 511, note Mousseron ; PIBD 1976, III, p. 4168. La Cour affirme que « les différends relatifs aux brevets d'invention français, demandés sous priorité étrangère, relèvent de la loi française et, comme les autres brevets, déposés pour la première fois en France, ils sont régis par la loi française ». V. également, Cass. Com., 15 mars 1966, *Clunet*

juridictionnelle et législative, généralement justifiée sous l'angle du *principe de souveraineté*<sup>942</sup>, se trouve consacrée en la matière.

**242.** De manière plus contestable, enfin, le chef de compétence juridictionnelle exclusive reconnue dans le cadre des contentieux relatifs à l'existence même d'une société et à la validité de ses délibérations, a pu être justifié sous l'angle de la mise en cause d'un service public, dès lors que ces actes supposent généralement des inscriptions ou des modifications sur les registres publics<sup>943</sup>. Le droit français confère ainsi une compétence exclusive aux juridictions françaises du lieu du siège social de la société pour les litiges relatifs à la validité de leur constitution et à leur disparition résultant d'une dissolution-liquidation, qui sont susceptibles d'induire une transcription éventuelle sur un registre public de l'État français<sup>944</sup>. Ce chef de compétence exclusif, assez contesté<sup>945</sup>, est également consacré au niveau européen<sup>946</sup>. Dans ce cadre, néanmoins, outre que sa mise en œuvre peut susciter des difficultés<sup>947</sup>, il voit également son champ d'application limité aux litiges ayant pour objet principal la validité d'une décision d'un organe de la société<sup>948</sup>.

D'un autre côté, la compétence de la loi française du lieu du siège social de la société en France est également désignée par une règle bilatéralisée<sup>949</sup>. Elle s'applique de manière générale, et en principe exclusive, à toute société ayant son siège en France, pour sa

---

1966, p. 622, note A. Le Tarnec. L'art. 8 du règlement Rome II, d'ailleurs, confirme cette solution à l'égard des actions en contrefaçon. V. sur cette question, J. Derruppé, Rép. dr. int., V° *Propriété industrielle*.

<sup>942</sup> V. not. en ce sens, mais cet argument de souveraineté ressort de la grande majorité des arrêts rendus en la matière, CA Limoges, 22 décembre 1936, sur renvoi après Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 janvier 1936, *préc.*, qui affirme que le brevet est un « acte de gouvernement » ; P. Lagarde, « Application de la Convention d'exécution aux actions en contrefaçon de brevets nationaux » PIBD 9/1974, p. 41.

<sup>943</sup> V. contestant l'existence d'une telle justification liée à la mise en cause de la souveraineté et considérant qu'elle est justifiée par des considérations pratiques et de sécurité juridique, not. L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160, *préc.*, n° 53 et s., spéc., n° 54.

<sup>944</sup> V. sur ce point, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1057, p. 934. Cette même compétence juridictionnelle des tribunaux français est également consacrée comme chef de compétence ordinaire ayant un caractère concurrent, sur le fondement du domicile de la personne morale, au titre de l'art. 42 du CPC. Il en est ainsi, dès lors que le domicile de cette personne est entendu, au sens de l'art. 43 du CPC, comme le lieu de son établissement, lequel est réputé fixé au lieu du siège statutaire.

<sup>945</sup> V. not. D. P. F. Arroyo, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI 2006, t. 323, p. 9 et s., n° 88, qui déclare que « l'argument est moins assis sur des considérations politiques que sur des raisons pratiques ».

<sup>946</sup> V. art. 24.2 règl. B I bis, reprenant art. 22.2 règl. B I. Cette compétence est également interprétée de manière restrictive. V. récemment, en ce sens, CJUE, 23 octobre 2014, Aff. C-302/13, *fly LAL-Lithuanian Airlines AS*, Europe 2014, comm. 560, obs. L. Idot.

<sup>947</sup> Il en est ainsi à la fois concernant la délimitation de son champ d'application et la divergence de critères de compétence retenus par les États membres sur ce point. V. sur cette question et les conflits de compétences exclusives susceptibles d'en résulter, *infra*, n° 516.

<sup>948</sup> V. CJUE, 12 mai 2011, Aff. C-144/10, *BVG Verkehrsbetriebe c/ JP Morgan Chase Bank NA*, RCDIP 2011, p. 922, note E. Treppoz ; Dalloz 2011, act. jurispr. p. 1425, pan. p. 2437, obs. S. Bollée ; RTD com. 2011, p. 814, obs. A. Marmisse-d'Abadie d'Arrast ; Dalloz 2012, pan. p. 1236, obs. F. Jault-Seske ; RJ com. 2012, n° 3, p. 32, obs. M.-E. Ancel.

<sup>949</sup> Art. 1837 du Code civil (repenant art. L. 210-3 C. com.). Cet article a fait néanmoins l'objet d'une bilatéralisation de la part de la jurisprudence, voir, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 avril 1972, RCDIP 1972, p. 672, note P. Lagarde ; Cass. com., 21 décembre 1987, *Soc. Viuda de José Tolra*, JCP 1988, 21113, concl. Montagnier ; Rev. soc., 1988, p. 398, note H. Synvet ; RCDIP 1989, p. 344, note Jobard-Bachelier, et le renvoi est admis en la matière (V. CA Paris, 3 octobre 1984, RCDIP 1985, p. 525, note H. Synvet ; Clunet 1986, p.156, note B. Goldman).

constitution, sa gestion et la disparition de sa personnalité juridique. La mise en œuvre des règles de compétences conduit ainsi, en principe, à consacrer une coïncidence des compétences dans toutes les hypothèses couvertes par la juridiction exclusive de l'ordre juridique français.

Ces différentes hypothèses de coïncidence de compétence juridictionnelle et législative, compte tenu de la nature du droit applicable au fond du litige, doivent être interprétées comme des hypothèses de *forum legis* fondées sur l'application des lois de police et assurent ainsi leur application absolue.

### b) Hypothèses d'intervention massive d'impérativités substantielles

**243.** Si la coïncidence des compétences législative et juridictionnelle établie dans les hypothèses couvertes par ces chefs de compétence exclusifs est unanimement reconnue<sup>950</sup>, les raisons profondes de cette corrélation n'apparaissent qu'assez rarement explicitées, du fait du caractère *évident* de ces solutions. Le consensus établi sur ce point, au niveau français et européen, conduit en effet bien souvent les tribunaux à envisager directement la compétence de l'ordre juridique français ou de l'État membre désigné de manière *globale*. Cette conception unitaire est envisagée comme une simple conséquence de la mise en cause d'une activité étatique imposant une liaison rigide des compétences législative et juridictionnelle<sup>951</sup>. Corrélativement, les raisons autonomes susceptibles d'avoir conduit à la consécration des solutions sur les plans juridictionnels et législatifs ne sont pas identifiées. Le *principe de souveraineté*<sup>952</sup>, conjointement avec des justifications d'ordre pratique relatives à *l'efficacité future du jugement obtenu*<sup>953</sup>, est généralement invoqué à la fois pour fonder directement la compétence globale de l'ordre juridique désigné et justifier l'abstention des autres ordres juridiques.

**244.** Sur le plan de la compétence législative, l'application des dispositions désignées, admise la plupart du temps sur un mode bilatéral et établie par la voie conflictuelle classique, est alors en principe envisagée comme une *nécessité* reposant sur le principe de soumission de

---

<sup>950</sup> V. not. en ce sens, concernant les chefs de compétence exclusifs institués au niveau européen, G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Dalloz Bibl. dr. int. pr., vol. XIII, 1972, n° 137 ; H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd. 2015, n° 98 ; B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 70, § 13.

<sup>951</sup> V. en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 97.

<sup>952</sup> V. en ce sens, not. mais ce fondement est, à des degrés variables, unanimement admis, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 614 ; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 10<sup>e</sup> éd. 2013, n° 766, p. 775 ; L. Usunier, *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 584-160, *préc.*, n° 3.

<sup>953</sup> V. sur cet argument, not. *infra*, n° 592.

l'activité des autorités publiques à la loi de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Elle découlerait, ainsi, de la règle *actor regit actum*. Il semble néanmoins possible de reconnaître que l'application des dispositions considérées pourrait être justifiée par des considérations d'*opportunité*, si l'on admet que « le principe de soumission de l'activité des autorités publiques à la loi de l'État qui les a instituées n'est pas imposé par absolue nécessité, dès lors que l'État en question pourrait très bien ordonner à ses organes d'agir ponctuellement conformément à une loi étrangère »<sup>954</sup>.

Au-delà de l'intervention de l'autorité publique de l'État, l'application imposée de ces règles semble donc en réalité surtout reposer sur une volonté de l'État concerné. Celui-ci, pour des considérations d'opportunité tenant à la mise en cause d'un intérêt général et éventuellement de l'ordre public économique, souhaiterait en voir systématiquement assurer l'application dans tous les rapports internationaux. Dans leur diversité, les dispositions applicables, de nature de droit privé ou public<sup>955</sup>, apparaissent ainsi majoritairement comme des dispositions d'ordre public revendiquant unilatéralement leur application territoriale impérative<sup>956</sup> à la manière de lois de police, dont le nombre et la systématisme du rattachement auraient autorisé l'emploi d'une formule bilatérale de désignation<sup>957</sup>.

**245.** Ce faisant, ces chefs de compétence exclusive apparaissent comme des hypothèses de *forum legis* fondés sur l'applicabilité des impérativités substantielles intervenant massivement et permettent ainsi d'assurer leur application effective dans les rapports internationaux. Ils sembleraient ainsi pouvoir être interprétés comme des hypothèses dans lesquelles un lien particulièrement fort existerait entre le litige et la souveraineté étatique, dès lors que celle-ci serait mise en cause de manière autonome à la fois sur les plans juridictionnel et législatif<sup>958</sup>.

---

<sup>954</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 169, p. 235.

<sup>955</sup> À cet égard, une distinction semble néanmoins devoir être opérée entre les compétences exclusives consacrées. Si les dispositions applicables concernant le contentieux de l'exécution forcée et dans les litiges en matière d'actes d'état civil et de propriété intellectuelle, parce qu'ils semblent réellement mettre en cause un service public, relèvent ou se rapprochent étroitement du droit public, celle consacrée en matière de société semble en revanche plutôt rattachée au droit privé. La mise en cause d'une autorité publique dans ce cadre est moins systématique et directe. L'application unilatéralement revendiquée de la loi française du siège social se trouve d'ailleurs assez largement concurrencée par l'applicabilité d'autres lois de police. V. doutant du rattachement de cette compétence exclusive au *principe de souveraineté*, L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160, *préc.*, n° 3, et sur ce point, *infra*, n° 423 et s.

<sup>956</sup> V. not. concernant les règles applicables au contentieux portant sur la nullité des brevets d'invention, Cass. Civ., 21 janvier 1936, RCDIP 1936, p. 510, note J.-P. Niboyet ; S. 1937, 1, p. 81, note J.-P. Niboyet ; CA Paris, 17 décembre 1969, Clunet 1971, p. 99, note A. Françon, qui font référence au fait que ces demandes « intéressent l'ordre public français » ou mettent en cause des lois de police et d'ordre public essentiellement territoriales. Et en ce sens, not. J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé*, S. 1949-1950, t. VI, n° 1834, 1859, 1880 ; A. Françon, note, Clunet 1971, p. 107 ; F. Pollaud-Dulian, *Propriété industrielle*, Economica, 2010, n° 1982 ; B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 854, p. 759 ; V. également, concernant les dispositions françaises fixant les cas dans lesquels les actes de l'état civil doivent être établis, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 674, p. 592-593.

<sup>957</sup> V. sur la consécration d'un tel procédé de bilatéralisation des lois de police dans le cadre européen, concernant les contrats de consommation et les contrats de travail, *infra*, n° 307 et s.

<sup>958</sup> V. sur ce point, *infra*, n° 423 et s.



## **B) Compétences impératives dans les matières extrapatrimoniales**

**246.** L'exclusion systématique des clauses de prorogation dans les matières extrapatrimoniales est unanimement admise et conduit à consacrer un domaine général de compétence juridictionnelle impérative (1). Les lois de police applicables dans ce cadre apparaissent dès lors généralement préservées grâce à la corrélation établie des impérativités substantielles et juridictionnelles (2).

### 1-Exclusion généralisée des clauses de prorogation de for

**247.** Il est admis, dans les matières mettant en cause des droits extrapatrimoniaux, que les parties ne peuvent déroger à la compétence des juridictions du for, ni en désignant un juge étranger (a), ni en désignant un arbitre (b).

#### a) Illicéité des clauses attributives de juridiction

**248.** L'illicéité des clauses attributives de juridiction est unanimement admise<sup>959</sup> dans les matières mettant en cause des droits extrapatrimoniaux<sup>960</sup>, du fait du caractère indisponible des droits mis en cause. Il est traditionnellement considéré, en effet, que ces droits sont exclus du commerce juridique, et que leur titulaire ne peut, pour cette raison, ni les aliéner ni y renoncer<sup>961</sup>. Il en découlerait, corrélativement, un rattachement de ces matières à l'intérêt public, et une mise en cause de l'ordre public politique, visant à assurer la protection de l'État, de la famille et de la morale<sup>962</sup>. La permanence du caractère indisponible des matières extrapatrimoniales résulterait ainsi de « la primauté de certains groupements (l'État et la famille) sur l'individu »<sup>963</sup> et de la volonté étatique de privilégier le respect de l'intérêt général. Constituant des actes de disposition<sup>964</sup>, les clauses attributives de juridiction sont dès lors très logiquement exclues en ces matières, qui sont globalement soustraites du domaine des actes juridiques<sup>965</sup>. Leur mise à l'écart semble apparaître comme l'expression d'un ordre

---

<sup>959</sup> V. not. A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-41 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Clauses attributives de juridiction*, n° 22 et les références citées. Le principe, cependant, est si unanimement admis qu'il est généralement rappelé brièvement sans plus d'explications.

<sup>960</sup> V. pour une vue d'ensemble sur la question, B. Fauvarque-Cosson, *Règle de conflit et libre disposition des droits*, 1996, Bibl. dr. pr., LGDJ, 1996, t. 272.

<sup>961</sup> V. B. Fauvarque-Cosson, *thèse préc.*, n° 92 et s., p. 57 et s.

<sup>962</sup> V. en ce sens, B. Fauvarque-Cosson, *thèse préc.*, n° 195, p. 117-118.

<sup>963</sup> V. B. Fauvarque-Cosson, *thèse préc.*, n° 195, p. 117-118

<sup>964</sup> Le *Vocabulaire Juridique Capitain* définit l'acte de disposition comme « une opération grave qui entame ou engage un patrimoine, pour le présent ou l'avenir, dans ses capitaux ou sa substance [...] », G. Cornu, Association Henri Capitant, *Vocabulaire Juridique, V° Acte de disposition*, PUF, coll. « Quadrige », 9<sup>e</sup> éd., 2011.

<sup>965</sup> V. B. Fauvarque-Cosson, *thèse préc.*, n° 93.

public juridictionnel, prenant le *relais* de l'ordre public substantiel. Il viserait à assurer le respect des droits mis en cause, susceptibles d'être atteints du fait de l'expatriation du contentieux devant une autorité juridictionnelle étrangère.

La solution a principalement vocation à s'appliquer vis-à-vis des questions relevant du statut personnel, qui revêtent globalement une nature indisponible<sup>966</sup>. Il est unanimement reconnu que ces clauses sont par principe illicites en matière d'état et de capacité des personnes<sup>967</sup>, et les tribunaux français reconnaissent généralement leur compétence juridictionnelle impérative dans ce cadre, lorsqu'elle est fondée sur les chefs de compétence territoriale ordinaires<sup>968</sup>. La solution est cependant écartée à l'égard des articles 14 et 15 du Code civil, qui sont à la fois facultatifs<sup>969</sup> et non exclusifs<sup>970</sup>, même pour les litiges portant sur l'état et la capacité des personnes. La compétence impérative des tribunaux français est donc reconnue, malgré une jurisprudence peu abondante, pour les litiges relatifs aux relations de famille, tels la filiation ou le mariage, et concernant les questions d'individualisation juridique d'une personne, comme l'âge, le sexe ou le prénom notamment<sup>971</sup>. La solution a d'ailleurs été nettement affirmée en matière de divorce<sup>972</sup>, concernant la compétence fondée sur l'article 1070 du CPC<sup>973</sup>.

---

<sup>966</sup> V. en ce sens, mais le principe est unanimement admis, J. Lemontey, *Intervention*, in Table ronde sur le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988, TCFDIP 1990-1991, p. 32, qui voit le statut personnel comme « le bastion de l'indisponibilité ».

<sup>967</sup> V. sur ce point, H. Gaudemet-Tallon, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 1985, RCDIP 1986, p. 537 et s., spéc., p. 545 ; Rép. dr. int. Dalloz, V<sup>o</sup> *Compétence internationale : matière civile et commerciale*, n<sup>o</sup> 104 ; « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », in *Mélanges G. Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 531 et s., p. 551 ; A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-41, *préc.*, n<sup>o</sup> 22 ; B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP*, n<sup>o</sup> 72-9 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n<sup>o</sup> 304 ; B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n<sup>o</sup> 455, p. 405. Ce domaine est d'ailleurs exclu du champ d'application de la convention de La Haye du 30 octobre 2005 sur les clauses d'élection de for (art. 2.2 a).

<sup>968</sup> Il en sera ainsi concernant les chefs de compétence territoriaux fondés sur l'art. 42 du CPC ou les chefs de compétence spécifiques, tel celui prévu en matière de divorce (v. art. 1070 CPC).

<sup>969</sup> Il est admis en effet que les clauses désignant un tribunal étranger qui y dérogent sont donc licites et emportent renonciation au bénéfice de ces articles. V. not. concernant l'art. 14 CC, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1963, RCDIP 1964, p. 340, note Y. Loussouarn ; Clunet 1964, p. 113, note Sialelli ; RTD civ. 1963, p. 795, obs. Hébraud et Raynaud ; Rép. Commaille 1963, p. 636, note G. A. L. Droz, et pour l'art. 15, Cass. Com., 9 octobre 1967, Clunet 1968, p. 918, note Bredin ; RTD com. 1969, p. 378, note Y. Loussouarn.

<sup>970</sup> Pour l'art. 15, V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *Prieur, GA*, n<sup>o</sup> 87 ; Dalloz 2006, p. 1846, chron. B. Audit ; JCP 2006. II. 10134, note Callé ; LPA n<sup>o</sup> 190, 22 septembre 2006, p. 10, note P. Courbe ; Clunet 2006, p. 1377, note Chalas ; RCDIP 2006, p. 870, note H. Gaudemet-Tallon ; JCP 2007. I. 109, n<sup>o</sup> 11, obs. Delpy ; A. Huet, « *Le nouvel article 15 du Code civil* », in *Liber amicorum H. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 311 et s. ; V. aussi, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, Dalloz 2011, p. 647, note M. Laazouzi ; pour l'art. 14, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2007, *Banque de développement local c/ Sté Ferrométal*, Dalloz 2007, Pan. 1516, obs. Jault-Seseke ; JCP 2007. Actu. 258, note Chabert ; Gaz. Pal. 21-22 mars 2008, note M.-L. Niboyet ; Clunet 2007, p. 956, note B. Ancel et H. Muir Watt ; RCDIP 2007, p. 610, note H. Gaudemet-Tallon ; B. Audit, « Vers la consécration du caractère facultatif du for de la nationalité française du demandeur », Dalloz 2007, p. 2548 ; V. aussi Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 2009, Dalloz 2010, p. 156, obs. Gallmeister ; Clunet 2010, p. 825, 3<sup>e</sup> esp., note Sinopoli.

<sup>971</sup> V. sur cette notion, J. Carbonnier, *Droit civil*, t. I, *Les personnes*, PUF, Paris, 17<sup>e</sup> éd., 1990, spéc., n<sup>o</sup> 74, p. 104.

<sup>972</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1981, *de Ituralde de Pedro*, Clunet 1981, p. 812, note D. Alexandre ; Dalloz 1982, I.R., p. 69, obs. B. Audit ; Gaz. Pal. 1981. 2. 228, note Lisbonne, qui décide que la règle française de compétence judiciaire internationale en matière de divorce est une règle « à laquelle on ne peut renoncer ».

<sup>973</sup> Elle a pu néanmoins être mise en doute, en particulier concernant deux époux de même nationalité étrangère. C'est ainsi qu'après avoir écrit que « l'état des personnes, notamment le divorce, n'est pas normalement susceptible de faire l'objet d'une convention sur la compétence », B. Audit et L. d'Avout ajoutent que « néanmoins, l'article 1070 ne doit pas nécessairement faire obstacle à ce que des époux étrangers de même nationalité s'accordent pour soumettre leur divorce à un tribunal de leur

**249.** Quant à la délimitation du domaine des droits indisponibles, la place progressivement de plus en plus importante qui est faite à la volonté individuelle en droit contemporain<sup>974</sup> fait néanmoins obstacle à toute assimilation *globale* de ces matières au domaine des droits indisponibles. L'illicéité des clauses attributives de juridiction ne peut dès lors être déduite automatiquement dans ce cadre<sup>975</sup> et ne peut être appréciée qu'au regard d'une analyse au cas par cas des droits mis en cause<sup>976</sup>. La matière litigieuse pourrait d'ailleurs tout à fait revêtir un caractère patrimonial au sein même d'une matière extrapatrimoniale et autoriser le recours aux clauses attributives de juridiction<sup>977</sup>.

**250.** En dehors de ces hypothèses, le caractère impératif reconnu aux chefs de compétence juridictionnelle en la matière, non nécessairement doublé d'un caractère exclusif<sup>978</sup>, semble pouvoir conduire à un renforcement du contrôle effectué dans le cadre du contentieux de l'*exequatur*<sup>979</sup> malgré le principe de la reconnaissance *de plano*<sup>980</sup>. Non directement sauvegardée par le critère relatif à l'absence de compétence exclusive, l'existence de la compétence des tribunaux français semble induire, en effet, plus de rigueur quant à la reconnaissance du lien caractérisé exigé entre le juge étranger et le litige ou quant à la vérification de l'absence de fraude<sup>981</sup>, qui ressortent de la jurisprudence *Simitch*<sup>982</sup>. Au-delà,

---

pays », V. *ouvrage préc.*, n° 455, p. 405. Ph. Guez ajoute également, en ce sens, qu'« il est permis de penser que l'article 1070 du Code de procédure civile ne fait pas définitivement obstacle à la volonté des époux de soumettre leur divorce à une juridiction étrangère dans la mesure où, si ce texte est impératif en ce qui concerne la compétence directe, il n'est pas exclusif en ce qui concerne la compétence indirecte », *thèse préc.*, n° 252 et s., p. 196 et s. V. également les règles des art. 1139 pour la séparation de corps et 1141 pour la conversion des séparations de corps en divorce.

<sup>974</sup> Ce phénomène peut être décelé, en particulier, dans les règlements européens. V. not. art. 3 du règlement Bruxelles II bis et art. 5 du règlement Rome III en matière de divorce. V. sur ces règles, not., B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 211. Ce choix, néanmoins, est en général enfermé dans des limites fixées assez étroitement tant sur le plan de la loi applicable que sur celui de la juridiction compétente. V. en ce sens, not., B. Audit, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Mélanges J. Foyer*, 2007, p. 49 et s. ; P. Gannagé, « La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille », RCDIP 1992, 425 et s.

<sup>975</sup> V. sur la nécessité de distinguer les droits en cause au sein d'une matière, not. B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 325, p. 295, et en ce sens, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mars 2009, Dalloz 2009, p. 2084, note A. Devers ; RCDIP 2010, p. 344, note P. Hammje ; JCP 2009.190, note Boulanger.

<sup>976</sup> V. en ce sens, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 105, p. 114.

<sup>977</sup> Il en serait ainsi par exemple des litiges relatifs concernant les effets patrimoniaux du mariage. V. en ce sens, not. H. Gaudemet-Tallon, Rép. dr. int., V° *Compétence internationale : matière civile et commerciale*, n° 77 et note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 1985, RCDIP 1986, p. 545 ; A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 134 et s.

<sup>978</sup> V. not. déniait ce caractère à la compétence des juridictions françaises fondée sur l'art. 1070 CPC en matière de divorce, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Simitch*, *préc.* ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup> 10 mai 2006, *Itchir*, Dalloz 2007, p. 1751, note P. Courbe ; et à celle de l'art. 1166 CPC, prévue en matière d'adoption, CA Paris, 27 mars 1997, RCDIP 1997, p. 732, note H. Muir Watt . CA Paris, 4 juin 1998, RCDIP 1999, p. 108, note H. Muir Watt.

<sup>979</sup> V. sur cette question, et les différentes voies utilisées, *infra*, n° 392 et s.

<sup>980</sup> V. ayant posé cette règle concernant les litiges en matière d'état et de capacité des personnes, Req. 3 mars 1930, *Hainard*, S. 1930. I. 377, note J.-P. Niboyet ; RCDIP 1931. 329, note J.-P. Niboyet ; Clunet, 1930, p. 981.

<sup>981</sup> V. ayant déformé le critère du lien caractérisé pour conférer un caractère exclusif au chef de compétence fondé sur l'art. 1070 du CPC, CA Paris, 15 juin 1988, Dalloz 1989. Somm. 259, obs. Audit ; Paris, 15 mars 1990, Dalloz 1990. Somm. 263, obs. Audit ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Simitch*, *préc.* ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, *Abbaci*, RTD civ. 2004, p. 367, obs. Marguénaud ; Clunet 2004, p. 867, note Cuniberti ; Dalloz 2004, p. 824, concl. Cavarroc ; chron. Courbe, 819 ; Defrénois 2004. 812, note Massip ; Gaz. Pal. 2004. Somm. 569 et 3366, note Niboyet et Somm. 678, note Massip ; JCP 2004. I. 153, obs. Attal ; Dr. fam. 2005, comm. 200, obs. Farge ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2009, Clunet 2010, p. 841, note J. Guillaumé, mais cependant, renouant expressément avec la jurisprudence *Simitch* par la suite, notamment, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28



une tendance des tribunaux français semble également pouvoir être décelée en faveur de la restauration d'un contrôle plus rigoureux par le biais d'un maintien fictif du contrôle de la loi appliquée ou par le biais d'un renforcement du contrôle de l'ordre public, en particulier grâce à la technique de l'*ordre public de proximité*<sup>983</sup>.

Une telle réserve quant à l'exercice de la volonté en matière extrapatrimoniale conduit également à consacrer un principe de nullité des conventions d'arbitrage.

## b) Nullité des conventions d'arbitrage

**251.** Malgré le flou qui entoure la délimitation du domaine de l'arbitrabilité objective et l'admission du principe de licéité des clauses compromissaires dans l'ordre international<sup>984</sup>, il n'est pas mis en doute<sup>985</sup> que les litiges portant sur des matières extrapatrimoniales ne peuvent faire l'objet d'un recours à l'arbitrage. La solution semble si unanimement admise que l'on a pu estimer, à propos de la réforme de 1972, que « la certitude de cette exclusion rendait sans doute inutile son expression »<sup>986</sup>. Une telle prohibition, du reste, semblerait implicitement induite par la définition que retient le droit français de l'arbitrage commercial international, dès lors que, devant mettre en cause « les intérêts du commerce international »<sup>987</sup>, il ne pourrait ne concerner que des domaines patrimoniaux<sup>988</sup>.

---

mars 2006, AJ fam. 2006. IR 247 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, Dr. fam. 2006, comm. 178, note Farge ; AJ fam. 2006. IR 374.

<sup>982</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Simitch*, préc.

<sup>983</sup> V. sur ce concept, *infra*, n° 395.

<sup>984</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juillet 1972, *Hecht*, préc. ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 janvier 1999, *Zanzi*, préc., qui, désamorce, corrélativement, l'art. 2061 du Code civil dans l'ordre international.

<sup>985</sup> V. sur l'ensemble de la question et en ce sens, E. Loquin, J.-Cl. proc. civ., Fasc. 1024 : *Arbitrage, Convention d'arbitrage, Conditions de fond. Litige arbitral*, n° 27 et s. ; E. Gaillard, J.-Cl. dr. int., Fasc. 586-3 : *Arbitrage commercial international, convention d'arbitrage, arbitrabilité*, n° 38 et s. ; J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 92 et s., p. 53 et s. ; P. Catala, *Arbitrage et patrimoine familial*, Rev. arb., 1994, p. 279 et s. ; P. Level, *L'arbitrabilité*, Rev. arb. 1992, p. 213 et s.

<sup>986</sup> J. Robert, *L'arbitrage*, 5<sup>e</sup> éd., avec la collaboration de B. Moreau, n° 43.

<sup>987</sup> V. art. 1492 du CPC.

<sup>988</sup> V. en faveur d'un recours au critère du caractère patrimonial de la cause pour définir l'ensemble du champ de l'arbitrabilité, E. Gaillard, J.-Cl. dr. int., Fasc. 586-3, *préc.*, n° 38.

252. Si cette solution est acquise, elle suscite en revanche davantage de questionnements quant à ses fondements et s'insère plus largement dans le débat qui a trait à la détermination des critères d'arbitrabilité susceptibles d'être utilisés au niveau international<sup>989</sup>.

L'exclusion des matières extrapatrimoniales du champ de l'arbitrabilité est parfois considérée comme résultant directement de l'article 2059 du Code civil, qui apparaîtrait comme le « seul rescapé »<sup>990</sup> de la levée des barrières du recours à l'arbitrage dans l'ordre international<sup>991</sup>. Il énonce que « toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition ». Il définirait à lui seul l'ensemble des critères de l'arbitrabilité, alors que l'article 2060 ne ferait que préciser cet article en donnant des exemples de matières indisponibles soustraites à l'arbitrage<sup>992</sup>. L'inarbitrabilité des matières extrapatrimoniales découlerait alors de la seule indisponibilité permanente et définitive reconnue aux droits qu'elles mettent en cause<sup>993</sup>, et elle apparaîtrait comme l'expression d'un ordre public juridictionnel excluant le recours à la justice arbitrale, susceptible de constituer un frein éventuel à leur exercice<sup>994</sup>.

Compte tenu de la difficulté que présente l'utilisation du critère de la libre disponibilité des droits<sup>995</sup> et de la redéfinition des critères d'arbitrabilité opérée par la jurisprudence *Dalico*<sup>996</sup>, elle est cependant la plupart du temps envisagée sous l'angle de la réserve de l'ordre public, opposée comme limite au principe de validité des clauses compromissaires. Certains auteurs ont pu mettre en avant le lien qui existerait entre la mise en cause de l'ordre public et le caractère indisponible des droits concernés. La notion d'indisponibilité renfermerait implicitement celle d'ordre public<sup>997</sup>, laquelle serait la « notion clé » en matière d'arbitrabilité des litiges internationaux<sup>998</sup>. Ces matières appartiendraient aux questions devant être absolument soustraites de la connaissance des arbitres parce que

---

<sup>989</sup> V. sur cette question, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 641 et s., p. 541 et s., avec le renvoi aux développements relatifs à l'arbitrage interne, n° 100 et s., p. 110 et s.

<sup>990</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 644, p. 547.

<sup>991</sup> Les solutions jurisprudentielles en la matière ont conduit, en effet, à rendre inapplicable l'art. 2061 du Code civil dans l'ordre international et à neutraliser l'art. 2060. V. *supra*, n° 29 et s.

<sup>992</sup> V. en ce sens, J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 70 et s., p. 42 et s., et les références citées à la note 105. V. *cep. contra*, E. Loquin, J.-Cl. proc. civ., Fasc. 1024, *préc.*, n° 27 et s., et sur ce point, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 130, p. 144.

<sup>993</sup> À cet égard, elles se différencient des droits protégés par un ordre public de protection, considérés comme « temporairement indisponibles ». V. sur ce point, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 105, p. 115, et en ce sens, E. Loquin, J.-Cl. proc. civ., Fasc. 1024, *préc.*, n° 86 et s. ; P. Level, *art. préc.*, p. 222. L'auteur distingue ces matières qui seraient « totalement et définitivement indisponibles » avec celles qui concerneraient des droits temporairement disponibles, comme par exemple en matière de droit du travail ou de la consommation.

<sup>994</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 103, p. 112.

<sup>995</sup> V. sur ce point, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 103 et s., p. 112 et s., n° 115 et s., p. 127 et s. et n° 644, p. 545.

<sup>996</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb c/ Sté Dalico*, *préc.*

<sup>997</sup> En ce sens J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 71, p. 43 ; Ch. Jarosson, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », RJ com. 1996, n° 11, p. 3.

<sup>998</sup> V. en ce sens, Ch. Jarosson, « L'arbitrabilité : présentation méthodologique », RJ com. 1996, n° 15.

inarbitrables *par nature*. On parle d'ailleurs parfois à leur égard d'inarbitrabilité « *per se* »<sup>999</sup>. Elles constitueraient un « bloc d'incompétence »<sup>1000</sup>, où seraient mis en cause des droits appartenant au « noyau dur de l'ordre public »<sup>1001</sup>, et leur non-arbitrabilité résulterait du fait qu'elles intéressent de trop près les intérêts fondamentaux de la société pour être confiées à l'arbitrage<sup>1002</sup>. C'est d'ailleurs également à ces hypothèses que semblent avoir fait référence les tribunaux, en soustrayant du champ de l'arbitrabilité les matières qui, parce qu'elles « intéressent au plus près l'ordre public international, excluent de manière absolue la compétence arbitrale »<sup>1003</sup>. Il semble en aller de même lorsque les juges reconnaissent l'interdiction, pour l'arbitre, « de statuer dans une matière relevant par sa nature de la compétence exclusive de la juridiction étatique ou de consacrer par leur décision une violation de l'ordre public »<sup>1004</sup>.

Malgré la reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause des lois de police, l'ordre public substantiel pourrait alors exercer exceptionnellement une incidence sur l'arbitrabilité vis-à-vis des matières extrapatrimoniales. C'est ainsi qu'il a pu être dit, d'ailleurs, qu'« au sein de l'immense nébuleuse des règles d'ordre public, un petit nombre de questions doivent être soustraites aux arbitres et réservées aux juridictions étatiques »<sup>1005</sup>, auxquelles appartiendraient les matières extrapatrimoniales. L'intervention *massive* de lois de police dans ces domaines d'inarbitrabilité, à raison de « la matière »<sup>1006</sup>, apparaîtrait dès lors comme l'une des raisons susceptibles de justifier, avec d'autres considérations de commodité procédurale, l'impossibilité de recourir à l'arbitrage et pourrait s'expliquer par la volonté d'assurer leur respect absolu<sup>1007</sup>.

**253.** Sur ce fondement, sont donc très largement écartés de l'arbitrage, même international<sup>1008</sup>, les litiges relevant de l'état des personnes, tels que ceux qui portent sur la capacité, le divorce, la contestation de la validité d'un mariage, et ceux qui visent à faire

---

<sup>999</sup> L. Idot, note sous CA Paris, 20 janvier 1989, *SPD c/SDPF*, Rev. arb., 1989, p. 280, spéc., n° 10, p. 299.

<sup>1000</sup> P. Level, « L'arbitrabilité », Rev. arb. 1992, p. 213 et s., spéc., p. 234.

<sup>1001</sup> B. Hanotiau, *L'arbitrabilité*, RCADI 2002, t. 296, p. 25 et s., n° 376, p. 231.

<sup>1002</sup> B. Hanotiau, « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », Clunet 1994, p. 899, spéc., n° 56, p. 944.

<sup>1003</sup> CA Paris, 29 mars 1991, *Ganz, préc.*

<sup>1004</sup> CA Paris, 16 février 1989, *Sté Almira Films c/ Pierrel, préc.*

<sup>1005</sup> P. Ancel, « Arbitrage et ordre public fiscal », Rev. arb., 2001, p. 273.

<sup>1006</sup> Cass. Com., 9 avril 2002, *Toulousy*, Rev. arb., 2003, p. 103 (2<sup>e</sup> esp.), note P. Didier ; Dalloz 2003, p. 1117, note L. Degos ; *Ibid.* somm. p. 2470, obs. T. Clay ; JCP G 2003, I, 2003, n° 2, obs. Ch. Seraglini ; RTD com. 2003, p. 62, obs. E. Loquin.

<sup>1007</sup> V. cependant, *contra*, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 106, p. 116.

<sup>1008</sup> V. sur ce point, et le problème de la délimitation de l'arbitrabilité dans ce cadre, not. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 648, p. 550-551, et le renvoi au droit interne, n° 130 et s., p. 144 et s. ; P. Catala, « Arbitrage et patrimoine familial », Rev. arb., 1994, *préc.*, spéc., p. 284-285 ; P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, Une approche critique des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978.

établir une filiation ou qui mettent en cause une question relative aux droits de la personne humaine<sup>1009</sup>.

Il en est ainsi également des litiges portant sur les droits de la personnalité<sup>1010</sup>, en eux-mêmes, tels que ceux qui concernent le droit à l'intégrité physique<sup>1011</sup>, à l'intimité de la vie privée d'une personne ou le droit à l'image.

L'inarbitrabilité de ces litiges, néanmoins, n'est pas absolue, et ses contours apparaissent imparfaitement définis<sup>1012</sup>. Elle devrait être admise, de manière générale, chaque fois qu'un droit est susceptible d'être apprécié en argent, c'est-à-dire, qu'il porte sur un intérêt pécuniaire<sup>1013</sup>. Les litiges portant sur un droit patrimonial de la famille, tels que ceux relatifs au droit des successions<sup>1014</sup> et ceux qui concernent des questions liées aux régimes matrimoniaux<sup>1015</sup>, peuvent donc faire l'objet d'un recours à l'arbitrage<sup>1016</sup>, de même qu'est admise la validité des conventions d'arbitrage pour les litiges ayant pour objet le droit patrimonial de l'auteur<sup>1017</sup>.

Lorsqu'elle est retenue, l'inarbitrabilité des litiges se traduit alors par la reconnaissance de l'illicéité de l'objet de la convention d'arbitrage, qui est parallèlement considérée comme nulle<sup>1018</sup>. Elle pourrait conduire le juge français, sur le fondement des articles 1520-1 et 1525 du Code de procédure civile<sup>1019</sup>, à refuser systématiquement de reconnaître ou d'exécuter la sentence rendue par l'arbitre dans ces hypothèses, ou à annuler la sentence. Dans ce cadre, il est admis, en effet, que le juge français peut, malgré le principe *compétence-compétence*, exercer un contrôle total sur la compétence de l'arbitre<sup>1020</sup>, en

---

<sup>1009</sup> L'art. 2060 du Code civil fait d'ailleurs expressément référence à ces matières, et énonce que l'on « ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, au divorce et à la séparation de corps ».

<sup>1010</sup> P. Ancel, *L'indisponibilité des droits de la personnalité, une approche critique des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978.

<sup>1011</sup> V. cep. admettant l'arbitrabilité d'un litige portant sur la vente d'organes humains au motif qu'un tel commerce n'était pas illicite au regard des droits étatiques intéressés par le litige, Sentence CCI, n° 5617, Clunet 1994, p. 1043.

<sup>1012</sup> V. sur ce point, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 648, p. 551.

<sup>1013</sup> V. sur cette question, P. Catala, « Arbitrage et patrimoine familial », *Rev. arb.*, 1994, p. 279 ; B. Mallet-Bricout, « Arbitrage et droit de la famille », *Dr. et patr.*, mai 2002, n° 104, p. 59 et s.

<sup>1014</sup> Concernant un partage entre héritiers, Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 7 novembre 1974, *Rev. arb.*, 1975, p.302, note E. Loquin.

<sup>1015</sup> V. par exemple, admettant le recours à l'arbitrage concernant une liquidation, Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 25 janvier 1963, *JCP* 1964, II, 13472.

<sup>1016</sup> Les pensions alimentaires, néanmoins, ne semblent pas arbitrables en droit français. V. sur ce point, J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 92 et les références citées. P. Level parle à leur égard de droits partiellement indisponibles, *art. préc.*, p. 222, n° 11.

<sup>1017</sup> Le droit patrimonial de l'auteur sur son œuvre devrait donc être arbitral parce qu'ils portent alors sur un droit de créance et donnent lieu à des dommages et intérêts. V. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 130, p. 145.

<sup>1018</sup> La prohibition vise toutes les conventions d'arbitrage, qu'il s'agisse de la clause compromissoire ou du compromis

<sup>1019</sup> Cet article, en effet, issu du décret du 13 janvier 2011 (qui remplace l'ancien art. 1502-1 CPC), énonce que le juge français peut annuler la sentence lorsque « le tribunal arbitral s'est déclaré à tort compétent ou incompétent ». L'art. 1525 CPC renvoie à cet article concernant la reconnaissance et l'exécution des sentences rendues à l'étranger.

<sup>1020</sup> Le juge, en effet, à ce stade de la procédure, n'est aucunement lié par le point de vue exprimé par l'arbitre sur sa compétence. V. en ce sens, not. Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 11 juillet 2006, n° 05-18681.

recherchant dans son analyse tous les éléments de fait et de droit permettant d'apprécier l'étendue et la portée de la convention d'arbitrage<sup>1021</sup>.

---

<sup>1021</sup> V. not., CA Paris, 18 novembre 2010, Rev. arb., 2010, p. 985 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 octobre 2010, JCP G 2010, II, 1028, note P. Chevalier ; Dalloz 2010, pan., p. 2933, obs. T. Clay ; RCDIP 2011, p. 85, note F. Jault-Seseke ; JCP G 2010, I, 1286, n° 8, obs. J. Ortscheidt ; *Cah. arb.*, 2011, p. 443, note J.-B. Racine ; Rev. arb., 2010, p. 813, note F.-X. Train.

## 2- Système de protection des lois de police

**254.** La protection des impérativités substantielles, d'intervention *massive* et la plupart du temps *crystallisées* dans une règle de conflit de lois en la matière (a), résulte de la liaison établie entre leur applicabilité et la compétence juridictionnelle des tribunaux français (b).

### a) Domaine d'intervention *massive* de lois de police

**255.** Le rattachement incontestable des matières relevant du statut personnel à l'ordre public, parce qu'elles touchent à des « conceptions sociales fondamentales [...], qui correspondent [...] à une mentalité collective et sont caractéristiques d'une société donnée »<sup>1022</sup>, se traduit par l'existence d'un nombre très important de dispositions impératives revendiquant leur application unilatérale dans les rapports internationaux. Le statut personnel apparaît, en effet, comme un domaine d'intervention extrêmement important de lois de police étatiques. Ces dispositions, dont le champ d'application est généralement fixé à l'aide d'un rattachement identique, apparaissent la plupart du temps directement intégrées dans des règles fixes et éventuellement non dérogoires qui assurent, sur le plan des conflits de lois, leur application sans recours au mécanisme unilatéral des lois de police.

**256.** Sous cet angle, la « mutation » qu'a connue le statut personnel ces dernières années<sup>1023</sup> semble pouvoir s'expliquer par le déplacement qui s'est dessiné sur le plan des exigences de l'ordre public. Alors que l'ordre public a été initialement envisagé sous l'angle du lien qui existait entre l'État et ses nationaux, et qui impliquait la permanence de l'application de la loi personnelle de l'individu<sup>1024</sup>, il a davantage vocation à intervenir aujourd'hui comme un *ordre public local*, visant à assurer la cohésion sociale. Son émergence s'est traduite par la consécration de dispositions impérativement applicables sur l'ensemble du territoire à toute personne qui s'y trouve<sup>1025</sup>.

---

<sup>1022</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 196, p. 183.

<sup>1023</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 208, p. 195, note 1.

<sup>1024</sup> V. sur ce point, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 196, p. 183 ; D. Bureau et H. Muir Wat, *ouvrage préc.*, n° 634 et s.

<sup>1025</sup> À cet égard, le recours de plus en plus fréquent à l'ordre public de proximité, utilisé en particulier en matière de divorce et de filiation au regard du rattachement de la situation avec le for de la résidence habituelle en France, reflète bien cette volonté d'assurer le respect des conceptions locales. V. not. en ce sens, la résolution de l'Institut de droit international, *Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille*, 2005, Annuaire IDI, session de Cracovie, vol. 71-II.

Or, au départ fondé sur la règle de conflit de lois prévue à l'article 3 al. 3 du Code civil, fondée sur le critère de la nationalité<sup>1026</sup> et considérée comme rattachée au *principe de souveraineté*<sup>1027</sup>, le statut personnel a connu une évolution importante qui a conduit à marginaliser cette règle au profit de règles fondées sur le critère du domicile ou de la résidence habituelle<sup>1028</sup>. Elle s'est traduite par la consécration progressive de règles de conflit de lois spécifiques fondées sur ce critère<sup>1029</sup> et de règles matérielles d'application territoriales<sup>1030</sup>. Sans disparaître complètement, le rattachement à la nationalité n'apparaît plus désormais que maintenu de manière alternative, comme un critère objectif complémentaire à celui de la résidence habituelle et dont l'utilisation est souvent laissée au choix des demandeurs<sup>1031</sup>. Le statut personnel apparaît dès lors aujourd'hui fondé sur une articulation entre un rattachement retenu à titre principal à la résidence habituelle et un rattachement subsidiaire à la nationalité<sup>1032</sup>, ce qui permet en réalité d'intégrer les impérativités substantielles susceptibles d'être applicables dans des règles préétablies et d'assurer leur application en France sans recours au mécanisme unilatéral dérogatoire.

---

<sup>1026</sup> V. sur les justifications avancées et la mise en œuvre de ce critère de rattachement, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 196, p. 183.

<sup>1027</sup> V. not. sur cette conception, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 64 et s. ; Y. Lequette, *Recherches sur les modes de protection des incapables en droit international privé*, Dalloz, Paris, 1976, p. 260 ; Niboyet, *Traité*, Tome VI, *préc.*, n° 1836 ; D. Mayer, *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille*, thèse 1972, p. 151 ; H. Gaudemet-Tallon, « Nationalisme et compétence judiciaire : déclin ou renouveau ? », TCFDIP 1987-1988, p. 178 et s. ; G. A. L. Droz, *cours préc.*, p. 49 et s., et « Réflexion sur la réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », RCDIP 1975, p. 1 et s. ; P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986, t. 196, p. 9 et s., spéc., p. 51.

<sup>1028</sup> V. sur ce point, en particulier, L. d'Avout, « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Les relations privées internationales*, in *Mélanges B. Audit*, LGDJ 2015, p. 15 et s., p. 22 ; B. Audit, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé », in *Mélanges J. Foyer*, Economica, 2006, p. 49 et s.

<sup>1029</sup> C'est ainsi, par exemple, qu'en matière de filiation, le rattachement de principe à la loi nationale de la mère fixée à l'art. 311-14 du Code civil s'est vu assorti d'une exception notable en faveur du rattachement à la résidence habituelle dans l'art. 311-15 concernant la possession d'état. De même, en matière de divorce, l'art. 309 du Code civil soumet le divorce à la loi française non seulement lorsqu'il s'agit d'époux tous deux de nationalité française, mais également lorsque les deux époux ont l'un et l'autre leur domicile en France, malgré l'existence éventuelle d'une nationalité commune étrangère. Ceci est une solution qui était déjà antérieurement poursuivie par les tribunaux (V. Cass. Civ., 17 avril 1953, *Rivière*, RCDIP 1953, p. 412, note H. Batiffol ; *Clunet* 1953, p. 860, note Plaisant ; *JCP* 1953. II. 7863, note Buchet).

<sup>1030</sup> V. par exemple, en matière d'adoption, l'art. 348-5 du Code civil qui exclut, sauf dans un cadre intrafamilial, l'adoption d'un enfant de moins de deux ans, s'il n'a pas été effectivement remis au service de l'aide sociale à l'enfance ou à un organisme autorisé pour l'adoption. V. encore, art. 370-3 al. 3 du Code civil, qui fixe une règle matérielle relative au consentement, qui s'impose aux adoptions prononcées en France mais est également susceptible d'avoir une application extraterritoriale. V. sur cette disposition, Bourdelois, « Le nouveau régime de l'adoption internationale : les articles 370-3 à 370-5 du Code civil », *Gaz. Pal.* 2001, p. 1926.

<sup>1031</sup> Il vise, la plupart du temps, non plus à assurer l'application des dispositions impératives de l'ordre juridique français mais à permettre aux parties de bénéficier de la loi française si elles le souhaitent. V. sur ce point, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 208, p. 195, note 1.

<sup>1032</sup> V. not. sur cette articulation, le système consacré dans l'art. 370-3 du Code civil relatif à l'adoption, qui, tout en retenant l'application de la loi qui régit les effets de l'union de deux personnes adoptant conjointement (loi du domicile commun), réserve l'application de la loi nationale prohibitive des adoptants ou de l'adopté, sauf si le mineur est né et a sa résidence habituelle en France. Cette même dualité de rattachements apparaît également consacrée d'une manière particulièrement nette dans les conventions de La Haye.

257. L'évolution consacrée, justifiée par des considérations pratiques<sup>1033</sup>, semble dès lors également pouvoir s'expliquer sous l'angle d'une prise en compte de la vocation fréquente des dispositions locales à revendiquer unilatéralement leur application en imposant la mise en œuvre des mécanismes dérogatoires<sup>1034</sup> et en écartant l'application de la loi étrangère nationale désignée<sup>1035</sup>. Il a conduit à la consécration de *règles minimales de la vie en société*, qui sont immédiatement appliquées aux nationaux et aux étrangers. Ceci conduit à une « forme d'empiètement sur le statut personnel de l'étranger »<sup>1036</sup>. Le statut personnel apparaît ainsi désormais comme un domaine d'intervention *massive* de lois de police fondées sur le rattachement à la résidence habituelle, la plupart du temps « cristallisées »<sup>1037</sup> dans une règle de conflits de lois bilatérale ou unilatérale préétablie.

Sont ainsi considérés comme d'application impérative sur le territoire français, par exemple, les articles 212 et suivants du Code civil relatifs aux effets du mariage<sup>1038</sup>, l'article 311-15 relatif aux effets de la filiation<sup>1039</sup>, ou encore l'article 202-1 du Code civil consacrant le droit au mariage pour tous<sup>1040</sup>. On peut encore citer les formalités requises pour le

---

<sup>1033</sup> V. sur ce point, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 197, p. 184 et s.

<sup>1034</sup> La nécessité d'assurer une cohésion sociale au sein de la société française conduisait en effet, de plus en plus fréquemment, à une mise à l'écart de la loi nationale grâce à l'utilisation de procédés dérogatoires au titre de l'urgence ou de l'ordre public. Cette prise en compte de la mise en cause fréquente de l'ordre public local avait pu d'ailleurs conduire P. Lagarde à proposer la mise en place de clauses spéciales d'ordre public, assurant le respect des exigences imposées par le milieu d'intégration des personnes concernées. V. P. Lagarde, « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, l'expérience française », *Hommage à France Rigaux, Nouveaux itinéraires en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 280.

<sup>1035</sup> V. en ce sens, A. Bucher, *La famille en droit international privé*, RCADI 2000, t. 283, n° 11 et s., p. 28 et s., n° 18 et s., p. 40 et s.

<sup>1036</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, n° 7, p. 23.

<sup>1037</sup> G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, éd. Thémis, Montréal, Canada, 1996.

<sup>1038</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1987, *Cressot*, RCDIP 1988, p. 540, note Y. Lequette ; Clunet 1988, p. 446, note A. Huet, où la Cour a énoncé que « les règles relatives aux devoirs et droits respectifs des époux énoncés par les articles 212 et suivants du Code civil sont d'application territoriale ». Il est admis que ces règles sont applicables chaque fois que les époux ont leur domicile commun sur le territoire français, et elles visent à assurer le respect d'une certaine conception des rapports entre époux sur le territoire français. V. cependant, critiquant cette qualification, notamment, H. Batiffol et P. Lagarde, *ouvrage préc.*, t. 1, n° 314 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 78, note 22, qui réservent néanmoins l'art. 215 al.3 du Code civil, en ce qu'il protège le logement familial.

<sup>1039</sup> Ces dispositions s'appliquent, même lorsque la filiation est soumise à une loi étrangère par la règle de conflit. V. CA Nîmes, 2 septembre 2009, *Dr. fam.* 2010, comm. 91, note Farge ; en matière de rétablissement de la présomption de paternité, V. TGI Paris, 1<sup>er</sup> mars 1977, RCDIP 1978, p. 110, note Lequette ; Dalloz 1978, p. 63, concl. Paire ; et à ses effets négatifs, V. TGI Paris, 2 juill. 1982 (sol. impl.), Clunet 1983, p. 374, note Huet ; Dalloz 1983, p.200, note Audit ; RCDIP 1983, p. 461, note Santa-Croce. La spécificité de cette règle était cependant de toute manière pratiquement inutile, du fait de l'intervention fréquente de l'ordre public de proximité dans ce cadre, qui permettait dans tous les cas l'application des dispositions françaises à l'encontre de la loi personnelle étrangère de la mère, prohibitive lorsque l'enfant résidait en France. V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 1993, *Paretti*, RCDIP 1993, p. 620, note J. Foyer ; Dalloz 1994, p. 66, note J. Massip et somm. 32, note E. Kerkhove ; JCP 1993, II, 3688, note H. Fulchiron ; Clunet 1994, p. 124, 1<sup>re</sup> esp., note I. Barrière-Brousse.

<sup>1040</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2015, Dalloz 2015, p. 464, obs. I. Gallmeister, note H. Fulchiron ; *ibid.* 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2015, p. 172, obs. A. Boiché ; *ibid.* p. 71, point de vue B. Haftel ; RTD civ. 2015, p. 91, obs. P. Puig ; *ibid.* p. 359, obs. J. Hauser ; JCP 2015, n° 12, p. 318, note L. Gannagé ; *Dr. fam.* 2015, Comm. 63, note A. Devers et M. Farge ; Gaz. Pal. 5 févr. 2015, n° 36, p. 11, avis J.-D. Sarcelet ; RTD civ. 2015, p. 343, note L. Usunier. La solution semble, en effet, pouvoir être déduite de la jurisprudence récente de la Cour de cassation. L'article 202-1, alinéa 2, issu de la loi du 17 mai 2013 (loi n° 213-404), prévoit que « deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Statuant sur le prononcé de l'union d'un couple franco-marocain vivant en France, la Cour de cassation a pu écarter, au nom de l'ordre public, la loi marocaine prohibitive, pourtant désignée par la règle de conflit prévue par la



placement en vue d'une adoption en France, qui prennent en réalité l'apparence de règles matérielles applicables dans l'ordre international<sup>1041</sup>. Il en est ainsi, également, de certains droits fondamentaux tels que le droit à l'intégrité physique de la personne et le principe d'indisponibilité du corps humain, par exemple<sup>1042</sup>, ou des droits de la personnalité, entendus largement comme recouvrant notamment le droit à l'image, le droit au respect de la vie privée, de l'honneur ou encore le droit moral de l'auteur et la liberté des funérailles. Si l'idée que l'ensemble de ces droits devrait être rattaché à l'ordre public, parce qu'ils constituent la continuation de la personne, n'est pas absolument admise, ces dispositions ont cependant été formellement qualifiées comme des lois de police par les tribunaux<sup>1043</sup>. La catégorie semble très largement soustraite du conflit de lois au profit d'un recours aux droits fondamentaux<sup>1044</sup>, ce qui conduit à ce que l'application des dispositions françaises locales soit généralement assurée sans considération pour l'extranéité de la situation<sup>1045</sup>. Il apparaît, enfin, d'une manière particulièrement nette en matière d'assistance éducative<sup>1046</sup>, où il est admis que l'application de la loi française s'impose pour assurer le maintien du bon ordre sur le territoire à tout mineur se trouvant durablement sur le territoire à titre de loi de police<sup>1047</sup>, et permet d'écarter l'application de la loi nationale de l'incapable<sup>1048</sup>.

---

Convention franco-marocaine du 10 août 1981 en conférant aux dispositions françaises un caractère d'ordre public de rattachement. L'application de l'article 202-1 al. 2 du Code civil (ordre public) est ici directement imposée pour écarter la mise en œuvre de la règle de conflit de lois prévue dans la convention.

<sup>1041</sup> V. Rép. min. du 11 février 1980, RCDIP 1980, p. 421, et du 21 janvier 1985, RCDIP 1985, p. 182. Elles sont, en effet, considérées comme d'application impérative quelle que soit par ailleurs la nationalité des adoptants, afin d'assurer à tous les enfants adoptés en France la même protection. V. sur les conséquences de leur caractère d'ordre public dans le cadre du contentieux de l'*exequatur*, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 mars 2011, AJ Fam. 2011, p. 206, obs. A. Mirkovic ; RTD civ. 2011, p. 338, obs. J. Hauser ; Clunet 2011, p. 967, obs. S. Godechot-Patris et J. Guillaumé.

<sup>1042</sup> L'application impérative des dispositions visant à assurer le respect du corps humain posé aux art. 16 et s. du Code civil sur l'ensemble du territoire français, par exemple, ne semble faire aucun doute ; elles pourraient être appliquées en tant que lois de police. V. en ce sens, C. Labrusse-Riou, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 1982, RCDIP 1984, p. 451. V. également, sur les conséquences de la violation de l'arti. 16-7 du Code civil consacrant le principe d'indisponibilité du corps humain au stade du contentieux de l'*exequatur*, *infra*, n° 396 et s.

<sup>1043</sup> La qualification de ces dispositions en lois de police a ainsi pu être expressément reconnue, par exemple concernant la loi du 15 novembre 1887 sur la liberté des funérailles, V. Cass. Civ., 12 février 1957, Dalloz 1959, p. 57, note Malaurie ; RCDIP 1957, p. 297, note Y. Loussouarn ; CA Paris, 12 septembre 1980, Dalloz 1982, I.R. p. 74, obs. B. Audit, et implicitement, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 1982, Dalloz 1983, p. 255, note Beaubrun ; RCDIP 1984, p. 451, note Labrusse-Riou ; ou le droit moral de l'auteur, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, *Houston*, RCDIP 1991, p. 752, note P.-Y. Gautier.

<sup>1044</sup> V. en ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 622-1, p. 69.

<sup>1045</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1988, *Farah Diba*, RCDIP 1988, p. 546, note Bourel ; Clunet 1988, p. 752, note Edelman ; JCP 1989. II. 21320, note Putman, CA Paris, 1<sup>er</sup> février 1989, Dalloz 1990, p. 48, note Agostini. La jurisprudence, semble retenir, pour l'exercice de ces droits, une qualification délictuelle. V. en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 706, p. 620.

<sup>1046</sup> L'idée s'est en effet développée que, dans les hypothèses où le mineur est en danger, la question de la protection des incapables touchait l'organisation de l'État et de la société. V. sur cette conception, Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 153, p. 120, n° 256 et s., p. 198 et s. ; P. Mayer, et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 539, p. 403 ; P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., p. 240.

<sup>1047</sup> V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1964, *Maro*, RCDIP 1965, p. 119 ; Dalloz 1965, p. 81 ; JCP 1964, II, 13911 bis ; CA Paris, 21 juin 1962, RCDIP 1965, p. 119 ; Dalloz 1963, p. 142 ; Clunet 1963, p. 1054, obs. Sialelli ; CA Paris, 20 février 1964, RCDIP 1965, p. 119 ; JCP 1964, 13848 ; Cass. Civ., 16 janvier 1979, Clunet 1981, p. 66, note J. Foyer ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 1965, JCP 1965, IV, 114 ; Rev. Dr. San. et social, 1965, p. 350, n° 2, note P. Raynaud, où la Cour déclare que « les dispositions sur l'assistance de l'enfance en danger résultant des articles 375 et suivants du Code civil sont [...] applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents », et sur la

Ces nombreuses lois de police, la plupart du temps intégrées dans des règles de conflit de lois, bénéficient également, dans une très large mesure, d'une compétence impérative corrélée des tribunaux français, et voient ainsi leur impérativité internationale protégée par le système de compétence juridictionnelle.

#### b) Corrélation généralisée des impérativités

**258.** Sur le plan de la compétence juridictionnelle, la protection des lois de police applicables en matière de statut personnel est assurée grâce à l'existence quasi systématique d'un chef de compétence des tribunaux français corrélié à leur application. Le caractère globalement impératif reconnu aux chefs de compétence consacrés en la matière conduit dès lors à assurer le maintien systématique de la corrélation entre les compétences juridictionnelle et législative du for d'origine des impérativités, et permet leur application effective dans les rapports internationaux.

Ce lien entre l'applicabilité des lois de police et la compétence des juridictions françaises résulte conjointement de l'adoption ponctuelle d'une méthode de traitement unitaire des deux compétences et d'une coïncidence généralisée des rattachements de compétence juridictionnelle et législative, fondés sur le critère de la résidence habituelle.

**259.** Historiquement fondée sur le critère de la nationalité<sup>1049</sup>, la compétence juridictionnelle consacrée en la matière s'est vue, en parallèle du déplacement du rattachement consacré sur le plan des conflits de lois, progressivement détachée des articles 14 et 15 du Code civil. Ceci a conduit à faire application de la compétence de principe fondée sur le domicile ou de la résidence habituelle du défendeur, même en matière de statut personnel, et à la consécration de nouvelles règles de compétence juridictionnelle fondées sur un rattachement territorial.

Il s'ensuit que la compétence impérative des tribunaux français, reconnue en matière de statut personnel, apparaît aujourd'hui fondée soit sur le rattachement au domicile, par application de l'article 42 du Code de procédure civile<sup>1050</sup>, soit sur celui de la résidence

---

nature de lois de police de ces dispositions, J. Foyer, « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », RCDIP 1965, p. 39 et s., spéc., p. 53 et s.

<sup>1048</sup> À cet égard, d'ailleurs, la fréquence de la revendication d'application unilatérale de la loi locale des États du lieu de résidence habituelle du mineur semble avoir justifié l'évolution des solutions consacrées dans les conventions successives de La Haye sur la protection des incapables. V. sur ce point, *infra*, n° 434 et s.

<sup>1049</sup> Cette corrélation résultait à la fois de l'application conjointe des art. 14 et 15 du Code civil et de l'art. 3 du Code civil et de l'utilisation qui était faite de ce dernier article pour fonder directement la compétence des juridictions françaises.

<sup>1050</sup> Il en est ainsi, par exemple, en matière de filiation, en dehors des actions à fin de subsides (pour lesquelles le règlement (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008 devrait *a priori* être applicable) et de l'application de la convention bilatérale.

habituelle, généralement consacré dans des règles de rattachement spécifiques. Il en est ainsi, par exemple, en matière de divorce<sup>1051</sup>, de protection des incapables<sup>1052</sup>, d'adoption<sup>1053</sup> ou encore de PACS<sup>1054</sup>.

**260.** Or, dans ce cadre, une corrélation automatique apparaît assez fréquemment établie par l'adoption d'une conception unitaire des compétences, justifiée sous l'angle du conflit d'autorités compétentes<sup>1055</sup>. Cette approche est généralement justifiée par l'intervention d'autorités publiques et du caractère gracieux<sup>1056</sup> des institutions en la matière, qui rendraient délicate la séparation du fond et de la procédure et imposeraient de faire directement dépendre la loi applicable de la compétence juridictionnelle. Elle conduit, en effet, à postuler une impossibilité théorique de faire application de la loi étrangère et assure ainsi le respect des impérativités locales par l'application systématiquement recherchée de la *lex fori*<sup>1057</sup>.

---

<sup>1051</sup> Il en est ainsi de l'art. 1070 du CPC, qui attribue compétence aux tribunaux français sur le fondement de la résidence habituelle en France. V. cependant, sur le doute subsistant concernant le caractère absolument impératif de ce chef de compétence, dont l'exclusivité a d'ailleurs été déniée, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985 *Simitch, préc.* Cette règle de compétence française, néanmoins, apparaît aujourd'hui d'application extrêmement subsidiaire depuis l'entrée en vigueur du règlement Bruxelles II bis. Celui-ci prévoit des chefs de compétence alternatifs non hiérarchisés, qui se déclinent de différentes manières sur le critère de la résidence habituelle ou de la nationalité des époux (art. 3).

<sup>1052</sup> V. art. 1211, 1243 et 1262 du CPC, qui confèrent compétence au juge des tutelles du lieu où demeure la personne à protéger en France.

<sup>1053</sup> V. art. 1166 du CPC, qui confère compétence aux tribunaux français lorsque la personne adoptée ou l'adoptant demeurent en France, ou, à défaut, si le requérant choisit un tribunal en France.

<sup>1054</sup> V. art. 515-3 du Code civil, prévoyant pour l'enregistrement d'un PACS en France, la compétence du tribunal d'instance du lieu où les partenaires fixent leur résidence commune, et l'art. 515-7-1 adopté par la loi du 12 mai 2009, qui prévoit que « les conditions et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement », ce qui conduit, en France, à assurer l'application de la loi française vis-à-vis des PACS enregistrés en France et à lier les compétences juridictionnelle et législative sur le fondement du rattachement à la résidence habituelle.

<sup>1055</sup> V. sur cette théorie, notamment, P. Gannagé, « Observations sur les liens de la compétence législative et de la compétence judiciaire dans un système multiconfessionnel (à propos de l'évolution du droit libanais) », in *Mélanges J. Vincent*, Paris, 1981, p. 93 et s. ; H. Muir Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse multig., Paris II, 1985, p. 367 et s. ; J. D. Gonzalès Campos, *Liens entre compétence judiciaire et compétence législative*, RCADI 1977. t. 287, p. 9 et s., p. 229 et s.

<sup>1056</sup> V. sur cette notion, not. Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 177 et s., p. 140 et s. Ceci conduirait à assimiler la compétence des autorités judiciaires à celles d'autorités administratives et induit pour cette raison une difficulté quant à la séparation du fond et de la procédure. V. en ce sens, A. V. M. Struycken, « La juridiction gracieuse en droit international privé », résumé en français, p. 189, et 190, cité par D. Mayer, *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille*, thèse 1972., p. 262, note 2.

<sup>1057</sup> G. P. Romano, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », RCDIP 2006, p. 457 et s., spéc., n° 29, p. 492 et H. Muir Watt, *thèse préc.*, p. 367 et s.

En droit français, une telle liaison systématique des compétences apparaît formellement consacrée en matière de PACS<sup>1058</sup>, et l'est en pratique concernant la protection des personnes en danger<sup>1059</sup>. Elle apparaît, au-delà, largement consacrée dans les conventions internationales, en particulier dans les conventions de La Haye<sup>1060</sup>, et elle a pu être invoquée en matière de divorce<sup>1061</sup> et en matière d'adoption<sup>1062</sup>, alors même que la jurisprudence envisage la question sous l'angle des conflits de lois<sup>1063</sup>.

Même lorsque les compétences sont envisagées de manière *a priori* autonome, d'un autre côté, la corrélation entre les lois de police applicables et la compétence juridictionnelle des tribunaux semblera encore pouvoir être assurée grâce à la coïncidence du rattachement à la résidence habituelle qui fonde en principe leur application avec celui principalement retenu sur le plan de la compétence juridictionnelle. Il en sera ainsi, à la fois lorsqu'elles seront directement intégrées dans la règle de conflit de lois<sup>1064</sup> et lorsqu'elles interviendront sur un mode unilatéral<sup>1065</sup> parce qu'elles revendiqueront alors, dans ces hypothèses, leur application au titre de lois de police du for.

Ainsi consacrée par des procédés variés, la corrélation des impérativités en matière de statut personnel assure ainsi le respect absolu des impérativités substantielles, qui apparaissent dès lors préservées par le système de compétence.

---

<sup>1058</sup> V. la loi du 12 mai 2009 introduisant l'art. 515-7-1 du Code civil, qui prévoit en effet que « les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement », et assure ainsi l'application de la loi locale française à tous les PACS conclus en France même par des étrangers.

<sup>1059</sup> Les tribunaux français s'estiment en effet nécessairement compétents pour la mise en œuvre des lois de police françaises applicables à tout mineur se trouvant en France (V. CA Paris, 25 juillet 1899, S. 1899, 2, 232 ; CA Paris, 20 février 1964, JCP 1964. II. 13911 bis ; Dalloz 1965, p. 81 ; RCDIP 1965, p. 119 ; Cass. Civ., 16 janvier 1979, Clunet 1981, p. 66, note J. Foyer), alors qu'ils s'estiment incompétents pour prononcer des mesures d'assistance éducative à l'égard d'un résident étranger (V., not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 1994, Dalloz 1994, IR, 111 ; Dalloz 1995, p. 137, obs. A. Bottiau ; JCP G 1994, IV, 1512 ; Defrénois 1994, art. 35891, p. 1099, note J. Massip). Et V. sur la mise en œuvre de la théorie du conflit d'autorités en la matière, notamment, W. E. Von Steiger, *La protection des mineurs en droit international privé*, RCADI 1964, t. 112, p. 503, spéc., p. 513.

<sup>1060</sup> V. not. la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, ou encore les conventions de La Haye relatives à la protection des incapables.

<sup>1061</sup> V., not. Ph. Francescakis, « La prudente élaboration par la conférence de La Haye d'une convention sur le divorce », *Compte rendu des Mélanges Kolléwijn et Offerhaus*, Clunet 1965, p. 32.

<sup>1062</sup> D. Mayer, *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille*, thèse 1972, p. 30 et s.

<sup>1063</sup> Le lien entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle apparaît cependant en pratique établi concernant l'application des dispositions impératives résultant de l'art. 348-5 du Code civil, dès lors qu'il devra s'appliquer à tous les enfants adoptés en France, pour lesquels les autorités françaises sont seules compétentes.

<sup>1064</sup> V. relevant que, de manière générale, le choix en faveur d'un rattachement territorial entraîne une coïncidence plus fréquente entre la loi compétente et la loi du for, J. M. Bishoff, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, thèse, 1959, n° 62, p. 64, mais, niant au contraire l'existence d'une coïncidence des compétences dans le cadre de l'application des règles des art. 1070 du Code de procédure civile et 309 du Code civil, applicables en matière de divorce, D. Mayer, *thèse préc.*, n° 170 et s., p. 325 et s., et Ph. Malaurie, « Le divorce des mariages mixtes en cas de séparation de fait. La règle Tarwid », Dalloz 1963, p. 53.

<sup>1065</sup> Ce qui pourra se présenter dans l'hypothèse où la règle de conflit de lois reposera sur un autre critère de rattachement, principalement celui de la nationalité, comme par exemple en matière de protection des incapables, pour laquelle la compétence de principe est la loi personnelle de l'incapable. V. Cass. Civ., 2 juin 1908, S. 11. 1.385, note Audinet ; D.P. 12.1.457 ; 13 juin 1960, Dalloz 1960, p. 597, note Malaurie ; RCDIP 1961, p. 540, note Jambu-Merlin.

Une même protection des impérativités est également assurée, de manière moins absolue, par le biais des régimes dérogatoires de licéité des clauses de prorogation de for, institués dans certaines matières.

## **II-Régimes dérogatoires de licéité des clauses de prorogation de for**

**261.** Les régimes dérogatoires de licéité des clauses de prorogation de for instaurés dans les contrats de consommation et les contrats de travail sont, dans une certaine mesure, susceptibles d'apparaître comme des instruments de protection des lois de police. Sans assurer une corrélation absolue entre la compétence juridictionnelle et l'applicabilité des lois de police, ces solutions particulières permettent de *préserver* leur impérativité dans les conflits de juridictions, en limitant la possibilité de déroger à la compétence juridictionnelle du for. Le système de protection des lois de police instauré doit être analysé à travers les clauses attributives de juridiction (A) et les conventions d'arbitrage (B).

### **A) Clauses attributives de juridictions**

**262.** Il convient d'analyser l'efficacité du système de protection des lois de police à travers le régime dérogatoire consacré en matière de droit de la consommation (1), et en matière de droit du travail (2). Ces deux domaines étant expressément exclus du champ d'application de la convention de La Haye de 2005 sur les accords d'élection de fors<sup>1066</sup>, cette étude doit être réalisée en considération des règles issues du droit français et des règlements européens.

#### **1-Système de protection des lois de police dans les contrats de consommation**

**263.** Les solutions retenues concernant la licéité des clauses attributives de juridictions en matière de contrats de consommation, dans le cadre du règlement Bruxelles I bis (a), et celles consacrées à travers la législation sur les clauses abusives (b), sont susceptibles d'assurer une certaine protection des lois de police françaises qui seraient applicables.

---

<sup>1066</sup> Art. 2.1 a) et b).

## a) Règles protectrices du règlement Bruxelles I bis

**264.** En matière de contrats de consommation, les lois de police françaises consacrées devraient pouvoir bénéficier d'un système de protection relativement efficace sur le plan des conflits de juridictions. Ces dispositions, affectées à un objectif de protection du consommateur considéré comme une partie faible, sont généralement fondées sur le critère de rattachement à la résidence habituelle<sup>1067</sup>. Celui-ci apparaît, en effet, comme celui qui fournit la « *meilleure protection, cette loi lui étant plus accessible et lui permettant de mieux évaluer l'étendue de ses droits et les chances de succès de la réclamation qu'il envisage de faire contre le professionnel* »<sup>1068</sup>.

Devant le juge français, les règles protectrices consacrées dans le règlement Bruxelles I bis<sup>1069</sup>, désormais applicables sans condition de domicile du défendeur professionnel sur le territoire d'un État membre<sup>1070</sup>, devraient pratiquement trouver à s'appliquer systématiquement<sup>1071</sup>.

**265.** Dans ce cadre, la volonté de protéger le consommateur<sup>1072</sup> a conduit à la mise en place de règles spécifiques, offrant des options de compétence juridictionnelle à son seul bénéfice et à un système dérogatoire de licéité des clauses attributives de juridiction<sup>1073</sup>.

---

<sup>1067</sup> Ces règles, d'ailleurs, sont très souvent issues de directives européennes. V. de manière générale, sur ces dispositions, leurs caractéristiques et leur mise en œuvre, *infra*, n° 312 et s.

<sup>1068</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 », *Dalloz* 2006, p. 2464 et s., spéc., p. 2465.

<sup>1069</sup> V. art. 17 à 19 règl. B I bis et antérieurement, art. 15 à 17 règl. B I.

<sup>1070</sup> V. art. 18. 1 règl. B I bis, qui dispose que le consommateur peut agir devant le tribunal de son propre domicile « quel que soit le domicile de l'autre partie ». Sous l'empire du règlement Bruxelles I, ces règles ne jouaient que si le défendeur professionnel cocontractant du consommateur avait son domicile sur le territoire de l'UE ou y avait au moins un établissement (V. art. 15 al. 1 règl. B I). L'extension opérée par le règlement Bruxelles I bis est justifiée par la volonté d'assurer une meilleure protection du consommateur et de lui éviter la charge que présenterait pour lui la saisine du tribunal d'un État tiers dans lequel son cocontractant serait domicilié et pour laquelle il ne pourrait bénéficier de la protection assurée par le droit européen (V. cons. 14).

<sup>1071</sup> Il en est ainsi, cependant, sous réserve de l'obstacle qui pourrait résulter de l'absence de réalisation de la condition de passivité du consommateur.

<sup>1072</sup> Le consommateur est envisagé dans ce cadre comme toute personne ayant conclu un contrat « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ». V. sur la notion de consommateur, art. 17.1 du règlement Bruxelles I bis (art. 15.1 règl. B.I), qui correspond également à celle retenue pour l'application du règlement Rome I déterminant la loi applicable aux contrats de consommation (art. 6), et fait l'objet d'une interprétation restrictive. V. not. CJCE, 3 juillet 1997, Aff. C-269/95, *Benincasa*, Rec. I. 3767, concl. Colomet ; Clunet 1998, p. 581, note Bischoff ; CDE 1999. 216, note Tagaras ; CJUE 14 mars 2013, Aff. C-419/11, *Ceska sporitelna a.s.*, Procédures 2013. Comm. 147, obs. Nourissat ; RTD civ. 2013, p. 341, obs. Rémy-Corlay.

<sup>1073</sup> Cette protection s'applique quels que soient les contrats de consommation concernés (en dehors des hypothèses réservées à l'art. 15.3 règl. B I et 17.3 règl. B I bis), dans la mesure où le contrat a été conclu « avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités » (art. 15. 1 c) règl. B I et 17. 1 c) règl. B I bis). V. de manière générale, sur le champ d'application des règles protectrices du règlement, A. Huet et D. Alexandre, *Rép. dr. int., V° Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale*, n° 120-133.

Le consommateur peut attirer son cocontractant devant les tribunaux du lieu du domicile de ce dernier<sup>1074</sup> ou devant les tribunaux de son propre domicile<sup>1075</sup>. Il ne peut en revanche lui-même être attiré que devant les tribunaux de l'ordre juridique dans lequel il est domicilié<sup>1076</sup>. Il s'ensuit, quelle que soit la configuration procédurale du procès, que l'accès du consommateur au tribunal de l'État dans lequel il est domicilié lui est toujours rendu possible<sup>1077</sup>.

D'un autre côté, les clauses attributives de juridiction ne sont opposables au consommateur, lorsqu'elles ont été conclues avant la naissance du différend, que dans la mesure où elles permettent d'élargir le champ des juridictions qu'il peut saisir en vertu du règlement, c'est-à-dire si elles lui permettent de saisir d'autres juridictions que celles de son domicile ou du domicile de son cocontractant. Il est admis, également, que de telles clauses peuvent encore désigner les tribunaux de l'État dans lequel les deux parties avaient, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence<sup>1078</sup>. Le système consacré vise donc à assurer une option de compétence juridictionnelle au consommateur, sans jamais exclure la compétence des tribunaux de son domicile.

**266.** Expressément justifiée par la volonté de conférer au consommateur la possibilité de voir trancher le différend par une juridiction avec laquelle il présente une certaine proximité, les solutions consacrées semblent, dans une certaine mesure assurer en même temps le respect des impérativités substantielles mises en cause. Les lois de police de la résidence habituelle du consommateur semblent ici, sinon doublées d'une compétence juridictionnelle impérative parfaitement corrélée, au moins bénéficier du *soutien* d'une compétence juridictionnelle *privilegiée* des tribunaux de l'ordre juridique dont elles émanent. La saisine des juridictions du lieu du domicile du consommateur est toujours rendue *possible* et rend toujours potentiellement applicables les impérativités protectrices du consommateur.

La solution consacrée conduit ainsi à faire dépendre la certitude de l'application des impérativités substantielles de la volonté de la personne protégée. Leur mise en œuvre apparaît assurée dans tous les cas où le consommateur sera défendeur, en raison de la saisine des tribunaux du domicile du consommateur, imposée à son cocontractant. Lorsque le consommateur est demandeur, en revanche, les lois de police applicables ne bénéficieront pas

---

<sup>1074</sup> Art. 18.1 règl. B I bis.

<sup>1075</sup> Art. 16.1 (règl. B I) et 18.1 (règl. B I bis).

<sup>1076</sup> Une telle règle vise à garantir qu'il n'aura pas besoin d'aller se défendre dans un autre État. V. rappelant cette règle pour justifier le refus d'*exequatur* par application de l'art. 28 al. 1<sup>er</sup> de la convention, CA Douai, 9 février 1989, *Clunet*, 1991, p. 160, obs. A. Huet.

<sup>1077</sup> V. en ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 928, p. 460.

<sup>1078</sup> Art. 17 (règl. B I) et 19 (règl. B I bis).

nécessairement d'une compétence juridictionnelle corrélée, dès lors que celui-ci pourra saisir d'autres juridictions que celles de son domicile, et renoncer à la certitude de pouvoir bénéficier des dispositions protectrices.

Ce système de protection *conditionnée* des impérativités substantielles applicables, *a priori* peu compatible avec le caractère nécessaire que présente en principe leur mise en œuvre pour assurer le respect d'un intérêt étatique, apparaît pourtant ici satisfaisant au regard des caractéristiques particulières que présentent ces dispositions impératives quant à leur but et leur fonction<sup>1079</sup>. Dans le système actuel, caractérisé par une dilution généralisée de l'impérativité des lois de police dans les conflits de juridictions, les impérativités substantielles mises en cause dans les contrats de consommation apparaîtraient dès lors globalement préservées grâce aux solutions consacrées sur le plan de la compétence juridictionnelle. À cet égard, d'ailleurs, leur protection apparaîtra également assurée au stade du contentieux de l'*exequatur* lorsque le consommateur sera défendeur, sous l'angle du critère fondé sur l'absence de compétence exclusive<sup>1080</sup>.

#### b) Protection limitée de la législation sur les clauses abusives

**267.** En dehors du champ d'application des règles protectrices du règlement Bruxelles I bis, en particulier lorsque le consommateur aura pris l'initiative de contracter avec un professionnel dont l'activité ne sera pas dirigée vers l'État de son domicile<sup>1081</sup>, il sera soumis aux règles ordinaires du règlement Bruxelles I bis relatives aux clauses attributives de juridiction<sup>1082</sup>, ou au droit français<sup>1083</sup>. La législation sur les clauses abusives pourrait alors

---

<sup>1079</sup> V. sur ce point, *infra*, n° 312 et s.

<sup>1080</sup> V. art. 45.1, e) du règlement Bruxelles I bis. Et retenant cette solution, CA Douai, 9 février 1989, *Clunet* 1991, p. 160, obs. A. Huet.

<sup>1081</sup> V. sur la détermination de cette notion d'activité « dirigée vers », not. CJUE 7 décembre 2010, Aff. jtes C-585/08, *Peter Pammer* et C-144/09, *KG Hotel Alpenhof*, *Dalloz* 2011, p. 990, obs. C. Manara ; *ibid.* p. 908, obs. S. Durrande ; *ibid.*, p. 974, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; *ibid.*, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 2363, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny-Goy ; *ibid.*, p. 2434, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RCDIP 2011, p. 414, note O. Cachard ; RTD com. 2011, p. 663, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast ; RTD eur. 2011, p. 475, obs. E. Guinchard ; RJ com. 2011, p. 250, obs. M.-E. Ancel ; Europe 2011, Comm. 96, L. Idot ; JCP 2011, 129, note L. d'Avout ; CJUE Aff. C-218/12, 17 octobre 2013, *Lokman Emreck c/ Vlado Sabranovic*, *Dalloz* 2013, p. 2472 ; *ibid.* 2014, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RCDIP 2014, p. 630, note O. Boskovic ; RTD com. 2013, p. 832, obs. A. Marmisse-d'Abbadie d'Arrast.

<sup>1082</sup> Art. 23-24 (règl. B I), et art. 25-26 (règl. B I bis).

<sup>1083</sup> À cet égard, l'extension du champ d'application des dispositions protectrices du règlement Bruxelles I a permis de remédier à l'insuffisance du système consacré par le droit français. Celui-ci, en effet, ne s'oppose pas en principe à la licéité des clauses de prorogation de for insérées dans les contrats de consommation. Les seules réserves existant dans ce cadre quant à l'admission des clauses attributives de juridiction semblent être celles qui pourraient résulter de la mise en œuvre de la législation sur les clauses abusives. V. sur ces insuffisances, en particulier, A. Sinay-Cytermann, « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissaires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation internationale », RCDIP 2009, p. 427 et s. V. cep. sur le chef de compétence impératif fondé sur l'article L. 311-37 du Code de la consommation, *infra*, n° 330 et 428.



éventuellement conduire à limiter les atteintes susceptibles d'être portées aux impérativités substantielles, en venant limiter la licéité de ces clauses<sup>1084</sup>.

La prohibition de telles clauses est aujourd'hui réglementée par la directive européenne du 5 avril 1993<sup>1085</sup>, transposée en droit français par la loi du 1<sup>er</sup> février 1995<sup>1086</sup> et codifiée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Dans ce cadre, le caractère abusif des clauses attributives de juridiction insérées dans un contrat de consommation devrait pouvoir résulter du fait qu'elles peuvent avoir « pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »<sup>1087</sup>. Plus précisément, susceptibles d'être insérées par le professionnel à l'insu du consommateur et de désigner un tribunal éloigné du centre de ses intérêts, elles semblent pouvoir conduire à « supprimer ou entraver l'exercice d'actions en justice ou des voies de recours par le consommateur »<sup>1088</sup>. La référence faite « notamment » aux clauses désignant une juridiction arbitrale pourrait laisser envisager l'application de ces dispositions aux clauses attributives de juridiction<sup>1089</sup>.

Les évolutions récentes en la matière ont certainement accru la possibilité de reconnaître le caractère abusif de telles clauses. La loi du 4 août 2008, réformant l'article L. 132-1 du Code de la consommation<sup>1090</sup>, a conduit à dresser une liste de clauses présumées abusives à l'article R. 132-2, dans laquelle se trouvent désormais insérées les clauses susceptibles d'entraver l'accès à la justice du consommateur<sup>1091</sup>. D'un autre côté,

---

<sup>1084</sup> V. en ce sens, E. Pataut, *Clauses attributives de juridiction et clauses abusives*, in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*. Études de droit de la consommation, 2004, Dalloz, p. 817 et s. ; L. Bernardeau, « Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire », *RED consom.*, 2000, p. 269.

<sup>1085</sup> JOCE, C, 243, 28 septembre 1993, p. 29. Sur ce texte, M. Trochu, « Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *Dalloz* 1993, chron. p. 315 ; F. Sage, « Le droit français au regard de la directive 93/13 du Conseil des communautés européennes du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *Gaz. Pal.* 29 octobre 1994, doct. p. 1189 ; J. Huet, « Propos amers sur la directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives », *JCP E* 1994, I, 309 ; G. Paisant, « Propositions pour une réforme du droit des clauses abusives (après la directive du 5 avril 1993) », *JCP G* 1994, I, 3772.

<sup>1086</sup> JOCE du 25 avril 1993, L. 95, p. 29 ; *Dalloz* 1993, Lég., p. 360 ; *JCP* 1993, III, n° 66199. V. C. Danglehant, « Commentaire de la loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats », *Dalloz*, 1995, p. 127 ; B. Gelot, « Clauses abusives et rédaction des contrats : incidences de la loi du 1<sup>er</sup> février 1995 », *Defrénois* 1995, p. 1201 ; Ch. Jamin, « Loi n° 95-96 du 1<sup>er</sup> février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique », *RTD civ.* 1995, p. 437.

<sup>1087</sup> V. art. L. 132-1 al. 1 du Code de la consommation et l'art. 3 de la directive de 1993.

<sup>1088</sup> V. le point q de l'annexe de la directive (repris dans l'art. R. 132-2, du Code de la consommation, modifié par la loi du 4 août 2008).

<sup>1089</sup> En ce sens, plusieurs recommandations de la Commission des clauses abusives ont d'ailleurs pu répertorier les clauses attributives de juridiction insérées dans un contrat de consommation comme des clauses abusives, et certains auteurs ne doutent pas qu'elles possèdent ce caractère. V. not. L. Bernardeau, « Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire », *RED consom.*, 2000, p. 261 et s., spéc., p. 265, note 22 ; J. Calais-Auloy et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd., Précis Dalloz, 2000, p. 183 et s.

<sup>1090</sup> Loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie. V. sur ce texte, X. Delpech, « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *Dalloz* 2008. 2220 ; M. Bruschi, « Renforcement de la protection des consommateurs », *RLDA* 2008, p. 37 ; J. Rochfeld, « Du droit de la consommation au droit de la régulation du marché : des dangers des listes et de l'harmonisation maximale », *RTD civ.* 2008, p. 732.

<sup>1091</sup> V. art. R. 132-2 10° C. cons. Elles apparaissent désormais par principe considérées comme étant abusives, et ne pourront être efficaces que dans la mesure où le professionnel apportera la preuve de leur caractère non abusif.

l'interprétation de la directive retenue par la Cour de justice semble encore particulièrement favorable à une telle qualification<sup>1092</sup>. Il a été affirmé en effet, dans l'arrêt *Oceano Grupo* du 27 juin 2000<sup>1093</sup>, que la clause attributive de juridiction insérée dans un contrat de consommation réunissait tous les critères pour pouvoir être qualifiée d'abusives et devrait être écartée<sup>1094</sup>. La solution consacrée concernant une clause attributive de juridiction territoriale devrait, *a fortiori*, pouvoir être étendue à celle relative à la compétence internationale. Au-delà, faisant initialement référence à la simple faculté du juge saisi de soulever d'office le caractère abusif d'une telle clause, la Cour de justice a par la suite considéré qu'il s'agissait, à cet égard, d'une réelle obligation<sup>1095</sup>.

**268.** Sous cet angle, la généralité de la solution consacrée semblerait conduire à poser le principe de l'inefficacité des clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de consommation, en tout cas lorsqu'elles désignent une juridiction éloignée du centre des intérêts du consommateur<sup>1096</sup> et qu'elles induisent le contournement des impératifs substantiels. Il s'ensuit que les clauses attributives de juridiction incluses dans un contrat de consommation soumises à l'appréciation du juge français ne pourraient dès lors être efficaces que dans les hypothèses, extrêmement rares, où la loi applicable au contrat admettrait leur validité et que les liens avec l'ordre juridique français seraient très lâches, dans lesquels, par hypothèse, de telles lois de police ne seraient pas applicables. La protection des lois de police françaises applicables dans ce cadre pourrait être non directement sur le plan de la licéité des clauses attributives de juridiction mais, de manière moins directe, sous l'angle de leur validité au fond. Les clauses attributives de juridiction insérées dans les contrats de consommation

---

<sup>1092</sup> V. en ce sens L. Bernardeau, « Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire », RED consom., 2000, p. 261 et s., spéc., p. 269.

<sup>1093</sup> CJCE 27 juin 2000, Aff. jointes C-240/98 à C-244/98, *Oceano Grupo Editorail et Salvat Editores*, Rec. I-4941, concl. A. Saggio ; Europe, 2000, comm. 280, note L. Idot ; RTD civ., 2000, p. 939, obs. Raynard ; LPA 24 juill. 2000, note S. Hourdeau ; JCP G 2001, II, 10513, obs. G. Paisant et M. Carballo Fidalgo ; RTD com., 2001, p. 291, obs. Luby.

<sup>1094</sup> La Cour a déclaré, en effet, qu'« une clause attributive de juridiction qui est insérée sans avoir fait l'objet d'une négociation individuelle dans un contrat conclu entre un consommateur et un professionnel et qui confère compétence exclusive au tribunal dans le ressort duquel est situé le siège du professionnel doit être considérée comme abusive au sens de l'article 3 de la directive dans la mesure où elle crée [...], au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties découlant du contrat » (point 24).

<sup>1095</sup> V. déclarant que « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose », CJUE, 4 juin 2009, Aff. C-243/08, *Pannon GSM Zrt, c/ Erzsébet Sustikné Györfi*, Dalloz 2009, p. 2312, note Poissonnier ; RTD civ. 2009, p. 684, obs. Rémy-Corlay ; Procédures 2009, Comm. 275, obs. Nourissat ; *Adde*, CJUE, 9 novembre 2010, Aff. C-137/08, *VB Pénzügyi Lizing Zrt*, Rec. I. 10847.

<sup>1096</sup> V. cependant, *contra*, A. Palacio, « Le commerce électronique, le juge, le consommateur, l'entreprise et le Marché intérieur : nouvelle équation pour le droit communautaire », Rev. dr. de l'Union européenne, 2001, p. 5 et s., spéc., p. 18.

voient en effet leur efficacité remise en cause grâce à la mise en œuvre de la législation sur les clauses abusives<sup>1097</sup>.

---

<sup>1097</sup> V. pour une vue d'ensemble, notamment, E. Pataut, « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, 2004, Dalloz, p. 807 et s.

La solution, chaque fois que la loi applicable au contrat sera celle d'un État membre de l'Union européenne, devrait encore résulter de la mise en œuvre de l'article L. 135-1 du Code de la consommation, transposant l'article 6 de la directive<sup>1098</sup>. Dans les hypothèses où le droit applicable au contrat de consommation serait celui d'un État tiers admettant éventuellement la validité de telles clauses, elle pourrait également conduire le juge français à reconnaître l'inefficacité d'une telle clause, chaque fois que le contrat présentera un « lien étroit avec le territoire d'un État membre ».

Sans exclure directement la licéité des clauses attributives de juridiction, les solutions consacrées en la matière semblent donc en partie soustraire ce type de litiges des dangers précédemment décrits quant au respect des impérativités étatiques substantielles. Il en est ainsi également en matière de contrats de travail.

## 2- Système de protection des lois de police dans les contrats de travail

**269.** À la différence de la solution consacrée en droit de la consommation, la protection apportée au salarié dans les contrats de travail conduit, en droit français, à instaurer un mécanisme réellement efficace pour préserver les impérativités françaises applicables (a). Le système mis en place au niveau européen rejoint, dans une large mesure, celui prévu pour les contrats mettant en cause les consommateurs (b).

### a) Protection satisfaisante de certaines impérativités substantielles en droit français

**270.** La nécessité d'assurer la protection des travailleurs placés en situation de faiblesse par rapport à leur employeur a conduit à l'élaboration de règles de compétence juridictionnelle internationale spécifiques en droit français. En dehors de toute attribution conventionnelle de compétence, la transposition des règles de compétence territoriale dans l'ordre international<sup>1099</sup> conduit à fonder la compétence des juridictions françaises lorsque le lieu de l'établissement où est accompli le travail se trouve en France, ou, si le travail s'effectue en dehors de tout établissement, si le salarié est domicilié en France. Celui-ci possède toujours,

---

<sup>1098</sup> Tel que modifié par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 (art. 31). Conformément à l'interprétation large retenue par la Cour de justice dans l'arrêt rendu le 9 septembre 2014, cet article a en effet fait l'objet d'une modification en ce sens, qui permet d'étendre son champ d'application.

<sup>1099</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 octobre 1982, JCP G 1983, IV, p. 17 ; et Cass. Soc., 20 octobre 1983, Clunet 1984, p. 338, note P. Rodière ; RCDIP 1985, p. 99, note H. Gaudemet-Tallon ; Cass. Soc., 2 octobre 2001, JCP G, IV, n° 2843 ; Dalloz 2001, inf. rapp., p. 3171, qui énonce que « l'article 517-1 est applicable dans l'ordre international ».

en outre, la possibilité de saisir le conseil des prud'hommes du lieu de conclusion du contrat ou le tribunal du lieu où l'employeur est établi<sup>1100</sup>.

**271.** Quant à la possibilité de déroger à ces règles de compétence juridictionnelle, l'objectif de protection du salarié a également conduit à n'admettre la prorogation conventionnelle de compétence au profit d'une juridiction étrangère que de manière assez limitée, en tout cas lorsqu'elle est convenue avant la naissance du différend.

Concernant le champ de l'impérativité de la compétence dans l'ordre international<sup>1101</sup>, la question a fait l'objet d'hésitations de la part des tribunaux<sup>1102</sup>, ce qui a conduit à consacrer une solution susceptible d'interprétations variables. La solution fut initialement fondée sur un compromis dégagé par la chambre mixte, dans un contexte d'opposition absolue entre les différentes chambres de la Cour de cassation<sup>1103</sup>. Elle reposait sur l'idée que les clauses attributives de juridiction étaient valables lorsqu'elles dérogeaient à la compétence des juridictions françaises établies sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil, mais nulles lorsqu'elles dérogeaient aux règles de compétence fondées sur des critères objectifs<sup>1104</sup>. Les modifications apportées par le décret du 12 septembre 1974<sup>1105</sup> semblent avoir conduit les juridictions françaises à admettre une position plus nuancée<sup>1106</sup>, néanmoins non absolument fixée<sup>1107</sup>.

---

<sup>1100</sup> V. art. R. 517-1 du Code du travail, devenu R. 1412-1 du Code du travail depuis le décret du 7 mars 2008.

<sup>1101</sup> Il est admis, en droit interne, que les clauses attributives de juridiction dérogeant à l'art. 1412-1 du Code du travail sont réputées non écrites. V. art. L. 1221-5 (ancien art. L. 121-3) et R. 1412-4 (ancien art. R. 517-1, al. 4) du Code du travail.

<sup>1102</sup> V. sur l'ensemble de la question, not. J. Deprez, « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », *Rev. Dr. des Aff. Int.*, 1990, p. 833 et s. ; P. Mayer, « Les clauses relatives à la compétence internationale, insérées dans les contrats de travail », in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 263 et s. ; A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-41 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Clauses attributives de juridiction*, n° 27.

<sup>1103</sup> Alors que la Chambre sociale retenait le principe d'une illicéité généralisée des clauses attributives de juridictions (V. Cass. soc., 18 et 19 octobre 1967, JCP G 1967, II, 15293, 1<sup>re</sup> esp., note G. Lyon-Caen ; Clunet 1968, p. 342, note M. Simon-Depitre ; RCDIP 1968, p. 490, note H. Gaudemet-Tallon ; Rép. Commaille 1968, p. 557, note G. A. L. Droz ; Cass. soc., 8 novembre 1973, RCDIP 1974, p. 354, note P. Lagarde), la 1<sup>re</sup> chambre civile reconnaissait, au contraire, leur validité systématique (V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 janvier 1968, *Viala*, JCP G 1968, II, 15451, note G. Lyon-Caen ; Clunet 1968, p. 717, note M. Simon-Depitre ; RCDIP 1968, 3<sup>e</sup> esp. p. 490, note H. Gaudemet-Tallon ; Rép. Commaille 1968, p. 557, note G. A. L. Droz).

<sup>1104</sup> V. Cass. Ch. mixte, 28 juin 1974, JCP G 1974, II, 17881, note G. Lyon-Caen ; RCDIP 1975, p. 110, note P. Lagarde ; Clunet 1975, p. 82, note D. Holleaux ; Gaz. Pal. 1974, 2, p. 765, note R.S. ; Dr. soc. 1975, p. 458, note H.-J. Lucas ; Rép. Commaille 1975, p. 115, obs. J. Tillhet, p. 271, obs. J. Boyer et p. 413, obs. G. A. L. Droz ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 janvier 1975, Dalloz 1975, I.R. p. 99 ; Clunet 1976, p. 145, obs. J. Tillhet-Pretnar.

<sup>1105</sup> Avant ce décret, l'art. R 517-1 du Code du travail ne prévoyait que deux chefs de compétence juridictionnelle, fondés sur le lieu de situation de l'établissement dans lequel le travail était accompli et le lieu où le contrat de travail avait été conclu. Le décret de 1974 a cependant introduit des chefs de compétence alternatifs, ce qui aurait conduit à écarter la licéité des clauses attributives de juridiction dans un nombre extrêmement important d'hypothèses.

<sup>1106</sup> Ainsi, la chambre sociale avait pu sembler admettre la validité générale des clauses attributives de juridiction dérogeant aux chefs de compétence de l'art. R. 517-1 du Code du travail. V. Cass. soc., 8 juillet 1985, *Allard*, JCP G 1985, IV, p. 324 ; RCDIP 1986, p. 113, note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>1107</sup> V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mai 1987, *Satom c/ Wraber*, RCDIP 1988, p. 78, 1<sup>re</sup> esp., note H. Gaudemet-Tallon, qui refuse de reconnaître la licéité de la clause en invoquant pour seul motif la contrariété de la clause à l'ordre public.

272. Dans ce contexte, certains auteurs ont pu soutenir qu'une solution opportune devrait être de faire varier la licéité des clauses en fonction de la force des rattachements territoriaux de la compétence des juridictions françaises mis en cause<sup>1108</sup>. Elle dépendrait ainsi d'une analyse plus générale de l'ensemble de la configuration spatiale de la situation au regard des impératifs de protection du salarié.

Une articulation des différents critères de compétence juridictionnelle pourrait ainsi conduire à admettre la validité des clauses chaque fois que la compétence des juridictions françaises serait fondée sur un critère de rattachement de faible intensité. En revanche, elle devrait être écartée dès lors que le litige présenterait, au contraire, des rattachements importants avec la France et permettrait d'asseoir la compétence des tribunaux sur des critères de forte intensité.

Sous cet angle, la reconnaissance du caractère impératif de la compétence des juridictions françaises semblerait devoir dépendre d'une articulation des différents critères de compétence, parmi lesquels ceux de l'exécution du travail en France et du domicile du salarié en France apparaîtraient comme des rattachements forts susceptibles de révéler un lien étroit de la situation juridique avec la France, alors qu'au contraire, ceux du lieu d'établissement de l'employeur ou du lieu où l'engagement a été contracté apparaîtraient faibles ou peu significatifs<sup>1109</sup>. Ainsi, il a été considéré que « la solution la plus raisonnable paraît être d'interpréter l'interdiction de l'article R 1412-4 à la manière d'une loi de police, et à la déclarer applicable ou non en fonction des liens du contrat avec la France ; cela conduirait à faire jouer la prohibition lorsque le contrat s'exécute en France, mais non en cas de rattachement plus faible »<sup>1110</sup>.

Une telle interprétation semble être confirmée par des arrêts rendus postérieurement par la Cour de cassation, dans lesquels le critère du lieu d'exécution du travail, articulé avec d'autres, semble avoir joué un rôle prépondérant quant à l'admission des clauses attributives de juridiction écartant la compétence des juridictions françaises<sup>1111</sup>.

---

<sup>1108</sup> V. not. en ce sens, P. Mayer, « Les clauses relatives à la compétence internationale, insérées dans les contrats de travail », in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 263 et s. ; P. Rodière, *Clunet* 1984, p. 344 ; B. Audit, « Les conflits de juridictions en matière de droit du travail », *Cahiers de dr. de l'entreprise*, 1986, p. 33 et s., spéc., p. 37 ; H. Gaudemet-Tallon, « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », in *Mélanges Marty*, 1978, p. 539 et 540.

<sup>1109</sup> V. en ce sens, et sur la manière dont devraient être articulés les critères, P. Mayer, *art. préc.*, p. 271 et s., spéc., p. 274 ; D. Holleaux, note, *Clunet* 1975, p. 93 ; Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 396.

<sup>1110</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 455, p. 406.

<sup>1111</sup> V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1987, *Air Afrique c/ Sylvestre*, Dalloz 1988, p. 314, obs. A. Lyon-Caen, et p. 341, obs. B. Audit ; RCDIP 1988, p. 78, 2<sup>e</sup> esp., note H. Gaudemet-Tallon ; *Clunet* 1988, p. 1041, note A. Lyon-Caen, jugeant licite une clause attribuant compétence à un tribunal étranger dès lors que le travail s'exécutait à l'étranger alors que le salarié était domicilié en France ; comp. CA Paris, 5 mai 1982, JCP G 1982, II, 19836, concl. Connen, validant la clause désignant les juridictions saoudiennes parce que aucun élément ne permettait de retenir que le contrat avait été passé en France et que ledit contrat avait été effectivement exécuté en Arabie saoudite, alors pourtant que l'employeur était établi en France ; Cass. Soc.

273. Cette solution conduit à consacrer, dans une mesure assez large, une corrélation des impérativités substantielles et juridictionnelles de l'ordre juridique français. Elle assurerait ainsi le respect effectif d'un nombre important de lois de police applicables en la matière. Le rattachement qui fonde l'application impérative des lois de police apparaît en effet, en matière de rapports individuels de travail, très souvent celui du lieu d'exécution du travail en France<sup>1112</sup>. Ceci a pu être justifié sous l'angle de l'*efficacité* de ce rattachement pour assurer conjointement la protection des travailleurs et le respect des intérêts étatiques poursuivis, en permettant une application uniforme de la législation et l'égalité de traitement des travailleurs sur le territoire<sup>1113</sup>.

Une telle corrélation des impérativités semble, en outre, avoir été favorisée grâce aux solutions spécifiques consacrées pour les hypothèses de détachement temporaire du travailleur effectué dans le cadre d'une prestation de service sur le territoire français. Le recours aux lois de police est nécessaire dans ce cadre pour imposer l'application des dispositions françaises dès le commencement de la prestation de travail sur le territoire<sup>1114</sup>. Or, l'article L. 341-5 du Code du travail<sup>1115</sup>, anticipant l'adoption de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996<sup>1116</sup>, a conduit à cristalliser l'applicabilité immédiate d'un certain nombre de dispositions

---

21 janvier 2004, RCDIP 2004, p. 644, note F. Jault-Seske, validant une clause attributive de juridiction au profit des juridictions américaines en relevant que le contrat s'exécutait aux États-Unis ; Cass. soc., 29 septembre 2010, Procédures 2010, comm. 397, obs. R. Perrot ; Clunet 2011, p. 134, note J. Burda ; Gaz. Pal., 11 août 2011, note Ph. Guez, jugeant qu'« une clause attributive de compétence incluse dans un contrat international ne peut faire échec aux dispositions impératives de l'article R. 1412-1 du Code du travail applicable dans l'ordre juridique international » et déclarant illicite la clause d'un contrat de travail conclu entre le royaume du Maroc et un salarié désignant les tribunaux marocains alors que le travail était exécuté à l'ambassade du Maroc à Paris.

<sup>1112</sup> V. not. concernant les règles relatives au licenciement de ces salariés, Ass. Plèn., *Air Afrique c/ Gueye, Air Afrique c/ Coulon et Air Afrique c/ Joncheray*, Dalloz 1993, p. 67, concl. Chauvy ; JCP 1993. II. 22063, note P. Rodière ; RCDIP 1994, p. 69, note B. Audit, alors qu'un tel caractère est en revanche dénié aux règles relatives au licenciement de manière générale. V. Cass. soc., 29 mai 1991, *Mjorndal c/ Sté Trelleborg et a.*, Gaz. Pal. 1991, pan. 283 ; RCDIP 1992, p. 468, note H. Muir Watt, et implicitement, Cass. Soc., 30 juin 1993 (deux arrêts), RCDIP 1974, p. 323, note M.-A. Moreau ; JCP E 1993. II. 523, note Ph. Coursier ; Dalloz 1994, p. 483, note E. Moreau ; concernant l'art. L 121-1 al. 2 du Code du travail (devenu art L-1221-3 depuis l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007), exigeant que les contrats de travail exécutés en France soient rédigés en langue française (V. Cass. Soc. 19 mars 1986, RCDP 1987, p. 554, note Y. Lequette ; Dalloz 1987, p. 359, note Légier ; RTD civ., 1988, p. 330, obs. Mestre, alors même que le contrat de travail ne s'exécutait en l'espèce que partiellement en France), ou encore en ce qui concerne la législation sur les congés payés (V. CA Paris, 4 juillet 1975, RCDIP 1976, p. 485, note A. Lyon-Caen). Il en a ainsi, de manière générale, des réglementations administratives contrôlées par un corps de fonctionnaires et sanctionnées pénalement (sur lesquelles, V. *infra*, n° 367).

<sup>1113</sup> V. en ce sens, E. Moreau, *Lois de police et contrat international de travail*, thèse dactyl., Paris, X, 1993, p. 55.

<sup>1114</sup> L'invocation des lois de police en dehors de cette hypothèse, en effet, n'apparaît pas toujours nécessaire concernant les rapports individuels de travail, dès lors que le critère de l'exécution habituelle du travail sur lequel elles reposent est également retenu dans la règle de conflit de lois applicable. Leur application peut alors entrer dans le présumé de la règle de conflit de lois. La règle de conflit posée en droit français a cependant aujourd'hui à être écartée par les règles européennes issues initialement de la convention de Rome (art. 6) et aujourd'hui du règlement Rome I (art. 8), qui sont dotés d'une applicabilité universelle et consacrent la même solution. Voir, sur celle-ci, *infra*, n° 307 et s.

<sup>1115</sup> V. loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 (JO 21 décembre) ayant donné lieu à l'art. 341-5 du Code du travail, complété par plusieurs décrets d'application, devenu art. L. 1262-4 C. trav., depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015, JORF n° 0181 du 7 août 2015.

<sup>1116</sup> JOCE, n° L. 018 du 21 janvier 1997, p. 1. V. sur cette directive, M.-A. Moreau, « Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne », Clunet 1996, p. 889. L'adoption anticipée de cette directive sur le territoire français a évité, sauf sur des points mineurs spécifiques, une transposition postérieure de celle-ci.

françaises<sup>1117</sup>, dont l'application s'impose aux travailleurs détachés effectuant leur prestation de service en France<sup>1118</sup>. D'un point de vue général, la règle semble ainsi avoir conduit à consacrer un nombre important de lois de police applicables aux rapports individuels<sup>1119</sup>, fondées sur le rattachement du lieu d'exécution du travail<sup>1120</sup>. Ces dispositions se sont vues « policisées » alors que leur qualité de lois de police n'apparaissait pas toujours reconnue avec certitude<sup>1121</sup>. Cette règle semble, ce faisant, avoir permis de « concrétiser le domaine des lois de police dans les relations individuelles de travail, et de simplifier la tâche du juge qui n'a plus à s'interroger ni sur l'opportunité d'appliquer ces lois de police ni sur leur contenu, au regard des lois en conflit »<sup>1122</sup>.

La coïncidence globalement établie entre l'applicabilité de certaines lois de police et le chef de compétence juridictionnelle reconnu aux tribunaux français assure ainsi le maintien du contentieux devant les juridictions dans ces hypothèses et également leur application effective. Ces lois de police apparaissent ainsi comme des hypothèses d'impérativité substantielle préservée dans les rapports internationaux<sup>1123</sup>. Une même protection des lois de police peut également être assurée grâce à la mise en œuvre du droit européen.

---

<sup>1117</sup> V. sur cette règle, notamment, S. Robin, « L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger », *Dr. soc.* 1994, p. 127 et s. ; M.-A. Moreau, « Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne », *Clunet* 1996, p. 902.

<sup>1118</sup> V. art. 3 de la directive, qui détermine une liste de dispositions étatiques appartenant au « noyau dur » des règles impérativement applicables quelle que soit la loi applicable au contrat, dans la mesure où elles seraient plus favorables au salarié fixe, et qui correspond, globalement, à celles de l'art. 1262-4 du Code du travail.

<sup>1119</sup> Les règles relatives à la représentation des salariés apparaissent, en effet, expressément écartées du champ de la directive. Elles semblent néanmoins conserver leur caractère de lois de police. V. en ce sens, M.-A. Moreau, « Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne », *Clunet* 1996, p. 903.

<sup>1120</sup> À cet égard, d'ailleurs, ces dispositions ont été doublées d'un chef de compétence juridictionnelle spéciale corrélée, permettant au salarié et à l'employeur de saisir les juridictions françaises du lieu de détachement (voir, art. 517-1-1 devenu art. R. 1412-5 du Code du travail depuis le décret du 7 mars 2008, transposant l'art. 6 de la directive), « pour faire valoir le droit aux conditions de travail et d'emploi garanties à l'article 3 (de la directive) ». Cette compétence, néanmoins, ne semble pas revêtir de caractère impératif au regard de la formulation employée, bien que la question de la licéité des clauses attributives de juridiction qui viendraient y déroger ne semble pas avoir été tranchée, ni dans le cadre du droit européen, ni en droit français. Il apparaîtrait cependant possible de considérer, à l'instar de E. Pataut, que « la justification autonome et différente à la fois des considérations de volonté des parties et de localisation du litige » puisse sinon conduire à refuser la licéité de toute clause y dérogeant, au moins assouplir le caractère exclusif en principe reconnu à la compétence de la juridiction désignée par la clause. V. sur cette règle, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 283 ; E. Pataut, *RCDIP* 2000, p. 520 et pour un exemple de mise en œuvre, *Cass. Soc.*, 25 janvier 2012, *RCDIP* 2012, p. 620, note Haftel.

<sup>1121</sup> V. en ce sens, M.-A. Moreau, *art. préc.*, p. 902.

<sup>1122</sup> M.-A. Moreau, *art. préc.*, p. 889 et s., *spéc.*, p. 901.

<sup>1123</sup> À cet égard, néanmoins, une telle sauvegarde de l'impérativité substantielle n'est assurée qu'au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle et si les tribunaux français sont saisis. Il en est nécessairement ainsi dès lors que la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer que l'art. R. 517-1 du Code du travail (aujourd'hui art. R. 1412-1 du même Code) n'a pas le caractère d'une règle de compétence exclusive, V. en ce sens, notamment, *Cass. soc.*, 7 mai 1996, *RCDIP* 1997, p. 77, note G.A.L. Droz.



## b) Protection relative en droit européen

**274.** Les règles de compétences juridictionnelles applicables aux contrats de travail dans le règlement Bruxelles I bis<sup>1124</sup> conduisent à consacrer un système qui se rapproche très largement de celui fixé pour les contrats de consommation. À cet égard, il reprend globalement les solutions consacrées dans le règlement Bruxelles I et celles auxquelles avait donné lieu l'interprétation favorable aux travailleurs retenue sous l'empire de la convention de Bruxelles<sup>1125</sup>.

Le travailleur demandeur bénéficie, comme le consommateur, d'une option de compétence<sup>1126</sup> et peut attirer son employeur soit devant les tribunaux de l'État membre du domicile de celui-ci<sup>1127</sup>, soit devant les tribunaux du lieu où il accomplit habituellement son travail<sup>1128</sup> ou avait accompli habituellement son travail<sup>1129</sup>. Lorsque celui-ci n'accomplit pas habituellement son travail dans un même pays, il peut encore saisir le tribunal du lieu où se trouve ou où se trouvait l'établissement qui l'a embauché<sup>1130</sup>. L'employeur, au contraire, ne peut attirer le salarié que devant les juridictions du domicile de ce dernier<sup>1131</sup>.

D'un autre côté, les clauses attributives de juridiction ne sont admises, lorsqu'elles sont conclues antérieurement au différend, que si elles sont invoquées par le travailleur<sup>1132</sup>

---

<sup>1124</sup> V. art. 18 à 21 du règlement Bruxelles I et art. 20 à 23 du règlement Bruxelles I bis.

<sup>1125</sup> Elle avait d'ailleurs conduit à retenir que l'obligation caractéristique du contrat, laquelle fondait la mise en œuvre de l'art. 5-1 de la convention, était, dans les contrats de travail, celle qui pesait sur le travailleur d'effectuer un travail déterminé et se localisait, dès lors, nécessairement au lieu d'exécution du travail. V. en particulier, CJCE, 26 mai 1982, Aff. C-133/81, *Ivenel*, Rec. I, p. 1891, concl. Rodez ; RCDIP 1983, p. 116, note H. Gaudemet-Tallon ; Clunet 1982, p. 948, obs. J.-M. Bischoff et A. Huet. Cette solution fut par la suite entérinée par la convention de Saint-Sébastien de 1989, qui permit d'ajouter à l'art. 5-1 de la convention de Bruxelles un alinéa relatif aux contrats de travail et de préciser le sort des clauses attributives de juridiction insérées dans ce type de contrats.

<sup>1126</sup> V. déclarant que cette possibilité n'appartient qu'au salarié demandeur et non à l'employeur défendeur qui serait assigné devant une juridiction de son domicile, Cass. Ch. mixte, 11 mars 2005, Dalloz 2005, p. 1332, note Mahinga ; Gaz. Pal. 2005, p. 2235, avis avocat gén. Foerst ; RCDIP 2005, p. 732, note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>1127</sup> Art. 19.1 (règl. B I) et 21.1 a) (règl. B I bis).

<sup>1128</sup> La détermination du lieu d'accomplissement habituel du travail a pu poser, cependant, des difficultés. V. notamment, sur l'interprétation de la notion, CJCE, 10 avril 2003, Aff. C-437/00, *Pugliese*, Rec. I. 3573, Clunet 2004, p. 632, obs. A. Huet ; RTD eur., 2003, p. 532, note P. Rodière ; Procédures 2003. Comm. 138, obs. Nourissat ; LPA n° 206, 2003. 11, obs. F. Jault-Seseke ; Europe 2003, n° 226, note L. Idot et devant les juridictions françaises, notamment, Cass. Soc. 27 novembre 2013, n° 12-24.880, Bull. civ.

<sup>1129</sup> Art. 21.1 b) i) (règl. B I bis) et art. 19.2 a) (règl. B I).

<sup>1130</sup> Art. 21.1 b) ii) (règl. B I bis) et art. 19.2 b) (règl. B I). Dans le règlement Bruxelles I bis, cette option lui est également offerte alors même que son employeur ne serait pas domicilié sur le territoire d'un État membre. (V. art. 21.2 règl. B I bis) et sur cette solution, N. Nord, « Refonte du règlement "Bruxelles I" et protection du travailleur », JCP S 2014. 1488, n° 12 et s.).

<sup>1131</sup> Art. 22.1 (règl. B I bis) et art. 20.1 (règl. B I).

<sup>1132</sup> Il est généralement admis qu'une telle clause ne peut être invoquée que par le travailleur et s'il s'en prévaut pour attirer l'employeur devant une juridiction autre que celle qui a normalement compétence, mais pas s'il souhaite l'opposer à l'employeur qui l'aurait assigné devant un tribunal normalement compétent. V. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe, préc.*, n° 300, p. 310 ; et V. CJUE, 19 juillet 2012, Aff. C-154/11, *Ahmed Mahamdia c/République algérienne démocratique et populaire*, Clunet 2012. 24, note El Sawah ; Procédures 2012. Comm. 282, obs. Nourissat ; RDT 2012. 588, obs. Jault-Seseke, dans lequel la Cour énonce qu'il faut considérer que la clause « attribue la compétence pour juger de l'action introduite par le travailleur à des fors qui s'ajoutent à ceux prévus par les articles 18 et 19 du règlement n° 44/2001. Cette convention a donc pour effet non pas d'exclure la compétence de ces derniers, mais d'élargir la possibilité du travailleur de choisir parmi plusieurs juridictions compétentes » (point 62 de l'arrêt).

pour saisir d'autres juridictions que celles dont la compétence est prévue par le règlement<sup>1133</sup>. Les clauses attribuant compétence aux tribunaux de l'État membre dans lequel les deux parties avaient leur domicile ou leur résidence habituelle au moment de la conclusion du contrat ne sont en revanche, ici, pas admises.

**275.** Quant à la protection des impérativités étatiques substantielles, la solution caractérisée par l'établissement d'une corrélation assez claire des impérativités pour les contrats de consommation laisse place ici à une plus grande incertitude du fait de la diversité des chefs de compétence proposés.

Imposant à l'employeur demandeur de saisir les juridictions du lieu du domicile du travailleur, le système consacré accorde un caractère impératif à ce seul chef de compétence<sup>1134</sup>, sous réserve de choix contraire de la part du travailleur. La solution apparaît alors justifiée sous l'angle des intérêts procéduraux du salarié, qui peut toujours bénéficier de la compétence d'une juridiction présentant une proximité avec le centre de ses intérêts. D'un autre côté, la saisine des juridictions du lieu d'accomplissement habituel du travail, actuel ou antérieur, du domicile de l'employeur ou des juridictions du lieu d'établissement, est placée dans la dépendance de la volonté du salarié demandeur, qui peut toujours choisir une juridiction différente<sup>1135</sup>.

**276.** Dans leur variété, néanmoins, les chefs de compétence proposés semblent recouvrir des hypothèses d'intervention de lois de police françaises différentes.

Le chef de compétence fondé sur le critère du lieu d'exécution du travail pourra établir une corrélation entre l'applicabilité des lois de police françaises susceptibles d'intervenir dans le cadre des rapports individuels et la compétence des juridictions françaises, dans la mesure où le caractère habituel de l'exercice du travail en France pourra être établi<sup>1136</sup>.

D'un autre côté, le chef de compétence fondé sur le critère de l'établissement d'embauche proposé en l'absence d'exercice habituel dans un même État permettra d'établir une corrélation de la compétence juridictionnelle avec l'applicabilité des lois de police françaises susceptibles d'être applicables en matière de relations collectives de travail. Ces

---

<sup>1133</sup> Art. 23.2 (règl. B I bis) et art. 21.2 (règl. B I).

<sup>1134</sup> Cette compétence devrait d'ailleurs désormais bénéficier, dans le règlement Bruxelles I bis, de la protection assurée aux règles de compétence propres aux travailleurs au stade du contentieux de l'*exequatur*. V. art. 45.1, e) i, qui a intégré les règles de compétence consacrées pour les contrats de travail, absentes dans la convention de Bruxelles et le règlement Bruxelles I, et qui limite cette protection à l'hypothèse du travailleur défendeur.

<sup>1135</sup> Art. 23.2 (règl. B I bis) et art. 21.2 (règl. B I).

<sup>1136</sup> Cette corrélation pourra être rétablie lorsque le travail ne sera pas accompli habituellement en France, pour les travailleurs détachés, par le biais de la compétence juridictionnelle consacrée par l'art. 6 de la directive de 1996, dans les hypothèses de lois de police fixées par son art. 3.

règles, en effet, qui apparaissent « en bloc » comme « des lois d'application immédiate recevant application sur l'ensemble du territoire »<sup>1137</sup>, reposent sur un critère de rattachement territorial. Ceci permet d'assurer une uniformité des mécanismes de représentation collective des travailleurs, indépendamment même de leur caractère plus ou moins favorable pour le salarié<sup>1138</sup>. Il en est ainsi, notamment, des règles relatives à la représentation du personnel<sup>1139</sup>.

Sous cet angle, le mécanisme institué sur le plan de la compétence juridictionnelle apparaîtrait alors relativement protecteur des impérativités substantielles françaises. Il n'assure cependant qu'une corrélation imparfaite des compétences et fait dépendre la certitude de leur respect de la volonté du salarié<sup>1140</sup>. Cette solution peut se comprendre, s'agissant de certaines lois ayant trait à l'organisation des rapports individuels et visant à assurer une protection du salarié face à son employeur, parce qu'elle reposerait sur l'idée d'une renonciation délibérée du travailleur au bénéfice certain de certaines dispositions protectrices.

## **B) Convention d'arbitrage**

**277.** Les restrictions opposées à la validité des conventions d'arbitrage dans des domaines mettant en cause des parties faibles assurent, de manière plus ou moins satisfaisante et effective, la protection des lois de police applicables. L'arbitrage étant exclu du champ d'application des instruments européens, les solutions consacrées pour les litiges relevant du droit du travail (1) et du droit de la consommation (2) doivent être analysées au regard du droit français.

---

<sup>1137</sup> G. Lyon-Caen, *Les relations de travail internationales*, éd. Liaisons, 1991, n° 202, p. 115.

<sup>1138</sup> V. pour une étude d'ensemble de ces règles, J.-P. Laborde, « Les rapports collectifs de travail en droit international privé », TCFDIP 1996-1997, p. 153 et s. ; G. Lyon-Caen, *thèse préc.*, p. 115 et s. ; Ph. Coursier, *Le conflit de lois en matière de contrat de travail*, 1993, LGDJ, p. 132 et s.

<sup>1139</sup> V. concernant la mise en place d'un comité d'entreprise, CE, 29 juin 1973, *Compagnie des Wagons-lits*, RCDIP 1974, p. 344, concl. Questiaux ; Dr. soc. 1974, p. 42, concl. Questiaux, note J. Savatier ; Clunet 1975, p. 538, note Simon-Depitre, et sur cet arrêt, V. P. Francescakis, « Lois d'application immédiate et droit du travail », RCDIP 1974, p. 273 ; et la règle fut étendue à l'ensemble des règles relatives à la représentation des salariés. V. not. Cass. Soc., 3 mai 1988, *Sté Thoresen Car Ferries Ltd*, RCDIP 1989, p. 63, note G. Lyon-Caen, *Adde*, Cass. Soc., 29 janvier 1992, Bull. Civ. V, n° 53, p. 31 ; Cass. Soc. 14 février 2001, *Campana CFTC c/ Sté Agio Sigarenfabrieken*, Dalloz. 2001, p. 2171, obs. C. Nicod, RJS 5/2001, n° 617 ; Dr. soc. 2001, p. 639, M.-A. Moreau ; Cass. Soc., 14 janvier 2004, *Sté Agio Sigarenfabrieken NV c/ J.-M. Campana, J. Thouvenel et l'Union départementale des Syndicats CFTC de Paris*, Rev. soc., 2005, p. 209, note M. Audit.

<sup>1140</sup> À cet égard, des discussions s'étaient pourtant portées, au moment de l'élaboration de la convention de Bruxelles, sur l'éventualité de créer une règle de compétence exclusive au profit des juridictions du lieu d'exécution, spécifique aux contrats de travail dans le cadre de l'art. 16, ce qui aurait conduit à consacrer une coïncidence absolue entre les compétences juridictionnelles et les impérativités substantielles applicables dans les rapports individuels de travail. V. sur cette question, P. Bellet, « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun », Clunet 1965, p. 833 et s., spéc., p. 855 et s. ; G. A. L. Droz, « Compétence judiciaire et effet des jugements dans le marché commun. Étude de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », Dalloz, Bibli. dr. int. pr., vol. XII, 1972, spéc., n° 34, 66-68 et 163.

## 1- Clauses compromissaires et contrats de travail

**278.** Largement restreintes sur le plan des clauses attributives de juridiction, les clauses de prorogation de for en droit du travail font également l'objet d'une méfiance importante de la part de la jurisprudence française lorsqu'elles ont pour but de désigner une juridiction arbitrale. Les clauses compromissaires sont généralement vues comme des instruments susceptibles d'être utilisés par l'employeur au détriment du salarié, et qui imposent un certain encadrement pour assurer « un accès à la justice sans contraintes et sans frais pour les salariés »<sup>1141</sup>. Cet objectif a conduit, en droit français, à limiter globalement le recours à ce mode de règlement des différends (a). Les solutions consacrées, assurant dans une certaine mesure le maintien du litige devant les tribunaux français, permettent ainsi de préserver *a priori* le respect des lois de police protectrices applicables (b).

### a) Inopposabilité des clauses compromissaires

**279.** En dehors de certaines hypothèses particulières<sup>1142</sup>, la validité des clauses compromissaires insérées dans les contrats de travail apparaît assez largement écartée en droit français. La Cour de cassation a assez tôt prononcé la nullité de ces clauses en se fondant sur un raisonnement conflictualiste, lorsque le contrat de travail était soumis à la loi française<sup>1143</sup>, puis en se détachant d'un tel raisonnement, conformément à la jurisprudence *Dalico*<sup>1144</sup>. Or, déclarant de manière générale qu'une clause compromissoire insérée dans un contrat de travail était inopposable aux salariés lorsque la compétence juridictionnelle était établie<sup>1145</sup>, la Cour sembla avoir dégagé une règle matérielle applicable dans l'arbitrage international<sup>1146</sup>. Mais elle consacra une solution plus souple qu'auparavant<sup>1147</sup> : la clause étant déclarée non pas nulle mais inopposable au salarié lorsqu'il saisissait valablement les tribunaux français, le recours à l'arbitrage restait néanmoins possible dans la mesure où il le souhaitait<sup>1148</sup>.

---

<sup>1141</sup> M.-A. Moreau, note sous CA Grenoble, 13 septembre 1993, Rev. arb. 1994, p. 337, spéc., p. 346.

<sup>1142</sup> L'arbitrage apparaît en effet admis notamment dans les conflits collectifs de travail ou en matière de journalisme.

<sup>1143</sup> V. consacrant cette solution, Cass. Soc. 9 décembre 1960, JCP 1961. II. 12029, obs. M. Simon-Depitre ; Cass. Soc., 25 mai 1977, RCDIP 1977, p. 701, note A. Lyon-Caen ; Dalloz 1978, IR, p. 385, obs. Péliissier ; Cass. Soc., 12 février 1985, *Sté Ceramiche Ragno c/ Chauzy*, RCDIP 1986, p. 469, note M.-L. Niboyet ; Rev. arb. 1986, p. 47, note M.-A. Moreau-Bourlès ; Dalloz 1985, p. 456, note A. Lyon-Caen.

<sup>1144</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergheb c/ Sté Dalico*, préc.

<sup>1145</sup> V. Cass. soc., 16 février 1999 et 4 mai 1999, RCDIP 1999, p. 745, note F. Jault-Seseke ; Rev. arb. 1999, p. 290, note M.-A. Moreau ; Gaz. Pal. 2 mars 2000, p. 36, note M.-L. Niboyet. Les juges ont déclaré, dans ces affaires relatives à des litiges opposant des salariés exécutant leur travail en France à leur employeur, sociétés dont le siège social se trouvait sur le territoire français (1<sup>re</sup> esp.) ou suisse (2<sup>e</sup> esp.), que « la clause compromissoire insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction française compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail ».

<sup>1146</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1176, p. 1041.

<sup>1147</sup> *Ibid.*

<sup>1148</sup> La justification de cet assouplissement apparaît à la lecture du rapport annuel de la Cour de cassation, et semble trouver son fondement dans l'idée que « l'évolution des relations contractuelles du travail commande une certaine souplesse dans la

La solution consacrée a conduit ainsi à conditionner l'inopposabilité de la clause compromissoire à la possibilité de saisir un tribunal français. Celle-ci ne peut être invoquée à l'encontre du salarié pour l'obliger à saisir une juridiction arbitrale lorsque la compétence des juridictions françaises est fondée, mais il peut néanmoins toujours l'opposer à son employeur, s'il le souhaite. La protection du salarié en droit du travail prend dès lors la forme non pas d'une prohibition généralisée du recours à l'arbitrage mais d'une admission relative, conditionnée conjointement à la possibilité offerte au salarié de saisir les juridictions françaises et à sa volonté d'avoir recours à ce mode de règlement des différends. Elle se rapproche, sous cet angle, assez sensiblement de celle consacrée, vis-à-vis des clauses attributives de juridiction, au niveau européen<sup>1149</sup>.

**280.** À cet égard, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser qu'une telle solution, applicable malgré la nouvelle formulation de l'article 2061 du Code civil<sup>1150</sup>, n'est pas limitée de la compétence juridictionnelle fondée sur le critère de rattachement de l'exécution du travail en France, mais s'étend à tous les chefs de compétence des articles R. 1412-1 et R. 1412-4-1 du Code du travail<sup>1151</sup>, indépendamment du but qu'ils poursuivent<sup>1152</sup>.

La solution conduit finalement à soustraire globalement la matière des contrats de travail du champ de l'arbitrabilité des litiges.

---

mise en œuvre des règles protectrices du salarié. Ce dernier pourra, sur le fondement de la clause compromissoire insérée dans son contrat de travail international, accepter le recours à l'arbitrage en renonçant à se prévaloir de l'inopposabilité de la clause compromissoire s'il estime que la procédure arbitrale est conforme à son intérêt ». V. rapport annuel de la Cour de cassation, 1999, p. 327, cité par A. Sinay-Cytermann, « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation internationale », RCDIP 2009, p. 427 et s.

<sup>1149</sup> V. en ce sens, A. Sinay-Cytermann, *art. préc.*, p. 429 ; E. Loquin, « Arbitrabilité et protection des parties faibles », TCFDIP 2005-2007, p. 145.

<sup>1150</sup> La loi NRE du 15 mai 2001 a conduit, en effet, à une nouvelle formulation de l'art. 2061 du Code civil, toujours consacrée, qui prévoit que « sous réserve des dispositions législatives particulières, la clause compromissoire est valable dans les contrats conclus à raison d'une activité professionnelle ».

<sup>1151</sup> V. retenant la solution concernant la compétence fondée sur le lieu d'établissement en France, Cass. Soc., 9 octobre 2001, *Rev. arb.* 2002, p. 347, note T. Clay ; *Dr. soc.*, 2002, p. 122, note M.-A. Moreau ; LPA 2002, n° 242, p. 19, obs. F. Jault-Seseke ; *Clunet* 2006, p. 616, note S. Sana-Gaillé de Néré. En l'espèce, le contrat de travail s'exécutait à l'étranger (Mexique), et c'est seulement l'établissement de la société en France qui permettait de fonder la compétence des juridictions françaises. V. également, confirmant cette solution alors même que la qualification du contrat de travail semblait discutable, Cass. Soc., 28 juin 2005, *JCP* 2005, 1945, *chron. Arbitrage*, obs. J. Béguin ; RCDIP 2006, p. 159, note F. Jault-Seseke ; *Dalloz* 2005, p. 3052, *pan.*, obs. T. Clay, où la compétence des juridictions françaises découlait du domicile en France du travailleur dès lors que celui-ci exécutait sa prestation en dehors de tout établissement.

<sup>1152</sup> V. considérant cette solution excessive, Ch. Seraglini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : à la recherche de l'équilibre », *Cahiers de l'arbitrage*, vol. IV, Pedone, 2008, p. 49, *spéc.*, n° 30, p. 66 ; F. Jault-Seseke, note sous Cass. Soc., 16 février 1999, *Société Château Tour Saint-Christophe et a. c/ M. Aström*, et 4 mai 1999, *Picquet c/ Société Sacinter*, RCDIP 1999, p. 745, *spéc.* p. 756 et note sous Cass. Soc., 28 juin 2005, RCDIP 2006, p. 159 et s.

## b) Mécanisme de protection des impérativités

**281.** La règle consistant à considérer les clauses compromissaires inopposables aux salariés chaque fois que la compétence des juridictions françaises est établie, indépendamment de la loi applicable au contrat de travail, présente, quant à sa mise en œuvre, une certaine parenté avec le mécanisme des lois de police<sup>1153</sup>. Elle apparaît, en effet, comme une règle unilatérale applicable en fonction des liens existants entre le contrat de travail et l'ordre juridique français.

Conditionnée à la réalisation d'au moins un des critères de rattachement de compétence des juridictions françaises prévus à l'article L. 1412-1 du Code du travail, elle conduit à admettre le principe de l'inopposabilité de la clause compromissoire insérée dans les contrats de travail, notamment lorsque le travail aura été exécuté en France ou que l'établissement d'embauche se trouvera sur le territoire français. Elle assure ainsi le maintien impératif de la compétence des juridictions françaises dans les hypothèses majoritaires où les lois de police françaises fondées sur ce critère de rattachement auront vocation à s'appliquer.

**282.** Le système de protection des lois de police prend ainsi une forme assez similaire à celle qu'il a dans les règlements européens, dès lors que, sans consacrer une corrélation absolue et parfaite des impérativités, il fait dépendre leur application du comportement procédural de la personne qui apparaît comme le destinataire de cette norme.

À cet égard, la solution paraît satisfaisante du point de vue de l'ordre juridique français<sup>1154</sup>, dans la mesure où l'on se contenterait d'un système fondé sur une mise à l'écart possible ou effective des lois de police applicables en la matière, parce qu'elle assure une corrélation possible des impérativités. Elle pourrait même paraître renforcée. Proclamée sans ambiguïté, la compétence des juridictions françaises pourrait éventuellement même conduire à envisager sa violation comme une cause de « nullité manifeste » de la cause, lors d'un déclinatoire de compétence sur le fondement de l'article 1448 du Code de procédure civile<sup>1155</sup>, en évitant ainsi le détour prioritaire par l'arbitre par application du principe

---

<sup>1153</sup> V. en ce sens, Ch. Seraglini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : À la recherche de l'équilibre », Gaz. Pal., 15 décembre 2007, p. 5 et s.

<sup>1154</sup> Quant aux impérativités étrangères, en revanche, le maintien impératif de la compétence des juridictions françaises chaque fois qu'elles seront saisies pourrait paraître en revanche contestable, dès lors qu'elle risquera de faire obstacle à leur application dans des hypothèses où le lien avec l'ordre juridique français pourra être faible, tel que celui du lieu de conclusion du contrat par exemple.

<sup>1155</sup> V. sur la mise en œuvre de cet article et l'appréciation restrictive de la notion de « nullité manifeste » ou « d'inapplicabilité manifeste » retenue par les juges français, O. Cachard, « Le contrôle de la nullité ou de l'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire », Rev. arb. 2006, p. 893 ; Y. Strickler, « La jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'effet négatif de la *compétence-compétence* [janv. 2009 - déc. 2010] », Rev. arb. 2011, p. 191.

*compétence-compétence*<sup>1156</sup>, ou amener à l'extension de l'exception reconnue à la mise en œuvre de ce principe<sup>1157</sup>.

**283.** Au stade du contentieux de l'*exequatur*, cette inopposabilité de la convention d'arbitrage devrait conduire au prononcé d'un refus de reconnaissance ou d'efficacité ou au prononcé de l'annulation de la sentence par le juge français, sur le fondement de l'article 1520-1 du Code de procédure civile<sup>1158</sup>.

## 2-Clauses compromissoires et contrats de consommation

**284.** En opposition avec la réticence retenue dans les contrats de travail, les clauses compromissoires ne semblent faire l'objet que d'une méfiance relative dans les contrats conclus par des consommateurs (a), ce qui assure, par voie de conséquence, une protection limitée des impérativités substantielles (b).

### a) Méfiance relative vis-à-vis des clauses compromissoires

**285.** Inclus dans la notion d'arbitrage commercial<sup>1159</sup>, les contrats de consommation se trouvent également confrontés à l'absence de transposition de l'article 2061 du Code civil dans l'ordre international<sup>1160</sup>, et à la proclamation du principe de licéité des conventions d'arbitrage<sup>1161</sup>. Ils ne semblent soumis à aucune disposition particulière interdisant le recours à l'arbitrage de manière expresse.

---

<sup>1156</sup> En l'absence de la reconnaissance d'une telle nullité manifeste, le salarié ne pourrait éviter la saisine de l'arbitre que dans l'hypothèse où l'arbitre ne serait pas encore saisi, et il serait dès lors contraint de saisir en premier le juge. Il ne serait dès lors pas protégé si son employeur prenait l'initiative de l'action. V. sur ce point, notamment, Ch. Seraglini, JCP G 2012, note sous Cass. Soc., 30 novembre 2011, p. 843, n° 2.

<sup>1157</sup> V. en ce sens, Ch. Seraglini, *art. préc.*, p. 7. Il a été reconnu, en effet, qu'« il résulte de l'article L. 1411-4 du Code du travail que le principe *compétence-compétence* selon lequel il appartient à l'arbitre de statuer en priorité sur sa propre compétence n'est pas applicable en matière prud'homale ». V. Cass. Soc., 30 novembre 2011, JCP G 2012, p. 843, n° 2, obs. Ch. Seraglini ; Rev. arb., 2012, p. 333, note Boucaron-Nardetto ; Procédures 2012, comm. 75, obs. A. Bugada.

<sup>1158</sup> V. not. Cass. Soc. 12 mars 2008, Rev. dr. trav., 2008, p. 326, note E. Serverin ; Cass. Soc., 28 juin 2005, JCP G 2006, I, 179, n° 2, obs. J. Béguin ; RCDIP 2006, p. 159, note F. Jault-Seseke ; Soc., 9 octobre 2001, Rev. arb., 2002, p. 347, note T. Clay.

<sup>1159</sup> V. art. 1504 du CPC (art. 1492 avant le décret du 13 janvier 2011). Il a été précisé, en effet, que la notion de commercialité ne se confond pas avec la notion d'acte de commerce au sens étroit, et que doit être considéré comme commercial l'arbitrage international portant sur un litige né à l'occasion d'une opération économique et mettant en cause les intérêts du commerce international. V. en ce sens, CA Paris, 13 juin 1996, *KFTCIC*, Clunet 1997, p. 151, note E. Gaillard.

<sup>1160</sup> Une réponse ministérielle du 31 janvier 2002 apportée par la garde des Sceaux à la question d'un sénateur sur l'application du nouvel article 2061 du Code civil issu de la loi du 15 mai 2001 avait cependant pu susciter des interrogations quant à l'extension de cet article au plan international pour assurer la protection des consommateurs. V. sur ces interrogations, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 642, p. 542 ; Ch. Seraglini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : À la recherche de l'équilibre », Gaz. Pal., 15 décembre 2007, p. 5 et s., spéc., n° 13 ; Ph. Fouchard, Rev. arb., 2002, p. 241.

<sup>1161</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> janvier 1999, *Zanzi, préc.*, et réaffirmant ce principe, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, RCDIP 2003, p. 441, note F. Jault-Seseke, Rev. arb., 2003, p. 1337, obs. C. Legros ; Clunet 2003, p. 473, note Ph. Kahn ; CA Paris, 21 janvier 2009, Rev. arb. 2009, p. 430 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 2010, Dalloz 2010, p. 2933, obs. T. Clay.

Alors que la position des tribunaux est longtemps restée incertaine<sup>1162</sup>, le recours à l'arbitrage en matière de droit de la consommation a finalement été expressément reconnu. Ainsi, la Cour d'appel de Paris, suivie par la Cour de cassation<sup>1163</sup>, a affirmé le principe de la licéité des clauses compromissoires insérées dans des contrats de consommation et rappelé que l'éventuelle applicabilité au fond du litige d'une réglementation protectrice du consommateur n'était pas de nature à exclure l'arbitrage<sup>1164</sup>. Sous cet angle, les lois de police fondées sur le rattachement à la résidence habituelle, susceptibles de revendiquer à s'appliquer, se trouvent soumises au risque de dilution de l'impérativité précédemment décrite.

**286.** La vocation protectrice des lois de police applicables en la matière aurait pu conduire à leur permettre de trouver, auprès de leur destinataire consommateur, un « soutien » en faveur de leur application, sous l'angle d'un déclinatoire de compétence formulé devant les juridictions françaises. Mais, la soumission des contrats de consommation à « la toute-puissance »<sup>1165</sup> de l'effet négatif du *principe compétence-compétence* semble pourtant empêcher une telle éventualité<sup>1166</sup>. En l'absence de chef de compétence impératif expressément reconnu en la matière, la nullité ou l'inapplicabilité manifeste permettant au juge d'écarter lui-même le recours à l'arbitrage avant la saisine de l'arbitre, par dérogation à ce principe<sup>1167</sup>, paraît en effet ici impossible<sup>1168</sup>. Il s'ensuit que l'application des lois de police devrait ici être entièrement soumise à l'arbitre, sous le contrôle – théorique – du juge de l'annulation.

---

<sup>1162</sup> V. ayant retenu la nullité d'une clause compromissoire insérée dans une convention d'ouverture de crédit en se fondant sur la réserve « des règles impératives du droit français et de l'ordre public international » formulée par la jurisprudence *Dalico*, en énonçant que « les règles impératives du droit français condamnent l'introduction d'une clause compromissoire dans un contrat de travail ou un contrat de consommation, dût-il posséder un caractère international », CA Paris, 24 mars 1995, *Bin Saud Bin Abdel Aziz c/ Crédit Industriel et Commercial de Paris*, Rev. arb., 1996, p. 80, note J. M. Talau.

<sup>1163</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mai 1997, *Renault c/ Société V. 2000 (Jaguar France)*, Rev. arb., 1997, p. 537, note E. Gaillard ; RCDIP 1998, p. 87, note critique V. Heuzé ; RTD com. 1998, p. 330, obs. Dubarry et Loquin ; Clunet 1998, p. 969, 1<sup>re</sup> esp., note S. Poillot-Peruzzetto, Justices n° 1, janv.-mars 1998, p. 156, obs. M.-C. Rivier, RTD com. 1998, 330, obs. É. Loquin.

<sup>1164</sup> Deux arrêts, CA Paris, 7 décembre 1994, *Société V. 2000 anciennement Jaguar France* et *Société Project XJ 220 LTD C. M. Meglio et C. M. Renault*, Dalloz 1995, somm. 318, obs. J. P. Pizzio ; RTD com. 1995, p. 401, obs. E. Loquin ; Rev. arb., 1996, p. 245, note Ch. Jarrosson.

<sup>1165</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 653, p. 58.

<sup>1166</sup> V. rappelant le principe de l'application de ce principe dans les contrats de consommation, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, *Rado*, Rev. arb., 2005, p. 115, note X. Boucobza ; Dalloz 2004, p. 2458, note I. Najjar ; RTD com. 2004, p. 447, obs. E. Loquin ; JCP 2004, I, 134, obs. Ch. Seraglini ; Dalloz 2005, pan. p. 3103, obs. T. Clay ; et V. également, reconnaissant le pouvoir des arbitres de se prononcer sur leur compétence au regard du droit de la consommation, CA Paris, 10 septembre 1997, *Société Chambon c/ Chavaux et autres*, Dalloz Aff., 1997, p. 1253, concernant la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

<sup>1167</sup> La solution est fondée sur l'art. 1448 du Code de procédure (anciennement art. 1458 CPC).

<sup>1168</sup> V. en ce sens, J. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 653 p. 558 et s.



**287.** Dans ce cadre, la prohibition des clauses compromissaires insérées dans les contrats de consommation ne semble, comme pour les clauses attributives de juridiction, pouvoir être envisagée en droit français que sous l'angle de la législation sur les clauses abusives<sup>1169</sup>. La clause compromissoire insérée dans les contrats de consommation apparaît en effet formellement reconnue comme une clause directement présumée abusive<sup>1170</sup>.

#### b) Protection limitée des lois de police en matière de consommation

**288.** Les solutions retenues, quant à la mise en œuvre de la législation sur les clauses abusives, pourraient ouvrir une perspective positive quant à la protection des impérativités substantielles de l'ordre juridique français en la matière. Leur protection apparaîtrait alors assurée, non pas sous l'angle de la question de l'arbitrabilité des litiges, mais de manière assez détournée, par la voie d'un mécanisme intervenant sur le plan des conflits de lois. Elle résulterait, indirectement, d'une atténuation du libéralisme consacré par les tribunaux français en la matière. À cet égard, les solutions consacrées récemment en droit français et au niveau européen, pour la mise en œuvre de la législation sur les clauses abusives, permettent d'envisager une évolution favorable à leur protection.

**289.** Alors que le maintien absolu du *principe compétence-compétence* conduisait à laisser à l'arbitre le soin de décider si le litige était arbitral ou ne l'était pas, même dans le cadre de la mise en œuvre de la législation sur les clauses abusives<sup>1171</sup>, les évolutions récentes en la matière semblent ouvrir la voie à une meilleure protection des lois de police.

La position retenue par la Cour de justice pourrait laisser envisager une évolution favorable à la reconnaissance du caractère manifestement nul des clauses compromissaires insérées dans les contrats de consommation. S'agissant du contrôle de la sentence arbitrale au

---

<sup>1169</sup> V. *infra*, n° 267 et s.

<sup>1170</sup> V. art. R. 132-2, 10° du Code de la consommation et l'annexe 1 q) de la directive du 5 avril 1993, sur laquelle, V. *supra*, n° 267. L'article va, à cet égard, moins loin que la proposition de directive relative aux droits des consommateurs présentée par la Commission le 8 octobre 2008, qui énonçait que « sont réputées abusives en toutes circonstances les clauses contractuelles ayant pour objet ou effet : [...] c) d'exclure ou d'entraver le droit du consommateur à ester en justice ou à exercer toute autre voie de recours, notamment en lui imposant de résoudre les litiges exclusivement par voie d'arbitrage en dehors des règles du droit » (COM [2008] 614 final). V. sur cette proposition, Dalloz 2008. AJ. 2784, obs. A. Astaix ; G. Paisant, « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels ! », JCP 2009. I. 118. Et voir, la recommandation n° 79-02 de la Commission des clauses abusives sur les clauses concernant les recours en justice (BOSP du 24/02/1979), qui a pu faire référence aux clauses qui imposent « le recours à l'arbitrage pour un litige qui n'est pas encore né (clause compromissoire) ».

<sup>1171</sup> V. à cet égard, les arrêts *Merril Lynch*, CA Paris, 2 avril 2003, CA Paris, 28 janvier 2004, et 28 avril 2004, Rev. arb. 2005 (2<sup>e</sup>, 3<sup>e</sup> et 4<sup>e</sup> esp.), p. 115, note X. Boucobza, où la Cour, tout en considérant que l'art. L. 135-1 du Code de la consommation devait faire échec à la règle matérielle de validité, estima que « le caractère évident et incontestable [de la nullité manifeste de la clause compromissoire] ne se déduit pas de la discussion sur l'appréciation de la nature éventuellement abusive de la clause compromissoire litigieuse au regard des règles gouvernant la protection des consommateurs », et refusa, pour cette raison, de statuer sur la validité de la clause concernée en vertu du *principe compétence-compétence*.

regard de cette législation sur les clauses abusives, en effet, celle-ci impose au juge national de faire primer le respect des dispositions protectrices du consommateur sur celui des dispositions procédurales nationales<sup>1172</sup>. Au nom du principe d'efficacité des droits conférés aux consommateurs par la directive sur les clauses abusives, elle restreint en effet l'autonomie procédurale des États membres dans le cadre de sa mise en œuvre. Or, en considérant que les modalités procédurales d'un droit étatique ne doivent pas rendre l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique européen pratiquement impossible ou excessivement difficile, elle semble en réalité rendre incertain le maintien du principe *compétence-compétence*<sup>1173</sup>.

Ainsi, la Cour de justice a pu considérer que, dans l'hypothèse où le consommateur n'aurait pas comparu devant l'arbitre, le juge devrait relever d'office le moyen tiré du caractère abusif de la clause dans le cadre du respect de l'ordre public<sup>1174</sup>. La possibilité, pour le consommateur, de soulever le caractère abusif de la clause devant le juge de l'annulation ou de l'*exequatur* doit lui être reconnue même s'il a participé à l'arbitrage sans contester la validité de la clause<sup>1175</sup>. Elle a déclaré, en effet, que la situation d'infériorité dans laquelle se trouve le consommateur « ne peut être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat », et que l'objectif de protection « ne pourrait pas être atteint si la juridiction saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale était empêchée d'apprécier la nullité de cette sentence, au seul motif que le consommateur n'a pas invoqué la nullité de la convention d'arbitrage dans le cadre de la procédure arbitrale »<sup>1176</sup>.

Par cette décision, elle pourrait alors éventuellement conduire le juge français à admettre l'extension du contrôle opéré sur la sentence arbitrale en la matière, dans la mesure où elle

---

<sup>1172</sup> V. en ce sens, B. Audit, et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1178, p. 1043. V. critiquant cette solution « maximaliste », notamment, Ch. Seraglini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : À la recherche de l'équilibre », *Gaz. Pal.*, 15 décembre 2007, p. 5 et s., n° 15, et s'interrogeant sur le bien-fondé de la solution au cas d'espèce, A. Sinay-Cytermann, « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissoires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation international », *RCDIP* 2009, p. 427 et s.

<sup>1173</sup> V. en ce sens, Ch. Seraglini, *art. préc.*, n° 21 ; A. Mourre, *note préc.*, spéc., p. 585 ; Ch. Seraglini et Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 653, p. 562

<sup>1174</sup> CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, Aff. C-40/08, *Dalloz* 2009, p. 2959, obs. Clay ; *Gaz. Pal.* 17-18 février 2010, p. 12, note Poissonnier et Tricoit ; *RTD civ.* 2009, p. 684, obs. Rémy-Corlay ; *RDC* 2010, p. 648, obs. Aubert de Vincelles ; *Rev. arb.*, 2009, p. 813, note Ch. Jarrosson ; *Cah. arb.* 2010, p. 471, note A. Musella et P. Pedone ; *JCP G* 2010, doct. 644, n° 3, obs. Ch. Seraglini.

<sup>1175</sup> V. CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, Aff. C-168/05, *Rec. I.* 10421 ; *Rev. arb.* 2007, p. 109, note L. Idot ; *Clunet* 2007, p. 581, note A. Mourre ; *JCP* 2007. I. 168, n° 1, obs. Ch. Seraglini ; Europe, décembre 2006, n° 378, obs. L. Idot. À cet égard, la mise en œuvre de la législation sur les clauses abusives vis-à-vis des clauses compromissoires se rapproche largement de celle consacrée pour les clauses attributives de juridictions. (V. à cet égard, la solution retenue par la jurisprudence *Pannon*, *préc.*, et sur ce point, *supra*, n° 267 et s.).

<sup>1176</sup> V. CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, Aff. C-473/00, *Rec.*, p. I 610875, Europe, janvier 2003, comm. A. Rigaux, n° 4 ; CJCE 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones* Aff. C-40/08, *Dalloz* 2009, p. 2959, obs. Clay ; *Gaz. Pal.* 17-18 février 2010, p. 12, note Poissonnier et Tricoit ; *RTD civ.* 2009. 684, obs. Rémy-Corlay ; *RDC* 2010. 648, obs. Aubert de Vincelles ; *Rev. arb.*, 2009, p. 813, note Ch. Jarrosson ; *Cah. arb.* 2010, p. 471, note A. Musella et P. Pedone ; *JCP G* 2010, doct. 644, n° 3, obs. Ch. Seraglini.

pourrait paraître nécessaire à l'assurance d'une protection effective de la législation protectrice relative aux clauses abusives<sup>1177</sup>.

---

<sup>1177</sup> V. en ce sens, Ch. Seraglini, « Les parties faibles face à l'arbitrage international : À la recherche de l'équilibre », *Gaz. Pal.*, 15 décembre 2007, p. 5 et s.

Il s'ensuit que, sans intervenir directement sur la question de l'arbitrabilité des litiges, la solution retenue en la matière pourrait laisser envisager un plus grand respect des lois de police, assuré par un recours facilité au juge étatique. Le système apparaît dès lors comme une solution dérogatoire simplement susceptible de favoriser leur respect, et rapproche les impérativités mises en cause d'impérativités apparaissant décorrélées du système de compétence juridictionnelle.

## **SECTION II : IMPÉRATIVITÉS DÉCORRÉLÉES DU SYSTÈME DE COMPÉTENCE**

**290.** Vis-à-vis des lois de police non défendues par le système de compétence juridictionnelle, l'affirmation du principe de licéité des clauses de prorogation de for favorisant l'expatriation du contentieux suscite *a priori* des inquiétudes. Le mécanisme d'intervention des lois de police, par principe unilatéral, laisse présumer l'existence d'un lien entre leur mise en œuvre et la saisine des juridictions du for d'origine et fait craindre à leur perte d'impérativité à l'étranger. L'importance que revêt en principe la réalisation de la politique législative impérative qu'elles poursuivent incite à reconnaître le caractère insatisfaisant d'une possibilité de décorrélacion des compétences juridictionnelle et législative.

Dans un contexte, néanmoins, où les lois de police deviennent toujours plus nombreuses et constituent désormais un ensemble de dispositions disparates ne répondant plus à une définition *finaliste* et *fonctionnelle* unitaire, les dangers du système libéral consacré et la nécessité de lui apporter des correctifs, ne peuvent être évalués qu'à travers une analyse détaillée de ces dispositions et de leur mise en œuvre.

**291.** Cette analyse, réalisée sur le plan des conflits de lois, permet de déceler des hypothèses dans lesquelles la décorrélacion des compétences juridictionnelle et législative peut être admise malgré la mise en cause de lois de police. Ces hypothèses, situées « en marge des enseignements de la théorie générale »<sup>1178</sup>, constituent dès lors des domaines dans lesquels le maintien du principe de licéité des clauses de prorogation de for en présence de lois de police n'apparaît pas problématique et peut être maintenu (I). En dehors de ces hypothèses, néanmoins, le caractère problématique du système libéral consacré devrait être

---

<sup>1178</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 101.

reconnu vis-à-vis des dispositions correspondant à une définition restrictive de la notion de loi de police, plus conforme à celle donnée originellement (II).

### **I-Hypothèses non problématiques**

**292.** Le système consacré en droit positif n'est pas problématique vis-à-vis des lois de police dont la perte d'impérativité à l'étranger peut être évitée ou admise, compte tenu du contexte dans lequel elles ont vocation à s'appliquer ou des objectifs dont elles visent à assurer la réalisation. Il en est ainsi des lois de police *protégées* par le droit de l'Union européenne (A) et de celles qui apparaissent comme de fausses lois de police, détachées de la définition originelle (B).

#### **A) Les lois de police protégées par le droit de l'Union européenne**

**293.** Au sein de l'espace unifié de l'Union européenne, les conséquences de l'inapplication des lois de police du for sur le respect de ses politiques législatives impératives apparaissent diminuées (1). Le maintien du principe de licéité généralisé des clauses de prorogation de for peut aussi être admis vis-à-vis des lois de police qui, ayant fait l'objet d'une mutation méthodologique, apparaissent insérées dans une règle de conflit de lois uniforme. Leur application devant le for étranger apparaît ainsi assurée (2).

##### **1- Diminution des conséquences de l'inapplication des lois de police du for à l'étranger**

**294.** Le rapprochement des réglementations impératives des États membres assure l'application de dispositions au moins substantiellement équivalentes quel que soit le juge saisi. Il résulte à la fois de l'existence d'un contrôle européen uniforme des lois de police étatiques (a) et de la prise en charge de certaines politiques législatives au niveau européen, donnant lieu à la consécration de lois de police harmonisées dans les États membres (b).

### a) Contrôle européen uniforme des lois de police

**295.** Dans le cadre des relations entre États membres, « les contraintes inhérentes à la hiérarchie des normes et à l'intégration institutionnelle européenne »<sup>1179</sup> que subissent les lois de police nationales conduisent à limiter assez sensiblement leur vocation d'intervention. L'instauration de libertés fondamentales au niveau européen, commandée en particulier par le principe de confiance mutuelle<sup>1180</sup>, conduit les autorités européennes à exercer un contrôle sur la qualification et la mise en œuvre des dispositions impératives nationales. Ces dernières, soumises au respect du droit primaire et dérivé de l'Union européenne, comme toutes les autres lois<sup>1181</sup>, voient leur déploiement dans les relations entre États membres conditionné au respect des libertés instituées par le Traité<sup>1182</sup>. La Cour de justice a rappelé, dans l'arrêt *Arblade*, que « l'appartenance des 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 »<sup>1183</sup>.

L'intervention d'une loi de police étatique dépend ainsi de la réalisation d'un examen préalable, visant à établir qu'elle n'entraînera aucune atteinte à l'exercice d'une liberté européenne ou qu'elle peut être admise malgré son effet restrictif, parce qu'elle répond à un *motif impérieux* reconnu par la Cour de justice<sup>1184</sup>. Le respect de cette exigence conduit à

---

<sup>1179</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 96.

<sup>1180</sup> Ce principe a été consacré par la jurisprudence de la Cour de justice, pour la première fois dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, CJCE, 20 février 1979, Aff. 120/78, *Rewe c/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Clunet 1981, p. 106-108, note R. K ; A. Mattara, « L'arrêt *Cassis de Dijon*, une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur », RMC, 1980, p. 505-514. V. aussi la communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120-78 (*Cassis de Dijon*), JO C 256 du 3 octobre 1980. Et V., sur ce principe, E.-A. Oprea, *Droit de l'Union européenne et lois de police*, l'Harmattan, Logiques juridiques, 2015, n° 303, p. 238.

<sup>1181</sup> V. E. Pataut, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et l'ordre juridique communautaire*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 117 et s., p. 124 et s.

<sup>1182</sup> La précision d'une telle condition de conformité de la mise en œuvre des lois de police étatique avec les objectifs du droit européen avait d'ailleurs été envisagée lors de la transformation de la convention de Rome en règlement Rome I dans la proposition de règlement de 2005 (COM/2005/0650 final, COD 2005/0261). Le considérant n° 13 de la proposition de règlement prévoyait en effet que la mise en œuvre des lois de police et de l'exception d'ordre public « doit se faire dans le respect des dispositions du Traité ». Ce considérant a cependant disparu dans le règlement Rome I adopté. Ce conditionnement des lois de police au respect des objectifs européens apparaît d'ailleurs directement pris en compte par les tribunaux français. V. par exemple, Cass. Com., 14 janvier 2004, RDC 2004, p. 1059, obs. D. Bureau ; RCDIP 2005, p. 55, note P. Lagarde ; DMF 2004, p. 723, note G. Mercarelli ; RJ com. 2004, p. 302, S. Poillot-Peruzzetto.

<sup>1183</sup> CJCE 23 novembre 1999, Aff. C-369/96, *Arblade*, AJDA 2000, p. 307, chron. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues ; RCDIP 2000, p. 710, note M. Fallon ; RSC 2000, p. 248, obs. L. Idot ; RTD eur. 2000, p. 727, chron. J.-G. Huglo. Clunet 2000, p. 493, obs. M. Luby (§34).

<sup>1184</sup> Les lois de police, impliquant souvent l'intervention d'une autorité et d'une procédure administrative d'autorisation éventuellement accompagnée de sanctions pénales ou administratives, apparaissent en effet très souvent susceptibles de produire des effets restrictifs sur les libertés européennes et risquent corrélativement de subir, dans une large mesure, le contrôle effectué par la Cour sur les dispositions étatiques qui en constituent des entraves. Il en sera ainsi, par exemple, des lois de police qui sanctionnent certains contrats par la nullité en raison de leur objet, qui restreignent ou interdisent l'exercice d'une activité. (V. concernant une loi interdisant le *cold-calling* aux Pays-Bas, CJCE, 10 mai 1995, Aff. C-384/93, *Alpine Investments*, Bull. Joly Bourse, juillet-août 1995, p. 297, note D. Fasquelle) ; des lois de police prévoyant une obligation de contracter avec certains prestataires à un certain endroit pour pouvoir passer la frontière (V., CJCE, 18 juin 1998, Aff. C-

soumettre les lois de police nationales au respect de conditions *uniformes*, fixées par le droit européen. Il fonde la réalisation d'un contrôle européen de ces dispositions, portant sur l'objectif d'intérêt général poursuivi par la mesure et le caractère justifié de sa mise en œuvre.

**296.** La condition relative à l'existence de raisons d'intérêt général national conduit la Cour de justice à évaluer la *légitimité* des objectifs substantiels poursuivis par les lois de police nationales. Il fournit un cadre contraignant quant à la détermination de ce qui relève de l'ordre public étatique. Alors même qu'une marge d'appréciation est reconnue aux États dans ce cadre<sup>1185</sup>, la notion d'intérêt général véhiculée par les lois de police fait l'objet d'un encadrement de la part de la Cour de justice, qui a rappelé que la compétence reconnue aux États membres pour définir leurs exigences d'intérêt général n'est pas absolue mais doit être soumise à son contrôle<sup>1186</sup>. Elle apprécie ainsi la *réalité* et le *sérieux* des motifs d'intérêt général invoqués au soutien de la disposition nationale concernée, et limite l'intervention des lois de police aux seules hypothèses « de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »<sup>1187</sup>.

Dans un second temps, ce contrôle de la *légitimité européenne* de l'objectif poursuivi par la règle nationale est doublé d'un contrôle visant à assurer que la sauvegarde de l'intérêt général poursuivi justifie effectivement une atteinte à la liberté de circulation mise en cause. Le respect de ce *test de la proportionnalité* impose au juge de l'État membre d'origine de la loi de police de vérifier que l'application de sa disposition est propre à garantir l'objectif qu'elle poursuit et ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour qu'il soit atteint<sup>1188</sup>. Ce contrôle induit notamment une évaluation du caractère *nécessaire* et *utile* à la réalisation des objectifs poursuivis par la loi de police et instaure une vérification de la *pertinence* de

---

266/96, *Corsica Ferries France* ; CJCE, 10 décembre 1991, Aff. C- 179/90, *Merci Convenzionali Porto di Genova*), ou encore des lois de police imposant la réalisation de formalités particulières (V. concernant l'exigence d'un agrément bancaire en France pour des crédits octroyés par des banques relevant d'autres États membres, CJCE, 9 juillet 1997, Aff. C-222-95, *Parodi*).

<sup>1185</sup> V. rappelant que les États sont en principe seuls compétents pour déterminer ce qui relève de l'intérêt général au regard de leurs impératifs nationaux, not. CJCE, 27 octobre 1977, Aff. C-30/77, *Bouchereau* ; CJCE, 9 décembre 1997, Aff. C-265/95, *Commission c/ France*.

<sup>1186</sup> V. not. en ce sens, CJCE, 15 décembre 1976, *Simmenthal*, Aff. C-36/76 (§24) ; CJCE, 4 décembre 1974, Aff. C-41/74 (§ 18) ; CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Luxembourg*, Aff. C-319/06 (§ 50) ; CJCE, 22 décembre 2010, Aff. C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c/ Landeshauptmann von Wien* (§ 86-87), où la Cour a déclaré que « la notion d'ordre public en tant que justification d'une dérogation à une liberté fondamentale doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de l'Union européenne ».

<sup>1187</sup> CJCE, 14 mars 2000, Aff. C-54/99, *Église de Scientologie* (§17).

<sup>1188</sup> CJCE 23 novembre 1999, *Arblade, préc.* (§34 et 35), et rappelant les différents critères de ce contrôle, CJCE, 9 mars 1999, Aff. C-212/97, *Centros* (§34), et CJCE, 30 novembre 1995, Aff. C-55/94, *Gebhard* (§37). Cette proportionnalité implique à la fois que la disposition nationale poursuive un impérieux motif d'intérêt général, qu'elle n'implique aucune discrimination et que l'objectif poursuivi ne puisse être assuré de manière équivalente par l'application d'une disposition qui était normalement applicable. (CJCE, 17 décembre 1981, *Webb*, §17 ; CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, §25).

l'objectif d'intérêt général invoqué au soutien de la loi de police<sup>1189</sup> du point de vue du droit européen. Il impose ainsi des exigences supplémentaires ou liminaires à l'intervention des lois de police étatiques dans les rapports entre États membres, qui portent atteinte à leurs spécificités fonctionnelles en remettant en cause leur applicabilité immédiate<sup>1190</sup>.

**297.** Cet encadrement exercé par le droit européen sur les lois de police nationales conduit alors à limiter l'action des législateurs nationaux quant à l'édiction des lois de police<sup>1191</sup>. Il conduit à ce que « le législateur national perd[e] pour partie sa liberté, autrefois entière, d'édicter des lois de police efficaces »<sup>1192</sup>. Mises en œuvre à l'occasion de l'invocation des lois de police dans le cadre des relations entre États membres, les conditions formulées par le droit européen conduisent à influencer l'élaboration et la mise en œuvre des lois de police dans les États membres, qui, désireux d'éviter les condamnations pour manquement à leurs obligations, doivent aligner leur réglementation nationale sur les objectifs et les limites imposées par le droit européen. L'exigence relative à la *légitimité européenne de l'objectif poursuivi* à travers ces dispositions et au respect du *test de proportionnalité* devrait conduire à limiter la propension des législateurs nationaux à édicter des dispositions internationalement impératives aux hypothèses où l'intérêt poursuivi pourra bénéficier d'une *validation* de la part du droit de l'Union européenne.

Corrélativement, cet encadrement européen conduit à *harmoniser* les dispositions impératives nationales susceptibles de trouver application au sein de l'Union européenne, qui apparaissent ainsi fondées sur un *socle commun*, constitué des principes et objectifs fixés au niveau européen. Ceci, parallèlement, devrait diminuer le particularisme des intérêts étatiques susceptibles d'être protégés grâce à l'utilisation des lois de police, et restreindre le caractère *nécessaire* de leur mise en œuvre dans les rapports entre États membres. Enfermées dans les limites imposées à l'ensemble des États membres quant à l'élaboration et à la mise en œuvre de leur législation nationale, elles devraient pouvoir trouver un équivalent dans la législation étrangère, susceptible d'assurer la réalisation de la politique législative poursuivie. Dès lors

---

<sup>1189</sup> V. M. Fallon, « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », RCDIP 2008, p. 781 et s., spéc., p. 788.

<sup>1190</sup> V. en ce sens, E. Pataut, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in *Les conflits de lois et l'ordre juridique communautaire*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 117 et s., p. 125, mais *contra*, B. Rémy, *thèse préc.*, n° 666, p. 377-378.

<sup>1191</sup> V. en ce sens, A. Raclet, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationale*, Nouvelle Bibliothèque de thèses, 2002, n° 481, qui déclare que « nous sommes donc tenus de considérer que le domaine d'exercice des prérogatives de puissance publique nationale est amené à se réduire à mesure que l'intérêt général communautaire se développe ».

<sup>1192</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 96.



que l'harmonisation des législations étatiques au sein de l'Union européenne devrait conduire à réduire leurs divergences à un minimum et à ce que leur application aboutisse à un résultat souvent identique<sup>1193</sup>, c'est l'utilité même du mécanisme des lois de police, destiné à assurer la « défense farouche des intérêts nationaux »<sup>1194</sup>, qui paraît mise en doute.

**298.** Sous cet angle, la semi-impérativité des lois de police consacrée dans les conflits de juridictions semble moins problématique du fait de la perte de caractère nécessaire que revêt leur application dans les rapports européens. Le maintien d'une mobilité interjuridictionnelle facilitée et non perturbée par la mise en cause des impérativités substantielles pourrait apparaître comme une continuité des solutions retenues dans les conflits de lois. Elle serait justifiée par la diminution des effets produits par la décorrélation des compétences législatives et juridictionnelles et la rareté des hypothèses dans lesquelles elle risquerait de conduire à une atteinte réelle aux intérêts étatiques protégés par les lois de police.

À côté de cette influence *indirecte* exercée par le droit européen sur les lois de police étatiques, le caractère tolérable du libéralisme consacré dans les conflits de juridictions peut encore être admis au regard de l'influence parfois *directe* qu'exerce le droit européen sur la consécration de lois de police dans les États membres.

#### b) Harmonisation européenne des lois de police

**299.** L'émergence de certains impératifs européens qui apparaissent parfois concrétisés dans des dispositions impératives insérées dans la législation européenne<sup>1195</sup> conduit, par voie de transfert, à la consécration de *lois de police d'origine européenne* spécifiques dans les États membres. Il en est ainsi en particulier dans les hypothèses où des directives sont édictées pour assurer une harmonisation matérielle des droits étatiques<sup>1196</sup> dans des domaines spécifiques<sup>1197</sup>. Ceci conduit à la création de règles « qui se substituent entièrement aux règles

---

<sup>1193</sup> L. Gannagé, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Études de droit de la consommation, Dalloz 2004, p. 421 et s., spéc., p. 436.

<sup>1194</sup> E. Pataut, *art. préc.*, p. 130.

<sup>1195</sup> V. considérant qu'un tel caractère impératif pourrait être déduit de la détermination, par ces règles, d'un champ d'application spatial spécifique déterminé en considération de l'objectif qu'elles poursuivent, E. Pataut, *art. préc.*, p. 136-137.

<sup>1196</sup> V. sur ses différentes formes, M. Fallon, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2002, spéc., p. 215 et s.

<sup>1197</sup> V. par exemple, directive européenne 86/653/CEE sur les agents commerciaux ; directive européenne 85/374/CE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux (JO L 210, 7.8.1985) ; directive sur les crédits aux consommateurs, directive européenne 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 (JOUE, L. 133, 22 mai 2008).

nationales existantes en la matière... » et dont l'effet est de « dessaisir les États membres de leurs compétences dans les secteurs spécifiques réglementés au niveau communautaire »<sup>1198</sup>.

Cette intervention *directe* du droit européen quant à la consécration des lois de police étatiques résulte, le plus souvent, de la mise en œuvre de certaines directives d'harmonisation minimale<sup>1199</sup>. Celles-ci comprennent alors, expressément ou implicitement, des dispositions impératives imposant l'intervention du droit harmonisé, dans tous les cas où les parties auront choisi le droit d'un État tiers pour régir leur contrat<sup>1200</sup>. La règle, s'appliquant à titre de loi de police, vise alors à faire bénéficier la partie faible d'un standard minimum de protection européenne, en écartant l'application de lois d'États tiers moins protectrices dès que la situation juridique présente un lien avec le territoire de l'Union européenne<sup>1201</sup>. Intervenant ainsi dans une logique unilatérale, elle peut conférer un caractère de lois de police aux dispositions étatiques de transposition<sup>1202</sup>. La solution a été clairement affirmée par la Cour de justice dans l'arrêt *Ingmar*<sup>1203</sup>, à propos de la directive sur les agents commerciaux<sup>1204</sup>. Elle impose, en principe, cette qualification aux dispositions étatiques de transposition édictées dans les États membres<sup>1205</sup> malgré des positions éventuellement contraires des juges étatiques concernés<sup>1206</sup>.

---

<sup>1198</sup> A. Mattera, *Le Marché unique européen*, 2<sup>e</sup> éd., 1990, Jupiter, p. 180, cité par E.-A. Oprea, *Droit de l'Union européenne et lois de police*, L'Harmattan, 2015, n° 255, p. 194.

<sup>1199</sup> Il en est ainsi, par exemple, de l'art. 3 §1 de la directive 96/71/CE sur le détachement des travailleurs, qui a conduit, comme nous l'avons vu (V. *supra*, n° 273), à identifier un noyau dur commun de normes étatiques internationalement impératives applicables indépendamment des qualifications nationales, et à imposer aux États membres de les faire respecter à tout salarié détaché temporairement sur leur territoire. V. également, l'art. 9 de la directive du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel d'un bien immobilier, qui dispose que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour que, quelle que soit la loi applicable, l'acquéreur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive, si le bien immobilier est situé dans un État membre ».

<sup>1200</sup> Elle est susceptible d'apparaître également directement consacrée à travers une règle imposant l'application de certaines dispositions nationales à titre de lois de police. Il en est ainsi, par exemple, de l'art. 6 §2 de la directive 93/13 concernant les clauses abusives, ou encore de l'art. 12 de la directive 97/7/CE du 20 mai 1997, concernant la protection du consommateur en matière de contrats à distance (JOCE, n° L 144/19), de l'art. 12 de la directive du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs.

<sup>1201</sup> Quant au mécanisme adopté, une telle règle unilatérale ne résout que le *conflit de lois* existant entre les normes européennes et les lois des États tiers sans désigner, à l'intérieur de l'ordre juridique européen, la loi applicable. Elle implique dès lors la mise en œuvre d'une règle de conflit de lois permettant de répartir la compétence législative entre les États membres.

<sup>1202</sup> V. sur la question de l'opportunité de reconnaître le caractère de loi de police à la disposition elle-même, E.-A. Oprea, *thèse préc.*, n° 492 et s., p. 361 et s., spéc., n° 498 et s., p. 365 et s.

<sup>1203</sup> CJCE, 9 novembre 2000, Aff. C-381/98, *Ingmar*, RCDIP 2001, p. 107, note L. Idot ; L. Bernardeau, « Droit communautaire et lois de police. À la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar*, Aff. C-381/98 », JCP 2001. II. 1159, note L. Bernardeau ; Clunet 2001, p. 511, note J.-M. Jacquet ; Europe, 2001, n° 24, obs. L. Idot ; C. Nourissat, « La loi nationale de transposition d'une directive communautaire peut-elle être qualifiée de loi de police dans l'ordre international ? », LPA, 2001, n° 124, p. 10 et s.

<sup>1204</sup> Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, JO n° L 382 du 31/12/1986 p. 0017 – 0021.

<sup>1205</sup> Alors que la directive ne prévoyait pas expressément son application impérative, la Cour rappelle le caractère impératif des articles 17 et 18 de la directive relatifs à la liberté de prestation de services et se fonde sur les objectifs d'intérêt général poursuivis par la directive, en particulier la suppression des restrictions à l'exercice de la profession d'agent commercial, d'une part, et la protection de la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée dans le marché intérieur, d'autre part, pour déduire que la réalisation de ces objectifs implique que la directive soit appliquée dans tous les cas où « la

**300.** Les lois de police ainsi consacrées répondent alors à une méthodologie d'application propre selon un schéma « à double ressort »<sup>1207</sup>, et possèdent un contenu similaire dans les différents États membres. Celui-ci est fondé sur un objectif commun fixé au niveau européen, résultant de « leur définition partiellement commune dans la directive édictée au niveau régional européen »<sup>1208</sup>. Éventuellement de « géométrie variable »<sup>1209</sup> car susceptibles d'assurer un niveau de protection différent au-delà de celui imposé par le droit européen, ces *lois de police d'origine européenne* apparaissent néanmoins très largement équivalentes et pourraient être neutralisées dans les rapports intra-européens malgré une jurisprudence contraire de la Cour de justice, illustrée par l'arrêt *UNAMAR*<sup>1210</sup>. Dès lors, en effet, que l'objectif qu'elle poursuivrait pourrait être réalisé grâce à l'application des dispositions étatiques d'un autre État membre, la protection du droit substantiel de l'ordre juridique étatique concerné ne semblerait plus apparaître comme un impératif d'ordre public et ne justifierait plus sa revendication unilatérale d'application par le biais du mécanisme des lois de police<sup>1211</sup>.

---

situation présente un lien étroit avec la Communauté, notamment lorsque l'agent commercial exerce son activité sur le territoire d'un État membre quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat » (§ 25).

<sup>1206</sup> V. Cass. Com. 28 novembre 2000, *Allium*, JCP E 2001, 997, note L. Bernardeau ; Dalloz Affaires, 2001, p. 305, note E. Chevrier ; RTD com. 2001, p. 502, note B. Bouloc ; p.1067 note J.-M. Jacquet ; Clunet 2001, p.513, note J.-M. Jacquet ; LPS, 22 juin 2001, n° 124, p. 10, note C. Nourissat ; JCP G 2001, II, 10527, note L. Bernardeau, la Cour de cassation considéra que la loi du 25 juin 1991, transposant la directive communautaire du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, n'était pas une loi de police. V. réitérant la solution récemment, Cass. Com., 5 janvier 2016, *Arcelor Mittal*, AJCA 2016, p. 162, obs. C. Nourissat. La Cour déclare que « la loi du 25 juin 1991 (...) loi protectrice d'ordre public interne, [n'est] pas une loi de police applicable dans l'ordre international ».

<sup>1207</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, « Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux », Dalloz 2014, p. 60 et s., qui déclare que « l'applicabilité internationale de la loi de police étatique se définissant, “sur mesure”, à partir des objectifs qu'elle poursuit, il convient d'examiner ces derniers d'abord à l'échelon régional européen (politique législative proposée par la directive) et ensuite à l'échelon national pertinent (politique législative poursuivie par l'État membre concerné, ayant transposé fidèlement, ou non, la directive, et lui ayant insufflé, ou non, des objectifs complémentaires à ceux de la directive et irréductibles à ces derniers) ».

<sup>1208</sup> *Ibid.*

<sup>1209</sup> Cette expression est celle de L. Idot, utilisée dans sa note sous l'arrêt *Ingmar*, RCDIP 2001, p. 107 et s., p. 115.

<sup>1210</sup> V. CJCE, 17 octobre 2013, Aff. C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (UNAMAR) NV v. Navigation Maritime Bulgare*, RTD com. 2014, p. 457, note Ph. Delebecque ; Dalloz 2014, p. 60, L. d'Avout ; *ibid.*, p. 893, obs. D. Ferrier ; *ibid.*, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon ; RTD civ. 2014, p. 107, obs. H. Barbier ; Europe 2013, Comm. 560, note L. Idot ; JCP 2013, p. 1287, obs. C. Nourissat ; RDC 2014, p. 80, note P. Deumier. La Cour avait dû répondre à la question de l'application à titre de loi de police de la loi belge de transposition de la directive sur les agents commerciaux à l'encontre de la loi bulgare applicable en tant que loi du contrat, qui transposait correctement la directive mais accordait une protection moins importante à l'agent commercial. Elle a déclaré que la loi d'un État membre ayant transposé une directive et satisfaisant la protection minimale imposée par la directive « peut être écartée par la juridiction saisie, établie dans un autre État membre, en faveur de la *lex fori* pour un motif tiré du caractère impératif, dans l'ordre juridique de ce dernier État membre, des règles régissant la situation des agents commerciaux indépendants uniquement si la juridiction saisie constate de façon circonstanciée que, dans le cadre de cette transposition, le législateur de l'État du for a jugé crucial, au sein de l'ordre juridique concerné, d'accorder à l'agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive, en tenant compte à cet égard de la nature et de l'objet de telles dispositions impératives » (§ 53). Sans dire clairement si la loi de transposition doit être appliquée en tant que loi de police, elle laisse néanmoins ouverte cette possibilité en confiant cette appréciation aux juges nationaux et se contente de préciser que le juge national devra néanmoins veiller à ne pas compromettre l'harmonisation voulue par la directive et l'application uniforme de la convention de Rome (§ 51), et prendre en compte le fait que la loi qui pourrait être évincée est en l'espèce celle d'un autre État membre ayant correctement transposé la directive.

<sup>1211</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, note sous CJCE, 17 octobre 2014, *UNAMAR*, Dalloz 2014, p.60 et s., n° 2, qui déclare que : « À première vue, le fait que la loi du contrat soit la loi d'un État membre ayant correctement transposé une directive devrait accroître le respect de cette loi par les juges des autres États membres, constituer pour eux une présomption d'équivalence

Cette neutralisation, au demeurant, pourrait être admise au regard du *test de proportionnalité* qui conditionne la mise en œuvre des lois de police dans les rapports entre États membres, chaque fois qu'il existerait une réelle *équivalence* des dispositions étatiques en concurrence. Le fait que l'application de la disposition étrangère applicable puisse permettre d'aboutir au même résultat devrait alors conduire à reconnaître l'absence de « valeur ajoutée » par la loi de police concernée dans la protection d'un objectif d'intérêt général<sup>1212</sup>. En revanche, devraient être admises à se déployer dans les relations entre États membres les lois de police poursuivant, à côté de l'objectif fixé par la directive, un objectif national, propre à l'ordre juridique concerné et ne découlant pas directement de la transposition de la directive. Elle apparaîtrait justifiée et nécessaire à la réalisation de la politique législative impérative poursuivie<sup>1213</sup>.

**301.** En dehors de ces hypothèses, l'harmonisation des lois de police étatiques devrait conduire à justifier le maintien du principe libéral consacré vis-à-vis des clauses attributives de juridictions, en raison de l'absence d'impact effectif de l'expatriation du contentieux sur la réalisation des politiques législatives impératives du for. Dès lors que cette politique, imposée uniformément par les normes supranationales européennes, devrait pouvoir être respectée par application de la règle impérative étrangère, il conviendrait d'admettre que l'utilité des clauses favorisant la mobilité interjuridictionnelle des parties ne justifie pas le maintien impératif du contentieux devant les juridictions du for.

## 2- Certitude d'une application des lois de police du for à l'étranger

**302.** Les règlements européens offrent des exemples de plus en plus nombreux de *crystallisations* de lois de police, prenant la forme de règles bilatérales. Ces dispositions apparaissent alors directement désignées en tant que *lex causae* au sein de règles de conflit de lois uniformes, applicables quel que soit le juge de l'État membre saisi. Elles bénéficient d'une impérativité renforcée sur le plan des conflits de lois, apparaissent ainsi également dégagées de la contrainte du « facteur contentieux »<sup>1214</sup>, et peuvent se satisfaire du maintien du principe de licéité généralisé des clauses de prorogation de for (a). À cet égard, les règles

---

avec la loi du for et dissuader d'appliquer celle-ci en qualité de règle super-impérative, surpassant la loi (sœur si ce n'est jumelle) choisie pour régir le contrat. » V. également, dans le même sens, E.-A. Oprea, *thèse préc.*, n° 260 et s., p. 200 et s. ; M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd., n° 262.

<sup>1212</sup> V. en ce sens, not. CJCE, 25 juillet 1991, Aff. C-76/90, *Sager v. Dennemeyer* (§ 15).

<sup>1213</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *note préc.*

<sup>1214</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 98.

consacrées en matière de contrats de travail et de contrats de consommation en droit européen présentent certaines spécificités (b).

#### a) Intégration des lois de police dans un procédé bilatéral

**303.** Le mécanisme dérogatoire des lois de police est généralement envisagé comme un instrument permettant de corriger l'inadéquation d'un rattachement utilisé dans une règle de conflit de lois<sup>1215</sup>. L'application immédiate d'une disposition serait ainsi rendue nécessaire parce que le rattachement de la règle de conflit de lois bilatérale, retenue pour la catégorie dont la situation relève normalement, ne permettrait pas d'en assurer une application conforme à son but<sup>1216</sup> : chaque fois qu'une loi de police prétend s'appliquer en tant que telle à une situation, cela signifie que la loi désignée par la règle de conflit ne conduit pas à désigner la loi qui a le plus grand intérêt à l'être.

Sous cet angle, l'intervention *massive* et répétée, voire systématique, des lois de police étatiques dans une matière ou dans une hypothèse donnée, peut apparaître comme le signe d'une inadéquation fonctionnelle de la règle de conflit de lois consacrée. Corrélativement, l'existence d'une règle reposant sur la prise en compte des intérêts substantiels qu'elles mettent en cause réduit l'utilité du recours au mécanisme dérogatoire qui les caractérise.

**304.** À cet égard, les instruments internationaux fixant des règles de compétence législative uniformes apparaissent particulièrement adaptés pour la consécration de telles règles et en contiennent, de fait, un nombre de plus en plus important. Il en est ainsi parce que, leur élaboration étant assurée à un niveau supra-étatique et au regard d'une analyse globale et comparative des dispositions législatives et des pratiques jurisprudentielles des États membres ou parties, elle peut être réalisée en considération des défaillances ou des insuffisances des règles nationales préexistantes. Il apparaît possible, à ce niveau, de raisonner de manière détachée et globale, toutes dispositions impératives confondues et sans discrimination entre elles. Cette vue d'ensemble des lois de police permet de mettre en place des rattachements adaptés, qui, sans utiliser le recours à la méthode des lois de police, leur assurent une application plus absolue.

---

<sup>1215</sup> V. en ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 554, p. 651-652 ; V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, 1990, GLN Joly, n° 6, p. 4.

<sup>1216</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 180, p. 166. V. également, considérant qu'« une règle peut être d'application nécessaire chaque fois que le critère de rattachement retenu par la règle de conflit de lois régissant la matière dans laquelle elle intervient ne permet pas d'assurer son application à des situations auxquelles, pour des raisons spécifiques liées à son contenu ou à son but, il importe qu'elle soit appliquée », P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s.n° 16, p. 289.

**305.** L'on assiste ainsi aujourd'hui, dans les instruments européens et les conventions internationales, à une tendance croissante à la réduction de l'utilité du mécanisme dérogatoire des lois de police. Il en est ainsi du fait de l'existence d'une concurrence de procédés et règles inspirés par des considérations matérielles, visant à assurer la réalisation de l'objectif qui justifiait leur mise en œuvre<sup>1217</sup> ou conduisant, plus directement, à leur application<sup>1218</sup>. Ces règles « orientées »<sup>1219</sup>, intégrant de manière plus ou moins directe les lois de police étatiques applicables dans une règle de conflit de lois bilatérale<sup>1220</sup>, assurent, dans un système « intégré », leur application systématique par la voie d'un mécanisme non dérogatoire ou la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent. Elles suppriment, corrélativement, leur vocation à intervenir de manière unilatérale par le biais du mécanisme dérogatoire des lois de police.

Il en est particulièrement ainsi dans le cadre européen, où le développement d'une « entente générale sur la hiérarchie des valeurs à protéger »<sup>1221</sup> entre les États membres a pu conduire à une intégration directe ou indirecte assez fréquente des lois de police dans des règles bilatérales, procédant ainsi à leur « cristallisation »<sup>1222</sup>. En dehors des hypothèses spécifiques consacrées pour les contrats de consommation et les contrats de travail, qui seront analysées ci-après, il semble en être ainsi, dans les règlements européens<sup>1223</sup>, des règles de conflits de lois spécifiques applicables pour certains contrats en l'absence de choix formulé par les parties, qui désignent, le plus souvent, la loi de l'État dont les lois de police ont le plus souvent vocation à s'appliquer<sup>1224</sup>. Il en est ainsi également de certaines règles de conflit de

---

<sup>1217</sup> Dans ce cadre, d'ailleurs, « l'intégration » des lois de police dans des règles de conflit apparaît parfois faite, de manière indirecte, par le biais d'une règle de rattachements multiples, alternatifs ou cumulatifs, désignant les lois des différents ordres juridiques dont les impérativités ont le plus de chances d'être applicables. Il semble en être ainsi en particulier en matière de statut personnel et familial.

<sup>1218</sup> Pour cette raison, d'ailleurs, la mise en œuvre des lois de police étatiques n'est parfois même plus envisagée dans les instruments internationaux récents. Il en est ainsi, par exemple, dans le cadre des règlements européens intervenant en matière familiale, tels que le règlement 650/2012 du 4 juillet 2012 sur les successions internationales, ou encore le règlement 1259/2010 sur la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps, du 20 décembre 2010, dit « Rome III ».

<sup>1219</sup> Cette formulation est empruntée à N. Nord, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, thèse (dactyl.), Strasbourg III, 2003, n° 569 et s., et sur cette notion, F. Soirat, *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, thèse dactyl., Paris I, 1995.

<sup>1220</sup> V. pour une étude d'ensemble de ces règles *orientées*, H. Gaudemet-Tallon, « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales » (l'exemple des conventions de La Haye), in *L'internationalisation du droit*, in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz 1994, p.182-191.

<sup>1221</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, p. 389.

<sup>1222</sup> V. sur ce procédé de la cristallisation de l'ordre public, G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire (Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, éd. Thémis, 1996.

<sup>1223</sup> Une telle cristallisation des lois de police apparaît néanmoins également parfois consacrée dans d'autres instruments internationaux, tels que les conventions de La Haye par exemple. V. not. le rattachement de compétence législative (ici doublé également d'une compétence juridictionnelle corrélée), prévu dans les conventions de La Haye de 1961 puis 1996 sur la protection des incapables, qui a été retenu au profit de la loi de la résidence habituelle du fait de la revendication fréquente des dispositions de cet État à s'appliquer en tant que lois de police. V. sur ce point, *infra*, n° 434.

<sup>1224</sup> Il en est ainsi, par exemple, des art. 4.1 c) et d) du règlement Rome I, qui, concernant les contrats ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble, correspondent aux solutions consacrées pour l'application des lois de police et dans le cadre de la compétence juridictionnelle (et sous forme d'une présomption de loi ayant les liens les plus étroits. V. antérieurement, art. 4.3 de la convention de Rome), de l'art. 4.1h) qui donne compétence à la loi de la banque, généralement impérativement applicable.

lois éventuellement dérogatoires ou spécifiques<sup>1225</sup>, comme certaines prévues en matière délictuelle<sup>1226</sup> ou pour la forme de certains actes<sup>1227</sup>.

**306.** Cette solution conduit alors à supprimer les risques d'une dilution de l'impérativité des lois de police, dès lors que, s'imposant de manière uniforme et devant trouver une application identique dans tous les États membres, ces règles de conflits assurent le respect des lois de police considérées quel que soit le juge saisi. Dégagées de leur mécanisme d'intervention unilatérale, elles sont rendues applicables par le « cheminement classique de la règle de conflit »<sup>1228</sup> et directement intégrées dans la *lex causae*. Elles peuvent, pour cette raison, trouver systématiquement application grâce à la mise en œuvre des règles de droit international privé de l'ordre juridique du for, et se voient dotées d'une impérativité renforcée.

Corrélativement, supprimant le lien existant entre le *forum* et le *jus* quant à la mise en œuvre des lois de police, cette intégration au sein de règles de conflit de lois met fin à l'influence qu'exerce en principe la saisine juridictionnelle sur leur impérativité et autorise à maintenir un principe de faveur généralisé pour la mobilité juridictionnelle des parties, sans danger pour le respect des intérêts qu'elles mettent en cause. Elle paralyse et rend tout *forum shopping* des parties sans intérêt, en assurant une invariabilité des solutions de droit substantiel applicables devant les différentes juridictions étatiques.

La bilatéralisation des lois de police applicables en matière de contrats de consommation ou de contrats de travail, que consacre le règlement Rome I, apparaît comme un exemple topique de cette tendance et assure une *super-impérativité* des dispositions impératives protectrices concernées.

---

<sup>1225</sup> À cet égard, l'on peut citer, par exemple, l'art. 30 du règlement 650/2012 du 4 juillet 2012 sur les successions internationales, qui, sans faire référence au mécanisme des lois de police, assure l'application, dans des hypothèses limitées, de celles de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble grâce à la règle spécifique élaborée, ou les art. 10 et 13 du règlement 1259/2010 sur la loi applicable au divorce ou à la séparation de corps, dans le système de solution permettant d'assurer le respect des dispositions impératives du for. V. sur le système consacré, E.-A. Oprea, *thèse préc.*, n° 544.3 et s., p. 400 et s.

<sup>1226</sup> On peut citer, par exemple, les art. 6 §1 et 6 §3 a), prévoyant que l'obligation non contractuelle résultant d'un acte de concurrence déloyale ou d'un acte restreignant la libre concurrence relève de la loi du marché affecté ou susceptible de l'être, que certains auteurs ont considéré comme équivalent à l'abandon de la méthode des lois de police (V. V. Pironon, « L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement Rome II : bonne mauvaise idée ? », *Rev. Europe*, 2008, n° 2, p. 6, n° 3-4, ou encore art. 7 du même règlement donnant compétence à la loi du pays où le dommage survient pour les obligations non contractuelles résultant d'un dommage environnemental. V. également, *infra*, n° 376.

<sup>1227</sup> V., not. les art. 9.5 et 9.6 de la convention de Rome et les art. 11.4 et 11.5 et 11.6 du règlement Rome I, qui correspondent également aux lois de police susceptibles de revendiquer leur application.

<sup>1228</sup> P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 1 et s., p. 45.



## b) Bilatéralisation des lois de police protectrices du consommateur et du travailleur

**307.** Les règles de conflit de lois consacrées pour les contrats mettant en cause des consommateurs et des salariés dans la convention de Rome, puis dans le règlement Rome I<sup>1229</sup>, apparaissent comme des exemples particulièrement topiques de règles de conflit de lois inspirées par des considérations matérielles. La protection de ces parties faibles, assurée à travers les régimes dérogatoires de licéité des clauses de prorogation de for consacrés<sup>1230</sup>, s'est traduite, sur le plan substantiel, par la consécration de règles de conflit de lois également spécifiques. Celles-ci visent à éviter que les lois de police protectrices ne soient tenues en échec par la mise en œuvre du rattachement à l'autonomie de la volonté. L'idée retenue a été que le choix de loi applicable, dicté par la partie placée en position de force, pourrait se porter sur une loi n'assurant qu'une protection limitée ou inexistante et que ce choix pourrait alors déséquilibrer le contrat.

Concrètement, les règles de conflit de lois consacrées reposent sur des rattachements combinatoires<sup>1231</sup>, fondés sur le critère de l'autonomie de la volonté et sur un ou plusieurs critères objectifs. Ces derniers interviennent pour désigner à la fois la loi étatique au regard de laquelle la possibilité d'appliquer la loi choisie par les parties devra être évaluée, et la loi applicable au contrat en l'absence d'un tel choix. Lorsque les parties ont désigné la loi applicable, la règle consacrée prévoit, pour les contrats de consommation, que ce choix ne pourra être porté sur une loi qui priverait le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de l'ordre juridique dans lequel il a sa résidence habituelle<sup>1232</sup>. Il en est également ainsi, vis-à-vis des travailleurs, des dispositions impératives de l'ordre juridique dans lequel ou à partir duquel il accomplit habituellement son travail, ou, subsidiairement, dans lequel il a été embauché<sup>1233</sup>.

---

<sup>1229</sup> À ces deux types de contrats, il faut désormais ajouter également les contrats d'assurance, qui sont désormais soumis à une règle de conflit de lois proche de celle consacrée pour les contrats de consommation et les contrats de travail à l'art. 7 du règlement Rome I.

<sup>1230</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 261 et s.

<sup>1231</sup> L. Gannagé, « Les règles de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in *Mélanges Calais-Auloy*, 2004, p. 421.

<sup>1232</sup> V. art. 6.2 du règlement, qui énonce que « les parties peuvent choisir la loi applicable à un contrat [...], conformément à l'article 3. Ce choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui aurait été applicable, en l'absence de choix, sur la base du paragraphe 1 », lequel désigne la loi de la résidence habituelle du consommateur.

<sup>1233</sup> V. art. 8 §1, qui énonce que « 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 que 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 », lesquels désignent la loi du pays dans lequel ou à partir duquel le travailleur accomplit habituellement son travail (§2), la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur (§3) et la loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits (§4). La Cour de justice interprète d'ailleurs largement la notion de lieu d'exécution du travail. V. not., CJCE, 15 mars 2011, Aff. C-29/10, *Koelzch c/ État du Grand-Duché de Luxembourg*, RCDIP 2011, p. 447, note F. Jault-Seseke ; Clunet 2012, comm. 5, p. 189, note C. Brière ; JCP G

La solution consacrée est donc celle d'un maintien du principe de rattachement à la volonté individuelle, consacré à l'article 3 du règlement, mais son exercice est conditionné. Non limité *a priori*, ce choix de loi applicable est en revanche borné *a posteriori*. Dès lors que le choix de loi applicable ne pourra avoir pour effet de conduire à l'application de dispositions assurant une protection de la partie faible moins importante que celle instituée par les dispositions de la loi objectivement désignée – également applicable en l'absence de choix –, la loi désignée par les parties voit son application dépendre de sa capacité à assurer une protection *au moins équivalente* à celle de la loi de la résidence habituelle du consommateur ou du lieu d'exécution habituel du travail<sup>1234</sup>. Il s'ensuit que la liberté de choix de loi applicable est donc bridée et limitée à un rôle de protection supplémentaire de la partie faible.

**308.** Les règles consacrées ont pour but d'assurer le respect de la protection prévue par les dispositions d'une loi déterminée, qui apparaît comme celle qui présente la plus grande proximité avec la relation juridique. La partie faible n'a droit qu'à la protection d'une loi unique, celle qui correspond à l'ordre juridique national auquel le contrat appartient de façon dominante ou objective et qui « appartient à l'environnement social » de la partie faible, quel que soit le niveau de protection qu'elle lui garantit<sup>1235</sup>.

D'un autre côté, néanmoins, cette loi objectivement applicable voit ses dispositions impératives s'imposer pour déterminer, dans l'hypothèse d'un choix de loi, un seuil de protection minimale dont le consommateur et le salarié devront pouvoir obligatoirement bénéficier. Ces dispositions sont définies par leur but de protection et regroupent l'ensemble des règles impératives de droit interne de l'ordre juridique concerné, qui sont protectrices de la partie faible dans le cas particulier<sup>1236</sup>. Les règles spéciales consacrées assurent le respect de l'ensemble des dispositions impératives protectrices de l'ordre juridique désigné, qu'elles revendiquent leur application internationale et présentent ainsi un caractère de loi de police, ou que leur impérativité soit limitée à la sphère du droit interne.

---

2011, 1104, note D. Martel ; Dalloz 2011, pan. p. 2434, obs. S. Bollée, pan. p. 1232, obs. H. Gaudemet-Tallon ; RTD civ. 2011, p. 314, obs. P. Rémy-Corlay.

<sup>1234</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 916, p. 823.

<sup>1235</sup> V. distinguant pour cette raison cette méthode de celle de la règle la plus protectrice, proposée par Monsieur Pocar dans son cours à l'Académie de La Haye (*Le rôle du droit international privé dans la protection des parties faibles*, RCADI 1984, t. 188, p. 339 et s.), P. Mayer « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 512 et s., spéc., p. 526-527.

<sup>1236</sup> V. sur la difficulté de déterminer les règles impératives de droit interne en matière de contrats de travail, E. Moreau, *Lois de police et contrat international de travail*, Thèse dactyl., Paris X-Nanterre, 1993.

**309.** Compte tenu de la correspondance des rattachements qui fondent généralement l'application des lois de police des États membres dans les contrats de consommation et les contrats de travail, avec ceux qui sont ici objectivement retenus<sup>1237</sup>, ces règles de conflits de lois bilatérales permettent d'assurer le respect des lois de police étatiques sans recours au mécanisme dérogatoire de l'article 9 du règlement. Elles apparaissent comme des hypothèses de *crystallisation* des lois de police étatiques dans les matières où sont mises en cause des parties faibles<sup>1238</sup>. Elles sont directement intégrées dans une règle de conflit de lois bilatérale et peuvent être appliquées à titre de la *lex contractus*<sup>1239</sup>.

Une telle solution semble résulter d'une prise en compte, au niveau européen, de la politique législative unanimement poursuivie par les États membres. Ceux-ci, édictant des règles protectrices dans de telles hypothèses, en revendiquent très généralement l'application unilatérale lorsqu'ils présentent un rattachement déterminé toujours identique avec la situation juridique concernée. Ces règles semblent alors « [unifier], au plan européen, la règle ordonnant au juge de tenir compte des lois impératives protectrices des travailleurs, qui figurait déjà sous une forme ou une autre dans le droit interne de la plupart des États européens »<sup>1240</sup>. Elles systématisent les solutions retenues<sup>1241</sup> et consacrent une *bilatéralisation* des lois de police étatiques<sup>1242</sup>.

Alors que, concernant la loi du for, les règles consacrées permettent aux dispositions protectrices de celle-ci de s'appliquer impérativement lorsque le rattachement y est réalisé, elles impliquent en parallèle de présumer que les règles étrangères protectrices des salariés et des consommateurs doivent impérativement s'appliquer dans ces mêmes hypothèses. C'est le foisonnement des lois de police applicables, reposant sur un même rattachement dans une matière donnée, qui aurait permis de modifier le rattachement de la règle de conflit de lois par

---

<sup>1237</sup> V. en matière de contrats de consommation, *supra*, n° 264, n° 364 et s. ; en matière de contrats de travail, *supra*, n° 273 ; n° 367 et s.

<sup>1238</sup> À cet égard, elles ont d'ailleurs été qualifiées de « clause spéciale d'application des lois de police », P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », RCDIP 1991, p. 287 et s., spéc., p. 316, note 76.

<sup>1239</sup> V. en ce sens, not. P. Mayer, *art. préc.*, n° 21 et s., p. 524 et s., spéc., n° 23, p. 256.

<sup>1240</sup> A. Nuyts, « L'application des lois de police dans l'espace », RCDIP 1999, p. 31 et s., n° 4.

<sup>1241</sup> À cet égard, d'ailleurs, il semble que ce soit cette même prise en compte de l'intervention *massive* des lois de police françaises du lieu d'exécution du travail qui ait pu conduire à la consécration de la règle de conflit de lois retenue en droit français. V. pour une présentation générale de cette règle, P. Rodière, *Droit social international et européen*, Les Cours de Droit, 1990, p. 187 et s. ; Jean Déprez, « La loi applicable au contrat de travail dans les relations internationales », *Revue de jurisprudence sociale*, mars 1990, p. 119 ; H. Gaudemet-Tallon, « La loi applicable au contrat de travail international », *Cah. dr. entr.*, 4/1986, n° 28 et 29, 17 juillet 1986, *Supplément*, et en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 212 et s., p. 141 et s., qui considère que les lois de police applicables ont servi de « simple intermédiaire entre l'utilisation d'une règle de conflit ancienne et la création d'une catégorie régie par une règle de conflit spécifique et dérogatoire » (n° 212).

<sup>1242</sup> À cet égard, B. Audit a pu déclarer qu'il est « remarquable que lorsqu'il existe une convergence suffisante des droits nationaux pour considérer une matière donnée comme "de police", en raison du nombre des lois impératives que l'on y trouve, le droit conventionnel européen est revenu à la méthode bilatéraliste pour assurer l'application globale de ces dispositions, et ce formulant un rattachement spécial ». V. « Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul », RIDC, 2-1998, p. 421 et spéc., p. 443.

principe retenu et de renverser l'exception en principe<sup>1243</sup>, en assurant corrélativement leur application systématique.

**310.** Assez largement critiquée par la doctrine<sup>1244</sup>, une telle formulation sous forme bilatérale des lois de police apparaît néanmoins envisageable et opportune dans le cadre du droit européen. La convergence des solutions retenues par les États membres et le caractère *conditionnel* de la règle de conflit de lois consacrée permettent de prendre en compte la teneur et le but de la loi étrangère<sup>1245</sup>. Ce système assure le respect effectif des lois de police de l'ordre juridique du lieu d'exécution habituelle du travail (ou du lieu d'embauche) ou de la résidence habituelle du consommateur sur le plan des conflits de lois. Elles permettent leur application directe ou au moins la réalisation des objectifs qu'elles poursuivent<sup>1246</sup>, quel que soit le juge saisi. Dans les relations entre États membres, ces dispositions impératives apparaissent dès lors dotées d'une *super-impérativité*, tout en laissant en principe une place aux lois de police qui utiliseraient éventuellement un autre rattachement<sup>1247</sup>. Elles échappent à

---

<sup>1243</sup> V. favorable à une telle bilatéralisation des lois de police, A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé : contrats internationaux et dirigisme étatique*, Paris, Dalloz, Bibli. dr. pr., vol. 14, 1973, n° 239 et s. ; F. Deby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, Bibli. dr. pr., vol. 16, 1973, n° 35 et s., n° 54 et s. ; S. Kröll, *Future Perspectives of Conflicts, Mandatory Rules in International Contracts*, in *Perspectives of Air Law, Space Law, and International Business Law for the Next Century*, 1996, Carl Heymanns Verlag, p. 87 et s. ; concernant la loi du lieu d'exécution habituelle du travail, E. Moreau, *thèse préc.*, p. 64 et s.

<sup>1244</sup> V. not. P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 33 et s. ; B. Audit, *thèse préc.*, n° 85 et s., qui considère que le lien unissant la teneur de la disposition à son domaine d'application dans l'espace propre aux lois de police serait méconnu si l'on utilisait la méthode bilatérale pour assurer l'application des lois de police ; I. Fadlallah, *La famille légitime en droit international privé*, Paris, 1977, Dalloz, n° 127 et s., et synthétisant les différentes critiques avancées à l'encontre de cette « bilatéralisation », F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflit de lois)*, Bruylant Bruxelles, 1995, n° 333 et s., p. 321 et s. ; Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 302.

<sup>1245</sup> V. sur cette nécessité pour rendre la bilatéralisation des lois de police envisageable, parce qu'évitant de la rendre à la fois « insuffisante » et « excessive », P. Mayer, Rép. dr. int., V° *Lois de police*, n° 37 et s. L'auteur cite, comme exemple d'une règle de conflit de lois bilatéralisant les lois de police applicables, l'art. 15 de la convention de La Haye du 1<sup>er</sup> août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort, qui subordonne selon lui l'application de la loi du lieu de situation de l'immeuble à la vérification que cette loi poursuit un objectif « économique, familial ou social » (n° 34 et 38).

<sup>1246</sup> Dans l'hypothèse, en effet, où la loi choisie par les parties serait appliquée, l'absence de substitution de la loi de police considérée à cette loi n'empêchera pas, en effet, les objectifs de protection qu'elle poursuit d'être réalisés, dès lors que celle-ci ira nécessairement aussi loin ou plus loin dans la protection accordée à la partie faible.

<sup>1247</sup> À cet égard, la question de l'articulation des règles de conflit protectrices avec les règles générales autorisant l'intervention unilatérale des lois de police des États membres a pu susciter des difficultés, lorsque le contrat mis en cause entre dans le champ d'application matériel des règles spéciales. La question a été de savoir si les lois de police protectrices ne pouvaient intervenir que dans les hypothèses prévues dans les règles de conflit et ne pourraient être invoquées sur le fondement général des art. 7(C) et 9(R), ou si les règles de conflit pourraient néanmoins laisser ouverte la possibilité à ces articles d'être invoqués pour permettre l'application des lois de police protectrices. Ces deux solutions ont été soutenues en doctrine. V. en faveur de la première de ces solutions, notamment, P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 512 et s., spéc., p. 525-527 et p. 532-533, et la décision rendue par le *Bundesgerichtshof* allemand dans l'affaire des *Grandes Canaries*, rendu le 19 mars 1997, RCDIP 1998, p. 610, note P. Lagarde ; et de la seconde, not. A. Sinay-Cytermann, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, in *Mélanges P. Lagarde*, 2005, p. 737. V. sur les différentes justifications avancées en faveur de ces deux solutions, N. Cosquer-Héraud, *Ordre public de protection du consommateur et conflits de lois (étude de l'article 5 de la convention de Rome)*, thèse, Université Paris 1, 2001, p. 435-496 ; 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 (nature de l'article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980) », Dalloz, 2006, p. 2464. La Cour de cassation semble s'être prononcée en faveur d'une application possible de l'art. 7 de la convention de Rome dans cette hypothèse (v. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, RCDIP 2007, p. 85, note D. Cocteau-Senn ; Dalloz 2006, p. 1597, obs. V. Avena-Robardet ; Dalloz 2007, pan. p. 1754, obs. P. Courbe et F. Jault-

l'emprise du lien existant par principe entre l'application des lois de police et la compétence juridictionnelle, et au risque d'un *forum shopping* pratiqué par les parties. Ces lois de police peuvent alors se satisfaire d'une admission des clauses attributives de juridictions<sup>1248</sup> et sont placées hors d'atteinte du risque de diminution de leur impérativité dans les conflits de juridictions.

## **B) Les fausses lois de police**

**311.** Alors que le caractère insatisfaisant du système libéral consacré semble pouvoir être déduit du risque d'atteinte à des intérêts étatiques fondamentaux, qui résulte de la dilution de l'impérativité des lois de police, une analyse détaillée des dispositions appartenant à cette catégorie conduit à relativiser assez largement les dangers du système actuel. En droit international privé contemporain, en effet, le recours de plus en plus fréquent à la technique des lois de police a conduit à faire émerger de fausses lois de police, dont la perte d'impérativité dans les conflits de juridictions apparaît, sinon souhaitable, du moins acceptable. L'importance des considérations qui justifient de favoriser la mobilité interjuridictionnelle des parties conduirait à reconnaître le caractère non problématique du maintien du principe de licéité des clauses de prorogation de for malgré leur applicabilité au fond du litige. Ces lois de police protectrices, pour lesquelles l'extension de la qualification apparaît déjà discutable (1), semblent la plupart du temps rattachées de manière abusive à cette catégorie (2).

L'analyse révèle que ces fausses lois de police correspondent néanmoins, dans leur globalité, à celles qui bénéficient d'une protection dans le cadre européen.

### 1- Caractéristiques des nouvelles lois de police protectrices

**312.** L'extension considérable dont fait l'objet la catégorie des lois de police ces dernières années résulte de leur déplacement vers une prise en compte nouvelle de considérations relevant de l'ordre public de protection (a). Un tel fondement conduit à leur faire perdre leur caractère d'application immédiate (b).

---

Seseke ; RDC 2006, p. 1253, obs. P. Deumier ; JCP G 2007, I, 109, obs. M. Attal ; Dr. et patrimoine décembre 2006, p. 80, note M.-E. Ancel ; Clunet 2007, p. 537, note A. Sinay-Cytermann).

<sup>1248</sup> Celle-ci est néanmoins limitée, comme nous l'avons vu, V. *supra*, n° 261 et s. Au niveau européen, les solutions retenues dans le règlement Bruxelles I bis concernant la licéité des clauses attributives de juridictions, et par le règlement Rome I précédemment décrit, conduisent dès lors à consacrer une liaison entre la compétence juridictionnelle et l'applicabilité des lois de police sous la forme d'une correspondance de rattachements bilatéraux.

### a) Défense de l'ordre public de protection

**313.** Relativement bien identifiées concernant leurs caractéristiques fonctionnelles<sup>1249</sup>, les lois de police apparaissent, quant à leurs fondements, « en quête d'une définition opérationnelle »<sup>1250</sup>. La notion apparaît, sur ce point, « fuyante »<sup>1251</sup>, et semble aujourd'hui encore rester davantage « un idéal à atteindre qu'une étape définitivement franchie, sur laquelle il n'y aurait plus lieu de revenir »<sup>1252</sup>. Dans leur dimension conceptuelle, ces dispositions ne trouvent comme support d'identification que le critère de « l'organisation étatique » dégagé par Francescakis. Ces lois viseraient « l'organisation de la société dont l'État a la charge »<sup>1253</sup>, par opposition aux lois de « structure » qui sont organisatrices de l'État lui-même<sup>1254</sup>. Ce critère, rattaché à l'idée de mise en cause d'un intérêt étatique, apparaît néanmoins particulièrement « élastique »<sup>1255</sup>. Il semble pouvoir faire l'objet d'une interprétation plus ou moins large<sup>1256</sup>, et susceptible, en définitive, de recouvrir toutes les lois ; un législateur n'adoptant que des lois nécessaires à l'organisation de la société<sup>1257</sup>. Or, ce flou entourant la détermination de la « teneur »<sup>1258</sup> et du « but »<sup>1259</sup> recherchés par les lois de police a conduit à considérer qu'elles pourraient pratiquement être identifiées comme telles « sans considération d'objet »<sup>1260</sup>. Une telle considération, corrélativement, ouvrirait la voie à une intégration, dans la catégorie des lois de police, de dispositions fondées sur l'ordre public de protection<sup>1261</sup>.

---

<sup>1249</sup> Pour cette raison, d'ailleurs, leur définition semble globalement faire l'objet d'un repli sur leur dimension méthodologique, qui seule emporte une certaine unanimité. V. en ce sens, notamment, B. Rémy, *thèse préc.*, n° 215.

<sup>1250</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., n° 10, p. 215.

<sup>1251</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 111, p. 93.

<sup>1252</sup> P. de Vareilles-Sommières, *art. préc.*, n° 9, p. 215.

<sup>1253</sup> Ph. Francescakis, *Rép. int. Dalloz, V° Conflits de lois (Principes généraux)*, n° 125.

<sup>1254</sup> J.-M. Jacquet, *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Préf., J.-M. Bischoff, 1983, n° 428, p. 280-281.

<sup>1255</sup> A. Chapelle, *thèse préc.*, n° 33, p. 40.

<sup>1256</sup> Il a fait, pour cette raison d'ailleurs, l'objet d'importantes critiques de la part des auteurs, au point même d'en conduire certains à nier l'existence des lois de police. V. not. V. Heuzé, *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, GLN Joly, 1990, n° 361 et s., p. 174 et s., spéc., n° 409, p. 191.

<sup>1257</sup> V. en ce sens, not. H. Batiffol, « Le pluralisme des méthodes en droit international privé », RCADI 1973, t. 139, p. 75 et p. 138.

<sup>1258</sup> I. Fadlallah, *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz 1977, n° 127, p. 124.

<sup>1259</sup> G. Goldstein, *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire. Étude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien*, Ed. Thémis, Montréal, Canada, 1996, n° 219, p. 97.

<sup>1260</sup> V. considérant que c'est à cette solution que semblaient aboutir les solutions consacrées dans le règlement Rome II et la convention de Rome, P. de Vareilles-Sommières, *art. préc.*, n° 17.

<sup>1261</sup> V. en ce sens, not. J.-B. Racine, *art. préc.*, p. 67 ; et déclarant que « l'aspect d'ordre public de protection d'une loi n'est pas un obstacle à sa qualification en loi de police », N. Cosquer-Héraud, *thèse préc.*, n° 443. Au-delà, il est également assez généralement avancé que la qualification des dispositions protectrices en lois de police serait autorisée par le rapport sur la convention de Rome (M. Giuliano et P. Lagarde, « Rapport sur la convention de Rome... », JOCE, 1980, n° C 282, p. 28), dès lors qu'il y est indiqué que les normes de protection du consommateur et certaines règles en matière de transport peuvent être appliquées dans le cadre de l'art. 7. V. en ce sens, not. V. Heuzé, *thèse préc.*, n° 745, p. 328.

**314.** Développé en droit interne sur les bases du solidarisme contractuel<sup>1262</sup>, cet ordre public vise à assurer la protection d'une personne ou d'une catégorie de personnes et traduit la prise en charge étatique de certains intérêts privés ou catégoriels. Il s'exprime à travers des dispositions ayant pour but la protection d'un droit subjectif, telles que celles relatives aux droits de la personnalité<sup>1263</sup> ou au droit moral de l'auteur d'une œuvre<sup>1264</sup>.

Il intervient, la plupart du temps, pour rétablir une situation de déséquilibre pouvant exister entre les parties dans un contrat<sup>1265</sup>. C'est alors la protection de la partie se trouvant placée dans une position de faiblesse par rapport à son cocontractant qui est visée<sup>1266</sup>, sous la forme, notamment, d'un déséquilibre économique. L'ordre public de protection apparaît ainsi comme un mécanisme permettant de fixer une limite minimale de protection en faveur de la partie faible, qui ne peut être supprimée ou réduite par l'effet de l'autonomie de la volonté mais seulement accrue par le choix d'une loi plus protectrice<sup>1267</sup>. Il apparaît, dès lors, comme un ordre public *relatif*, en ce sens qu'il ne définit pas nécessairement une solution fixe et préétablie mais un plancher de référence.

**315.** Permettant d'imposer « certaines lois de manière unilatérale en les faisant échapper à l'emprise de la volonté des parties »<sup>1268</sup>, le mécanisme des lois de police a pu apparaître particulièrement adapté pour corriger les abus susceptibles de résulter du libéralisme de la règle de conflit de lois retenue en matière contractuelle<sup>1269</sup>. C'est ainsi que de nombreuses dispositions protectrices ont été érigées en dispositions internationalement impératives et ont donné lieu à la création de « lois de police protectrices »<sup>1270</sup> ou de « lois de police

---

<sup>1262</sup> V. sur cette notion, not. C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XX<sup>e</sup> siècle, Études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ 2001, p. 443 et s. ; D. Mazeaud, « Le nouvel ordre contractuel », RDC 2003, p. 295 et s.

<sup>1263</sup> V. en ce sens, B. Edelman, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1988, *Clunet* 1988, p. 752, spéc., n° 11, p. 759.

<sup>1264</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 1991, RCDIP 1991, p. 752, note P.-Y. Gautier ; *Clunet* 1992, p. 133, note B. Edelman ; Dalloz 1993, p. 197, note J. Raynard.

<sup>1265</sup> Il vise néanmoins également, en dehors de la matière contractuelle, à protéger certaines personnes, en elles-mêmes vulnérables et susceptibles de devoir bénéficier d'une législation protectrice. Il en est ainsi, par exemple, des auteurs d'une œuvre ou des mineurs en danger par exemple. V. not., *infra*, n° 435 et s.

<sup>1266</sup> V. sur les différentes formes de faiblesse qui pourraient exister, M. Fontaine, « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels (rapport de synthèse) », in J. Ghestin, M. Fontaine (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, LGDJ, Coll. Bibli. dr. pr., vol. 261, 1996, p. 616 ; F. Leclerc, *thèse préc.*, n° 4, p. 4.

<sup>1267</sup> V. à cet égard, particulièrement significatif, l'art. L. 132-4 du Code du travail qui énonce que « la convention et l'accord collectif de travail peuvent comporter des dispositions plus favorables aux salariés que celles des lois et règlements en vigueur. Ils ne peuvent déroger aux dispositions d'ordre public de ces lois et règlements ».

<sup>1268</sup> N. Nord, *thèse préc.*, n° 58, p. 31.

<sup>1269</sup> V. not. en ce sens, P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 20, p. 4 ; « La protection de la partie faible en droit international privé », n° 17, p. 522 ; J.-B. Racine, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, *Clunet* 2000, p. 328 ; N. Cosquer-Héraud, *thèse préc.*, n° 443, p. 423 ; J.-B. Racine, « Droit économique et lois de police », RIDE 1/2010 (t. XXIV, 1), p. 61 et s., spéc., p. 67.

<sup>1270</sup> A. Nuyts, « L'application des lois de police dans l'espace », RCDIP 1999, p. 31 et s.

contractuelles »<sup>1271</sup>, reposant sur la prise en compte des « relations internes des contractants ou sur l'équilibre des droits et obligations respectifs de ceux-ci »<sup>1272</sup>.

Initialement utilisé de manière ponctuelle, le procédé s'est progressivement généralisé, au point de conduire à inverser, sur le plan quantitatif, les lois de police originelles et ces nouvelles lois de police protectrices, désormais utilisées pour corriger l'ensemble des rapports contractuels déséquilibrés. Il s'est également développé au niveau européen, notamment par le biais des directives d'harmonisation minimale, et constitue le fondement des règles de conflits de lois bilatérales spécifiques consacrées pour les contrats de consommation et les contrats de travail, précédemment analysées<sup>1273</sup>.

**316.** En dehors de ces deux domaines strictement entendus, dans lesquels de nombreuses lois de police de ce type ont été consacrées<sup>1274</sup>, des dispositions protectrices ont été érigées en tant que telles dans d'autres domaines caractérisés par l'existence d'un déséquilibre des parties au rapport contractuel. Il en est ainsi, notamment, des dispositions de la loi du 31 décembre 1975<sup>1275</sup> en matière de sous-traitance immobilière<sup>1276</sup> et industrielle<sup>1277</sup>, ou de l'article L. 330-3 du Code de commerce en matière de contrats de franchise<sup>1278</sup>.

---

<sup>1271</sup> F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., n° 1280.

<sup>1272</sup> J. D. Gonzales Campos, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, RCADI 2002, t. 287, p. 9 et s., n° 274, p. 374.

<sup>1273</sup> V. sur ce point *supra*, n° 307 et s.

<sup>1274</sup> V. not. en matière de droit de la consommation, art. 27 de la loi *Scrivener* du 10 janvier 1978, relative aux crédits à la consommation, précitée (voir Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, *préc.*, et 23 mai 2006, *préc.*), la loi *Scrivener II* du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier, codifiée aux art. L. 312-1 et s. du Code de la consommation (CA Colmar, 18 février 2004, cahier dr. Aff., p. 1898, obs. V. Avéna-Robardet), ou encore, la loi *Hoguet* du 2 janvier 1970 réglementant l'activité d'entremise immobilière (CA Paris - 2<sup>e</sup> Ch. B.), 21 janvier 1994, RCDIP 1995, p. 535-543, note P. Lagarde ; Dalloz 1994, somm. p. 357, obs. B. Audit ; les dispositions relatives à la vente d'un fonds de commerce (Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 28 juin 1966, *Société Cametz et Cie c/ Rousset*, RCDIP 1967, p. 338, note H. Batiffol), et en matière de droit du travail, notamment, les dispositions sur le statut légal des journalistes professionnels, issues des art. L. 7111-1 et s. du Code du travail. V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 2007, *Société Le Parisien libéré c/ Chalamet*, JCP G 2007, n° 10, IV, 1490 ; RDC 2007, n° 4, p. 879, note P. Deumier ; Cah. Soc. 2007, n° 190, p. 189, F.-J. Pansier ; Rev. dr. trav. 2007, p. 398, note H. Tissandier ; JCP S 2007, p. 1239, note T. Lahalle ; RJS 2007, p. 416, n° 560. V. cependant, Cass. Soc., 28 mars 2012, RCDIP 2012, p. 587, note S. Corneloup, où la Cour semble avoir écarté cette qualification.

<sup>1275</sup> Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, JORF 3 janvier 1976, p. 148.

<sup>1276</sup> La Chambre mixte, revenant sur la solution retenue par la Première Chambre civile (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2007, Dalloz 2007, p. 2008, note E. Borysewicz et J.-M. Loncle ; Dalloz 2007. Pan. 2568, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RDI 2007, p. 418, obs. H. Périnet-Marquet ; RTD civ., 2007, p. 631, obs. P. Delebecque ; Dalloz 2007, p. 501, obs. I. Gallmeister ; RDC 2007, n° 3, p. 879, obs. P. Deumier, confirmant Cour d'appel de Versailles, 12<sup>e</sup> Ch., 20 novembre 2003), jugea que « s'agissant de la construction d'immeuble en France, la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, 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 7 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ». V. Cass., Ch. mixte, 30 novembre 2007, *Agintis c/Basell*, JCP 2008. II. 10000, note L. d'Avout, Dalloz 2008, p. 753, note W. Boyault et S. Lemaire ; Dalloz 2008. Pan. 2565, obs. S. Bollée ; Gaz. Pal. 22 mars 2008, n° 82, note M.-L. Niboyet ; RC 2008, p. 508, note P. Deumier, Clunet 2008, p. 1073, note L. Perreau-Saussine, et le caractère de loi de police de ces dispositions fut par la suite confirmé (V. concernant les dispositions de l'art. 14-1 de cette loi, imposant au maître d'ouvrage de mettre en demeure l'entrepreneur principal de s'acquitter de ses obligations en matière d'acceptation et d'agrément des conditions de paiement, Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janvier 2008, RDI 2008, p. 272, note H. Périnet-Marquet) et précisé (v. Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2009, *SNC Saint-Louis c/ Peeters es qual*, Dalloz 2009, p. 806, obs. X. Delpech ; RCDIP 2009, p. 728, Chron. M.-E. Ancel ; RDI 2009, p. 353, obs. H. Périnet-Marquet ; Dr. et Patrimoine 2009, n° 187, Chron., M.-E. Ancel).

<sup>1277</sup> Cass. Com., 27 avril 2011, *Crédit Lyonnais et autre c/ Société Urmet et autre*, Dalloz 2011, p. 1654, obs. X. Delpech ; Dalloz 2011, p. 2434, obs. S. Bollée et L. d'Avout ; Dalloz 2011, p. 1654, note Y.-E. Le Blos ; Dalloz 2012, p. 1228, obs. H.



**317.** Dès lors que le champ d'application des lois de police doit être adapté à la « considération d'efficacité de la politique législative poursuivie »<sup>1279</sup>, la modification de l'objectif poursuivi vers un but de protection des parties faibles conduit corrélativement à l'utilisation de critères visant à assurer l'application d'une loi qui soit familière à la partie protégée, et complexifie assez largement la détermination du champ d'application nécessaire de ces dispositions<sup>1280</sup>.

Les rattachements utilisés apparaissent alors souvent de type *personnel*<sup>1281</sup>, comme par exemple celui de la résidence habituelle, qui fonde la majeure partie des lois de police en matière de consommation, ou celui de la nationalité, lesquels seront éventuellement cumulés avec d'autres de nature territoriale<sup>1282</sup>.

---

Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; RDI 2011, p. 618, obs. H. Périnet-Marquet ; RCDIP 2011, p. 659, obs. M.-E. Ancel ; RCDIP 2011, p. 624, note M.-E. Ancel ; Dr. et Patrimoine 2011, n° 209, p. 90 ; M.-E. Ancel, RDC 2011, p. 1294, note J.-B. Racine ; Clunet 2012, p. 148, obs. P. de Vareilles-Sommières ; Clunet 2013, p. 119, obs. E. Fongaro ; RJC 2011, p. 577, obs. P. Berlioz ; JCP E 2011, n° 42, p. 27, note C. Nourissat ; JCP G 2011, p. 1774, Chron. J. Beguin, M. Menjucq et C. Nourissat ; LPA 2011, n° 145, p. 17, note V. Legrand ; Gaz. Pal. 2011, n° 201, p. 15, note F. Guerschoun.

<sup>1278</sup> V. CA Paris, 25 octobre 2011, Lettre distrib., décembre 2011, p. 3 ; RC 2012 n° 2, p. 563, note J.-B. Racine. Ces dispositions visent à assurer une information du distributeur quant à l'état du marché et ses perspectives de développement pour apprécier la portée de ses engagements.

<sup>1279</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., n° 33, p. 230.

<sup>1280</sup> V. mettant en avant le fait qu'« il y a lieu de rechercher un équilibre qui rende compte à la fois de l'esprit de la loi et des nécessités de la pratique », Ph. Pelletier, « Propositions pour l'application dans l'espace de la loi du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection de l'emprunteur dans le domaine immobilier », RCDIP 1981, p. 250.

<sup>1281</sup> F. Pocar, *La protection de la partie faible en droit international privé*, RCADI 1994-IV, t. 188, p. 392.

<sup>1282</sup> Il en est souvent ainsi, par exemple, concernant l'application des lois de police ayant pour objectif la protection du « consommateur immobilier », qui, compte tenu de la mise en cause conjointe d'un intérêt étatique (voir sur ce point, L. Perreau-Saussine, note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, Clunet 2008, *préc.*), sont généralement fondées également sur le critère du lieu de situation de l'immeuble. Il en est ainsi, par exemple, de la loi *Scrivener II*, pour laquelle il est admis que le rattachement devrait être à la fois celui de la situation de l'immeuble, objet du contrat, sur le territoire français, et de la situation en France de l'établissement du prêteur ou de la résidence habituelle de l'emprunteur, ou encore de la loi *Hoguet*, pour laquelle les critères de la nationalité et du paiement en France s'articulent avec celui du lieu de la situation du bien en France. V. sur ces dispositions, *infra*, n° 364 et s.

**318.** Une telle intégration de cette composante de l'ordre public de protection dans l'utilisation du mécanisme des lois de police induit, en tout cas, une très grande « hétérogénéité »<sup>1283</sup> de la catégorie, laquelle semble regrouper désormais « une série de dispositions, d'exceptions éparses dans les différents domaines du droit »<sup>1284</sup>.

Il en est d'autant plus ainsi que l'objectif de protection conduit, pour ces nouvelles lois de police, à se détacher du mécanisme d'application immédiate qui caractérise en principe les lois de ce type.

#### b) Absence d'applicabilité immédiate

**319.** La nécessité d'assurer l'efficacité de certaines politiques législatives, traduite à travers le caractère d'application immédiate des lois de police, se justifie en principe par la volonté d'exclure d'emblée toute application possible d'une loi étrangère. Leur application est normalement envisagée en amont de toute mise en œuvre de la règle de conflit de lois et s'impose « même si l'ordre juridique auquel elles appartiennent n'est pas désigné par la règle de conflit, dès lors que l'État qui les a édictées estime nécessaire de les voir appliquées aux situations présentant avec lui un certain rattachement »<sup>1285</sup>.

Leur intervention est justifiée en seule considération de leur contenu et « des exigences du système du for sur le plan de la cohérence et de son efficacité »<sup>1286</sup>, sans prise en compte de la teneur de la loi étrangère qui aurait été applicable. Toute comparaison du contenu des lois en présence est en principe absente du raisonnement<sup>1287</sup>, et ce n'est que parce que la loi étrangère interfère avec le domaine spatial impératif de la loi de police du for<sup>1288</sup> qu'elle est écartée.

**320.** À ces différents égards, les lois de police protectrices se différencient assez largement du mécanisme de mise en œuvre caractéristique des lois de police, car leur finalité, liée à la défense de l'ordre public de protection, retentit directement sur leur mécanisme d'intervention.

Cet ordre public, visant à assurer la *plus grande protection possible* de la partie faible, présente nécessairement un caractère *relatif* et conduit à ne justifier l'application des lois de

---

<sup>1283</sup> P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 512 et s., n° 47, p. 538.

<sup>1284</sup> Y. Loussouarn, *Cours général de droit international privé*, RCADI 1973, II, p. 329.

<sup>1285</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 120, p. 90.

<sup>1286</sup> P. Graulich, « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges Dabin*, Tome 2, p. 629 et s., spéc. p. 635.

<sup>1287</sup> V. en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, p. 157.

<sup>1288</sup> A. Nuyts, *art. préc.*, n° 20, p. 62.

police protectrices que dans la mesure où elles apparaissent plus protectrices que la loi désignée par la règle de conflit de lois. La réalisation de leur objectif de protection implique qu'elles ne s'appliquent qu'au regard d'une comparaison préalable avec le droit étranger, pour éviter d'évincer une loi étrangère plus protectrice. Celle-ci s'impose, dès lors, pour respecter la volonté des lois de police considérées<sup>1289</sup>, dont l'application a pour objectif d'assurer un minimum de protection à la partie faible.

Ceci conduit, corrélativement, à faire perdre son caractère « brutal »<sup>1290</sup> au mécanisme des lois de police, fondé sur l'applicabilité immédiate de la disposition concernée. C'est ce système que consacrent d'ailleurs, *a contrario*, les règles de conflit de lois spéciales instaurées dans les articles 6 et 8 du règlement Rome I pour les contrats de travail et les contrats de consommation<sup>1291</sup>, en conditionnant l'application de la loi choisie par les parties à leur caractère au moins aussi favorable à la partie faible que la loi objectivement désignée<sup>1292</sup>. Leur mise en œuvre implique une prise en compte de la teneur de la loi étrangère applicable selon la règle de conflit de lois, laquelle conditionne directement l'application de la loi de police considérée et peut conduire à l'écarter. À cet égard, Monsieur Mayer a d'ailleurs relevé que « puisque l'applicabilité d'une loi de police est fonction de son but, qui est [pour les lois de police protectrices] de protéger, elle ne doit pas intervenir lorsqu'une protection meilleure est assurée par la loi désignée par la règle de conflit de lois »<sup>1293</sup>. Il s'ensuit que l'application des lois de police protectrices apparaît finalement davantage fonction du contenu de la loi étrangère applicable que de leur propre contenu, ce qui conduit à atténuer le lien en principe absolu qui unit leur teneur à leur applicabilité dans l'espace.

D'un point de vue théorique, cette application conditionnée des lois de police pourrait conduire à admettre, finalement, une diminution de leur caractère nécessaire. Les lois de police expriment en principe la seule solution qu'un ordre juridique puisse admettre concernant une question précise, et aucune variabilité de leur champ d'application n'est envisageable. Or, leur for d'origine semble pouvoir ici s'accommoder de l'application d'une loi étrangère allant dans le même sens, mais proposant une protection éventuellement

---

<sup>1289</sup> V. en ce sens, N. Cosquer-Héraud, *thèse préc.*, p. 428-429 ; A. Nuyts, *art. préc.*, n° 21, p. 64.

<sup>1290</sup> Cette expression est empruntée à E. Pataut, *thèse préc.*, p. 125.

<sup>1291</sup> V. *supra*, n° 307.

<sup>1292</sup> V. sur ce point, le rapport Giuliano/Lagarde sur la convention de Rome (JOCE, 31 octobre 1980, C282/25), qui explique que dans ces articles, « dans la mesure où les dispositions du (lieu d'occupation habituelle) protègent mieux les travailleurs que la loi choisie, [...], ces dispositions écartent les dispositions correspondantes de la loi choisie et s'appliquent à leur place ». V. également, sur cette comparaison pour la mise en œuvre de l'article 6 de la convention de Rome sur les contrats de travail, Ph. Coursier, *thèse préc.*, n° 33, p. 14.

<sup>1293</sup> P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 512 et s., p. 531.

« renforcée »<sup>1294</sup>. La loi de police considérée semble alors n'exprimer ici en réalité qu'une « tendance »<sup>1295</sup>, et ne concernerait qu'une « situation d'indérogeabilité relative »<sup>1296</sup>.

**321.** Les rapports entre les lois de police et la règle de conflit de lois se voient également modifiés par leur application conditionnée, dès lors que la disposition intervient ici moins pour imposer la mise en œuvre d'une disposition spécifique que pour écarter « le jeu normal du droit contractuel [...], de manière à sauvegarder les intérêts particuliers d'une partie au contrat »<sup>1297</sup>.

Elles interviennent, en quelque sorte, en parallèle de la règle de conflit de lois, pour imposer « une limite négative de l'application du droit étranger »<sup>1298</sup>. Sous cet angle, le mécanisme apparaît dès lors très proche de celui de l'exception d'ordre public, qui intervient en aval de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois pour écarter le résultat concrètement inadmissible auquel conduit l'application d'un droit étranger au regard des conceptions défendues dans l'ordre juridique du for. Ainsi, la seule distinction entre les mécanismes semblerait finalement apparaître sur le plan des conséquences de leur mise en œuvre, puisque les lois de police seront, le cas échéant, directement substituées à la loi étrangère et imposent la solution substantielle unique à retenir.

**322.** Cette souplesse qui caractérise la mise en œuvre des lois de police protectrices conduit également à modifier singulièrement la tâche du juge et augmente les risques de dérives au stade de leur consécration. Celui-ci, toujours invité à vérifier que la réalisation de son but appelle bien son application au cas d'espèce, doit se livrer à une évaluation des degrés de protection respectifs des deux lois en présence, ce qui risque à la fois d'être source d'insécurité juridique pour les parties<sup>1299</sup> et de conduire à une consécration excessive de lois de police.

---

<sup>1294</sup> V. en ce sens, N. Nord, *thèse préc.*, n° 222, p. 120.

<sup>1295</sup> N. Nord, *thèse préc.*, n° 222-223, p. 120.

<sup>1296</sup> N. Nord, *thèse préc.*, n° 223, p. 121.

<sup>1297</sup> A. Nuyts, *art. préc.*, n° 5, p. 42.

<sup>1298</sup> F. Pocar, *cours préc.*, p. 400.

<sup>1299</sup> V. en ce sens, A. Nuyts, *art. préc.*, p. 65, qui propose à cet égard deux modes de comparaison envisageables, l'un qui pourrait être « global » et l'autre « point par point, de manière analytique », n° 22, p. 66.

## 2- Fondements d'un recours abusif au mécanisme des lois de police

**323.** Les lois de police protectrices apparaissent en général comme de fausses lois de police, dont le respect ne s'impose pas dans les conflits de juridictions. Elles semblent souvent consacrées pour conférer « une légitimité théorique à un *lex forisme* qu'aucune considération pratique ne permet de justifier »<sup>1300</sup>.

En fait, l'analyse des objectifs poursuivis à travers la mise en œuvre de ce type de lois de police révèle que leur rattachement à un objectif de protection des intérêts étatiques apparaît la plupart du temps artificiel (a). Au-delà, la pratique des tribunaux semble surtout se caractériser par une propension extrêmement importante à consacrer des dispositions en lois de police protectrices dans des hypothèses où même les considérations d'ordre public de protection ne le justifient pas. Elles apparaissent alors comme des lois de police *purement fonctionnelles*, vis-à-vis desquelles la dilution de l'impérativité consacrée dans les conflits de juridiction n'est pas problématique (b).

### a) Rattachement artificiel à la mise en cause d'un intérêt étatique

**324.** Pour rattacher les dispositions protectrices au concept de lois de police, par principe fondées sur leur lien avec *l'organisation étatique*, il est généralement avancé que les normes fondées sur l'ordre public de protection, bien que visant à assurer la protection et la défense des intérêts privés de certains cocontractants, mettraient également toujours en cause des intérêts plus généraux de l'État dont elles émanent.

Une telle conception repose sur l'idée que la prise en charge, par l'État, de certains intérêts individuels dans le cadre des rapports contractuels présenterait toujours un rapport avec l'organisation étatique et viserait à assurer la réalisation d'une politique étatique économique et sociale. Les normes protectrices de certains cocontractants mêleraient ainsi systématiquement un élément « d'organisation sociale au souci de protection individuelle »<sup>1301</sup>, et l'intérêt général serait ainsi toujours pris en compte à travers une disposition qui intéresserait en apparence les particuliers<sup>1302</sup>. C'est donc une présomption d'imbrication systématique des objectifs d'ordre micro et macroéconomique qui apparaît retenue.

---

<sup>1300</sup> V. Heuzé, *thèse préc.*, n° 385, p. 182.

<sup>1301</sup> P. Mayer, *Rép. dr. int. Dalloz*, V° *Lois de police*, n° 20, p. 4.

<sup>1302</sup> V. déclarant qu'une « préoccupation d'intérêts collectifs est fréquemment sous-jacente [...] aux lois de protection individuelle (dans le cas notamment des lois protectrices des salariés) », P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., n° 17, p. 292.

**325.** Ainsi, il est assez généralement considéré que « la protection du consommateur fait partie aujourd’hui de la sauvegarde de l’organisation sociale de l’État »<sup>1303</sup> et que le droit de la consommation « remplit une fonction de régulation de la concurrence au profit de la collectivité en parallèle de l’objectif de protection du consommateur »<sup>1304</sup>. Les dispositions protectrices du consommateur applicables n’auraient dès lors pas pour unique but de protéger des intérêts individuels mais viseraient également à sauvegarder un intérêt général ou collectif étatique dans lequel serait inséré le consommateur<sup>1305</sup>. L’idée défendue est alors que l’application de la loi de la résidence habituelle, tout en visant à satisfaire en premier lieu l’objectif de protection, contribuerait aussi à la régulation du marché au profit de la collectivité parce qu’elle permettrait de mettre en confiance les consommateurs pour les inciter à consommer ou à conclure des transactions<sup>1306</sup>.

Une même argumentation est également avancée concernant les dispositions protectrices des travailleurs, qui, en assurant la protection individuelle de chaque salarié, viseraient également à « instituer une certaine organisation économique et sociale dans l’ordre juridique concerné »<sup>1307</sup>, du fait de « l’impact social du statut des travailleurs »<sup>1308</sup>.

E. Moreau a ainsi pu considérer que « l’organisation des rapports entre travailleurs et employeurs, en vue de la production des biens et des services, constitue le fondement de la vie économique et sociale du pays »<sup>1309</sup>. La réglementation de la durée hebdomadaire du travail, par exemple, « d’abord destinée à protéger le salarié contre certains abus », aurait « des implications beaucoup plus importantes et concerne[rait] la société dans son ensemble »<sup>1310</sup>.

---

<sup>1303</sup> A.-C. Imhoff-Scheier, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Librairie de l’Université Georg & Cie, 1981, p. 155. V. également, P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., p. 241, qui déclare que lorsque la loi française vise à assurer la protection des consommateurs, « la loi organise le marché du commerce de détail et qu’il paraîtrait bien inconscient de la part de l’État d’abandonner, pour les contrats internationaux conclus par un consommateur résidant en France, cette organisation à un législateur désigné le cas échéant par la règle de conflit ».

<sup>1304</sup> P. Lagarde, note sous Cour fédérale d’Allemagne, 19 mars 1997, RCDIP 1998, p. 627, note de bas de page n° 18.

<sup>1305</sup> V. J.-B. Racine, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, Clunet 2000, p. 328 ; L. Perreau-Saussine, note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, Clunet 2008, comm. 13.

<sup>1306</sup> V. L. Perreau-Saussine, note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, Clunet 2008, comm. 13 ; V. également, en ce sens, à propos de la loi *Scrivener* du 10 janvier 1978, J.-B. Racine, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, Clunet 2000, p. 334, qui considère que la loi mettrait en cause l’intérêt général en ce qu’elle permettrait « de contrôler le crédit et d’éviter un endettement excessif de la population », et à propos de la loi du 28 janvier 2005 tendant à renforcer la confiance et la protection du consommateur, J. Rochfeld, RTD civ. 2005, p. 478 à 483, qui déclare que « favorisant le crédit dans un but de croissance, le texte présent n’ignore pas toute protection de cet acteur [...], mais intègre celle-ci à un objectif macroéconomique de protection du marché ». En ce sens, également, N. Nord, *thèse préc.*, n° 58, p. 31, à propos de la loi du 13 juillet 1979, la réponse ministérielle (JO déb. Sénat, 5 février 1981, p. 1983, qui énonce que « les opérations de prêt en matière immobilière sont liées à l’ordre économique français ».

<sup>1307</sup> P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 512 et s., n° 47, p. 538.

<sup>1308</sup> N. Nord, *thèse préc.*, n° 560, p. 295.

<sup>1309</sup> E. Moreau, *thèse préc.*, p. 46.

<sup>1310</sup> N. Nord, *thèse préc.*, n° 58, p. 31, et en ce sens, également, P. Mayer, *art. préc.*, p. 539.

De même, la législation sur les congés payés aurait « un impact, non seulement sociologique, mais aussi économique »<sup>1311</sup>.

En dehors du droit de la consommation et du droit du travail, de telles justifications sont également très fréquemment avancées pour rattacher des dispositions protectrices à la catégorie. Il a ainsi été considéré qu'à travers la protection des sous-traitants visée par la loi de 1975, l'intérêt national serait mis en cause au regard « de l'importance économique des métiers liés à la construction immobilière »<sup>1312</sup> et de la nécessité d'assurer « une concurrence égale pour tous »<sup>1313</sup>. Ainsi, ses dispositions protectrices viseraient à assurer la protection du secteur de l'économie immobilière<sup>1314</sup>.

De même, les dispositions de l'article L. 330-3 du Code de commerce ont pu être rattachées à « l'ordre public économique de direction » et à « la sauvegarde de l'intérêt public économique »<sup>1315</sup>, parce que, obéissant à une logique de protection de la partie faible, elles encourageraient en même temps la pratique de la distribution commerciale, en mettant en confiance les entrepreneurs<sup>1316</sup>.

Un tel recours à l'argument tiré de l'existence d'un objectif macroéconomique, pour consacrer le caractère de lois de police de dispositions protectrices, a pu être également utilisé au niveau européen. Dans l'arrêt *Ingmar*<sup>1317</sup>, la Cour de justice a reconnu le caractère de lois de police des dispositions protectrices de l'agent commercial issues de la directive n°86/653 en mettant en avant le respect des principes fondamentaux de la construction communautaire, que sont la liberté d'établissement et le jeu d'une concurrence non faussée, plutôt que l'objectif de protection poursuivi<sup>1318</sup>.

**326.** Or, l'utilisation d'un tel raisonnement pour rattacher les dispositions protectrices au mécanisme des lois de police apparaît à la fois hypocrite et incompatible avec le caractère en principe exceptionnel que doit revêtir l'utilisation du mécanisme<sup>1319</sup>. Outre qu'elle conduit à déduire la mise en cause d'un intérêt étatique dans des hypothèses où les intérêts pris en

---

<sup>1311</sup> N. Nord, *thèse préc.*, n° 64, p. 36.

<sup>1312</sup> G. Lardeux, « La protection légale des sous-traitants est internationalement impérative », LPA, avril 2008, n° 77.

<sup>1313</sup> P. Berlioz, « Qualification de loi de police de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance », note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, JCP E 2008, p. 1201.

<sup>1314</sup> V. en ce sens, G. Lardeux, note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, RDI 2007, p. 511. V. également, en ce sens, P. Mayer, *art. préc.*, n° 49, p. 539.

<sup>1315</sup> CA Paris, 25 octobre 2011, *préc.*

<sup>1316</sup> V. en ce sens, J.-B. Racine, note sous CA Paris, 25 octobre 2011, RC 2012, n° 2, p. 563 et s.

<sup>1317</sup> CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, *préc.*

<sup>1318</sup> V. point 24 de l'arrêt.

<sup>1319</sup> En ce sens, parmi d'autres, B. Ancel et Y. Lequette, *GAJDIP*, n° 53 §3 ; A. Nuyts, *art. préc.*, n° 45 ; W. Boyault et S. Lemaire, « Protection du sous-traitant en matière internationale : la Cour de cassation fait volte-face », *Daloz* 2008, p. 753 et s. ; L. d'Avout et D. Bureau, note sous Cass. Com. 13 juillet 2010, JCP G 2010, p. 972 ; L. d'Avout, note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, *Agintis c/Basell*, JCP 2008. II. 10000.

compte ne sont pas ceux de la société étatique prise dans son ensemble mais d'une catégorie d'individus placés dans une position identique ou appartenant à une catégorie sociale particulière, elle nécessite également de retenir une conception large de la notion d'organisation étatique.

Il est admis, même par les auteurs qui retiennent cette conception, que l'objectif premier de ces dispositions est la sauvegarde des intérêts privés, et que ce n'est qu'indirectement, ou sur un second plan, que ces dispositions viseraient un objectif macroéconomique au niveau de la société étatique<sup>1320</sup> ou européenne. Il est considéré, dans ce cadre, que « les dispositions protectrices, tout en ne cessant pas d'être organisatrices des rapports contractuels, concourent en même temps, indirectement, à l'organisation de la société dont l'État a la charge, de sorte que le rééquilibrage des intérêts privés se révèle en alliage indissociable d'un certain secteur de l'activité économique et sociale de l'État »<sup>1321</sup>. L'intégration des dispositions protectrices dans la catégorie des lois de police repose alors sur une conception très large de la notion d'organisation étatique, s'éloignant de leur définition originelle<sup>1322</sup>. Cette organisation serait mise en cause de manière « médiate »<sup>1323</sup> et/ou seulement « en arrière fond »<sup>1324</sup>, à travers des dispositions visant à assurer la régulation des rapports individuels, du simple fait que l'État prendrait en charge certains intérêts privés<sup>1325</sup>.

Pourtant, en dehors de certaines hypothèses dans lesquelles la disposition ayant pour objectif d'assurer la protection d'une partie faible mettrait également en cause, et *au moins à proportion égale*, l'intérêt étatique de l'ordre juridique dont elle émane, ce qui justifierait leur qualification effective en lois de police, la mise en cause de l'organisation étatique apparaîtra, dans ces hypothèses, la plupart du temps très diluée et même assez fictive<sup>1326</sup>. Le caractère *bénéfique* que revêtirait la protection d'une partie faible pour l'économie d'un État semble, en effet, pouvoir être faite vis-à-vis de l'ensemble des matières et pour tous types de contrats, tant la conclusion de ceux-ci apparaît de manière générale nécessaire au développement des

---

<sup>1320</sup> V en ce sens, par exemple, N. Nord, *thèse préc.*, n° 58 ; P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., n° 17, p. 292.

<sup>1321</sup> A. Nuyts, *art. préc.* n° 5.

<sup>1322</sup> V. considérant qu'il est nécessaire de s'éloigner de la définition de Ph. Francescakis et de ne pas imposer que les intérêts ou les raisons qui justifient l'application immédiate de certaines dispositions étatiques soient « vitaux » pour l'État qui les édicte, P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., n° 16, p. 289.

<sup>1323</sup> A. Nuyts, *art. préc.*, p. 41.

<sup>1324</sup> L. Perreau-Saussine, note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, *Clunet* 2008, comm. 13.

<sup>1325</sup> V. outre les exemples déjà cités en ce sens, not. dans le cadre de la mise en œuvre du droit européen, A. Bonomi, « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 255 et s., spéc. p. 235-238 ; J.-B. Racine, « Droit économique et lois de police », *RTD éco.*, 2010, p. 61 et s., spéc. p. 69 ; S. Francq et F. Jault-Seseke, « 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 la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 357 s., spéc., p. 366-371.

<sup>1326</sup> C'est, d'ailleurs, la possibilité de faire une telle considération vis-à-vis de certaines lois de police consacrées applicables dans les contrats de consommation et dans les contrats de travail, qui autorise ces impérativités substantielles à voir placer leur respect dans la dépendance de la volonté des personnes qu'elles visent à protéger. V. sur ce point, *supra*, n° 261 et s.



transactions. Au-delà, une telle argumentation semble pouvoir être avancée en dehors même de la matière contractuelle, au regard du *bien-être* que la législation étatique apporterait aux personnes constituant la société étatique, et pourrait en réalité être découverte à travers l'édiction de toutes les dispositions étatiques.

**327.** Le recours à la notion de lois de police protectrices, envisagées sous cet angle, apparaît dès lors susceptible d'être utilisé pour assurer l'application impérative de dispositions ne concourant pas plus intensément que n'importe quelle autre loi à l'organisation politique, économique et sociale du pays<sup>1327</sup>, et vis-à-vis desquelles l'État n'a aucun « intérêt propre à faire valoir dans sa réglementation »<sup>1328</sup>. Elle est susceptible, ce faisant, « 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 »<sup>1329</sup>. Le recours à l'objectif sociétal apparaît, en effet, bien souvent comme un élément *fictif* et ne semble découvert que pour faire basculer les dispositions concernées d'un ordre public de protection vers un ordre public de direction<sup>1330</sup>, et leur permettre d'intégrer la catégorie.

Ainsi déduite de manière automatique pour chaque disposition protectrice, la mise en cause de l'objectif macroéconomique apparaît alors susceptible de conduire à la consécration de fausses lois de police, fondées sur un seul objectif de protection de certaines parties faibles, et devrait être vérifiée au cas concret<sup>1331</sup>.

Les dangers induits par un tel raisonnement apparaissent d'autant plus importants que la pratique des tribunaux se caractérise, en outre, par un recours excessif et injustifié à ce mécanisme, même au regard de leur objectif de protection.

---

<sup>1327</sup> A. Nuyts, *art. préc.*, n° 5.

<sup>1328</sup> M.-M. Mohamed Salah, *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, RCADI 2005, vol. 315, p. 141 et s., p. 219.

<sup>1329</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 111.

<sup>1330</sup> V. à cet égard, critiquant le lien artificiel établi par la Cour de justice dans l'arrêt *Ingmar, préc.*, entre la directive de 1986 et la réalisation du Marché intérieur, L. Idot, RCDIP 2001, *préc.*, n° 16-17, p. 116-117 ; S. Francq, *L'applicabilité spatiale du droit communautaire dérivé au regard de la théorie générale du droit international privé*, Bruylant, LGDJ, 2005, p. 410-412, lequel pourrait d'ailleurs conduire à admettre le caractère de police de toutes dispositions découlant de la transposition d'une directive d'harmonisation (v. sur ce risque, E. Pataut, *thèse préc.*, p. 117-143, *spéc.*, p. 121 ; E. Oprea, *thèse préc.*, n° 234, p. 175).

<sup>1331</sup> V. *infra*, n° 364 et s.

## b) Utilisation purement fonctionnelle du mécanisme

**328.** Déjà contestable au regard des intérêts poursuivis par les dispositions concernées, le risque de « régression considérable pour le droit international privé »<sup>1332</sup> auquel est susceptible d'aboutir le recours aux lois de police protectrices semble surtout provenir de la pratique des tribunaux. Ils semblent consacrer, en réalité, dans un nombre important d'hypothèses, une utilisation purement « fonctionnelle » du mécanisme des lois de police pour assurer une application extraterritoriale injustifiée de la *lex fori*.

L'argument tiré de la protection nécessaire de certaines parties faibles dans les rapports internationaux semble utilisé, en effet, comme un moyen détourné d'imposer l'application de dispositions dont le caractère internationalement impératif ne découlerait pas de la *fonction sociale* des dispositions en cause, mais de la seule croyance en l'excellence d'une règle édictée. Le recours à cette technique s'expliquerait, en pratique, parce que les lois de police constituent « un expédient judiciaire »<sup>1333</sup> et permettrait de remédier à l'« inadaptation ponctuelle de la règle de rattachement »<sup>1334</sup>. Le recours au concept de lois de police protectrices semble alors ouvrir la voie à la consécration de dispositions internationalement impératives dépourvues de toute ressemblance avec l'identité conceptuelle des lois de police, et pour lesquelles ce qualificatif, purement artificiel, ne servirait qu'à permettre le bénéfice du « mécanisme d'application exorbitant du droit commun »<sup>1335</sup> qui leur est propre.

**329.** Une telle instrumentalisation du mécanisme des lois de police, incontestablement critiquable et résultant de la tendance spontanée des juges étatiques au *lex forisme*, apparaît pourtant comme un risque inhérent au recours au concept de lois de police à *finalité protectrice*<sup>1336</sup>. Il semble découler à la fois de la liberté dont se voit pourvu le juge, qui n'est ici plus enfermé dans les limites d'une définition conceptuelle, et de la difficulté particulière

---

<sup>1332</sup> P. Mayer, « La protection de la partie faible en droit international privé », p. 512 et s., n° 49, p. 539.

<sup>1333</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 99.

<sup>1334</sup> *Ibid.*

<sup>1335</sup> F. Leclerc, *thèse préc.*, n° 419, p. 357.

<sup>1336</sup> V. déclarant que « l'extension de la notion de lois de police aux lois de police protectrices semble prêter », en effet, « à une généralisation bien plus importante [...] », L. d'Avout et S. Bollée, « Droit du commerce international », *Chron. Dalloz* 2007, p. 2568 ; P. Deumier, note sous Cass. mixte, 30 novembre 2007, *RDC* 2008, *préc.* p. 512 ; P. Mayer, *art. préc.*, p. 513, et rappelant qu'il ne faut pas « étendre à l'excès la notion de partie faible », P. Mayer, *Rép. dr. int. Dalloz*, V° *Lois de police*, n° 21. P. Mayer, tout en admettant le caractère de lois de police de certaines dispositions protectrices, admet que toutes les parties faibles ne devraient pas nécessairement se voir protéger par le biais de ce mécanisme dans l'ordre international. Ceci serait possible seulement lorsqu'il y a lieu de craindre « un usage abusif du principe d'autonomie ».

que présentent intrinsèquement l'identification et la mise en œuvre de ces dispositions<sup>1337</sup>. À ces différents niveaux, l'incertitude qui entoure la consécration et l'utilisation des lois de police protectrices peut alors à la fois induire la consécration de solutions involontairement trop larges et inadaptées et apparaître comme un élément exploitable pour assurer délibérément l'application extensive de la *lex fori* dans les rapports internationaux.

Or, l'analyse des solutions retenues par les tribunaux français – d'ailleurs incertaines et non linéaires<sup>1338</sup> – révèle que c'est en définitive fréquemment une utilisation purement fonctionnelle du mécanisme qui est consacrée lorsqu'il est recouru aux lois de police protectrices. L'absence de précision apportée par les tribunaux quant aux justifications qui fondent la qualification des dispositions en lois de police<sup>1339</sup> et l'utilisation de formules assez vagues sembleraient également susceptibles d'être interprétées comme révélatrices de l'utilisation *déformante* qui est faite du mécanisme. En fait, la pratique des tribunaux, dans ce cadre, semble illustrer une tendance contemporaine, consistant à « mettre 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 est légitimement revendiquée dans le cas envisagé l'application dérogatoire de telle disposition impérative interne d'un État »<sup>1340</sup>.

---

<sup>1337</sup> Outre la difficulté que pourra présenter la détermination de leur rattachement, éventuellement susceptible de reposer sur un cumul de critères (v. sur ce point, *supra*, n° 317), la difficulté pourra être de déterminer les personnes se trouvant dans une position de faiblesse et devant bénéficier d'une protection. V. sur ce dernier point, P. Mayer, *art. préc.*, p. 535-539.

<sup>1338</sup> Les hésitations des tribunaux français induisent une instabilité jurisprudentielle assez importante et la consécration de solutions dont la cohérence semble éventuellement pouvoir être mise en doute. Dans ce sens, l'on peut notamment rappeler la rapidité du revirement jurisprudentiel consacré concernant la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance, dont le caractère de loi de police protectrice, écarté par la Cour de cassation le 23 janvier 2007 (*préc.*), a été reconnu quelques mois plus tard dans l'arrêt *Agintis* (Cass. mixte, 30 novembre 2007, *préc.*). De la même manière, bien que satisfaisante du point de vue de la limitation du recours aux lois de police protectrices qu'elle consacre, la solution retenue par la Première Chambre civile de la Cour de cassation dans l'arrêt du 13 juillet 2010 (Dalloz 2010, p. 1863, obs. X. Delpech p. 2339, note V. Da Silva ; p. 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD com. 2010, p. 779, obs. B. Bouloc ; JCP 2010, p. 972, note D. Bureau et L. d'Avout ; Clunet 2011. 91, note F. Jault-Seske ; RD transp. 2010. Étude 12, obs. C. Legros, Comm. 183, obs. C. Paulin, et Comm. 184, obs. P. Delebecque ; RCDIP 2010, p. 720, note A. Potocki), qui refuse de reconnaître le caractère de loi de police de l'action directe du transporteur prévue à l'art. L. 132-8 du Code de commerce, soulève quelques interrogations quant à sa pertinence par rapport aux solutions retenues vis-à-vis des sous-traitants, d'autant plus que les intérêts avancés en l'espèce étaient les mêmes que dans le cadre de l'affaire *Agintis* (V. en ce sens, notamment, L. d'Avout et S. Bollée, Dalloz 2010, Chron. « Droit du commerce international », *préc.*, X. Delpech, Dalloz 2010, p. 1863, *préc.*). V. également, depuis, Cass. Com., 1<sup>er</sup> mars 2016, Dalloz 2016, p. 988, note T. Allain ; RTD com. 2016, p. 324, obs. B. Bouloc ; Dalloz 2016, Pan., p. 2025, obs. L. d'Avout.

<sup>1339</sup> Il faut relever que les juridictions françaises s'abstiennent parfois même de préciser les justifications sur lesquelles elles fondent la consécration d'une loi de police protectrice. V. par exemple, les décisions rendues concernant la loi du 10 janvier 1978 (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, *préc.*, et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *préc.*), où il n'est fait référence qu'à la « finalité protectrice du consommateur », ce qui conduit corrélativement à étendre très largement le domaine d'application possible de cette disposition. V. en ce sens, D. Cocteau-Senn, note critique sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, RCDIP 2007, p. 85 et s. ; C. Montfort, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, Dalloz 2005, p. 878-880 et P. Courbe, Dalloz 2005, p. 1194. V. également, en matière de droit du travail, reconnaissant le caractère de loi de police de la législation sur les congés payés sans justifier sa décision, CA Paris, 4 juillet 1975, RCDIP 1975, p. 485, note G. Lyon-Caen.

<sup>1340</sup> B. Audit, « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges en l'honneur de P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 25 et s., n° 4.

**330.** Au stade de la reconnaissance de leur caractère de loi de police, la pratique des tribunaux se caractérise par une tendance à une qualification « globalisante »<sup>1341</sup> ou en tout cas très large, fondée sur l'utilisation d'un critère de rattachement « *a priori*, pour un ensemble de dispositions relevant d'un même texte, voire, plus généralement portant sur le même objet »<sup>1342</sup>.

Semblant se dégager de l'approche « pointilliste »<sup>1343</sup> qui s'impose en principe dans le cadre de la méthode des lois de police, les juridictions ont en effet parfois consacré « en bloc »<sup>1344</sup> des dispositions de ce type. Or, cette tendance à « simplifier à l'excès le raisonnement concernant l'application d'une règle impérative interne en matière internationale au titre de loi de police »<sup>1345</sup> « 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, ou peut être pas selon les mêmes critères »<sup>1346</sup>, et encourage une utilisation excessive du mécanisme.

C'est ainsi, par exemple, que l'imprécision des juridictions françaises<sup>1347</sup> sur les raisons justifiant l'application des dispositions de l'article 27 de la loi *Scrivener* du 10 janvier 1978 à titre de lois de police protectrices et la formule générale retenue<sup>1348</sup> ont pu laisser penser à une qualification globale de la loi française en loi de police, qui aurait risqué de conduire à « dénaturer la notion traditionnelle de lois de police »<sup>1349</sup>. Une même critique a également été opposée à la référence globale faite aux dispositions protectrices du sous-traitant dans la loi du 31 décembre 1975<sup>1350</sup>, qui semblait conduire à doubler globalement cette loi d'une règle de rattachement unilatérale<sup>1351</sup>.

À cela s'ajoute également une souplesse importante des juridictions françaises concernant l'appréciation de la nécessité d'assurer le bénéfice des dispositions protectrices à certaines parties<sup>1352</sup>. Elle apparaît admise, en effet, de manière particulièrement large, non

---

<sup>1341</sup> D. Cocteau-Senn, note critique sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, RCDIP 2007, p. 85 et s.

<sup>1342</sup> B. Audit, *art. préc.*, n° 7.

<sup>1343</sup> L. d'Avout, note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14.006, JCP G., 2008, II, 10000.

<sup>1344</sup> *Ibid.*

<sup>1345</sup> B. Audit, *art. préc.*, n° 8

<sup>1346</sup> *Ibid.*

<sup>1347</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, *préc.*, confirmé et repris par la suite sans plus de précision par Cass. Civ. 23 mai 2006, *préc.*

<sup>1348</sup> L'arrêt du 23 mai 2006, rendu postérieurement au regard de l'art. 311-37 du Code de la consommation, paraît à cet égard plus mesuré. Ce sont seulement les dispositions de cet article qui sont qualifiées en loi de police.

<sup>1349</sup> D. Cocteau-Senn, note critique sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, RCDIP 2007, p. 85 et s.

<sup>1350</sup> V. Ch. mixte, 30 novembre 2007, *Agintis, préc.* ; Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janvier 2008, *préc.* et Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2009, *SNC Saint-Louis c/ Peeters es qual, préc.*

<sup>1351</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14.006, JCP, éd. G., 2008, II, 10000 ; B. Audit, *art. préc.*, n° 17.

<sup>1352</sup> À cet égard, le caractère réellement protecteur de la disposition française concernée semble également pouvoir parfois être mis en doute. V. en ce sens, à propos de la loi du 10 janvier 1978, A. Sinay-Cytermann, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *Clunet* 2007, n° 2, p. 8.

seulement lorsqu'il s'agit de non-professionnels, mais également, comme le révèlent les solutions consacrées en matière de sous-traitance mobilière<sup>1353</sup> et industrielle<sup>1354</sup>, concernant des professionnels « avertis »<sup>1355</sup>, alors même que leur position de faiblesse semblait discutable<sup>1356</sup>. Dans ce cadre, d'ailleurs, alors que l'application internationalement impérative des dispositions protectrices concernées doit en principe être conditionnée à leur caractère plus protecteur que la loi normalement applicable<sup>1357</sup>, la comparaison de ces deux dispositions, en principe requise, ne semble – du moins expressément – jamais réellement effectuée par les tribunaux<sup>1358</sup>.

Alors que la consécration des lois de police protectrices semble devoir reposer sur une analyse effectuée *in concreto*, la qualification comme telles de certaines dispositions semble en réalité définitivement acquise une fois qu'elle a été reconnue<sup>1359</sup>. Celles-ci, au-delà, se voient souvent assignées à un champ d'application extrêmement large, résultant de la consécration de rattachements imprécis<sup>1360</sup> ou très étendus et éventuellement totalement inadaptés à la réalisation de l'objectif poursuivi.

---

<sup>1353</sup> Cass. mixte, 30 novembre 2007, *Agintis*, *préc.* ; Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 30 janvier 2008 ; Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 25 février 2009, *préc.*

<sup>1354</sup> Cass. Com. 27 avril 2011, *préc.*

<sup>1355</sup> V. considérant que « le droit commercial est, en principe, un droit entre personnes averties et égales », J.-B. Racine, « Droit économique et lois de police », RIDE 1/2010 (t. XXIV, 1), p. 61 et s.

<sup>1356</sup> Dans le cadre de l'affaire soumise à la Cour de cassation dans son arrêt du 19 octobre 1999, par exemple, la position de faiblesse des emprunteurs français semblait pouvoir soulever certains doutes. V. en ce sens, P. Lagarde, sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, RCDIP 2000, qui déclare que : « 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. » Et voir, à propos des solutions consacrées dans l'arrêt *Agintis* et ceux qui l'ont suivi en matière de sous-traitance, mettant en avant le fait que c'est en connaissance de cause que le sous-traitant avait pris le risque de se voir soustrait, par le choix d'une loi étrangère, à la protection que lui offrait la loi française du 31 janvier 1975, L. Perreau-Saussine, note sous arrêt Ch. mixte, 30 novembre 2007, Clunet, octobre 2008, comm.13.

<sup>1357</sup> V. sur cette question, *supra*, n° 319.

<sup>1358</sup> Celle-ci, il est vrai, peut sembler pratiquement inutile lorsque les dispositions françaises consacrent, comme ceci est le cas de la loi *Scrivener* du 10 janvier 1978 et de celle du 31 décembre 1975, un droit que le droit étranger applicable ne reconnaît pas. Il n'empêche que le caractère réellement « protecteur » de la loi française en elle-même semblerait mériter parfois d'être davantage démontré.

<sup>1359</sup> V. en ce sens, mais y trouvant là un élément positif en faveur d'une limitation au recours au mécanisme des lois de police, B. Rémy, *thèse préc.*, n° 79.

<sup>1360</sup> Concernant les dispositions françaises relatives au crédit à la consommation, en effet, alors que le tribunal de Dunkerque (TGI Dunkerque, 19 février 1986) avait initialement précisé que la loi du 10 janvier 1978 devait s'appliquer lorsque le consommateur résidait en France et que le prêt avait été sollicité sur le territoire français, la Cour de cassation semble par la suite être restée très évasive sur le critère de rattachement à retenir, en ne faisant référence que de manière assez implicite à la résidence des emprunteurs sur le territoire français (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, *préc.*), et éventuellement à la nationalité des emprunteurs (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *préc.*). V. critiquant l'absence de précision et de justification apportées par la Cour dans l'arrêt du 19 octobre 1999, quant au champ d'application spatial de la règle, qui apparaît en l'espèce particulièrement étendu, notamment, P. Lagarde, note sous l'arrêt, RCDIP 2000, *préc.*, p. 32-33 ; B. Rémy, *thèse préc.*, n° 562. En l'espèce, l'étendue de la portée spatiale de la règle résultait également de l'absence de détermination de l'objectif qui leur avait permis de qualifier la disposition en loi de police.

**331.** À cet égard, la solution consacrée en matière de sous-traitance immobilière<sup>1361</sup> apparaît comme une illustration particulièrement topique des dérives auxquelles est susceptible d'aboutir le recours aux lois de police protectrices.

---

<sup>1361</sup> À cet égard, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, Cass. Com. 27 avril 2011, *Crédit Lyonnais et autre c/ Société Urmet et autre*, semble avoir fait preuve de plus de rigueur quant à la mise en œuvre de cette loi en matière de sous-traitance industrielle en cassant l'arrêt d'appel du fait de son imprécision quant à la détermination du critère de rattachement.

Alors que la reconnaissance du caractère de loi de police des dispositions françaises était en l'espèce principalement fondée sur l'objectif de protection du sous-traitant<sup>1362</sup>, le rattachement à « la construction de l'immeuble sur le territoire français » n'apparaît susceptible d'assurer ni sa réalisation, ni celle de l'objectif théorique secondaire d'ordre économique<sup>1363</sup>, qui avait été découvert<sup>1364</sup>. Il semble traduire un « manque de cohérence entre la sélection des dispositions d'application impérative et celle du facteur de rattachement »<sup>1365</sup>. Ce faisant, la solution conduit à imposer une application territoriale<sup>1366</sup> particulièrement fréquente<sup>1367</sup> des dispositions françaises dans le domaine de la sous-traitance immobilière<sup>1368</sup>, alors même que les liens avec la France pourraient être extrêmement faibles<sup>1369</sup>.

Une telle *déconnexion* du champ d'application des dispositions françaises par rapport aux objectifs invoqués par les tribunaux pour justifier, précisément, leur application immédiate, semble alors traduire le caractère purement fonctionnel de l'utilisation qui est ici faite du mécanisme des lois de police. Elle révèle le but réel qui fonde la consécration de ces dispositions en lois de police, qui est l'application de la *lex fori* sur le territoire national, quels que soient la nationalité ou le lieu d'établissement du sous-traitant. Elle apparaît, pour cette raison, très largement critiquable, non seulement du seul point de vue de l'ordre juridique français, mais également sous l'angle du droit européen, avec lequel sa compatibilité est très incertaine<sup>1370</sup>.

---

<sup>1362</sup> Ceci, classiquement, aurait dû conduire à retenir le critère de rattachement à la résidence habituelle du consommateur. V. en ce sens, S. Bollée et L. d'Avout, « Droit du commerce international », Dalloz 2007, Chron., p. 2568.

<sup>1363</sup> V. en ce sens, S. Bollée et L. d'Avout, « Droit du commerce international », Chron. Dalloz 2007, p. 2568 et L. Perreau-Saussine, note sous Ch. mixte, Clunet 2008, comm. 13 qui considère, concernant la volonté d'éviter les faillites en cascades, que lorsque l'entrepreneur sera étranger (ce qui était le cas dans l'arrêt du 30 janvier 2008, *préc.*), il sera peu probable que l'ordre économique français soit touché même si l'immeuble est situé en France, et que le choix de ce rattachement pourrait conduire à limiter les entrepreneurs à travailler sur le territoire français et encourager la délocalisation.

<sup>1364</sup> V. sur cet objectif, G. Lardeux, « La protection légale des sous-traitants est internationalement impérative », LPA, avril 2008, n° 77.

<sup>1365</sup> P. Deumier, « Application de la convention de Rome et impérativité en droit international privé », RDC 2008, p. 508.

<sup>1366</sup> V. considérant qu'« il faut sans doute voir là la résurgence d'un vieux réflexe territorialiste », L. d'Avout, note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, n° 06-14.006, JCP, éd. G., 2008, II, 10000, *préc.*

<sup>1367</sup> Il en est ainsi, au-delà, dès lors que la notion de « construction d'un immeuble en France » est entendue d'une manière ici particulièrement large. V. sur ce point, L. Perreau-Saussine, note sous Ch. mixte, Clunet 2008, comm. 13. La notion, d'ailleurs, est interprétée de manière particulièrement souple par la Cour de cassation dans l'arrêt du 30 janvier 2008, dès lors que la Cour considère que peuvent être qualifiés ainsi « la conception, la livraison, le montage et la mise en service de machines et d'équipements pour une unité de fabrication de panneaux de fibres ». L'arrêt rendu le 25 février 2009 par la 3<sup>e</sup> Chambre civile étend d'autre part l'application de la loi du 31 décembre 1975 à titre de lois de police concernant la fabrication d'un produit fabriqué à l'étranger et destiné à une installation en France.

<sup>1368</sup> La Chambre commerciale consacra par la suite également le caractère de loi de police des dispositions de l'art. 13-1 de la loi de 1975 en matière de sous-traitance industrielle dans l'arrêt du 25 avril 2011, *préc.*, et imposa, dans ce cadre, que soit caractérisée « l'existence d'un lien de rattachement de l'opération avec la France au regard de l'objectif de protection des sous-traitants poursuivi par le texte précité ».

<sup>1369</sup> V. en ce sens, L. Perreau-Saussine, note sous Ch. mixte, Clunet 2008, comm. 13, qui fait référence, à cet égard, à l'arrêt du 30 janvier 2008, dans lequel les contrats auraient pratiquement pu, selon l'auteur, être considérés comme contrats purement internes à l'ordre juridique allemand.

<sup>1370</sup> V. sur ce point, L. d'Avout, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Biens*, n° 35 et la note, JCP, G, 2008, II, 10000, *préc.*

**332.** Dans ce cadre, la fréquence de ce type d'utilisation détournée du mécanisme des lois de police protectrices semble alors devoir conduire à une méfiance particulièrement importante quant au recours à ce concept et, sinon, à remettre en cause la qualification comme telles des dispositions concernées dans de telles hypothèses<sup>1371</sup>, en tout cas à tolérer, à leur égard, l'atteinte portée à l'impérativité des lois de police dans le cadre des conflits de juridictions. Celle-ci, en réalité, pourrait même apparaître dans une certaine mesure *bénéfique*, dès lors qu'elle limiterait l'impérativité internationale de certaines dispositions que rien dans leur contenu ne justifie.

Il en va différemment, en revanche, des vraies lois de police qu'il convient désormais d'identifier.

## **II-Hypothèses problématiques**

**333.** Le caractère insatisfaisant du système consacré en droit positif doit être admis s'agissant des vraies lois de police correspondant à la définition originelle.

Dans un contexte où la catégorie des lois de police est envisagée de manière unitaire, et comprend désormais des dispositions dont le respect international ne justifie pas de mettre à l'écart le système consacré, l'élaboration d'une méthode permettant d'identifier ces vraies lois de police apparaît nécessaire (A). Il s'agira, dans un second temps, de délimiter concrètement, au regard des directives dégagées, les hypothèses dans lesquelles le système consacré apparaît réellement problématique (B).

À cet égard, la mise en place d'une solution dérogatoire permettant, en amont, de préserver leur impérativité dans les conflits de juridictions incite plus généralement à proposer une redéfinition stricte de la catégorie des lois de police, pour la limiter à ces hypothèses de vraies lois de police.

---

<sup>1371</sup> À cet égard, il semble possible de voir d'une manière positive certains arrêts refusant de consacrer le caractère de lois de police de certaines dispositions protectrices. Il en est ainsi, par exemple, outre l'arrêt du 13 juillet 2010 précédemment évoqué concernant l'action directe du transporteur, de l'arrêt Cass. Soc., 29 mai 1991, *Mjorndal c/ Sté Trelleborg et a., préc.*, qui refuse de reconnaître le caractère de loi de police des règles relatives au licenciement, ou encore Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 septembre 2015, Dalloz 2015, note F. Mélin, p. 1841 ; Dalloz 2015, p. 2356, note L. Abadie et J. Lasserre Capdeville, qui refuse de reconnaître le caractère de loi de police des art. 1326 du Code civil et L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation relatifs à la protection de la caution et au formalisme de son engagement. V. déjà, refusant le caractère de loi de police de l'art. L. 341-4 du Code de la consommation, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janvier 2013, *Gazprombank*, Dalloz 2013, p. 371 ; *ibid.* 1503, obs. F. Jault-Seseke ; *ibid.* 1574, obs. A. Leborgne ; *ibid.* 1706, obs. P. Crocq ; *ibid.* 2293, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; RTD com. 2013, p. 389, obs. P. Delebecque ; JCP 2013. 165, obs. D. Akchoti ; et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 2015, *M. X c/ Crédit foncier de France*.



## A) Méthode d'identification des vraies lois de police

**334.** Dans l'ensemble disparate que constituent aujourd'hui les dispositions étatiques qualifiées de lois de police, l'identification des vraies lois de police semble pouvoir reposer sur une analyse de l'objectif qu'elles poursuivent (1). Devant la difficulté que présente néanmoins la prise en compte et l'identification de leur but, il conviendra de dégager des *indices* opérants pour détecter ces vraies lois de police (2).

### 1- Critères d'identification fondés sur l'analyse de l'objectif poursuivi

**335.** Une analyse portant sur la nature et l'objet de l'intérêt mis en cause à travers les dispositions intégrées dans la catégorie des lois de police semblerait susceptible d'apporter un éclairage sur le degré d'importance que présente leur application pour l'État dont elles émanent. Nécessaire à la délimitation des hypothèses pour lesquelles les solutions consacrées dans les conflits de juridictions apparaissent réellement problématiques, cette prise en compte semble également souhaitable d'un point de vue plus général, pour redéfinir la notion de loi de police et maintenir l'utilisation du mécanisme dans des limites raisonnables. Dans ce cadre, le caractère de lois de police devrait être réservé aux dispositions mettant strictement en cause un intérêt de l'État dont elles émanent (a), et qui seraient directement affectées à leur protection (b).

#### a) Mise en cause des intérêts étatiques *stricto sensu*

**336.** En réaction à la consécration excessive de lois de police à laquelle se sont livrés les tribunaux ces dernières années, certains auteurs ont proposé d'en revenir à une conception étroite et publiciste de la notion. Celle-ci devrait être réservée aux dispositions mettant en cause *l'intérêt général* et touchant à la réglementation sociale, économique et politique du pays *stricto sensu*<sup>1372</sup>.

---

<sup>1372</sup> V. not. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, *cours préc.*, n° 260, p. 269 ; E. Pataut, *thèse préc.*, n° 209 et s. ; et affirmant cela en particulier concernant la mise en œuvre du règlement Rome I, L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », Dalloz 2008, p. 2165 ; S. Francq et F. Sault-Seseke, « 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 la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 357, et s., spéc. p. 361-366.

L'idée que les intérêts étatiques pourraient être mis en cause à un degré variable à travers les dispositions qualifiées de lois de police a conduit à l'adoption d'une approche dualiste<sup>1373</sup>. À côté des *lois de police protectrices* précédemment décrites, les « lois de police administratives »<sup>1374</sup> apparaissent comme celles pour lesquelles cette qualification ne soulève pas d'hésitation parce qu'elles mettent strictement en cause un intérêt étatique et correspondent à la définition originelle qu'avait donnée Francescakis.

**337.** Les *intérêts généraux* « pris en charge par l'organisation étatique »<sup>1375</sup> que l'auteur décèle derrière les lois de police et le but de « structure sociétale »<sup>1376</sup> auquel les dispositions de ce type seraient assignées, semblent renvoyer en effet à une conception *macroéconomique* des intérêts mis en cause. L'existence d'un intérêt étatique devrait, selon B. Rémy, être déduite de la poursuite d'un *objectif sociétal*, entendu strictement et traduisant l'idée d'un passage des relations interindividuelles à celui de la société comprise *comme un tout*<sup>1377</sup>. Cet intérêt étatique serait non pas celui qui résulte de la somme des intérêts des individus qui composent la société étatique, mais celui, unique, de la société elle-même, qui présenterait un caractère supérieur et se substituerait aux différents intérêts individuels.

Sous cet angle, la consécration d'une loi de police devrait être déduite de ce que Monsieur Rémy considère comme une « implication conceptuelle »<sup>1378</sup> de l'État, reposant sur l'adoption d'une conception « holiste » de la société<sup>1379</sup>, par opposition à une conception « atomiste » consistant à appréhender celle-ci comme un ensemble d'individus, sujets de droit<sup>1380</sup>. Les lois de police traduiraient ainsi une volonté de l'État d'agir vis-à-vis de la collectivité nationale tout entière, pour des raisons « d'adéquation et de nécessité »<sup>1381</sup>, et prendraient la forme de « règles de structure sociétale, qui se prolongent nécessairement par des prescriptions de comportement »<sup>1382</sup>. Elles devraient dès lors nécessairement être fondées

---

<sup>1373</sup> V. not. distinguant clairement ces deux types de lois de police, J.-M. Jacquet, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Contrats*, n° 189 ; A. Nuyts, *art. préc.*, n° 5.

<sup>1374</sup> A. Nuyts, *art. préc.*

<sup>1375</sup> Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », RCDIP 1966, p. 1 et s., spéc., p. 3.

<sup>1376</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., spéc., p. 93.

<sup>1377</sup> B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Paris, Dalloz 2008, n° 359.

<sup>1378</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 360.

<sup>1379</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 526.

<sup>1380</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 360.

<sup>1381</sup> *Ibid.*

<sup>1382</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 93.

sur un ordre public de direction, « manifestation du dirigisme économique moderne »<sup>1383</sup> et assurant la défense des intérêts du corps social tout entier.

**338.** Un critère opérant pour distinguer les vraies lois de police et les fausses lois de police pourrait dès lors être celui de la distinction entre « ordre public de protection individuelle et ordre public de direction collective »<sup>1384</sup>. Ce critère permettrait de distinguer les règles reposant sur un interventionnisme *macro-juridique* et constituant pour cette raison des « règles d'organisation collective », de celles qui, au contraire, reposant sur un interventionnisme *microjuridique*, apparaissant comme des « règles impératives de bon comportement individuel déconnectées de l'organisation collective »<sup>1385</sup>.

Une telle distinction a pu, d'ailleurs, être utilisée par la doctrine allemande, qui a différencié les cas dans lesquels les dispositions en cause apparaissent comme des règles de direction<sup>1386</sup>, imposant « des principes ordonnateurs de la vie économique et sociale d'un État »<sup>1387</sup>, et ceux où les règles ne portent que sur « les relations internes des contractants ou sur l'équilibre des droits et obligations respectives de ceux-ci »<sup>1388</sup>.

En pratique, une telle conception étroite de l'intérêt étatique devrait conduire à effectuer une recherche préalable du *plan* sur lequel il convient de se situer pour apprécier l'objectif poursuivi par la disposition concernée, et conduirait à n'admettre la qualité de lois de police que des seules dispositions intervenant au plan de la société étatique envisagée de manière globale. Cet objectif macroéconomique, non nécessairement exclusif de tout autre d'ordre individuel, susceptible d'être également intervenu pour justifier la consécration de la disposition étatique concernée en loi de police, devrait néanmoins être pris en compte comme élément de *référence* pour asseoir la qualification de loi de police<sup>1389</sup> et être poursuivi de manière *autonome* par la règle concernée.

**339.** Mis en œuvre à l'égard de dispositions protectrices d'une partie faible, un tel critère d'identification des lois de police devrait dès lors imposer de découvrir l'existence réelle d'un objectif qui serait autre chose que celui de la protection de l'une des parties au contrat<sup>1390</sup> et

---

<sup>1383</sup> J. Hauser et J.-J. Lemouland, Rép. dr. civ. Dalloz, V° *Ordre public et bonnes mœurs*, n° 28.

<sup>1384</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 114.

<sup>1385</sup> *Ibid.*

<sup>1386</sup> J. D. Gonzales Campos, *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, RCADI 2002, t. 287, p. 9 et s., p. 373 et s., qui distingue, sur ce fondement, les lois de police prévues à l'art. 7 de la convention de Rome et les règles visées par les art. 5 et 6 de la convention.

<sup>1387</sup> J. D. Gonzales Campos, *cours préc.*, n° 274.

<sup>1388</sup> *Ibid.*

<sup>1389</sup> V. en ce sens, B. Rémy, *thèse préc.*, n° 532.

<sup>1390</sup> V. dans le même sens, B. Rémy, *thèse préc.*, n° 530.

éviterait les dérives précédemment décrites, consistant à déduire automatiquement la mise en cause d'un intérêt général à travers les dispositions rattachées à un ordre public de protection.

Il en est ainsi dès lors que cet objectif de protection, bien que consacrant une prise en charge étatique de la situation particulière d'un groupe de personnes, ne peut être considéré, en lui-même, comme mettant en cause un intérêt étatique *stricto sensu*. Éventuellement porté à un niveau « collectif »<sup>1391</sup>, il ne vise pas en lui-même un *objectif sociétal*, mais touche, au mieux, les intérêts « catégoriels »<sup>1392</sup> d'un ensemble de personnes appartenant à un corps social déterminé dans la société étatique<sup>1393</sup>, ce qui semble, en tant que tel, insuffisant pour justifier la qualification de loi de police<sup>1394</sup>. Cette dimension *générale* des intérêts et la « prédominance des intérêts communs sur les intérêts particuliers »<sup>1395</sup> pris en compte à travers les lois de police ressort d'ailleurs des explications données par Francescakis lui-même, dès lors qu'il réservait cette qualification aux hypothèses où « il n'y va pas seulement des intérêts particuliers, mais bien de l'ensemble de ces intérêts particuliers quand ils sont pris en charge par l'organisation étatique »<sup>1396</sup>.

La reconnaissance du caractère de police d'une disposition consacrée dans une matière relevant en principe de l'ordre public de protection impliquerait dès lors de s'interroger sur la question de savoir si l'objectif poursuivi par la norme se comprend au seul niveau des parties faibles dont la protection est recherchée, ou si l'application de la règle vise aussi « un effet “macro-juridique” en toute circonstance indispensable à la collectivité qui s'en est dotée »<sup>1397</sup> et a vocation à être appliquée, pour cette raison, à « toutes les relations dont l'agrégation constitue la réalité que son auteur souhaite modifier »<sup>1398</sup>.

---

<sup>1391</sup> P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., n° 16, p. 291, qui fait référence aux dispositions dont l'observation « importe non seulement aux particuliers qu'elles visent directement, mais à une collectivité plus large ; si les intérêts de cette collectivité ne sont pas intégralement pris en compte par la norme de conflit de lois ».

<sup>1392</sup> P. Deumier, « Application de la convention de Rome et impérativité en droit international privé », *RDC* 2007, p. 879.

<sup>1393</sup> V. considérant que la définition de Ph. Francescakis fait référence aux intérêts « collectifs », par opposition aux lois de protection individuelle, et considérant qu'une préoccupation d'intérêts collectifs est « fréquemment sous-jacente [...] aux lois de protection individuelle », ce qui suffirait, selon l'auteur, à reconnaître leur caractère de lois de police, P. Mayer, *art. préc.*, n° 17, p. 292.

<sup>1394</sup> V. en ce sens, P. Deumier, *art. préc.*, p. 879.

<sup>1395</sup> N. Nord, *thèse préc.*, n° 58, p. 31.

<sup>1396</sup> Ph. Francescakis, *art. préc.*, p. 13.

<sup>1397</sup> L. d'Avout, note sous CJCE, 17 octobre 2014, Aff. C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (UNAMAR) NV v. Navigation Maritime Bulgare*, *Daloz* 2014, p. 60 et s., n° 5.

<sup>1398</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 366.

**340.** Une telle approche restrictive et publicisée des lois de police semble aujourd'hui pouvoir se revendiquer du *recentrage* de la notion autour de l'ordre public de direction, qui semble consacré au niveau européen. À côté du considérant n° 37 du règlement Rome I, faisant référence aux intérêts *publics* et au caractère exceptionnel du mécanisme<sup>1399</sup>, son article 9 semble, dans la lignée de la jurisprudence *Arblade*<sup>1400</sup>, reprendre de manière étroite la définition originelle qui en avait été donnée par Francescakis<sup>1401</sup>. Il définit la notion de loi de police comme « 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 »<sup>1402</sup>. Or, dans ce cadre, la référence désormais faite aux *intérêts publics* apparaît difficilement compatible avec la reconnaissance du caractère de lois de police protectrices, fondées sur la poursuite d'un objectif exclusif de protection d'une catégorie déterminée de parties faibles<sup>1403</sup>.

Marquant une différence entre les lois de police protectrices prises en compte dans le cadre des contrats mettant en cause des parties faibles<sup>1404</sup> et les lois de police susceptibles d'intervenir de manière autonome dans le cadre de l'article 9<sup>1405</sup>, il limiterait ainsi l'intervention des premières aux hypothèses entrant dans le champ d'application des règles spécifiques édictées, en empêchant, au contraire, leur intervention en dehors.

Une telle conception restrictive et publiciste de la notion d'intérêts étatiques devrait, en outre, être complétée par une prise en compte de l'immédiateté avec laquelle ils sont mis en cause à travers la disposition concernée.

---

<sup>1399</sup> Il prévoit, en effet, que « 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 ».

<sup>1400</sup> CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade, préc.*, et, depuis, CJCE, 19 juin 2008, Aff. C-319/06, *Commission c. Luxembourg*, Dalloz 2008, p. 3038, obs. F. Muller et M. Schmitt ; RTD eur. 2009, p. 511, chron. A.-L. Sibony et A. Defossez ; Clunet 2009, p. 665, obs. S. Francq.

<sup>1401</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », Dalloz 2008, p. 2165 et s., p. 2167 ; « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., spéc., p. 93.

<sup>1402</sup> Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », RCDIP 1966, p. 1 et s.

<sup>1403</sup> V. en ce sens, considérant que la référence aux lois de police devient dans ce cadre « presque une peau de chagrin, de nature à remettre en cause les pratiques nationales préexistantes, qui se servent de l'échappatoire des lois de police pour la protection catégorielle des intérêts privés particuliers d'une partie jugée faible », L. d'Avout, « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », Dalloz 2008, p. 2167.

<sup>1404</sup> V. art. 6, 7 et 8.

<sup>1405</sup> V. cependant, déclarant qu'« il n'était nullement dans l'intention du législateur communautaire de restreindre l'application de ces règles, mais plutôt de clarifier un concept qui reste obscur même pour de nombreux juristes », C. Hahn, « 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, p. 187 et s., spéc., p. 194.

## b) Implication directe des intérêts étatiques

**341.** Au-delà de la poursuite d'un intérêt étatique entendu strictement, c'est encore le caractère déterminant de cet objectif sociétal dans l'élaboration et la mise en œuvre de la disposition en cause qui semble devoir s'imposer pour autoriser sa qualification en loi de police. La nécessité d'assurer sa réalisation devrait apparaître, en effet, comme l'objectif poursuivi, sinon à titre *exclusif*, du moins à titre *principal et prépondérant*, par cette norme. Il en va du caractère fondamental de cette règle et, partant, de la légitimité de la reconnaissance de son impérativité internationale et de son application immédiate et dérogoire.

À cet égard, B. Rémy a pu mettre en évidence la différence qui existerait entre les lois de police et les autres règles étatiques. Alors que toutes assureraient l'organisation politique, économique et sociale de l'ordre juridique dont elles émanent, les lois de police auraient pour *fonction* d'assurer cette organisation sociale et non pas simplement comme *conséquence* de conduire à cette organisation<sup>1406</sup>. Les règles étatiques, bien qu'organisatrices de la société, seraient élaborées pour réglementer des comportements individuels sans considération du type d'organisation sociale qu'elles vont engendrer, alors que cette considération constituerait en revanche l'objet et le fondement même des lois de police. Celles-ci seraient établies directement « en vue d'obtenir une organisation sociale préconçue dans l'esprit de leur auteur »<sup>1407</sup>. Cette nuance qui permettrait, selon l'auteur, de contourner les critiques opposées au caractère trop large de la référence faite à « l'organisation politique, économique et sociale de l'État » par Francescakis<sup>1408</sup>, éviterait également les dérives précédemment décrites d'une qualification abusive de lois de police. Elle permettrait de faire dépendre la consécration de lois de police à la condition que les dispositions en cause participent bien de manière *plus intense* que les autres dispositions à l'organisation sociale.

Le rattachement de la *fonction sociale* de la disposition concernée à l'organisation étatique apparaîtrait alors comme une condition *nécessaire* à sa qualification en loi de police, et devrait induire qu'elle vise directement à « régler tel ou tel aspect du fonctionnement de l'appareil de l'État »<sup>1409</sup>. Cette condition serait centrale parce qu'il en dépend l'implication effective de l'État dans le rapport de droit, qui ne peut être déduite du simple fait que celui-ci prend en charge certains intérêts privés<sup>1410</sup>. Lorsque la disposition concernée n'aurait, en revanche, que des *conséquences* sur l'organisation étatique mais poursuivrait un but principal

<sup>1406</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 360.

<sup>1407</sup> *Ibid.*

<sup>1408</sup> V. not. V. Heuzé, *thèse préc.*, n° 361, p. 174, n° 364, p. 174-175.

<sup>1409</sup> G. Lyon-Caen, *Les relations de travail internationales*, éd. Liaisons, 1991, p. 60.

<sup>1410</sup> V. en ce sens, H. Batiffol, débats suite à la communication de P. Lalive, « Le droit public étranger et le droit international privé », TCFDIP 1973-1975, p. 215.

de régulation des rapports individuels, alors cette *fonction* ferait défaut et devrait empêcher une telle qualification.

**342.** Un tel critère de distinction entre le but principal et le but secondaire poursuivi par la norme considérée a été utilisé en particulier par la doctrine allemande, pour distinguer les dispositions mises en cause à travers l'article 7 et celles visées par les articles 5 et 6 de la convention de Rome.

Monsieur Mankowski<sup>1411</sup>, refusant de reconnaître la possibilité d'appliquer les lois de police protectrices du consommateur par le biais de l'article 7, considère que l'effet régulateur des dispositions applicables en droit de la concurrence par exemple, et l'effet macroéconomique qu'elles produisent, doivent constituer un aspect prioritaire de l'objectif qu'elles poursuivent. Seules devraient ainsi être qualifiées de lois de police « les lois qui font prévaloir principalement les intérêts étatiques »<sup>1412</sup>, parce que ce caractère prépondérant de l'objectif macroéconomique poursuivi apparaît également nécessaire pour lever « la règle de doute » qui s'impose en la matière<sup>1413</sup> et laisser apparaître « clairement et de manière indubitable que celles-ci exigent d'être appliquées à certaines situations internationales, nonobstant le jeu des règles générales de conflit de lois »<sup>1414</sup>.

**343.** Cette analyse du contenu de la norme considérée devrait induire, en pratique, de rechercher si la poursuite d'un objectif sociétal a été déterminante dans l'esprit de son auteur ou s'il n'apparaît que comme une conséquence indirecte de sa mise en œuvre. À cet égard, la diversité des différents intérêts susceptibles d'être mis en cause à travers la règle édictée devrait imposer au juge saisi de procéder à leur mise en balance pour déduire celui qui apparaît *prépondérant* dans sa mise en œuvre. Une telle analyse devrait par exemple pousser le juge, face à une disposition applicable en matière de droit de la consommation, à déterminer si celle-ci a été élaborée en vue de favoriser la consommation ou si elle n'a été élaborée qu'en considération de la position de faiblesse dans laquelle se trouve le consommateur par rapport à son cocontractant et n'induit qu'indirectement des conséquences au niveau de la société comprise comme un tout.

La mise en cause systématique des intérêts étatiques dans le cadre de l'application des dispositions protectrices, invoquée par certains auteurs pour asseoir leur qualification en lois

---

<sup>1411</sup> P. Mankowski, « Keine Sonderanknüpfung deutschen Verbraucherschutzrechts über Art. 34 EGBGB », DZWIR 1996, p. 273, spéc., p. 276, cité par N. Cosquer-Héraud, *thèse préc.*, p. 392.

<sup>1412</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, p. 158.

<sup>1413</sup> V. en ce sens, L. d'Avout et D. Bureau, note sous Cass. Com., 13 juillet 2010, JCP G 2010, p. 972.

<sup>1414</sup> En ce sens, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 111-112.

de police<sup>1415</sup>, même s'il pouvait apparaître comme un intérêt étatique *stricto sensu*, constituerait une justification *insuffisante*, dès lors qu'il resterait encore à démontrer la *prévalence* de l'objectif visant à assurer le respect de ces intérêts. Sans exclure *a priori* de cette catégorie toute disposition protectrice, la mise en œuvre du critère ferait obstacle à l'utilisation de l'argument précédemment évoqué, tiré systématiquement « de l'imbrication de la protection et de la direction, du “macro” et du “micro”, pour accepter de voir surgir des lois de police à peu près partout dans les secteurs de la législation contemporaine »<sup>1416</sup>, et permettrait de restreindre opportunément la catégorie aux seules dispositions protectrices mettant en cause de manière médiate l'intérêt étatique *stricto sensu*.

En l'absence de mise en œuvre d'un tel critère, en tout cas, il conviendrait à notre avis d'admettre l'absence de caractère réellement problématique de l'atteinte portée à l'impérativité par le libéralisme consacré dans les conflits de juridictions, pour les lois de police n'entrant pas dans cette redéfinition restrictive.

Compte tenu de la difficulté que pourra présenter une telle prise en compte du contenu des dispositions, il paraît nécessaire de dégager certains indices susceptibles de faciliter la détermination des dispositions pouvant relever de la catégorie des « vraies » lois de police.

## 2-Indices complémentaires d'identification

**344.** En l'absence de « critère tranchant, de vocation exclusive, qui permette de révéler à coup sûr la nature de la loi »<sup>1417</sup>, la détermination d'éléments sur lesquels le juge chargé de mettre en œuvre le mécanisme des lois de police pourra s'appuyer présente une utilité. Insusceptibles d'apporter une réponse absolument fiable et automatique quant à la mise en cause d'un objectif sociétal, ils apparaissent néanmoins comme des éléments objectifs dont la prise en compte pourrait orienter le juge quant à la qualification à retenir. Il en est ainsi de certains traits caractéristiques que semblent en principe devoir présenter les vraies lois de police (a), et de certains éléments extérieurs qui devraient généralement entourer son élaboration ou sa mise en œuvre (b).

---

<sup>1415</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 324 et s.

<sup>1416</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 114.

<sup>1417</sup> En ce sens, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 113.



### a) Éléments portant directement sur la norme considérée

**345.** La nature des dispositions concernées, sans apparaître comme un élément de référence absolu et sans nécessairement pouvoir être clairement identifié, pourrait constituer un indice exploitable pour apprécier le caractère de vraie loi de police d'une disposition. Alors qu'elles sont traditionnellement considérées comme rattachées « au phénomène de publicisation du droit privé »<sup>1418</sup>, les lois de police, telles qu'elles ont été originellement identifiées, semblent par principe se caractériser par l'empreinte qu'elles subissent du droit public<sup>1419</sup>, qui les différencierait des autres dispositions étatiques de pur droit privé.

À cet égard, Monsieur Coursier a pu d'ailleurs, sur ce fondement, distinguer les vraies lois de police protectrices et celles qui se trouveraient « hors du champ contractuel »<sup>1420</sup>. Il considère que la qualification de loi de police devrait être réservée aux dispositions qui présenteraient un caractère de droit public « marqué »<sup>1421</sup>, et qui seraient, pour cette raison, des « règles qui expriment avec force la souveraineté de l'État qui entend ainsi assurer son organisation et sa protection »<sup>1422</sup>. De même, Monsieur Kinsch distingue les *lois de police contractuelles*, qui relèveraient selon lui nécessairement du droit privé et qui seraient les règles qui ont pour objet d'imposer un certain contenu au rapport contractuel, et les règles de conduite, relevant en général du droit public, qui viseraient à régler un comportement susceptible d'être d'origine contractuelle<sup>1423</sup>.

Sans pouvoir reposer sur une nette assimilation des vraies lois de police à des dispositions présentant une nature publique, la prise en compte d'une implication du droit public et ainsi, du caractère *hybride* des dispositions concernées, révélatrice d'une mise en cause directe de l'État à travers son application, pourrait ainsi éventuellement fonder une distinction entre les vraies et les fausses lois de police. De manière générale, le constat qu'à travers la disposition concernée, l'on se trouverait « juste en deçà du seuil d'impérativité traditionnellement conféré aux règles de droit public empreinte de l'idée de puissance

---

<sup>1418</sup> B. Audit, *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois)*, préc., RCADI 1984, Vol. 186, p. 252-255.

<sup>1419</sup> V. en ce sens, considérant que les termes de lois de police pouvaient être retenus en tant que coextensifs de « droit public », Ph. Francescakis, *Annuaire de l'IDI*, préc., p. 196. Il semblerait même, d'ailleurs, que cette intégration du droit public dans les dispositions concernées ait été, dans la pensée de Ph. Francescakis, une raison d'être de la catégorie des lois de police. V. sur ce point, N. Nord, *thèse préc.*, n° 57, p. 29. Cette position a été reprise par différents auteurs. V. not. G. Sperduti, « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », RCDIP 1977, p. 257, spéc., p. 263-264 ; « Droit international privé et droit international public étranger », *Clunet* 1977, p. 5 et s., spéc., p. 9-11 ; P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, préf., J.-M. Bischoff, Paris, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 240, 1994.

<sup>1420</sup> Ph. Coursier, *thèse préc.*, p. 210.

<sup>1421</sup> Ph. Coursier, *thèse préc.*, p. 204.

<sup>1422</sup> Ph. Coursier, *thèse préc.*, p. 210.

<sup>1423</sup> P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, préf., J.-M. Bischoff, Paris, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 240, 1994, n° 302. V. également, sur cette différence de nature entre les deux types de lois de police, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 561-1, p. 660 et s.

souveraine »<sup>1424</sup>, mais en dehors d'une implication du seul droit privé, pourrait conduire le juge saisi à reconnaître sa qualification en vraie loi de police. Un tel critère, utilisé par certains auteurs pour distinguer les dispositions visées par l'article 7 de la convention de Rome et celles protectrices des parties faibles<sup>1425</sup>, semblerait voir son opportunité confirmée par la référence « publiciste » qui est faite dans l'article 9 du règlement Rome I<sup>1426</sup>.

**346.** D'un autre côté, compte tenu de la dépendance existant entre l'objectif poursuivi par une loi de police et son champ d'application spatiale, le « dispositif explicite d'applicabilité »<sup>1427</sup> de nature territoriale qui pourrait être contenu dans une disposition pourrait également servir d'indice dans ce cadre. Il en est ainsi dès lors qu'« en concrétisant l'espace ainsi embrassé, on devrait percevoir la réalité en fonction de laquelle a été déterminé l'objectif qu'est supposé servir la disposition en question »<sup>1428</sup>. À cet égard, il a pu être relevé qu'« à la différence des lois qui tendent à protéger des intérêts particuliers, celles de police administrative répondent le plus souvent à un facteur de localisation strictement territorial »<sup>1429</sup>. La poursuite d'un objectif sociétal devrait en effet, en principe, induire le recours à un rattachement visant à assurer l'application des dispositions concernées à toutes les situations affectant le territoire national<sup>1430</sup>, même si l'essentiel des faits se réalisait à l'étranger<sup>1431</sup>.

L'existence d'une précision législative venant expressément limiter l'application de la règle aux seules situations qu'elle entend régir devrait également constituer un élément d'identification fondamental. Alors que les lois de police protectrices, « où prédomine la considération d'intérêts privés non liés par nature à un environnement économique ou social particulier »<sup>1432</sup>, peuvent en principe régir également l'ensemble de l'activité visée<sup>1433</sup>, les vraies lois de police devraient le plus souvent en principe refuser de s'appliquer en dehors de leur domaine d'application<sup>1434</sup> et revêtir un caractère « autolimité »<sup>1435</sup>. Leur « champ

---

<sup>1424</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 114.

<sup>1425</sup> V. sur ce point, en particulier, N. Cosquer-Héraut, *thèse préc.*, n° 405 et s., p. 388 et s.

<sup>1426</sup> V. en ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 561-1, p. 661.

<sup>1427</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 116.

<sup>1428</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 538.

<sup>1429</sup> A. Nuyts, *art. préc.*, n° 12.

<sup>1430</sup> V. en ce sens, not. Ph. Coursier, *thèse préc.*, p. 205.

<sup>1431</sup> A. Nuyts, *art. préc.*, n° 12, qui cite à cet égard l'arrêt de la Cour de justice du 27 septembre 1988, *Ahlstrom Osakeyhtio* (affaire *Pâte de bois*), Aff. jointes 89, 104, 114, 116, 117 et 125 à 129/85, Rec., p. I-5193, dans lequel celle-ci a déclaré que « la compétence de la Communauté pour appliquer ses règles de concurrence... est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public » (point 18), et V. sur l'application du droit de la concurrence européen, B. Rémy, *thèse préc.*, n° 528.

<sup>1432</sup> P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, n° 70, p. 341.

<sup>1433</sup> V. sur ce point, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 561-1, p. 661 ; A. Nuyts, *art. préc.*, n° 23 et s. ; P. Mayer, *art. préc.*, n° 70, p. 341.

<sup>1434</sup> V. en ce sens, P. Mayer, *art. préc.*, n° 70, p. 341 ; A. Nuyts, *art. préc.*, n° 23 et s.

d'application territorial constitue[rait] à la fois un minimum et un maximum »<sup>1436</sup>. Il en est ainsi parce que la poursuite d'un objectif sociétal, exclusive de tout intérêt privé ou complémentaire, du fait du caractère purement collectif et national de l'intérêt visé, devrait en principe conduire à ne justifier l'application de la règle considérée que pour les hypothèses qui entrent expressément dans son champ d'application spatiale et matérielle<sup>1437</sup>.

À cela pourrait enfin également s'ajouter une constatation du caractère d'application *immédiate* et indépendante du contenu du droit désigné par les règles de conflit de lois habituelles, de la loi de police concernée, dès lors qu'elle semble caractéristique de la mise en cause de l'ordre public de direction et en principe incompatible avec le caractère relatif de l'ordre public de protection<sup>1438</sup>.

**347.** D'autres indices, enfin, pourraient éventuellement être tirés de la formulation de la disposition considérée, parce qu'elle pourrait renseigner sur les considérations ayant présidé à son élaboration<sup>1439</sup>. L'emploi de termes généraux pour désigner les destinataires de la norme, telle qu'une référence à la société étatique dans son ensemble ou à des personnes qui seraient désignées sous l'angle de la fonction sociale qu'elles occupent dans cette société, serait susceptible d'apparaître comme un indice du caractère sociétal de l'objectif poursuivi.

À cet égard, Monsieur Rémy relève, par exemple, que l'emploi d'un terme tel que *consommateur* ou *employeur* pourrait signifier que l'individu n'est pas perçu en tant que tel mais en tant que composante de la société, et révéler l'existence d'un tel objectif<sup>1440</sup>. De manière éventuellement plus significative, la définition retenue des termes employés, selon, par exemple, que le consommateur serait défini non comme étant celui qui n'a pas la compétence suffisante pour apprécier la portée de son engagement mais sous l'angle de son activité professionnelle, pourrait révéler l'angle de vue adopté par le législateur quant à l'objectif poursuivi<sup>1441</sup>.

Dans tous les cas, néanmoins, la limite quant à l'utilisation de tels indices résidera dans ce que, bien souvent, le juge se trouvera, en l'absence de toute précision législative particulière, libre de toute qualification. D'autres indices, susceptibles d'apparaître à l'aide

---

<sup>1435</sup> V. sur cette notion, De Nova, « Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application », in *Mélanges J. Maury*, 1960, I, p. 377 s.

<sup>1436</sup> A. Nuyts, *art. préc.*, n° 12.

<sup>1437</sup> V. en ce sens, P. Mayer, *art. préc.*, n° 71, p. 342-343.

<sup>1438</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 313 et s.

<sup>1439</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 537.

<sup>1440</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 361.

<sup>1441</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 366 et 537.

d'une analyse plus globale des circonstances de sa mise en œuvre ou de cette élaboration, pourraient également être utilisés.

## b) Éléments extérieurs à la règle

**348.** En dehors des éléments figurant au sein de la règle en elle-même, des indices susceptibles d'être pris en compte par le juge saisi pour déceler l'existence d'un objectif sociétal pourraient éventuellement être dégagés grâce à une analyse des circonstances entourant en amont et en aval sa mise en œuvre.

La constatation de l'existence d'un objectif sociétal semblerait pouvoir reposer sur une recherche de la volonté ayant présidé à l'édiction de la norme considérée<sup>1442</sup> et de la réalité à laquelle le législateur a voulu apporter une modification<sup>1443</sup>. Dans ce cadre, le juge devrait alors éventuellement s'appuyer sur les éléments matériels tels que des travaux préparatoires et des circulaires relatives à cette disposition, d'autres lois existant dans ce même domaine, ou encore sur les réponses ministérielles liées à la disposition concernée<sup>1444</sup>. Il pourrait, d'autre part, également prendre en compte les décisions de justice et les solutions précédemment dégagées par les organes de l'ordre juridique auquel il appartient<sup>1445</sup>. Quant à la prise en compte des circonstances ayant entouré l'édiction de la disposition, « une bonne connaissance des débats politiques au sein de l'ordre juridique considéré se présente comme un point de départ particulièrement judicieux de toute entreprise visant à déterminer un objectif sociétal »<sup>1446</sup>.

**349.** Un autre élément, assez souvent évoqué pour fonder l'existence d'une loi de police, tient à l'intervention d'un service public<sup>1447</sup> ou d'une autorité spécialisée pour le traitement du type de rapport envisagé<sup>1448</sup>. C'est ainsi que A. Nuyts a pu relever que la « territorialité matérielle » qui semble pouvoir caractériser les vraies lois de police devrait fréquemment se doubler d'une territorialité formelle ou judiciaire ayant pour effet de réserver l'application de la norme à la compétence des autorités de l'État au nom duquel elle a été adoptée<sup>1449</sup>. Le caractère de vraie loi de police pourrait dès lors être déduit de l'intervention nécessaire

---

<sup>1442</sup> V. not. en ce sens, B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 53 §12.

<sup>1443</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 536.

<sup>1444</sup> V. incitant le juge à prendre en compte ces éléments, P. Mayer, *Rép. dr. int.*, V° *Lois de police*, n° 15.

<sup>1445</sup> V. mettant cependant en avant que ces décisions devraient seulement être prises en compte pour information parce qu'elles seraient susceptibles d'être trompeuses et injustifiées, B. Rémy, *thèse préc.*, n° 486.

<sup>1446</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 538.

<sup>1447</sup> Cette intervention, comme nous l'avons vu, conduit en principe à fonder corrélativement la compétence exclusive corrélée des juridictions du même ordre juridique, et appelle souvent l'adoption d'une approche sous l'angle des conflits d'autorités. V. sur ce point, *supra*, n° 239 et s.

<sup>1448</sup> V. not. y faisant référence, P. Lerebours-Pigeonnière, *Droit international privé*, Dalloz 4<sup>e</sup> éd., 1946, n° 217, p. 256-257 ; Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Dalloz 8<sup>e</sup> éd., 2004, n° 131, p. 146. L'intervention d'une autorité judiciaire spécialisée est également parfois mentionnée dans certains arrêts. V. not. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 juin 2004, RCDIP 2004, p. 750-755, note D. Bureau, concernant les dispositions relatives à l'indemnisation des victimes d'infraction par les commissions d'indemnisation des victimes d'infraction.

<sup>1449</sup> A. Nuyts, *art. préc.*, n° 19.

d'autorités publiques, d'organes publics ou de représentants de l'État dotés de pouvoir administratifs pour assurer sa mise en œuvre. La découverte d'un objectif sociétal reposerait dès lors sur l'idée que si l'État s'implique organiquement, dans la relation privée, ceci signifierait qu'il doit être également impliqué conceptuellement<sup>1450</sup>.

Un tel critère, néanmoins, ne devrait être pris que comme un « indice », dès lors qu'il apparaît à la fois beaucoup trop restrictif<sup>1451</sup> et parfois inopérant. Monsieur Lequette relève à cet égard que « l'intervention de l'administration ne saurait imprimer la marque du droit public à toutes les règles ou situations qu'elle touche lorsque celles-ci ont pour objet les relations entre particuliers. Cela est évident dans les cas où l'administration édicte des dispositions générales traitant des rapports entre particuliers »<sup>1452</sup>.

Dans le même ordre d'idée, l'existence d'une règle de sanction administrative ou pénale dont serait assortie la norme considérée<sup>1453</sup> pourrait également constituer un indice en faveur de la qualification d'une disposition en vraie loi de police<sup>1454</sup>. Cette sanction pourrait être considérée comme « renforçant l'impérativité de la règle et la mettant possiblement dans l'orbite des intérêts publics les plus essentiels de l'État »<sup>1455</sup>. Un tel critère, néanmoins difficile à utiliser, n'apparaîtra pas nécessairement révélateur de la mise en cause d'intérêts collectifs<sup>1456</sup> et réellement cruciaux pour l'État concerné<sup>1457</sup>.

**350.** Enfin, plus révélatrice mais également délicate à mettre en œuvre, l'analyse du juge pourrait porter sur les conséquences induites par l'application de la disposition. Le raisonnement devrait prendre alors la forme d'un « test de qualification »<sup>1458</sup>, consistant à « renverser le rapport de cause à effet et créer ainsi un test de causalité hypothétique »<sup>1459</sup>. Le juge, partant de l'hypothèse où la loi de police concernée ne serait pas appliquée, se livrerait à une analyse des conséquences qui découleraient de son inapplication au cas concret<sup>1460</sup> pour

---

<sup>1450</sup> V. sur cette idée, B. Rémy, *thèse préc.*, n° 507.

<sup>1451</sup> V. considérant que le critère de l'implication de l'organisation étatique ne devrait pas être absolument lié à l'intervention d'un service public, Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », RCDIP 1966, p. 1 et s., p. 13, note 2, et Rép. dr. int. Dalloz, n° 126. V. cependant, *contra*, P. Lerebours-Pigeonnière, Y. Loussouarn, *ouvrage préc.*, n° 320, p. 403.

<sup>1452</sup> Y. Lequette, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Dalloz 1976, n° 188, p. 147.

<sup>1453</sup> V. par. ex., art. L. 442-6 C. com. Son III.

<sup>1454</sup> V. avançant que l'existence d'une sanction pénale « atteste que le respect de cette disposition est jugé crucial pour la sauvegarde des intérêts publics et en tout cas de l'intérêt public économique », CA Paris, 25 octobre 2011, *préc.*, qui a consacré le caractère de loi de police de l'art. L. 330-3 du Code de commerce, lequel apparaît pourtant en l'espèce contestable. V. également, en ce sens, M. Audit, S. Bollée et P. Callé, *ouvrage préc.*, n° 526, p. 397.

<sup>1455</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 116, et dans le même sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 911, p. 425.

<sup>1456</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 116.

<sup>1457</sup> V. en ce sens, J.-B. Racine, note sous CA Paris, 25 octobre 2011, RC 2012 n° 2, p. 563 et s., qui relève qu'il serait inopportun d'en déduire la mise en cause d'un intérêt « crucial » pour l'État.

<sup>1458</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 117.

<sup>1459</sup> *Ibid.*

<sup>1460</sup> V. sur la mise en œuvre d'un tel test, *ibid.*

évaluer le plan sur lequel ceux-ci se répercuteraient. C'est alors si son absence d'application conduit effectivement à « déstabiliser les intérêts poursuivis par l'État »<sup>1461</sup> que sa qualification en vraie loi de police apparaîtrait justifiée.

**351.** Insusceptible, dans tous les cas, de reposer sur des critères fixes et précisément établis, la découverte d'un objectif sociétal à travers la disposition concernée ne pourra reposer que sur la prise en compte d'un *faisceau d'indices*<sup>1462</sup> et une mise en rapport de la définition abstraite des vraies lois de police avec les circonstances concrètes de leur application<sup>1463</sup>. Sa mise en œuvre concrète, satisfaisante pour l'avenir, en ce qu'elle réduirait la tendance des tribunaux à consacrer toujours davantage de lois de police<sup>1464</sup>, permet, quant aux dispositions déjà érigées comme telles, d'identifier les hypothèses dans lesquelles le libéralisme consacré dans les conflits de juridictions n'est pas tenable.

## **B) Délimitation concrète des hypothèses problématiques**

**352.** Sans exclure la nécessité d'analyser *in concreto* et au cas par cas chaque disposition mise en cause, le droit positif autorise néanmoins l'adoption d'une approche globale, en considération de la *matière*, quant à la probabilité avec laquelle les dispositions applicables sont susceptibles de revêtir le caractère de vraies lois de police. À cet égard, certaines matières, parce qu'elles relèvent par nature de l'ordre public de direction, apparaissent comme des domaines où la réglementation impérative apparaîtra le plus souvent susceptible d'être rattachée à des hypothèses de vraies lois de police. Dans ces matières, la mise en œuvre des directives précédemment dégagées devrait dès lors conduire à *refuser* ponctuellement ce caractère à certaines dispositions qualifiées comme telles (1). Dans d'autres matières, au contraire, le rapport entre les considérations d'ordre public de direction et de protection semble inversé, et ce n'est que ponctuellement que le caractère de lois de police devrait pouvoir être *reconnu* aux dispositions impératives mises en cause (2). À l'égard de ces vraies lois de police, le caractère réellement problématique du système consacré dans les conflits de

---

<sup>1461</sup> *Ibid.*

<sup>1462</sup> V. mettant en application une telle évaluation grâce à un faisceau d'indices, bien que la solution finalement retenue puisse être critiquée, à propos de l'art. L. 330-3 du Code de la consommation, CA Paris, 25 octobre 2011, *préc.*

<sup>1463</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *préc.*, p. 117. À cet égard, B. Rémy considère que, dans tous les cas, il faudrait imposer au juge de « dégager l'objectif sociétal et la nature particulière de ce dernier », parce que, par cela, on lui imposerait « une démarche réflexive et une certaine distanciation par rapport à ses propres tendances », V. *thèse préc.*, n° 539.

<sup>1464</sup> V. également, sur l'importance de cette analyse concrète, qui reposerait sur la réalisation d'un « raisonnement *ad hoc* », et la tendance actuelle des tribunaux à qualifier les lois de police au regard d'une définition générale *a priori* des lois de police, B. Audit, « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges P. Mayer*, 2015, LGDJ, p. 25 et s., n° 19.

juridictions devra alors être reconnu chaque fois qu'il risque effectivement de conduire à une dilution de leur impérativité (3).



## 1- Identification des vraies lois de police dans les domaines rattachés à l'ordre public de direction

**353.** Alors que le caractère de vraies lois de police des dispositions applicables semble pouvoir être admis sans grande difficulté dans les matières touchant directement à la régulation économique (a), leur identification dans le domaine du droit de la concurrence suscite davantage de difficultés (b).

### a) Réglementations en matière de régulation économique

**354.** La réglementation applicable en matière de régulation économique, par laquelle l'État tend à maintenir ou à rétablir l'équilibre qu'il estime souhaitable de son système économique, apparaît traditionnellement considérée comme relevant de l'ordre public de direction, parce qu'elle met en cause les intérêts de l'État et sa politique économique et commerciale<sup>1465</sup>. Elle se préoccupe généralement davantage des effets globaux qu'un contrat est susceptible de provoquer au niveau de l'économie nationale que des rapports individuels et de l'équilibre entre les cocontractants, et poursuit, pour cette raison, des objectifs à un niveau macroéconomique. Corrélativement, les règles applicables dans ce domaine apparaissent généralement placées « à la lisière du droit public »<sup>1466</sup> et se caractérisent la plupart du temps à la fois par l'intervention d'autorités spécialisées et administratives et par la mise en œuvre de sanctions pénales. Sous cet angle, elles semblent dès lors, globalement, pouvoir être considérées comme de vraies lois de police et devoir bénéficier d'une impérativité préservée dans les conflits de juridictions.

**355.** À cet égard, le caractère de lois de police des mesures unilatérales d'embargo ou de *boycott*<sup>1467</sup> semble pouvoir être admis sans difficulté et n'appeler la mise en œuvre de l'analyse précédemment envisagée qu'à titre de *vérification*. Susceptibles d'affecter l'exécution de certains contrats<sup>1468</sup>, elles sont unanimement reconnues comme des figures-types de lois de police<sup>1469</sup>, à même d'intervenir pour écarter la loi du contrat en principe

---

<sup>1465</sup> J.-M. Jacquet, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Contrats*, n° 190.

<sup>1466</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 179, p. 163.

<sup>1467</sup> V. pour une analyse d'ensemble sur l'impérativité de ces mesures, notamment, A. Marchand, *L'embargo en droit du commerce international*, Thèse dactyl., Nancy 2, 2009.

<sup>1468</sup> V. sur ce point, not., H. Van Houtte, *Les effets des sanctions économiques sur les contrats transnationaux*, in *L'embargo*, *op. cit.*, p. 196-199 et 205-206.

<sup>1469</sup> P. Deumier, note sous Cass. Com., 16 mars 2010, RDC 2010, p. 1385, *préc.*

applicable et conduire à sa nullité<sup>1470</sup>. Or, en permettant à l'État qui l'édicte de « satisfaire des objectifs politiques d'ordre interne et de prendre position sur une question internationale qu'il juge essentielle »<sup>1471</sup>, de telles mesures, teintées de droit public<sup>1472</sup>, reflètent la poursuite d'une politique économique au plan international et reposent par principe sur la poursuite directe d'un objectif sociétal<sup>1473</sup>.

**356.** Il en est ainsi également des dispositions relatives au contrôle des investissements étrangers<sup>1474</sup>, ou au contrôle des changes dont le caractère internationalement impératif est unanimement admis<sup>1475</sup>. Instituant des contrôles ou des obligations de déclaration préalables venant conditionner la validité des transactions financières entre la France et l'étranger, elles apparaissent en effet rattachées à l'exercice de la souveraineté étatique<sup>1476</sup> et expriment une politique économique internationale. Elles interviennent dès lors sur le plan de la société comprise comme un tout et poursuivent un but d'intérêt général<sup>1477</sup>.

**357.** En matière de droit boursier et financier, où l'application du droit français s'impose à titre de lois de police pour toutes les opérations effectuées sur le marché français<sup>1478</sup> malgré le

---

<sup>1470</sup> V. en ce sens, T. d'arrondissement de La Haye, 17 septembre 1982, *Cie européenne des pétroles SA c/ Sensor Nederland BV*, RCDIP 1983, p. 473 ; Cass. com., 16 mars 2010, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères*, Dalloz 2010. 824 ; *ibid.* 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2010, p. 457, obs. P. Delebecque, Clunet 2011. 98, note A. Marchand, JCP G 2010, n° 530, p. 996 à 999, note D. Bureau et L. d'Avout ; DMF 2010, n° 714, note S. Sana-Chaillé de Néré et rapp. A. Potocki (extrait) ; RD transp. 2010. Comm. 131, note P. Delebecque ; RDC 2010, p. 1385, note P. Deumier, Clunet 2011, p. 2, note A. Marchand ; JCP E 2010, 1438, note D. Bureau et L. d'Avout.

<sup>1471</sup> R. Chemain, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Embargo*, n° 15.

<sup>1472</sup> V. en ce sens, not. M. Perilleux, *L'embargo et le droit des obligations*, in Cah. AEBDF, *L'embargo* : Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 181 ; P. Deumier, note sous Cass. Com. 16 mars 2010, RDC 2010, p. 1385, *préc.* ; A. Marchand, note sous Cass. Com., note 16 mars 2010, Clunet 2011, p. 2 et s.

<sup>1473</sup> Il en était ainsi, sous l'angle de la protection de la sécurité de la population nationale dans l'affaire *Viol Frères* précitée, où la mesure avait pour objectif d'éviter l'importation de viande bovine française en raison de la maladie dite « de la vache folle » sur son territoire, et apparaissait comme une mesure prise pour des raisons sanitaires.

<sup>1474</sup> V. les dispositions générales aujourd'hui insérées dans les art. L. 151-1 à L. 151-4 et celles relatives aux obligations de déclaration insérées des art. L. 152-1 à 152-6 du Code mon. et fin.

<sup>1475</sup> V. not. en ce sens, P. Mayer, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, RCDIP 1979, p. 349 et 537 ; L. Idot, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Concentrations*, n° 52 ; J.-P. Eck, Rép. dr. int., V° *Relations financières avec l'étranger*, n° 87. Et en jurisprudence, notamment, en matière de contrôle des changes, Cass. Com., 17 janvier 1972, arrêts *Club Méditerranée*, RCDIP 1972, p. 634, note J.-P. Eck ; Cass. Com., 9 mai 1983, JCP 1983. II. 20045, note J.-P. Eck ; RCDIP 1984, p. 460, note Gianviti ; Dalloz 1984, p. 204, note Gaillard, et en matière de reconnaissance d'une sentence portant atteinte aux dispositions relatives aux investissements étrangers, CA Paris, 5 avril 1990, Rev. arb., 1992, p. 110, note H. Synvet ; RCDIP 1991, p. 580, note C. Kessedjian.

<sup>1476</sup> V. en ce sens, not. P. Juillard, *L'évolution des sources du droit des investissements*, RCADI 1994, t. 250, p. 9-216, spéc., p. 39 et s.

<sup>1477</sup> V. à cet égard, l'art. L. 151-2 du Code mon. et fin., qui fait expressément référence à la poursuite d'un objectif d'« intérêt général » quant au contrôle opéré par le gouvernement et aux conditions qu'il peut imposer dans ce cadre.

<sup>1478</sup> V. Cass. Civ., 4 septembre 1940, S. 1946, 1, p. 69, note Plaisant ; CA Paris, 13 janvier 1998, *Sté Intek International c/ CMF*, Dalloz Affaires 1998. 704, obs. M. B., Bull. Joly Bourse 1998. 256, LPA, 18 janvier 1999, note A. Tenenbaum ; Rev. soc. 1998. 572, note P. Le Cannu, jugeant que « les dispositions d'ordre public économique de la loi du 2 juillet 1996 et le règlement général du Conseil des marchés financiers s'imposent à tout opérateur qui intervient sur un marché réglementé français ». Il devrait en être ainsi, également, des dispositions issues de la loi de régulation bancaire et financière du 22 octobre 2010 (loi n° 2010-1249, JO 23 octobre 2010, p. 18984), dans ses dispositions sanctionnant les abus de marché et les agissements qui perturbent l'économie nationale. V. en ce sens, C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, PUF, 2013, n° 87, p. 51.

fondement contractuel sur lequel peuvent reposer les opérations financières, une telle qualification des dispositions applicables en vraies lois de police devrait être admise pour la majorité d'entre elles. Il devrait en tout cas en être ainsi chaque fois qu'elles viseront directement à assurer la protection de l'intégrité du marché boursier national et non principalement les investisseurs et actionnaires sous l'angle de la transparence et de la loyauté des transactions<sup>1479</sup>. La réglementation applicable en la matière revêt par principe, hors de son aspect de « droit spécial de la consommation »<sup>1480</sup>, une nature politique et vise un objectif d'ordre macroéconomique. Elle se voit, en outre, assortie de sanctions pénales et implique l'intervention d'autorités administratives.

**358.** Le droit bancaire, traditionnellement considéré comme mettant en cause l'organisation étatique en raison du lien existant entre les activités bancaires et le milieu économique dans lequel elles s'insèrent, apparaît également comme un domaine d'intervention *massive* de lois de police<sup>1481</sup>. L'identification des vraies lois de police pourrait s'appuyer sur une distinction entre, d'une part, les dispositions intervenant dans le domaine de « la banque de détail »<sup>1482</sup>, qui visent à encadrer les rapports entre les banques et leur clientèle, et reposent souvent sur un rattachement personnel pour assurer la protection de la partie faible<sup>1483</sup> ; et, d'autre part, celles visant à réglementer la profession ou les opérations bancaires, qui relèvent de la loi de la banque. Ces dernières, parce qu'elles sont susceptibles de poursuivre principalement un objectif de politique économique nationale et de relever de l'ordre public économique et monétaire, pourraient dès lors revêtir le caractère de vraies lois de police.

Il devrait en être ainsi, des dispositions visant à réglementer et à contrôler l'activité des banques<sup>1484</sup>, qui font généralement intervenir des autorités administratives<sup>1485</sup> et s'imposent à

---

<sup>1479</sup> V. sur cet objectif poursuivi par la législation boursière, la directive 2002/65/CE, du 23 septembre 2002, concernant la commercialisation à distance de services financiers auprès des consommateurs. À cet égard, d'ailleurs, une différence de degré d'impérativité semble accordée aux lois de police françaises selon qu'elles visent à assurer réellement la protection de l'économie nationale ou principalement les actionnaires, à travers la prise en compte du contenu substantiel de la *lex societatis* qui est admise dans cette seconde hypothèse (V. sur ce mécanisme, not. A. Tenenbaum, « La compétence internationale des autorités de surveillance des marchés financiers en matière d'offre publique », RCDIP 2006, p. 557 ; X. Boucobza, *L'acquisition internationale de société*, LGDJ 1998, n° 555 à 563, p. 305 à 313, qui fait à cet égard référence à un « effet atténué des lois de police », et pour un exemple de mise en œuvre, CA Paris, 26 février 2002, Bull. Joly Bourse 2002, 457, note T. Granier).

<sup>1480</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1085, p. 956.

<sup>1481</sup> V., sur ce point, H. Synvet, « Les lois de police applicables aux opérations bancaires », Banque et Droit, 1993, HS, p. 15 à 18.

<sup>1482</sup> J. Stoufflet, J.-Cl. dr. int., Fasc.120 : *Banque et opérations de banque. Statut bancaire en droit international. Conflits de lois*, n° 71.

<sup>1483</sup> En matière de crédit, par exemple, les art. 312-1-1 et s. du Code mon. et fin. semblent viser prioritairement à assurer à la clientèle une protection en imposant aux banques une certaine façon de procéder et relèvent, pour cette raison, de l'ordre public de protection. Devraient également être exclus, notamment, les art. L. 311-1 à L. 312-36 du Code de la consommation résultant de la loi *Scrivener* du 10 janvier 1978.

<sup>1484</sup> V. à cet égard, art. 511-1 et s. du Code mon. et fin., relatifs aux conditions d'exploitation des établissements bancaires et subordonnant l'exercice de l'activité bancaire à l'octroi d'une autorisation administrative, ou encore la réglementation encadrant l'exercice de la profession, tels les art. 511-33 et 511-34 CMF relatifs au secret professionnel.

tous les établissements bancaires situés sur le territoire national ou encore des lois de police intervenant dans le cadre des relations contractuelles<sup>1486</sup>, qui touchent par exemple à la politique monétaire nationale. À cet égard, la législation sur l'usure<sup>1487</sup>, initialement rattachée à un objectif macroéconomique de protection du marché de la monnaie et du crédit<sup>1488</sup>, semble néanmoins, depuis la réforme opérée par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003, devoir être considérée comme une loi de police protectrice<sup>1489</sup>, dès lors qu'elle semble avoir pour objectif principal de protéger les emprunteurs « jugés particulièrement vulnérables »<sup>1490</sup>.

**359.** En matière de faillite internationale<sup>1491</sup>, enfin, où la loi de l'État ayant procédé à l'ouverture de la faillite est appliquée à titre général et apparaît dans sa globalité comme une loi de police<sup>1492</sup>, les considérations d'intérêt général qui interviennent, à côté des considérations « techniques »<sup>1493</sup> liées à l'aspect organisationnel ou procédural du droit de l'insolvabilité<sup>1494</sup>, pour justifier son application, conduisent à reconnaître son caractère de vraie loi de police. Il est généralement considéré, en effet, que l'application des lois de police locales est fondée sur un objectif d'ordre public économique et vise à éviter que la faillite d'une entreprise puisse entraîner des faillites en chaîne et des répercussions sur l'économie nationale. L'idée est ici que « la défaillance d'un opérateur constitue une pathologie concernant l'intérêt général à raison de ses effets macroéconomiques »<sup>1495</sup>.

---

<sup>1485</sup> Il existe, d'ailleurs, une responsabilité de la puissance publique pour défaut de surveillance des banques, V., CE, 13 juin 1964, Banque, 1965, p. 55 ; CE, 30 novembre 2001, LPA 2002, n° 28, p. 7 concl. A. Seban.

<sup>1486</sup> Le règlement Rome I, sans faire expressément référence aux opérations bancaires, devrait être applicable en ses dispositions générales pour les contrats bancaires, alors que la loi applicable à la responsabilité du banquier sera déterminée, dans le cadre européen, par application du règlement Rome II.

<sup>1487</sup> Loi française n° 66-1010 du 28 décembre 1966 relative à l'usure, aux prêts d'argent et à certaines opérations de démarchage et de publicité, modifiée par la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 et par la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 (art. L. 313-1 et s. du Code de la consommation).

<sup>1488</sup> V. déclarant que la prohibition des prêts usuraires relève de l'ordre public de direction et vise pour cette raison à protéger le système économique en général, CA Pau, 1<sup>er</sup> mars 2001, *Brousse c/ Banque Vasconia*, Dalloz 2002. Somm. 639, obs. Synvet ; Dalloz 2002. Somm. 2939, obs. Franc ; RJDA 2001, n° 10, p. 813 ; BRDA 2001, n° 15, p. 10, et sur le caractère impératif de ces dispositions et leur application, J.-P. Mattout, « L'application internationale de la législation sur l'usure » Rev. dr. Bancaire et bourse 1990, p. 100 et s.

<sup>1489</sup> Les art. L. 313-3 à L. 313-6 du Code de la consommation ne s'appliquent plus, désormais, « aux prêts accordés à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale ».

<sup>1490</sup> J. Stoufflet, « Incidences internationales de la réforme de l'usure par la loi du 1<sup>er</sup> août 2003 », RD bancaire et fin., 2004, p. 127. Et V., considérant que ceci devrait avoir une incidence sur l'utilisation des art. 5 ou 7 de la convention de Rome (aujourd'hui art. 6 et 9 du règlement Rome I), J.-Cl. dr. int., *préc.*, n° 174 et s.

<sup>1491</sup> Le droit applicable, en France, est aujourd'hui celui du droit commun et du règlement 1346/2000, du 29 mai 2000, JOUE L 30 juin 2000.

<sup>1492</sup> V. not. Req., 24 novembre 1857, *Castrique*, DP 1958.I.85 ; TGI Strasbourg, 7 février 1983, Rev. soc., 1984, p. 107, note Bismuth, et en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1098, p. 967 et s. ; C. Kessedjian, *Droit du commerce international*, n° 87, p. 51 ; Rolin, « Des conflits de lois en matière de faillite », RCADI, 1926, t. IV. 5, p. 34, cité par L. d'Avout, *préc.*, p. 46, qui déclare que « la loi de faillite, c'est tout simplement [...] une loi de police commerciale » ; L. d'Avout, « Sens et portée de la *lex fori concursus* », revue DeCita, 2009, p. 34 et s., *spéc.*, p. 46.

<sup>1493</sup> Sur lesquelles, v. L. d'Avout, « Sens et portée de la *lex fori concursus* », revue DeCita, 2009, p. 34 et s.

<sup>1494</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 44 ; B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1098, p. 967.

<sup>1495</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 46.

Une distinction semblera néanmoins devoir être faite selon qu'il s'agit de la question de l'insolvabilité professionnelle ou du surendettement des particuliers<sup>1496</sup>, dès lors que l'objectif prioritairement poursuivi semble dans ce cadre être celui de la protection de « l'emprunteur défaillant »<sup>1497</sup> et s'inscrire dans le cadre de la politique générale poursuivie en faveur de la protection de l'emprunteur contractant<sup>1498</sup>.

## b) Réglementation en matière de droit de la concurrence

**360.** Il est admis que la législation applicable en matière de droit de la concurrence<sup>1499</sup> est « essentiellement de type administratif »<sup>1500</sup>. Elle se trouverait en dehors du champ du conflit de lois, parce qu'elle s'éloignerait du droit privé et présenterait une nature répressive<sup>1501</sup>. Pour cette raison, elle est globalement considérée comme revêtant le caractère de loi de police<sup>1502</sup> et s'impose dans le cadre des litiges internationaux tranchés par les juridictions civiles et commerciales à l'encontre de la loi applicable au contrat<sup>1503</sup>. Il en est ainsi de la législation prohibant les pratiques anticoncurrentielles, telle que celle qui condamne les ententes ou sanctionne les abus de position dominante, de la législation relative au contrôle des concentrations, et de celle relative aux pratiques restrictives de la concurrence, qui figurent au Livre IV du Code de commerce<sup>1504</sup>. Les règles nationales applicables se voient, au-delà,

---

<sup>1496</sup> Les tribunaux français ont admis, en effet, dans cette hypothèse, une application impérative de l'article L. 333-3-1 du Code de la consommation dès lors que le créancier est français. V. en ce sens, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 juillet 2001, *Sté BHW Bausparkasse AG c/ Bernard*, Dalloz 2001, p. 2412, note Rondey ; RCDIP 2002, p. 507 ; RD bancaire et fin. 2001, p. 283-284.

<sup>1497</sup> La norme en effet vise prioritairement à assurer la protection de la personne surendettée, et notamment son « endettement exclusif » et son « exclusion ». Dès lors, la procédure instituée n'apparaît pas comme une réelle procédure collective. V. cependant, *contra*, N. Nord, *thèse préc.*, n° 61, qui relève que la violation d'une telle disposition causerait un trouble social et également l'intervention de la commission de surendettement (art. L. 331-1) pour appuyer la qualification de loi de police.

<sup>1498</sup> Sur cette solution, V. *supra*, les arrêts Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, *préc.*, et ceux qui l'ont confirmée.

<sup>1499</sup> Pour une vue d'ensemble sur cette question, notamment, L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », Clunet 1995, p. 321 et s. ; *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, thèse, Paris-II, 1981 ; B. Goldman, *Le champ d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI, 1969-III, t. 128, p. 719 et s.

<sup>1500</sup> L. Idot, « Le droit de la concurrence », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Pataut (dir), Dalloz 2004, p. 255 et spéc., p. 259.

<sup>1501</sup> V. en ce sens, M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *ouvrage préc.*, n° 320, p. 263.

<sup>1502</sup> V. en ce sens, not. mais la doctrine est unanime, J. Basedow, *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : domaine d'application des lois contre les restrictions de concurrence*, RCADI, 1997, t. 264 ; M. Audit, S. Bollée, P. Callé, *ouvrage préc.*, n° 319 et s., p. 261 et s.

<sup>1503</sup> La Cour de cassation considère en effet, selon une jurisprudence constante, que « sont nulles les conventions sous quelque forme que ce soit, ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence », V. Cass. Com. 18 février 1992, Dalloz 1992, note D. Ferrier, p. 395.

<sup>1504</sup> V. not. en ce sens, concernant les dispositions contenues dans l'art. L. 442-6 du Code de la consommation, CA Versailles, 14 octobre 2004, Dr. et patr., juin 2005, 116, obs. P. Mousseron. ; Cass. Com., 20 février 2007, Clunet 2007, p. 1211, note S. Hotte ; RTD civ. 2007, p. 302, obs. P. Rémy-Corlay ; RDC 2007, p. 1255, obs. J.-B. Racine. Et implicitement, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Monster Cable préc.* ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, Dalloz 2010, p. 2884, obs. X. Delpech ; *ibid.*, p. 2540, obs. Centre de droit de la concurrence Yves Serra ; *ibid.*, p. 2933, obs. T. Clay ; RCDIP 2010, p. 743, note D. Bureau et H. Muir Watt ; Rev. arb. 2010, p. 513, note R. Dupeyré ; CA Paris, 18 mars 2014, *Sarl Sept de Coeur c/ Soc. Babyjorn AB*, Dalloz 2014, p. 2541, obs. T. Clay ; RTD com. 2015, p. 57, note E. Loquin ; Cass. com., 24 novembre 2015, *Sté Lauterbach GmbH c/ Sté Logic instrument*, Dalloz Actu, 11 décembre 2015, note X. Delpech.

doublées également d'un droit européen de la concurrence impératif<sup>1505</sup> issu des articles 101 à 109 du TFUE et de règlements européens<sup>1506</sup>, qui vient intégrer et renforcer leurs fonctions limitatives<sup>1507</sup> et s'applique lorsque le commerce entre États membres se trouve affecté.

Une telle qualification de loi de police est généralement justifiée, du fait de l'impact qu'assure le maintien des situations de concurrence sur le bon fonctionnement du marché national ou du marché intérieur de l'Union européenne, sous l'angle de l'objectif de promotion de l'efficacité économique poursuivi par la législation applicable en la matière.

Les règles du droit de la concurrence relèvent dès lors de l'ordre public économique de direction<sup>1508</sup> et traduisent des options de politique économique nationales ou européennes, dont le respect s'impose à l'égard de tous les accords dont les effets anticoncurrentiels seraient ressentis sur le marché protégé<sup>1509</sup>. Elles répondent ainsi à un principe d'application territoriale et s'appliquent impérativement à tous les actes, potentiellement conclus ou réalisés en dehors du territoire concerné<sup>1510</sup>.

**361.** Sous cet angle, elles apparaissent dès lors *a priori* comme de vraies lois de police visant directement à assurer la réalisation d'un objectif sociétal à un niveau macroéconomique et s'attachant prioritairement aux effets globaux des rapports contractuels. Le détail des obligations réciproques des parties et l'équilibre contractuel, sans être ignorés, ne seraient pris en compte que de manière secondaire<sup>1511</sup>, et les règles établies ne produiraient corrélativement des conséquences sur les relations privées que pour assurer le respect de l'intérêt général. Cette qualification en vraies lois de police des règles applicables en la matière, au-delà, serait

---

<sup>1505</sup> V. implicitement, CJCE, 25 novembre 1971, Aff. 22/71, *Béguelin Import / G.L. Import Export*, Rec. CJCE, p. 949, R. Joliet, « Les rapports entre l'action en concurrence déloyale et l'article 85 du traité de Rome », RTDE, 1972, p. 427-437, et de manière plus explicite, CJCE, 14 décembre 1995, Aff. C-430/93 et C-431/93, *Schjindel*, Rec., p. 4705 (et dans le cadre de la reconnaissance des sentences arbitrales, CJCE, 1<sup>er</sup> juin 1999, Aff. C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd.*, Rec. I, p. 3055, Rev. arb., 1999, p. 631, note L. Idot ; Clunet 2000, p. 298, note S. Poillot-Peruzzetto ; RTD com 2000, p. 340, note E. Loquin). Cette qualification de loi de police de la législation européenne est également reconnue par les juridictions françaises, v. not. CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, Clunet 1993, p. 957, note L. Idot, Rev. arb. 1993, 645, note C. Jarrosson.

<sup>1506</sup> V. not. le règlement (CE), n° 139/2004 sur le contrôle des concentrations (JOUE 29 janvier, n° L 24), ou encore, règlement n° 316/2014 du 21 mars 2014 relatif à l'application de l'art. 101 §3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie (JOUE, 28 mars 2014, n° L 93/17).

<sup>1507</sup> V. sur l'articulation de la mise en œuvre des législations nationales impératives des États membres et du droit européen, E.-A. Oprea, *thèse préc.*, n° 193 et s., p. 150 et s.

<sup>1508</sup> V. en ce sens, not. J.-M. Bischoff et R. Kovar, « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté », Clunet 1976, p. 675, et s., n° 21, p. 700-701.

<sup>1509</sup> On parle ainsi de « territorialité objective ». V. sur ce point, not., L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », Clunet 1995, p. 321 et s. ; P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 13 ; L. Idot, « Le domaine spatial du droit communautaire des affaires », TCFDIP 1991-1993, p. 145, spéc. n° 33 et 34 ; G. Van Hecke, *L'effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence*, in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, Helbing & Lichtenhahn.

<sup>1510</sup> V. rappelant le principe du rattachement des effets sur le marché intérieur pour l'application du droit européen de la concurrence, CJCE, 25 novembre 1971, Aff. 22/71, *Béguelin*, Rec. CJCE, p. 949 ; CJCE, 27 septembre 1988, Aff. jointes 89/85 et autres, *A. Ahlström Osakeyhtiö c/ Commission*, Rec. CJCE, p. 5193, affaire *Pâte de bois*.

<sup>1511</sup> V. en ce sens, J.-M. Jacquet, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Contrats*, n° 189.

également confirmée par l'existence de sanctions pénales<sup>1512</sup> et l'intervention d'autorités spécialisées<sup>1513</sup>.

Sous cet angle, les solutions consacrées par la jurisprudence *Monster Cable* et retenues en matière d'arbitrage sembleraient dès lors devoir être condamnées, en ce qu'elles autoriseraient le contournement de dispositions internationalement impératives mettant réellement en cause des intérêts étatiques fondamentaux.

**362.** Une mise en œuvre de la méthode précédemment décrite et une analyse détaillée des règles consacrées en matière de droit de la concurrence semblent pourtant conduire à relativiser les dangers du libéralisme consacré vis-à-vis des clauses de prorogation de for. Cette analyse incite à rejeter une conception *globalisante* du droit de la concurrence quant à la nature des lois de police applicables, et à procéder à une appréciation au cas par cas des dispositions mises en cause, en fonction de la nature civile ou pénale de la sanction encourue, des finalités poursuivies et du contexte dans lequel intervient leur mise en œuvre<sup>1514</sup>.

La prise en compte des objectifs poursuivis par ces dispositions devrait conduire à écarter du domaine des vraies lois de police certaines issues du Titre IV du Code de commerce<sup>1515</sup>, parce que leur logique apparaît « totalement étrangère à la régulation du marché qui est à la base du 'vrai' droit de la concurrence »<sup>1516</sup> et se rapprocherait de celle du droit de la consommation<sup>1517</sup>. Il en est particulièrement ainsi de l'article L. 442-6<sup>1518</sup> du Code de commerce, contenant des dispositions relatives à l'abus de dépendance économique ou de rupture de relations commerciales établies, qui apparaît comme un texte *fourre-tout*, prohibant

---

<sup>1512</sup> Il en est ainsi, notamment, des règles relatives aux pratiques restrictives résultant de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 : règles relatives à la publicité du prix (art. 28), à la facturation (art. 31), à la revente à perte (art. 32), à la communication des barèmes et conditions de vente (art. 33), à l'imposition d'un prix de revente ou d'une marge (art. 34), ou encore aux délais de paiement (art. 35) par exemple.

<sup>1513</sup> V. sur cette intervention d'autorités de régulation au niveau européen, M. Bazex, « Entre concurrence et régulation, la théorie des "facilités essentielles" », *Rev. conc. consom.* 2001, n° 119, p. 37 ; J. Gallot, « Qu'est-ce que la régulation ? », *Contribution pour une définition*, *Rev. conc. consom.* 2001, n° 119, p. 5 et s.

<sup>1514</sup> V. en ce sens, L. d'Avout et S. Bollée, *Pan. Dalloz* 2015, p. 2031 et s.

<sup>1515</sup> Livre IV : *De la liberté des prix et de la concurrence*. Ces dispositions sont relatives à la « la transparence » (Chap. 1), aux « pratiques restrictives de concurrence » (Chap. 2), et à « d'autres pratiques prohibées » (Chap. 3).

<sup>1516</sup> L. Idot, « L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat », *RDC*, 1<sup>er</sup> juillet 2004, n° 3, p. 882 et s., et dans le même sens, *La protection par le droit de la concurrence*, in *Les clauses abusives entre professionnels*, dir. C. Jamin et D. Mazeaud, *Economica*, 1998, p. 71 ; L. Vogel, *L'articulation entre le droit civil, le droit commercial et le droit de la concurrence*, *Rev. conc. consom.* mai-juin 2000.7, qui souligne que les règles relatives à la discrimination et à la dépendance du titre IV ressortissent, par leur finalité, au droit civil et constituent une « exception française au sein des règles de concurrence ». Mais affirmant que ces dispositions relèvent de l'ordre public de direction, S. Hotte, *Clunet* 2007, *préc.*, p. 1214.

<sup>1517</sup> V. en ce sens, H. Muir Watt et D. Bureau, « L'impérativité désactivée ? », *RCDIP* 2009 p.1 et s., n° 4.

<sup>1518</sup> Une telle constatation semble également pouvoir être faite en dehors de cet article, concernant la majorité des dispositions issues de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> juillet 1986 notamment concernant l'art. L.441-2 prévoyant une publicité à l'égard du consommateur, l'art. L.443-1 relatif au délai de paiement, ou encore l'art. L.441-3 concernant l'obligation de facturation, les art. L.442-2 et s. concernant la réglementation tarifaire avec l'interdiction de revente à perte, l'art. L.442-5 imposant un prix minimum de revente, etc., qui semblent pour la plupart relatifs au prix, au contrat ou à la protection du consommateur et sont en revanche étrangers à la poursuite de l'objectif du « grand » droit de la concurrence, qui est le bon fonctionnement du marché.

un certain nombre de pratiques mises en cause dans les contrats de distribution, indépendamment de leur impact anticoncurrentiel<sup>1519</sup>. Les règles qui y sont instituées semblent viser à assurer l'équilibre de la relation contractuelle en protégeant les fournisseurs face aux distributeurs considérés comme plus puissants<sup>1520</sup> et complètement étrangères à l'objectif d'intérêt général qu'est le libre jeu de la concurrence sur le marché<sup>1521</sup>. La distinction établie dans l'article 6 du règlement Rome II, entre les hypothèses dans lesquelles les intérêts collectifs sont affectés ou sont susceptibles de l'être<sup>1522</sup>, et celles dans lesquelles les intérêts affectés sont exclusivement ceux d'un concurrent déterminé<sup>1523</sup>, semble d'ailleurs également aller dans ce sens.

Il s'ensuit que ces dispositions, rattachées à la catégorie des lois de police, semblent fondées sur un ordre public de protection et devoir être considérées comme des lois de police protectrices<sup>1524</sup>. Quant à la solution consacrée par la jurisprudence *Monster Cable*, une telle constatation devrait dès lors conduire à conclure que « le différend n'atteignait pas le stade, absolu, de l'atteinte à la concurrence et à l'intégrité du marché économique français »<sup>1525</sup>, et que « le règlement d'un tel litige d'intérêt privé pouvait donc être abandonné au juge étranger choisi, conformément aux prévisions des parties. Car la confrontation des faits litigieux au droit applicable faisait apparaître que le litige était internationalement disponible. Il ne portait pas atteinte au droit de la concurrence *stricto sensu* »<sup>1526</sup>.

## 2- Domaines de mise en cause fréquente de l'ordre public de protection

**363.** En dehors des matières qui apparaissent par principe rattachées à l'ordre public de direction, dans lesquelles les lois de police consacrées devraient apparaître majoritairement de nature administrative, le développement de l'ordre public de protection pour assurer un

---

<sup>1519</sup> V. en ce sens, considérant qu'elles ne nuisent pas à « l'efficacité globale, car ce n'est pas le surplus global qu'elles mettent en cause mais sa répartition », Ch. Bourgeon, RDC 2003, p. 243 et s., n° 1, et dans le même sens, J. Rochfeld, RTD civ. 2001, p. 671 et s.

<sup>1520</sup> V. le rapport d'initiative adopté le 10 mars 2009 (communiqué Parl. CE, 10 mars 2009), dans lequel le Parlement a mis l'accent sur la nécessité pour la Commission de tenir compte des inégalités entre fournisseurs et détaillants dans l'analyse des effets sur la concurrence.

<sup>1521</sup> V. en ce sens, considérant que « ces dispositions n'avaient qu'un rapport assez lointain avec la concurrence », J.-B. Blaise, Droit des affaires, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. 2007, spéc. n° 944.

<sup>1522</sup> La loi applicable est alors celle des effets du marché et elle s'applique impérativement. V. l'art. 6.1, qui constitue une hypothèse de « cristallisation » de loi de police, et l'art. 6.3a). V. en ce sens, *in fine*, V. Pironon, « L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement "Rome I" : bonne mauvaise idée ? », Rev. Europe n° 2, février 2008, étude 2.

<sup>1523</sup> La loi applicable est alors celle du pays où le dommage survient. V. l'art. 6.2, qui renvoie à l'application de l'art. 4.

<sup>1524</sup> V. déclarant que : « À vrai dire, le débat concerne moins désormais l'impérativité même de ces lois que leur appartenance en sous-ordre à la direction de l'économie ou à la régulation indirecte de celle-ci par le biais de la protection de certaines catégories d'acteurs réputés faibles », D. Bureau, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, note 14.

<sup>1525</sup> L. d'Avout, « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », JCP G, 2008, II, 10187.

<sup>1526</sup> *Ibid.*



équilibre entre les parties dans un rapport contractuel conduit à inverser le rapport entre les vraies lois de police et les lois de police protectrices.

Dans les matières caractérisées par un déséquilibre des rapports contractuels, tels que le droit de la consommation et le droit du travail, ce n'est alors que de manière assez exceptionnelle que cette nature pourra leur être reconnue. Nécessitant la réalisation d'une analyse méticuleuse des dispositions concernées, l'identification des vraies lois de police présentera néanmoins des difficultés importantes en matière de droit de la consommation, du fait de l'imbrication particulière des considérations micro et macroéconomiques qui semble consacrée (a). La mise en œuvre des directives précédemment dégagées en matière de droit du travail devrait, d'autre part, permettre d'identifier certaines hypothèses de mise en cause de vraies lois de police (b).

#### a) Dispositions relevant du droit de la consommation

**364.** Envisagé comme un ensemble de dispositions impératives disparates intervenant pour répondre au déséquilibre susceptible d'exister dans les rapports contractuels mettant en cause des personnes contractant dans une sphère étrangère à leur activité professionnelle, le droit de la consommation apparaît *a priori* rattaché à un ordre public de protection, reposant sur une prise en compte des intérêts catégoriels des personnes appartenant au corps social, au profit desquelles les dispositions sont édictées.

Sous cette forme, il intervient de plus en plus fréquemment dans les matières relevant par principe du domaine de la régulation économique, pour y introduire une part de « moralité » et « d'éthique » en individualisant les parties au rapport contractuel, et donne lieu à la création de lois de police protectrices. Il en est ainsi, également, en matière réelle immobilière. Alors que l'implication de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble se traduit, en dehors même du champ d'application de la compétence juridictionnelle exclusive, par l'applicabilité d'un nombre important de lois de police<sup>1527</sup> susceptibles de présenter le caractère de vraies lois de police, le *droit de la consommation immobilière* intervient pour faire surgir des lois de police protectrices<sup>1528</sup>.

---

<sup>1527</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 232 et s. ; n° 425.

<sup>1528</sup> Dans le cadre du règlement Rome I, l'application de ces lois de police, d'ailleurs, ne pourra intervenir que par le truchement de l'art. 9, dès lors que les contrats portant sur des droits réels immobiliers sont expressément exclus du champ d'application de l'art. 6 §4 c). Voir, sur ce point, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 403.

Visant conjointement un objectif macroéconomique de régulation immobilière et de protection du consommateur<sup>1529</sup>, ces dispositions semblent en effet devoir être considérées comme de fausses lois de police, parce qu'elles apparaissent prioritairement fondées sur l'ordre public de protection<sup>1530</sup>, même lorsqu'elles sont fondées sur le rattachement au lieu de situation de l'immeuble<sup>1531</sup>.

**365.** La découverte de vraies lois de police en la matière ne devient envisageable que dans la mesure où il est considéré, sous un angle plus large, comme la réglementation s'appliquant globalement aux rapports de consommation et recouvrant tous les actes « ayant pour objet la réalisation de la destination économique d'un bien et placé dans le contexte de rapports de masse »<sup>1532</sup>, parce qu'il semble seulement, sous cet angle, pouvoir être affecté à la réalisation d'un objectif de régulation économique mettant en cause l'intérêt général.

L'identification de telles lois de police dans ce cadre, néanmoins, apparaîtra nécessairement particulièrement délicate du fait du chevauchement des divers objectifs poursuivis par les dispositions applicables. Celles-ci pourront pratiquement toujours être rattachées à la fois à l'ordre public de direction et à l'ordre public de protection. L'imbrication des objectifs micro et macroéconomiques, abstraitement admise et systématiquement invoquée pour justifier l'application impérative abusive de dispositions protectrices, apparaît ici néanmoins, la plupart du temps, comme une réalité<sup>1533</sup> et rend le fondement de la réglementation difficilement identifiable. Elle rend, en tout cas, toute systématisation

---

<sup>1529</sup> La mise en cause conjointe des objectifs macroéconomiques et de protection de la partie faible explique d'ailleurs que, comme nous l'avons vu, les critères personnels et réels soient généralement cumulativement retenus pour fonder leur application. Elle pourra conduire à un conflit de lois de police dans l'hypothèse où ces deux objectifs concerneraient deux ordres juridiques distincts. V. sur cette question, *infra*, n° 505 et s.

<sup>1530</sup> Il en est ainsi, par exemple, de la loi *Scrivener II*, dès lors qu'elle remplit la fonction principale de protection de l'emprunteur immobilier, et vise seulement subsidiairement à « permettre le contrôle du crédit et à éviter l'endettement excessif de la population » (v. F. Leclerc, *préc.*, n° 291, p. 285), ou encore de la loi *Hoguet*, dès lors qu'elle a pour objectif immédiat et premier de protéger le mandant et seulement médiat d'assurer la régulation du marché immobilier français en visant à ce que la concurrence entre les agents menant leurs opérations sur des biens situés en France ne soit pas faussée (en ce sens, P. Lagarde, note ss CA Paris, 21 janv. 1994, RCDIP 1995, p. 53).

<sup>1531</sup> Il en est ainsi, par exemple, des règles régissant le secteur protégé du logement, en particulier la vente d'immeuble à construire à usage d'habitation, codifiées dans les art. L. 261-10 et s. du Code de la construction et de l'habitation, et du droit de rétractation créé par l'art. 72 de la loi « Solidarité et Renouvellement Urbain » du 13 décembre 2000 et codifié à l'art. L. 271-1 et s. du Code de la construction et de l'habitation. V. sur ces dispositions, reconnaissant leur qualité principalement protectrice, D. Boulanger, « L'application dans l'espace de l'article L. 271-1 du Code de la construction et de l'habitation », JCP N, n° 47 du 23 novembre 2001 ; L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 423, qui considère que ce rattachement s'explique en réalité « non pas tant par des considérations tirées de l'implication éventuelle de l'intérêt général du *situs* que par une anticipation : la loi de situation de l'immeuble est destinée, du moins statistiquement, à devenir au jour de la signature du contrat, la loi de la résidence habituelle de la partie faible ; c'est essentiellement, semble-t-il, qu'elle est alors applicable ».

<sup>1532</sup> M. Fallon, « Le droit des rapports internationaux de consommation », *Clunet* 1984, p. 765 et s., *spéc.*, p. 767-768.

<sup>1533</sup> V. la mise en lumière de la dualité des objectifs poursuivis en la matière à travers la loi du 28 janvier 2005 tendant à conforter la confiance et la protection du consommateur, par B. Rémy, *thèse préc.*, n° 366 ; J. Rochfeld, *RTD civ.*, 2005, p. 478-483, cité par B. Rémy, *thèse préc.*, n° 366, note 605, et de manière plus générale, J.-P. Pizzio, « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations. Colloque, Droit du marché et droit commun des obligations », *RTD com.* 1998, p. 53-69 et Claret, *JCP* 2005. I. 140.

impossible quant à l'identification des vraies lois de police et impose une analyse concrète et de détail des normes considérées.

**366.** Dans ce cadre, la prise en considération de la « technique juridique »<sup>1534</sup> utilisée – droit du marché ou droit des contrats – pourrait apporter certaines indications quant à la nature de l'objectif poursuivi.

Sembleraient ainsi devoir être écartées de la catégorie des lois de police les dispositions appartenant à un corps de règles spéciales, portant « sur des relations typiques de la fonction de consommation »<sup>1535</sup>, et reposant sur des adaptations du droit *général* des contrats. Ayant pour objet d'individualiser les contrats de consommation au regard de leurs spécificités, et de leur apporter un traitement différencié, elles apparaissent en effet nécessairement principalement fondées sur la prise en compte des rapports individuels et appartiennent en réalité au droit de la consommation envisagé dans sa conception restrictive. Visant à apporter une réponse au déséquilibre existant entre les parties au contrat, elles n'envisagent le consommateur que sous l'angle de sa position de faiblesse et le prennent pour seul destinataire. Il semble en être ainsi des dispositions assurant une information particulière et renforcée vis-à-vis des consommateurs dans certains contrats, parce qu'elles semblent, quant à leur fondement, étrangères à la réalisation d'un objectif sociétal. Ce n'est qu'indirectement qu'elles peuvent produire des conséquences sur le marché économique national<sup>1536</sup>.

Dans la sphère de la réglementation relevant du droit du marché, où les dispositions seront rattachées à une fonction de police économique, le caractère de lois de police des dispositions applicables dépendra de l'importance conférée à la personne du consommateur quant à l'objectif poursuivi. Pourront ainsi recevoir cette qualification les dispositions relevant d'une réglementation d'ensemble visant prioritairement à encadrer la production et la distribution économique de biens sur le marché et n'affectant les rapports individuels que pour assurer la réalisation de cet objectif macroéconomique. Le consommateur n'apparaîtrait alors envisagé que sous l'angle de la place qu'il occupe dans l'organisation de l'activité économique. Il serait considéré comme l'un seulement des destinataires de la norme, laquelle viserait plus globalement l'ensemble des agents économiques. Pourront ainsi relever de cette catégorie les dispositions réglementant la distribution des biens et des produits sur le territoire ayant pour fonction d'assurer le bon fonctionnement du marché économique national, et qui

---

<sup>1534</sup> Cette expression est empruntée à M. Fallon, *art. préc.*

<sup>1535</sup> M. Fallon, *art. préc.*, p. 774.

<sup>1536</sup> V. par ex. les dispositions applicables dans les contrats de distribution, *supra*, n° 362.

seront généralement assorties de sanctions pénales. Sous cet angle, le droit de la consommation semble rejoindre d'autres droits économiques, tels que le droit de la concurrence<sup>1537</sup> ou le droit commercial, financier ou bancaire, pour lesquels les solutions quant à la détermination des lois de police ont été dégagées.

## b) Réglementation en matière de droit du travail

**367.** Si la prise en compte de la position de faiblesse dans laquelle se trouve le salarié dans sa relation contractuelle avec l'employeur conduit à faire de la matière un domaine d'intervention privilégiée de l'ordre public de protection donnant lieu à la création d'un nombre important de dispositions protectrices, le droit du travail, qui vise à assurer la production de biens et de services sur le territoire<sup>1538</sup>, semble également pouvoir relever de l'ordre public de direction.

L'organisation du travail pourrait apparaître, en effet, comme un instrument de régulation de l'économie nationale, de sorte que le législateur, en intervenant dans ce cadre, pourrait parfois viser à influencer la structure sociale et l'efficacité économique du pays<sup>1539</sup>. La matière apparaît, dès lors, comme un domaine dans lequel l'intérêt étatique est susceptible d'être directement mis en cause et peut constituer le fondement de l'intervention de vraies lois de police<sup>1540</sup>. Dans ce cadre, d'ailleurs, une évolution semblerait se dessiner en faveur d'une certaine *publicisation* du droit du travail, de plus en plus fréquemment tourné vers un objectif d'ordre économique<sup>1541</sup> et marqué par des incidences provenant du droit de la concurrence<sup>1542</sup>.

**368.** L'identification des vraies lois de police apparaîtra néanmoins nécessairement délicate du fait de l'imbrication de ces deux types de considérations. L'adoption d'une conception restrictive de la notion d'intérêt étatique et la prise en compte de la condition relative à la mise en cause directe de cet intérêt conduiront dans tous les cas à écarter toute solution consistant à

---

<sup>1537</sup> V. mettant en avant le lien étroit qu'il entretiendrait avec le droit de la concurrence dont il semblerait partager en partie les fondements et les finalités, M. Pedamon, « La liberté des prix et l'intérêt des consommateurs », in Y. Serra, J. Calais-Auloy (dir.), *Concurrence et consommation*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 1994, p. 10 ; M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 7, 2001, spéc., n° 1 p. 1.

<sup>1538</sup> V. en ce sens, E. Moreau, *Lois de police et contrat international de travail*, thèse dactyl., Paris X, 1993, spéc. p. 45-46.

<sup>1539</sup> E. Moreau, *thèse préc.*, p. 46.

<sup>1540</sup> Cette dualité d'objectifs poursuivis, d'ailleurs, a pu être reconnue par A. Nuyts, qui, après avoir relevé que la matière des contrats de travail comprend dans sa grande majorité des dispositions visant à assurer la protection du salarié, reconnaît que « d'autres mesures affectent, en revanche, de manière directe, l'organisation étatique », et apparaissent comme des dispositions « de type réglementaire et assorties de sanctions pénales ou administratives ». V., A. Nuyts, *art. préc.*, n° 6.

<sup>1541</sup> V. en ce sens, not., G. Couturier, « Présentation d'ensemble », *Droit du travail, droits de la consommation et de la concurrence. Comparaison et interactions*, dir. de G. Couturier, J. Ghestin, Y. Guyon et R. Rodière, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 1995, p. 1-23, spéc., n° 11 ; M.-F. Gaudu, *Droit du travail*, Dalloz, 22<sup>e</sup> éd., 2004, n° 32, p. 42-43.

<sup>1542</sup> V. en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 249.

déduire directement cette qualification des répercussions présumées des dispositions protectrices du travailleur dans le système économique étatique<sup>1543</sup>.

Le caractère de vraie loi de police d'une disposition devrait dépendre de sa vocation prioritaire à assurer la réalisation d'une politique sociale ou économique générale poursuivie sur un plan sociétal, et, corrélativement, des effets macroéconomiques que produirait son absence d'application. Une telle distinction des lois de police consacrées en la matière, en fonction de l'objectif qu'elles poursuivent à titre principal, a pu être envisagée par certains auteurs pour distinguer les dispositions susceptibles de relever de l'article 6<sup>1544</sup> ou de l'article 7<sup>1545</sup> de la convention de Rome<sup>1546</sup>, et semble pouvoir se fonder sur une « réalité à la fois législative et jurisprudentielle »<sup>1547</sup>.

À cet égard, le critère de « l'organisation et à la réglementation administrative du travail » dégagé par la Cour de cassation dans l'arrêt *Thuillier*<sup>1548</sup>, a pu être utilisé et précisé par certains auteurs pour distinguer ou reconnaître les lois de police dans les contrats de travail<sup>1549</sup>, et pourrait apparaître comme le fondement potentiel d'un critère opératoire d'identification des vraies lois de police<sup>1550</sup>.

La théorie développée par E. Pataut, au regard de la solution de l'arrêt, présente d'importantes similitudes avec celle proposée ici, et pourrait constituer un fondement opportun pour la redéfinition envisagée des lois de police. L'auteur propose de faire dépendre la qualification même d'une disposition en « loi de police »<sup>1551</sup> d'une mise en balance des éléments de la règle de droit considérée. L'auteur envisage de distinguer les hypothèses dans lesquelles c'est principalement *l'intérêt individuel du salarié* que la règle a la charge de réguler, et cette règle vise à assurer la *protection des intérêts collectifs de la société*<sup>1552</sup>. Monsieur Pataut en déduit que la qualification de lois de police pourrait être réservée aux

<sup>1543</sup> V. en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.* n° 210.

<sup>1544</sup> Devenu art. 8 règl. Rome I.

<sup>1545</sup> Devenu art. 9 règl. Rome I.

<sup>1546</sup> V. faisant cette distinction et refusant la qualification en « lois de police » des dispositions protectrices intervenant dans le cadre de l'art. 6, H. Synvet, « La situation née du départ du salarié, aspects de droit international privé », *Droit social*, 1991, p. 836, spéc., p. 841, col. 2. V. également, F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflit de lois)*, Bruylant Bruxelles, 1995 p. 369 et s., qui distingue les lois de protection du travailleur et les lois de police, et considère que dans le premier cas, il s'agit d'assurer systématiquement aux travailleurs l'application de la norme la plus protectrice alors que dans le second, il s'agit « d'assurer à la fois le minimum et le maximum nécessaire à la protection de notre organisation économique et sociale ».

<sup>1547</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 225.

<sup>1548</sup> Cass. Soc., 31 mai 1972, RCDIP 1973, p. 683, note P. Lagarde ; JCP 1973, II, 17317, note G. Lyon-Caen.

<sup>1549</sup> V., not., P. Lagarde, RCDIP 1973, p. 683, note sous Cass. Soc., 31 mai 1972, mais considérant que les critères dégagés ont « sans aucun doute été condamnés », G. Lyon-Caen, note sous Cass. Soc., 31 mars 1978, *Royal Air Maroc*, RCDIP 1978, p. 701 et s., spéc., p. 707 ; et dans le même sens, Ph. Coursier, *thèse préc.*, p. 82 et s., p. 200 et s.

<sup>1550</sup> À cet égard, E. Moreau a pu dégager sur ce fondement une distinction quant au degré d'impérativité à accorder aux lois de police selon qu'elles auraient pour unique objet « la relation individuelle de travail » ou seraient au contraire « organisatrices de la collectivité des travailleurs ». V., E. Moreau, *thèse préc.*, p. 195, et sur la théorie de cet auteur, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 222.

<sup>1551</sup> V. E. Pataut, *thèse préc.*, n° 226 et s.

<sup>1552</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 243.

dispositions relevant de la seconde catégorie<sup>1553</sup>. Cette solution conduirait alors à restreindre la catégorie des lois de police à celles qui reposent sur « l'application du *principe de souveraineté* »<sup>1554</sup> et correspondent à des situations dans lesquelles l'intérêt étatique apparaît mis en cause de manière prépondérante<sup>1555</sup>.

Elle présente également une étroite parenté<sup>1556</sup> avec la proposition formulée par Monsieur Lyon-Caen. Celle-ci, fondée sur une même analyse du contenu de la norme considérée et de la prépondérance de l'objectif d'intérêt individuel ou collectif poursuivi, conduirait à fonder la qualification de lois de police sur l'idée que leur « finalité n'est pas principalement de régler les rapports contractuels entre employeurs et salariés, mais de régler tel ou tel aspect du fonctionnement de l'appareil de l'État »<sup>1557</sup>.

**369.** Mises pratiquement en œuvre, ces directives devraient alors permettre de considérer comme des vraies lois de police celles relatives aux rapports collectifs de travail, qui semblent « sorties du périmètre du contrat de travail et n'appartiennent plus au domaine de la règle de conflit de lois contractuelle »<sup>1558</sup>. Elles semblent, en effet, souvent avoir une connotation de droit public et sont généralement assorties de sanctions pénales. Il devrait en être ainsi des règles relatives à la représentation du personnel, considérées comme d'application impérative sur le territoire français<sup>1559</sup>, et de celles qui mettent en cause un salarié protégé<sup>1560</sup> et qui sont rattachées à l'activité en France de l'activité d'employeur, ou le lieu d'établissement d'embauche sur le territoire français<sup>1561</sup>. Elles semblent avoir pour objectif d'assurer une identité des mécanismes de représentation collective des travailleurs sur le territoire français et ainsi de répondre à une politique sociale poursuivie au plan de la société comprise dans sa dimension générale<sup>1562</sup>.

---

<sup>1553</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 245.

<sup>1554</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 233.

<sup>1555</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 241.

<sup>1556</sup> Pour cette raison, d'ailleurs, E. Pataut estime cette proposition satisfaisante. V. E. Pataut, *thèse préc.*, n° 236.

<sup>1557</sup> G. Lyon-Caen, *Les relations de travail internationales*, Ed. Liaisons, 1991, p. 60.

<sup>1558</sup> E. Pataut, *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 573-10 : *Conflits de lois en droit du travail*, n° 34.

<sup>1559</sup> V. CE, 29 juin 1973, *Cie des Wagons-Lits, préc.*, pour l'établissement des comités d'entreprise, et les autres dispositions relatives à la représentation des salariés, Cass. Soc., 3 mai 1988, *Sté Thoresen Car Ferries Ltd, préc.*; Cass. Soc. 29 janvier 1992, *préc.*

<sup>1560</sup> V. consacrant le caractère de police des dispositions sur le licenciement des représentants, Cass. ass. plén., 10 juillet 1992, *Air Afrique*, JCP G 1993, II, 22063, note P. Rodière ; RCDIP 1994, p. 69, note Audit ; Dalloz 1993, p. 67, concl. Chauvy.

<sup>1561</sup> V. sur ce point, G. Lyon-Caen, *Les relations de travail internationales, préc.*, p. 115 et s.

<sup>1562</sup> À cette même organisation des rapports collectifs de travail sembleraient également pouvoir être rattachées les dispositions de police imposant une obligation de reprendre les contrats de travail en cas de transfert d'entreprises. V. l'art. L. 1224-1 du Code du travail. V. sur sa mise en œuvre dans le cadre d'une opération de concentration, L. Idot, *Rép. dr. int.* V° *Concentrations*, n° 88.

**370.** Dans le cadre des relations individuelles de travail, une liste de référence pour la détermination de ces lois de police, entendues strictement, semblerait pouvoir être utilement trouvée dans l'article 3 §1 de la directive du 16 décembre 1996 sur le détachement de travailleurs. Énumérant des dispositions dont les États peuvent imposer l'application au salarié détaché, elle désigne en effet des dispositions dont l'application s'impose immédiatement à toute personne exerçant une activité sur le territoire de l'État concerné et semble pouvoir être rattachée à la poursuite d'un objectif sociétal. Elles correspondent, au demeurant, aux hypothèses de vraies lois de police qu'ont pu dégager, en doctrine, les auteurs restreignant cette qualification aux seules dispositions mettant de manière prépondérante un intérêt étatique<sup>1563</sup>.

Ainsi, pourraient par exemple être considérées comme de vraies lois de police, les règles relatives à la détermination d'un salaire minimum ou de garantie de paiement des salaires par exemple, parce qu'elles auraient des répercussions sur la production de biens et de services sur le territoire, et « concerne[raient] la société dans son ensemble »<sup>1564</sup>, ou encore celles qui fixent une durée maximale de travail, celles relatives au repos hebdomadaire<sup>1565</sup> ou aux congés annuels<sup>1566</sup>, qui semblent avoir « un impact, non seulement sociologique, mais aussi économique »<sup>1567</sup>. Il pourrait également en être ainsi de celles qui concernent le droit de grève<sup>1568</sup> ou encore de celles relatives à la sécurité et à l'hygiène des lieux de travail<sup>1569</sup>. Il en serait également ainsi de certaines règles en matière de sécurité sociale<sup>1570</sup>, dont la mise en œuvre est encadrée par des autorités administratives et parfois sanctionnée pénalement<sup>1571</sup>, et que Monsieur Nuyts considère comme rattachées à une zone « mixte »<sup>1572</sup>. Elles

---

<sup>1563</sup> À cet égard, d'ailleurs, elle correspondait également à la solution prévue dans l'ancien art. L. 341-5 du Code du travail, dont on a pu dire qu'il avait pour objectif « d'égaliser les conditions de la concurrence entre les entreprises en assurant l'égalité de traitement entre les salariés détachés pour la réalisation d'une prestation de services et les salariés employés par des entreprises établies en France », proche des arguments invoqués pour justifier l'application impérative du droit de la concurrence majoritairement d'ordre public de direction. V. sur ce point, S. Rolin, « L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger », *Dr. Social*, 1994, p. 127 et s., spéc., p. 132.

<sup>1564</sup> N. Nord, *thèse préc.*, n° 58, p. 31, et en ce sens, également, P. Mayer, *préc.*, p. 539.

<sup>1565</sup> À cet égard, la Cour de cassation, (Ass. Plèn. 7 mai 1993, *Dalloz* 1993, p. 437-439, concl. M. Jeol), a pu considérer, s'agissant de la violation de l'art. L. 221-5 du Code du travail relatif au repos hebdomadaire, que « l'atteinte portée à l'intérêt collectif de la profession représentée par le syndicat, était fondée à reconnaître à celui-ci qualité pour agir devant la juridiction des référés » dès lors que « les commerçants qui, employant irrégulièrement des salariés, rompaient l'égalité au préjudice de ceux qui, exerçant la même activité, respectaient la règle légale », rappelant ainsi l'argument de l'égalité de traitement des personnes intervenant dans un même secteur sur le territoire national, fréquemment utilisé en matière de droit de la concurrence.

<sup>1566</sup> V. en ce sens, A. Nuyts, *art. préc.*, n° 6, qui considère qu'elles mettent en cause « de manière directe l'organisation étatique » ; P. Mayer, *art. préc.*, p. 533, n° 35 ; Ph. Coursier, *thèse préc.*, p. 15 s, n° 35 s.

<sup>1567</sup> N. Nord, *thèse préc.*, n° 64, p. 36.

<sup>1568</sup> A. Nuyts, *art. préc.*, n° 6.

<sup>1569</sup> V. en ce sens, G. Lyon-Caen, *thèse préc.*, p. 61 ; A. Nuyts, *art. préc.*, n° 6.

<sup>1570</sup> V. par ex., considérant que les dirigeants d'une société de droit suisse dont le siège est situé en Suisse doivent être affiliés au régime général de la Sécurité sociale s'ils exercent leur activité de direction sur le territoire français et s'ils reçoivent à ce titre une rémunération, Cass. soc., 18 mars 1999, *Bull. Joly* 1999. 1205, note M. Menjucq.

<sup>1571</sup> V. en ce sens, Ph. Coursier, *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 573-10 : *Conflits de lois en droit du travail*, n° 35 et s.

<sup>1572</sup> A. Nuyts, *art. préc.*, n° 6, note 44.

apparaissent d'ailleurs, dans le champ d'application de la convention de Rome, généralement rattachées à l'article 7<sup>1573</sup>. Cette qualification semble en revanche devoir être refusée, par exemple, à l'obligation imposée aux contrats de travail exécutés en France d'être rédigés en français<sup>1574</sup>, dès lors qu'elle ne semble pas viser à assurer la protection de la langue française en général mais la protection du salarié, en assurant la rédaction du contrat dans une langue qu'il comprend<sup>1575</sup>.

### 3- Hypothèses nécessitant la mise en place de nouvelles solutions

**371.** Face à la variété des rapports susceptibles d'exister entre les lois de police et le droit de la compétence juridictionnelle, la détermination des hypothèses dans lesquelles le système consacré apparaît réellement problématique implique de définir la place occupée par les vraies lois de police dans le cadre de la mise en œuvre des différents procédés susceptibles de préserver l'impérativité des lois de police dans les conflits de juridictions.

Le caractère non problématique de la solution consacrée devrait être admis malgré l'importance des intérêts étatiques mis en cause à travers les dispositions concernées, dans la mesure où elle ne porterait pas atteinte à l'impérativité de ces dispositions. La décorrélation des compétences apparaîtrait dès lors empêchée ou sans effet sur l'impérativité des lois de police.

**372.** Il en serait ainsi dès lors que les vraies lois de police seraient soustraites du champ d'application du principe de licéité des clauses de prorogation de for grâce à l'existence d'un chef de compétence juridictionnelle imposant le maintien du contentieux devant les juridictions de leur for d'origine.

À cet égard, les règles de compétence juridictionnelle exclusives consacrées en droit français et en droit européen<sup>1576</sup> apparaissent comme des instruments de protection efficace des vraies lois de police, dès lors qu'ils recouvrent, en réalité, des domaines de mise en cause directe ou indirecte de la souveraineté étatique<sup>1577</sup>. Ils correspondent à des hypothèses dans lesquelles la réglementation applicable apparaît globalement fondée sur un ordre public de direction et vise à prendre en charge des objectifs poursuivis au niveau macroéconomique. Il

---

<sup>1573</sup> En ce sens, F. Rigaux et M. Fallon, *Droit international privé*, t. II, 2<sup>e</sup> éd., n° 1393.

<sup>1574</sup> Art. L 121-1 al 2 du Code du travail (devenu art. L 1221-3 du Code du travail depuis l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007).

<sup>1575</sup> V. en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 244 ; V. Delaporte, « La loi relative à l'emploi de la langue française », RCDIP 1976, p. 447.

<sup>1576</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 230 et s.

<sup>1577</sup> V. sur la différence de degré auquel la souveraineté de l'ordre juridique dont les tribunaux sont désignés apparaîtrait impliquée, *infra*, n° 423 et s.



en est ainsi de la compétence juridictionnelle exclusive des tribunaux du lieu de situation de l'immeuble, dès lors que la réglementation de cet ordre juridique prend la forme d'une réglementation *dirigiste* de droit public<sup>1578</sup>, s'appliquant à l'ensemble des immeubles situés sur le territoire national<sup>1579</sup>. Il en va de même des chefs de compétence juridictionnelle exclusifs consacrés en matière d'exécution forcée ou encore de ceux consacrés pour les litiges mettant en cause l'activité d'un service public proprement dit, qui recouvrent des domaines où la réglementation applicable poursuit un objectif d'intérêt général et relève de l'ordre public de direction.

De même, ces dispositions pourraient être protégées en matière de statut personnel, où les chefs de compétence impérative consacrés recouvrent des hypothèses d'applicabilité de lois de police affectées à la protection de l'ordre public local.

Les vraies lois de police mises en cause en matière de régulation économique devraient, enfin, pouvoir bénéficier dans certains cas d'une compétence corrélée des autorités publiques de leur for d'origine<sup>1580</sup>, grâce à l'adoption d'une conception globale de la compétence envisagée sous l'angle des conflits d'autorités et justifiée par la règle *auctor regit actum*<sup>1581</sup>.

**373.** En dehors de ces hypothèses, les vraies lois de police apparaissent en revanche globalement soumises au principe libéral de licéité des clauses de prorogation de for et à un risque de décorrélation des compétences juridictionnelle et législative.

Dans les domaines mettant généralement en cause des parties faibles, en matière de contrats de travail et de contrats de consommation, les règles dérogatoires de licéité des clauses de prorogation de for n'apparaissent, en effet, éventuellement susceptibles que d'assurer une protection très imparfaite et insuffisante des vraies lois de police qui pourraient intervenir dans ces matières.

D'une part, le critère de rattachement personnel au domicile ou à la résidence habituelle du consommateur, utilisé dans le cadre européen pour fonder la compétence juridictionnelle impérative, ne devrait pas, en principe, correspondre aux rattachements susceptibles de fonder l'application des vraies lois de police économiques qui seraient applicables dans ce cadre.

---

<sup>1578</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 235 et s.

<sup>1579</sup> Bénéficieront ainsi, notamment, d'une protection internationale certaine, par exemple, les règles de publicité foncière, ou encore les règles relatives à l'attribution préférentielle. V. ex. donnés à la note 907.

<sup>1580</sup> V. également, en matière de faillites, l'inarbitrabilité des litiges visés à l'art. R. 662-3 C. com., qui relèvent de la compétence « exclusive » du juge de la procédure. Les litiges purement contractuels restent en revanche arbitrables.

<sup>1581</sup> Il en sera ainsi, par exemple, concernant la réglementation impérative applicable aux investissements étrangers, ou à celle applicable en matière boursière et financière (v. sur ce point, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n°1086, p. 957).

D'autre part, la protection des dispositions de ce type, susceptibles d'intervenir en matière de contrats de travail, apparaît également très incertaine. En cette matière, en effet, les vraies lois de police applicables, de réglementation des rapports individuels et de réglementation des rapports collectifs, ne pourraient bénéficier, en droit français, d'une compétence juridictionnelle impérative que dès lors qu'elles seraient fondées sur le critère du lieu d'exécution du travail. Les dispositions réglementant les rapports collectifs de travail, en revanche, telles que celles relatives à la représentation du personnel, qui reposent sur le critère du lieu d'établissement d'embauche sur le territoire français, ne peuvent bénéficier d'un tel chef de compétence et se trouveront nécessairement confrontées à une possibilité de décorrélation des compétences juridictionnelle et législative.

Par ailleurs, dans le cadre du règlement Bruxelles I bis, où les critères de rattachement au lieu d'exécution du travail et au lieu d'établissement d'embauche, qui fondent l'application des vraies lois de police, apparaissent pourtant expressément reconnus, ces lois de police ne pourraient bénéficier d'une compétence juridictionnelle corrélée que dans la mesure où le travailleur consentirait à les saisir. Ces lois de police ne bénéficieraient ainsi que d'un chef de compétence corrélée *possible* mais *non assuré*, et, par suite, insuffisant pour assurer leur respect international absolu. Il en est ainsi malgré le chef de compétence juridictionnelle consacré par la directive sur le détachement fondé sur le critère du lieu d'exécution<sup>1582</sup>, dès lors qu'elle ne revêt qu'un caractère concurrent. Une telle solution, concevable s'agissant des lois de police protectrices, n'assure ainsi qu'une protection très insuffisante des lois de police rattachées à la mise en cause d'un intérêt étatique.

**374.** Sur le plan des conflits de lois, les vraies lois de police qui pourraient se satisfaire d'une décorrélation des compétences juridictionnelle et législative sont, en dehors de certaines hypothèses de conventions internationales<sup>1583</sup>, celles qui bénéficieraient d'une protection de la part du droit de l'Union européenne. Or, à cet égard, l'analyse révèle que la protection instituée à travers le rapprochement des réglementations impératives, la consécration de lois de police à géométrie variable ou des règles de conflits de lois bilatéralisant des lois de police, recouvrent la plupart du temps des hypothèses de fausses lois de police affectées à un objectif de protection de certaines parties faibles.

---

<sup>1582</sup> V. *supra*, n° 273 ; n° 370.

<sup>1583</sup> V. par ex. la convention de La Haye sur la protection des mineurs en danger de 1996, qui assure aux dispositions applicables à l'égard des mineurs, vraies lois de police, une application absolue grâce à la corrélation des compétences de l'ordre juridique du lieu de résidence habituelle de l'enfant, V. *infra*, n° 434 et s.

Ceci s'explique aisément, compte tenu du particularisme des intérêts étatiques mis en cause à travers les vraies lois de police et du nationalisme de la politique législative poursuivie, qui rendent forcément plus délicate la mise en place de solutions systématiques et répondant aux objectifs poursuivis par l'ensemble des États membres<sup>1584</sup>.

**375.** Dans ce cadre, le champ des hypothèses problématiques susceptibles de résulter de l'admission généralisée des clauses de prorogation de for est celui dans lequel les lois de police applicables devront intervenir par le truchement des règles spécifiques consacrées aux articles 9 du règlement Rome I et 16 du règlement Rome II. Ils reconnaissent en effet, bien que de manière limitée, le principe de leur application dérogoire.

Or, intervenant ainsi de manière unilatérale, ces dispositions risqueront de voir leur application écartée lorsqu'elles se rattacheront à la composante économique de l'intérêt général, du fait de l'interdiction opposée aux États membres de poursuivre des fins économiques lorsqu'il y a atteinte à une liberté fixée par le Traité<sup>1585</sup>.

**376.** Les instruments européens offrent néanmoins certains exemples de cristallisation de lois de police au sein de règles de conflit de lois spécifiques en matière contractuelle<sup>1586</sup>, ou en matière de responsabilité civile, notamment<sup>1587</sup>, comme en matière de droit de la concurrence<sup>1588</sup> ou encore concernant les atteintes à l'environnement<sup>1589</sup>, subies ou causées aux personnes et aux biens ou aux dommages écologiques purs<sup>1590</sup>. Les dispositions

---

<sup>1584</sup> Rappr., à cet égard, B. Rémy, *thèse préc.*, n°576 et s., qui rattache globalement le recours à la méthode « bilatéraliste » à la mise en cause d'intérêts privés et à la méthode unilatéraliste à celle des intérêts étatiques.

<sup>1585</sup> V. en ce sens, not. CJCE, 4 juin 2002, C-367/96, *Commission c/ Portugal*, §52, où la Cour a déclaré que « des motifs de nature économique ne sauraient servir de justification à des entraves prohibées par le Traité ».

<sup>1586</sup> V. par ex. art. 4 §1 c) et d) pour les lois de police du *situs*, susceptibles d'être rattachées à la catégorie des vraies lois de police (V., sur ce point, l'objectif poursuivi par la loi relative au prélèvement successoral, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 octobre 2012, Dalloz 2012, p. 2449, et 2013. 1503, obs. F. Jault-Seske ; AJ fam. 2012. 624, obs. A. Boiché ; JCP 2012. 1368, note L. Perreau-Saussine ; JCP N 2013. 13, note S. Godechot-Patris et le rapport de 2013 de la Cour de cassation, partie 3, titre 1, chap. 1, sect. 2, § 2, Recueil Dalloz 2014, p. 2121, résumé, J. Guillaumé), ou encore l'article 4 §1 h), qui pose le principe de l'application de la loi du marché lorsque le contrat est conclu au sein d'un système multilatéral tel que défini par la directive MIF (V. sur les règles applicables aux marchés financiers dans le règlement Rome I, RCDIP 2008, p. 748 et s., note P. Lagarde et A. Tenenbaum).

<sup>1587</sup> V. également, par ex., l'art. 8 applicable en cas d'atteinte aux droits de propriété intellectuelle, où des vraies lois de police sont susceptibles d'être mises en cause, qui cristallise la *lex loci protectionis*.

<sup>1588</sup> V. art. 6 §1 du règlement Rome II, qui s'applique aux actes de concurrence déloyale, donne compétence impérative à la loi de l'État sur le territoire duquel les relations de concurrence ou les intérêts collectifs des consommateurs sont affectés ou susceptibles de l'être, et désigne la loi du marché affecté. (Il est en revanche renvoyé à l'art. 4 du règlement concernant les actes n'affectant qu'un concurrent déterminé). La règle, répondant à une solution envisagée antérieurement par certains auteurs (V. not. P. Mayer, *préc.*, n°40 ; J.-B. Racine, « Droit économique et lois de police », RIDE 1/2010, *préc.*, mais *contra*, L. Idot, note Clunet 1995, *préc.*, p. 321 et s.), semble dès lors procéder à une « bilatéralisation » des lois de police applicables.

<sup>1589</sup> Pour une étude d'ensemble, v. O. Boskovic, J.-Cl. dr. int., Fasc. 146-40, *Droit international privé et environnement. Conflit de juridictions. Conflit de lois*, n°54.

<sup>1590</sup> L'art. 7 du règlement Rome II donne compétence à la loi de survenance du dommage, qui correspondra en principe aux lois de police susceptibles d'être applicables en la matière. V. sur cette règle, not. O. Boskovic, Rép. dr. int., Dalloz, V° *Règlement Rome II (Obligations non contractuelles)*, n°64 et s.

applicables, dans ce cadre, apparaissent en effet rattachées à l'ordre public de direction<sup>1591</sup>, dès lors que la préservation des ressources naturelles et les moyens employés par les États dans la réparation d'un préjudice écologique semblent affecter les dispositions applicables à la protection d'un intérêt public<sup>1592</sup>. La protection de leur impérativité apparaît néanmoins encore non absolument certaine chaque fois que le contentieux sera expatrié à l'étranger, dès lors qu'elles n'ont vocation à s'appliquer, en principe, que de manière subsidiaire et à défaut de choix de loi applicable par les parties<sup>1593</sup>. Une proposition d'évolution quant au libéralisme consacré dans les conflits de juridictions, qui permettrait d'assurer le respect de l'impérativité de ces dispositions, semble dès lors devoir être formulée.

---

<sup>1591</sup> V. en ce sens, J.-M. Jacquet, Rép. dr. int., Dalloz, V° *Contrats*, qui mentionne les règles relatives à la protection de l'environnement parmi les normes pouvant être considérées comme des lois de police administratives ; M. Fallon, B. Fauvarque-Cosson et S. Francq, *Le régime du risque transfrontière de la responsabilité environnementale : en marche vers un droit spécial des conflits de lois ?*, in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen : point de vue franco-belge*, 2006, Bruylant-LGDJ, qui envisagent d'ailleurs que toute la matière de la responsabilité environnementale puisse être soustraite de la méthode conflictuelle et soumise à celle des lois de police. Et pour des exemples de vraies lois de police, v. art. L. 512-17 du Code de l'environnement mod. art. 227 L. « Grenelle 2 », prévoyant que la responsabilité environnementale encourue par une filiale doit ainsi être étendue à sa société mère lorsque certaines conditions sont réunies, ou encore l'article L. 553-3 du Code de l'environnement prévoyant que « l'exploitant d'une installation produisant de l'électricité à partir de l'énergie mécanique du vent ou, en cas de défaillance, la société mère est responsable de son démantèlement et de la remise en état du site, dès qu'il est mis fin à l'exploitation, quel que soit le motif de la cessation de l'activité », qui devraient être impérativement applicables chaque fois qu'une atteinte à l'environnement serait survenue en France, quel que soit le siège des sociétés concernées.

<sup>1592</sup> V. not. en ce sens, O. Boskovic, J.-Cl. dr. int., Fasc. 146-40, *préc.*, n°54 ; Rép. dr. européen, V° *Loi applicable aux obligations non contractuelles (Matières civile et commerciale)*, n°67, et faisant référence aux « intérêts gouvernementaux », H. Muir Watt, « Rome II et les intérêts gouvernementaux : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.) *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008.

<sup>1593</sup> V. l'art. 14 du règlement Rome II et l'art. 3 du règlement Rome I. V. d'ailleurs, mettant en avant les difficultés que ce maintien du choix de loi applicable devrait susciter concernant la règle de conflits applicables pour les instruments financiers, P. Lagarde et A. Tenenbaum, RCDIP 2008, n°25.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**377.** L'observation du système consacré vis-à-vis des clauses de prorogation de for à la lueur des solutions du droit positif a permis de déterminer sa portée et d'identifier les hypothèses dans lesquelles il nécessite la mise en place d'un correctif. Dans un contexte où le système libéral ne fait que *favoriser* la mobilité juridictionnelle des parties, toujours rendue possible par la concurrence des compétences étatiques, l'analyse a permis d'acquérir une vision plus objective sur les conséquences du maintien du jeu normal des règles de compétence juridictionnelle en présence de lois de police. Elle a permis de mettre en lumière l'opportunité qu'il y aurait de mettre en place une solution dérogatoire permettant de protéger les lois de police dans leur for d'origine.

**378.** Cette analyse a permis de révéler que la perte d'impérativité des lois de police dans les rapports internationaux n'est pas absolue et apparaît parfois évitée ou atténuée grâce aux solutions consacrées sur le plan des conflits de juridictions ou des conflits de lois.

D'une part, il a été possible de déceler qu'en dépit du principe d'indépendance des règles de compétence juridictionnelle et législative qui règne en droit international privé contemporain, et l'indifférence apparemment absolue qui caractérise les rapports entre les lois de police et le droit de la compétence juridictionnelle, certaines lois de police apparaissent protégées par le système de compétence juridictionnelle. Il en est ainsi de celles qui bénéficient de l'existence d'un chef de compétence juridictionnelle indérogeable corrélé des juridictions de leur ordre juridique d'origine.

**379.** Cette corrélation peut être découverte à travers les chefs de compétence juridictionnelle exclusifs établis en matière patrimoniale en droit français et dans les instruments européens. Elle apparaît, également, à l'analyse des chefs de compétence consacrés dans les matières extrapatrimoniales, fondés sur le rattachement à la résidence habituelle, qui sont entièrement soustraits de la volonté des parties. Ils correspondent à des hypothèses dans lesquelles les lois de police interviennent de manière extrêmement fréquente et systématique sur le fondement d'un rattachement toujours identique, et assurent le maintien absolu du contentieux devant les juridictions du for d'origine des lois de police. Celles-ci apparaissent ainsi absolument respectées dans les rapports internationaux.

D'une manière moins absolue et systématique, les régimes dérogatoires de licéité des clauses de prorogation de for, étatique ou arbitral, consacrés dans les matières mettant en cause les parties faibles, en matière de contrats de consommation et de contrats de travail, peuvent également assurer dans une certaine mesure le maintien de la compétence juridictionnelle des tribunaux de l'ordre juridique dont émane la loi de police. Cette corrélation, néanmoins, est soumise à la volonté de la partie faible demanderesse, et peut être écartée si celle-ci décide de saisir une autre juridiction. La protection de ces lois de police, affectées à un objectif de protection de la partie faible, apparaît alors placée dans la dépendance de leurs destinataires et, pour cette raison, aléatoire.

Ces hypothèses révèlent que le droit de la compétence juridictionnelle peut en pratique intervenir au soutien de la protection des lois de police. Cette protection peut être déduite de l'identité des rattachements utilisés pour fonder la compétence juridictionnelle et l'application des lois de police. Elle n'est décelable qu'à travers une analyse de détail des solutions consacrées sur le plan des conflits de lois et des conflits de juridictions. Le droit de la compétence juridictionnelle vient alors protéger les lois de police en assurant le maintien du contentieux devant les juridictions de leur for d'origine, ou en restreignant les chances d'une expatriation du contentieux.

**380.** Pour les lois de police non protégées par le système de compétence juridictionnelle, une analyse de détail des lois de police, réalisée sur le plan des conflits de lois, a permis de déceler certaines hypothèses dans lesquelles le système consacré en droit positif n'apparaît pas problématique. À l'heure où le « surgissement anarchique »<sup>1594</sup> des lois de police sur le plan des conflits de lois confère à la catégorie de ces dispositions une nature hétérogène, et empêche désormais de rattacher l'ensemble des dispositions qualifiées comme telle à la mise en cause d'un intérêt étatique fondamental, une analyse de détail de ces dispositions est apparue nécessaire pour maintenir la mise en place d'un système de protection dans des limites raisonnables.

L'analyse a permis de dégager des hypothèses dans lesquelles le maintien du système libéral pouvait être maintenu, malgré la perte d'impérativité des lois de police mises en cause qui pourrait en résulter. Il en est ainsi lorsque les dispositions concernées apparaissent en réalité comme de fausses lois de police, détachées de la définition finaliste et fonctionnelle originelle de la notion. Ces dispositions, affectées prioritairement à un objectif de protection

---

<sup>1594</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 105.

des parties faibles ou consacrant un *lex forisme* injustifié, peuvent faire l'objet d'une décorrélation des compétences et se satisfaire du système libéral consacré.

**381.** D'autre part, au sein du cadre européen, il semble également possible de relativiser assez largement la portée des dangers du système libéral consacré pour l'efficacité des politiques législatives impératives. Il en est ainsi dès lors que le développement d'une entente générale des États membres quant aux valeurs à protéger et la prise en charge directe de certaines politiques au niveau européen ont permis conjointement de restreindre l'utilité du recours à la méthode des lois de police dans les rapports entre États membres et à soustraire certaines d'entre elles de la contrainte du facteur contentieux. Dans ce cadre, en effet, le rapprochement des réglementations impératives des États membres assure que l'inapplication des lois de police du for à l'étranger n'entraînera pas d'atteinte grave à la politique législative qu'il poursuit. D'un autre côté, la prise en charge de certaines politiques législatives permet directement la consécration de lois de police « harmonisées » entre les États membres et la consécration de règles de conflits uniformes adaptées, *bilatéralisant* ou *crystallisant* certaines lois de police dont l'application peut être assurée quel que soit le juge de l'État membre saisi.

**382.** En dehors de ces hypothèses, en revanche, il conviendrait d'admettre que les vraies lois de police, qui répondent à la définition restrictive originelle qui en avait été donnée par Francescakis et qui peuvent intégrer la nouvelle définition publiciste formulée dans l'article 9 du règlement Rome I, doivent pouvoir bénéficier d'une impérativité internationale uniforme et réelle sur le plan des conflits de lois et des conflits de juridictions.

À cet égard, le constat que l'indifférence retenue en droit positif vis-à-vis de ces hypothèses de lois de police s'explique en grande partie du fait de l'adoption d'une conception globale et unitaire des lois de police en droit positif, dans un contexte où ces vraies lois de police deviennent pratiquement minoritaires, a conduit à proposer une redéfinition restrictive de la catégorie. Elle permettrait, seule, la consécration d'une solution dérogatoire raisonnable, déduite de l'applicabilité d'une loi de police.

Pour cette raison, des critères et des indices susceptibles de permettre d'identifier les vraies lois de police ont été dégagés. Ces lois de police devraient correspondre à des règles *directement* rattachées à un objectif sociétal macroéconomique, et affectées, à titre principal et prépondérant, à la protection d'un *ordre public de direction collective*. D'un autre côté, la qualification d'une vraie loi de police pourrait également être réalisée au regard de certains indices objectifs, susceptibles de guider l'autorité saisie dans la qualification de cette

disposition. Ainsi, l'intervention nécessaire d'autorités publiques, par exemple, ou l'existence d'une sanction administrative ou pénale dont serait assortie la norme considérée, pourraient également constituer des indices en faveur de la qualification d'une disposition en vraie loi de police.

Entendue ainsi restrictivement et étroitement identifiées, les vraies lois de police pourraient bénéficier d'une solution dérogatoire dans le cadre des conflits de juridictions.



## **CHAPITRE II : PROPOSITION D'ÉVOLUTION**

**383.** Face aux risques de violation de certaines vraies lois de police touchant à un intérêt étatique fondamental engendré par le système libéral actuel, une évolution des solutions doit être envisagée. Les correctifs qui pourraient être apportés devraient permettre d'apporter une réponse à la perte d'impérativité que connaissent inévitablement ces dispositions devant les fors étrangers.

Du point de vue du for d'origine de ces dispositions, la mise en place d'une solution impliquerait que celui-ci admette de lever l'indifférence *par principe* retenue vis-à-vis des lois de police dans les conflits de juridictions, pour tenir compte de la contrainte induite par la mobilité interjuridictionnelle des parties sur la mise en œuvre des lois de police et adapter en conséquence les règles qui y sont consacrées.

**384.** La perte d'impérativité que connaissent les lois de police dans le système consacré résulte de la décorrélation des compétences juridictionnelles et législatives rendue possible et même favorisée par le maintien de la concurrence normale des compétences étatiques et du principe d'efficacité des clauses de prorogation de for. Dès lors, la solution susceptible d'apporter la protection la plus efficace des lois de police du for semblerait être d'empêcher l'expatriation du contentieux chaque fois qu'une loi de police serait applicable au fond du litige. Une telle solution assurerait ainsi le lien entre *forum* et *jus*, seul susceptible d'assurer l'application certaine et nécessaire de la disposition concernée. Il s'agirait de prolonger l'absence de coordination existant quant à la mise en œuvre des lois de police sur le fond, par une fermeture exceptionnelle de l'ordre juridique du for sur le plan des conflits de juridictions.

Elle consacrerait un repli du for sur lui-même, qui refuserait toute compétence juridictionnelle étrangère concurrente et nierait toute internationalisation du contentieux. Elle reposerait sur l'idée que la circonstance que, du point de vue d'un Etat donné, la matière litigieuse soit interne au sens du conflit de lois, à raison de l'applicabilité d'une vraie loi de police au fond du litige, justifie d'imposer la résolution du litige par ses seules juridictions<sup>1595</sup>.

---

<sup>1595</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 98.

**385.** Bien qu'*a priori* particulièrement efficace pour assurer le respect international des lois de police, la mise en place d'une telle solution, néanmoins, appelle des précautions particulières.

En imposant la résolution du litige devant les juridictions de l'ordre juridique d'origine des lois de police, elle écarte parallèlement la mobilité interjuridictionnelle des parties et paraît nécessairement incompatible avec la poursuite de la politique libérale poursuivie en droit international privé contemporain, qu'appellent le développement du commerce international et le respect des intérêts des parties.

Reposant, d'un autre côté, sur le principe d'une attraction qu'exercerait la loi de police applicable sur la compétence des juridictions de son ordre juridique d'origine, elle semble heurter de front le principe de séparation des conflits de lois et de juridictions, pourtant considéré comme le « fondement même de la conception actuelle du droit international privé »<sup>1596</sup>. et appelle nécessairement des justifications particulières.

**386.** Limitée à des hypothèses exceptionnelles, dans lesquelles l'importance des intérêts étatiques mis en cause à travers la loi de police applicable justifierait de reconnaître la *prépondérance* de l'ordre juridique d'origine de ces dispositions pour faire valoir son point de vue, la consécration d'un chef de compétence juridictionnelle fondé sur l'applicabilité d'une loi de police semblerait en revanche opportune. Elle pourrait permettre d'assurer un *rééquilibrage* des rapports entre la volonté individuelle et les impérativités<sup>1597</sup> ainsi qu'une *articulation harmonieuse* entre le respect des intérêts étatiques et la poursuite d'une politique libérale.

Elle apparaît également tout à fait envisageable. Elle semble d'ailleurs avoir été largement admise par le passé et apparaît aujourd'hui implicitement consacrée, de manière systématique ou ponctuelle. La solution n'apparaîtrait dès lors ni réellement nouvelle, ni révolutionnaire, et ne ferait que consacrer explicitement et en termes généraux une solution en réalité déjà préexistante.

Pour ces raisons, il convient d'envisager la consécration de cette règle de compétence corrélée à l'applicabilité d'une loi de police (SECTION I), puis le régime de cette règle de compétence (SECTION II).

---

<sup>1596</sup> H. Batiffol, *Traité élémentaire de droit international privé*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1955, n°682.

<sup>1597</sup> V. D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 556 et s.

## **SECTION I : CONSÉCRATION D'UNE RÈGLE DE COMPÉTENCE FONDÉE SUR L'APPLICABILITÉ D'UNE LOI DE POLICE**

**387.** Le caractère brutal du refus d'internationalisation qu'exprime la solution consistant à consacrer un chef de compétence corrélé à l'applicabilité d'une loi de police impose de vérifier que cette solution apparaît comme la seule qui soit réellement efficace pour préserver l'impérativité des lois de police dans les conflits de juridictions. Son opportunité doit dès lors être appréciée au regard de l'insuffisance que présenteraient, à cet égard, des solutions moins extrêmes, évitant au for de fermer absolument ses frontières étatiques (I). Compte tenu, d'autre part, des objections qui sont généralement formulées à l'encontre d'une telle possibilité, il conviendra de vérifier son caractère admissible, au regard des solutions généralement admises en droit international privé contemporain (II).

### **I- Mise en place opportune d'un chef de compétence corrélée**

**388.** Face à l'importance des considérations qui interviennent, en droit positif, pour justifier la faveur faite à la mobilité interjuridictionnelle des parties, la mise en place de solutions intervenant sur le plan des conflits de juridictions, permettant d'assurer le respect des lois de police du for tout en permettant de maintenir une ouverture des frontières étatiques, pourrait apparaître opportune. Elles constitueraient des solutions médianes, intervenant à l'un ou l'autre de ces stades de l'instance, pour assurer le maintien de l'impérativité des lois de police du for malgré l'admission des clauses de prorogation de for ou rétablir postérieurement l'impérativité des lois de police qui auraient été ignorées à l'étranger.

Elles prendraient alors la forme d'atténuations ponctuelles du libéralisme consacré, susceptibles d'être mises en œuvre en amont ou en aval de la résolution du contentieux à l'étranger. Elles signifieraient, du point de vue du for, que celui-ci admet de confier l'application de ses dispositions à une autorité juridictionnelle étrangère, mais se réserve la possibilité de vérifier, au cas concret, que l'expatriation du contentieux n'entraîne pas une violation de ses lois de police.

**389.** L'analyse des voies médianes susceptibles d'être consacrées ou qui ont pu être mises en œuvre au stade du contentieux de l'*exequatur* (A), comme au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle (B), révèle cependant qu'elles sont insuffisantes pour assurer le respect effectif des intérêts étatiques fondamentaux qui seraient mis en cause. Elle fait

apparaître ainsi l'opportunité que présente la mise en place d'un chef de compétence juridictionnelle corrélé à l'applicabilité d'une loi de police.

### **A) Insuffisance d'une restauration du contrôle des lois de police au stade de l'exequatur**

**390.** Au stade de l'instance indirecte, la *voie médiane* susceptible d'être utilisée pour préserver l'efficacité internationale des politiques législatives étatiques pourrait prendre la forme d'un renforcement exceptionnel des contrôles réalisés sur les jugements étrangers et les sentences arbitrales (1). Cette solution, opportune pour permettre au for de sanctionner *a posteriori* la violation de ses lois de police, ne peut néanmoins constituer une solution générale adéquate de protection des impérativités substantielles dans les conflits de juridictions (2).

#### 1-Protection *in extremis* des impérativités

**391.** Susceptible de prendre la forme d'une *réserve naturelle* implicite, le blocage des jugements étrangers consacrant la violation d'une loi de police, encore possible malgré des apparences contraires (a), apparaît occasionnellement consacré par les tribunaux français (b).

#### a) Moyens disponibles

**392.** En dépit de l'impression que laissent les solutions explicites consacrées en droit positif, la possibilité, pour le juge français, de refuser l'efficacité des jugements étrangers ou des sentences arbitrales qui consacraient la violation d'une loi de police française semble encore concevable. Il en est ainsi, en particulier, dans le cadre de l'application du droit français, dès lors qu'il se voit conférer une marge de manœuvre importante pour déterminer la portée à donner aux conditions de régularité prévues et évaluer la profondeur du contrôle nécessaire à leur mise en œuvre. Prédite par certains auteurs au lendemain de l'arrêt *Cornelissen*<sup>1598</sup>, l'existence d'une *réserve naturelle* résulterait de l'attachement de l'État français au respect de ses intérêts et apparaîtrait inéluctable malgré le libéralisme apparent des solutions consacrées. Il a été dit, en effet, qu'il « serait pour le moins paradoxal qu'elle soit

---

<sup>1598</sup> V. not., B. Ancel et H. Muir Watt, « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, chronique d'une séparation », in *Liber Amicorum H. Gaudemet-Tallon*, p. 135 et s. ; L. d'Avout et S. Bollée, « L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers », *Dalloz* 2007 p.1115, et rappelant son existence après l'arrêt *Monster Cable*, L. d'Avout, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, JCP G., n° 47, 19 novembre 2008, II 10187.

négligée et il serait sans doute bien aventuré de ne lire qu'une capitulation dans l'arrêt *Cornelissen* »<sup>1599</sup>.

L'existence d'une telle réserve implicite pourrait alors conduire à la fois à relativiser les dangers du système consacré sur le plan des conflits de juridictions et à relever, dans une certaine mesure, l'hypocrisie des solutions exprimées. Les apparences seraient celles d'un régime extrêmement libéral, envoyant aux parties le signal qu'elles peuvent avoir la maîtrise des impérativités étatiques, alors que l'État conserverait en réalité toujours une « ligne de défense »<sup>1600</sup> suffisante pour assurer le respect d'intérêts qu'il considère comme réellement fondamentaux.

**393.** Cette défense pourrait alors résulter de la mise en œuvre de procédés exceptionnels, éventuellement informels et implicites, prenant la forme d'une *instrumentalisation* des conditions de régularité existantes ou consacrant la mise en œuvre exceptionnelle d'un contrôle de la conformité à la loi appliquée<sup>1601</sup>.

Cette dernière solution pourrait être admise en droit français sans procéder à un *retour en arrière*<sup>1602</sup>, dans la mesure où l'on interpréterait de manière restrictive l'interdiction consacrée dans l'arrêt *Cornelissen*<sup>1603</sup>. En l'absence de référence faite par la Cour à la *nature* de la loi appliquée, il s'agirait de considérer que, la loi de police n'étant pas désignée par la règle de conflits de lois mais se voulant unilatéralement applicable, elle pourrait échapper à l'exclusion consacrée<sup>1604</sup>. Sous cet angle, le contrôle de la loi appliquée ne serait dès lors pas supprimé mais simplement restreint : ce qui serait prohibé serait simplement de refuser *par principe* de reconnaître l'efficacité d'un jugement étranger n'ayant pas appliqué la règle de conflit du for, mais le contrôle pourrait être maintenu dans l'hypothèse exceptionnelle où une loi de police française serait applicable au fond du litige<sup>1605</sup>.

---

<sup>1599</sup> B. Ancel et H. Muir Watt, *art. préc.*, p. 135, n° 22.

<sup>1600</sup> L. d'Avout et S. Bollée, *note préc.*

<sup>1601</sup> V. sur les contours de cette condition, *supra*, n° 122 et s.

<sup>1602</sup> V. *contra*, considérant que ceci reviendrait à ce que la Cour de cassation fasse « machine arrière », A. Huet, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, *préc.*, Dalloz 2009, p. 684 et s.

<sup>1603</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, *Cornelissen*, 20 février 2007, *préc.*

<sup>1604</sup> V. en ce sens, P. Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, n° 89, mais *contra*, H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger et S. Symeonides (eds), *Convergence and Divergence*, in *PIL - Liber Amicorum Kurt Siehr*, Pays-Bas, 2010, Eleven International Publ. p. 707 et s., spéc., p. 720, et considérant qu'une telle solution serait difficilement envisageable, H. Muir Watt et D. Bureau, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p. 1 et s., n° 15.

<sup>1605</sup> V. favorables à une telle solution, not. M.-L. Niboyet, « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte », *Gaz. Pal* 2007, p. 1387 et s., spéc. p. 1389 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 404 ; L. d'Avout et S. Bollée, *L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers*, p. 1115 et s., spéc., p. 1118 ; B. Audit, « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'article 15 du Code civil », *Dalloz* 2006. Chron. 1846, spéc. 1852 ; M.-N. Jobard-Bachellet et F.-X. Train, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Clunet* 2009, comm. 11.

**394.** En dehors d'une telle hypothèse la restauration d'un contrôle informel du respect des lois de police à l'étranger pourrait reposer sur l'instrumentalisation de la condition de l'absence de fraude<sup>1606</sup>, dans la mesure où elle ferait l'objet d'une « conception maximale »<sup>1607</sup>.

À cet égard, néanmoins, nous avons vu les difficultés que présente sa mise en œuvre en droit positif, qui l'empêchent de compenser, en elle-même l'absence de contrôle de la loi appliquée et d'assurer l'efficacité du *second look*. Sa restauration devrait, dès lors, imposer que soient dégagées, au préalable, des directives plus précises quant à l'évaluation de l'intention frauduleuse des parties vis-à-vis du contournement des lois de police<sup>1608</sup>.

**395.** De manière plus directe, la restauration du contrôle des lois de police pourrait encore être assurée par le biais de la condition de la conformité à l'ordre public, que son caractère subjectif rend facilement modulable. En dépit de la conception en principe *minimaliste* du contrôle qui est retenue en droit positif<sup>1609</sup>, le juge saisi, utilisant la marge de manœuvre qu'il possède pour déterminer le contenu de l'ordre public, pourrait assez facilement adapter sa mise en œuvre en considération du résultat qu'il souhaite atteindre sur le plan de la reconnaissance ou de l'efficacité d'un jugement étranger ou d'une sentence arbitrale. Il assurerait ainsi un contrôle implicite ou informel du respect des impérativités françaises dans les jugements étrangers, grâce à la restauration d'une certaine consistance du contrôle opéré<sup>1610</sup>.

Ce renforcement pourrait alors être mis en œuvre sans justification spécifique autre que l'importance des intérêts à protéger, ou reposer sur un recours à *l'ordre public de proximité*<sup>1611</sup>. Ce mécanisme, en effet, utilisé comme un contrepoids à *l'effet atténué* de l'ordre public au stade indirect<sup>1612</sup>, peut justifier une levée ponctuelle du sacrifice consenti par l'ordre juridique du for quant au respect de ses valeurs ou principes fondamentaux, lorsque la situation présente des liens avec lui. Il apparaît comme une exception au principe de non-

---

<sup>1606</sup> V. *supra*, n° 136 et s.

<sup>1607</sup> P. Chevalier, « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères », RCDIP 2014, p. 1 et s., § 2.3.

<sup>1608</sup> V. sur ces difficultés, *supra*, n° 150 et s.

<sup>1609</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 189 et s.

<sup>1610</sup> V. d'ailleurs, en ce sens, Ch. Seraglini, note sous CA Paris, 14 juin 2001, *SA Compagnie commerciale André c/ SA Tradigrain France*, Rev. arb. 2001, p. 773 et s. p. 799, qui a déclaré, à propos de l'efficacité des sentences arbitrales, qu'« en matière d'ordre public, on ne peut en effet s'en tenir aux apparences. [...] au-delà d'un discours le plus souvent rassurant et bienveillant à l'égard des arbitres, les juges semblent finalement plutôt attachés à un contrôle renforcé ».

<sup>1611</sup> V. sur ce mécanisme, not., P. Courbe, « L'ordre public de proximité », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz 2005, p. 227 et s. ; N. Joubert, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2007 ; préf. P. Lagarde ; L. Gannagé, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », TDFDIP 2006-2008, p. 205, et s. ; A. Sinay-Cytermann, « Les tendances actuelles de l'ordre public international », in *Les relations privées internationales*, in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 635 et s.

<sup>1612</sup> V. sur l'ordre public atténué, *supra*, n° 184 et s.

intervention de l'ordre public, laissée à la disposition du juge saisi, qui bénéficie d'une marge de manœuvre importante pour apprécier la réalité du lien établi<sup>1613</sup>.

À cet égard, la nouvelle référence faite par les juridictions françaises à la notion de « principes essentiels »<sup>1614</sup>, comme « notion centrale pour délimiter la teneur d'un certain noyau dur de principes [...] auxquels l'ordre juridique français n'acceptera en aucun cas de renoncer, même face à un droit valablement acquis à l'étranger »<sup>1615</sup>, pourrait d'ailleurs favoriser cet élargissement de l'ordre public dans de telles hypothèses. Il en est ainsi dès lors qu'elle apparaît moins stricte que l'ancienne formulation consacrée par l'arrêt *Lautour*<sup>1616</sup> et semble consacrer un déplacement du contenu de l'ordre public au profit de principes nationaux qui, bien que non absolument et unanimement reconnus, façonneraient l'ordre juridique français. Elle semble apparaître, au-delà, comme le fondement d'un rétablissement de l'ordre public dans son effet *plein*, en dehors même de toute utilisation du mécanisme de *l'ordre public de proximité*<sup>1617</sup>, ce que semblent confirmer les arrêts rendus récemment par les juridictions françaises<sup>1618</sup>.

#### b) Moyens utilisés

**396.** L'existence d'une telle réserve de l'ordre juridique français pour assurer le respect des impérativités substantielles au stade du contentieux de l'*exequatur* peut être décelée à la lueur de différents arrêts rendus, qui révèlent la propension des juges français à restaurer *in extremis* une sanction des jugements étrangers portant atteinte à leur loi de police en dépit du libéralisme expressément consacré.

Le renforcement du contrôle opéré au stade du contentieux de l'*exequatur* semble avoir été consacré d'une manière particulièrement nette dans des affaires récentes relatives à

---

<sup>1613</sup> V. not. faisant une utilisation particulièrement souple de l'ordre public de proximité, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 octobre 2009, RCDIP 2010, p. 361, note N. Joubert.

<sup>1614</sup> La formulation a été inaugurée par la Cour de cassation dans l'arrêt Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, Dalloz 2010, p. 1787, obs. I. Gallmeister ; AJ famille 2010, p. 387, obs. A. Mirkovic, obs. B. Haftel ; RDSS 2010. 1128, note C. Neirinck ; RTD civ. 2010. 547, obs. J. Hauser ; RCDIP 2010, p. 747, note P. Hammje ; JCP 2010. 1173, note H. Fulchiron ; Clunet 2011, comm. 4, note S. Bollée ; Dr. fam. 2010, n° 156, note M. Farge ; AJ fam. 2010, p. 389, note Mécaray ; Gaz. Pal., 2011, n° 254, p. 17, note M. Farge ; LPA 2011, n° 108, p. 5, note E. Kerckhove, et a été assez fréquemment reprise par la suite.

<sup>1615</sup> P. Hammje, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, RCDIP 2011, p. 722 et s.

<sup>1616</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1948, *Lautour*, RCDIP 1949, p. 89, note H. Batiffol ; Dalloz 1948, p. 357, note P. Lerebours-Pigeonnière ; S. 1949. I. 21, note Niboyet ; JCP 1948. II. 4532, note Vasseur, GA, n° 19.

<sup>1617</sup> V. en ce sens, D. Sindres, « Vers la disparition de l'ordre public de proximité ? », Clunet 2012, p. 887 et s.

<sup>1618</sup> V. not. ne faisant pas référence à l'ordre public de proximité pour réactiver le contrôle de l'ordre public, outre les exemples qui seront cités au paragraphe suivant, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 novembre 2010, Dalloz 2010, p. 2649 ; AJ fam. 2011, p. 46, obs. A. Boiché ; RTD civ. 2011, p. 115, obs. J. Hauser ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2012 (2 arrêts), Dalloz actualité, 18 juin 2012, obs. Marrocchella ; Dalloz 2012, p. 1992, obs. I. Gallmeister, note Vigneau ; AJ fam. 2012, p. 397, obs. B. Haftel, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RTD civ. 2012, p. 522, obs. J. Hauser ; JCP 2010. Actu. 809, obs. A. Devers, et 1173, note H. Fulchiron ; Dr. fam. 2010. Comm. 156, note M. Farge ; AJ fam. 2012, p. 397, *préc* ; JCP 2012, p. 728, obs. Devers et 857 note Chénéde (remis cependant en cause par l'entrée en vigueur de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux personnes de même sexe et leur reconnaissant le droit à l'adoption).

la gestation pour autrui. Ainsi, les juridictions françaises ont pu sanctionner la violation des articles 16-7 et 16-9 du Code civil, en se fondant successivement sur le contrôle de la conformité à l'ordre public et de l'absence de fraude.

**397.** Sur le fondement du contrôle de l'ordre public, les juridictions françaises refusèrent, dans deux affaires<sup>1619</sup>, de reconnaître les actes d'état civil établis aux États-Unis, d'enfants nés par le biais d'une convention de mère porteuse conclue par un couple français résidant en France, et qui les désignaient comme père et mère légaux de l'enfant.

Dans l'affaire *Mennesson*, la question avait directement trait à l'obtention de la transcription de l'acte étranger d'état civil dans les registres français. La transcription opérée en France avait été immédiatement suivie d'une assignation des époux en annulation de cette transcription au nom de l'intérêt général. Un arrêt confirmatif de la Cour d'appel de Paris<sup>1620</sup> ayant déclaré irrecevable l'action du ministère public « au regard de l'ordre public international » avait par la suite été annulé par la Cour de cassation<sup>1621</sup>. La Cour d'appel de renvoi<sup>1622</sup>, statuant sur le fond, prononça par la suite l'annulation de la transcription des actes d'état civil pour contrariété à l'ordre public international, en ce qu'ils validaient indirectement la convention de gestation pour autrui, ce que confirma la Cour de cassation<sup>1623</sup>.

Dans l'affaire *Labassée*, alors que les époux avaient obtenu en France un acte de notoriété établissant la possession d'état, la Cour d'appel<sup>1624</sup> puis la Cour de cassation<sup>1625</sup>

---

<sup>1619</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011 (n° 09-17.130, *Labassée*) (10-19.053, *Mennesson*), Dalloz 2011, p. 1522, note Berthiau et Brunet ; Dalloz 2011, p. 1001, édito, F. Rome ; Dalloz 2011, p. 1064, entretien X. Labbée ; Dalloz 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; Dalloz 2011, p. 1995, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; Dalloz 2012, p. 308, spéc. p.320, obs. Galloux ; Dalloz 2012, p. 1033, obs. Douchy-Oudot ; Dalloz 2012, p. 1228, obs. Gaudemet-Tallon et Jault-Seseke ; AJ fam. 2011, p. 262, obs. B. Haftel ; AJ fam. 2011, p. 266, interview M. Domingo ; AJCT 2011, p. 301, obs. C. Siffrein-Blanc ; RTD civ. 2011, p. 340, obs. J. Hauser ; RCDIP 2011, p. 722, note Hammje. V. également, C. Neirinck, « À propos de l'affaire Mennesson », Dr. fam. 2011, repère 4, et « La gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et l'état civil français de l'enfant qui en est né », Dr. fam. 2011, étude 14 ; F. Vialla et M. Reynier, « Pour le droit positif français, Ismaël n'est pas Isaac ! À propos des arrêts de la Cour de cassation du 6 avril 2011 », JCP G 2011, 441 ; S. Bollée, « La gestation pour autrui en droit international privé », TCFDIP 2012-2014, p. 215 et s.

<sup>1620</sup> CA Paris, 25 octobre 2007, Dalloz 2007, AJ 2953, obs. F. Luxembourg ; Clunet 2008, p. 145, note G. Cuniberti ; Dalloz 2008, p. 1508, note F. Jault-Seseke ; RTD civ. 2008, p. 93, note J. Hauser ; AJ fam. 2007, 478, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2008, 93, obs. J. Hauser.

<sup>1621</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 2008, *Ministère public c/ époux X.*, JCP G 2009, II, 10021, p. 39, note L. d'Avout ; Dalloz 2009, p. 340, note L. Brunet et avis de D. Sarcelet ; RTD civ. 2009, p. 106, obs. J. Hauser ; RCDIP 2009, p. 320, note P. Lagarde ; Dr. fam. 2009, comm. 15, note Murat ; JCP 2009, II, 10020, note A. Mirkovic ; Dalloz 2009, 166, obs. Egéa ; p.332, avis Sarcelet ; p. 340, note Brunet ; AJ fam. 2009, p. 81, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2009, p. 106, obs. J. Hauser ; Clunet 2009, p. 9, note Bollée ; AJ fam. 2007, p. 478, obs. F. Chénéde ; RTD civ. 2008, p. 93, obs. J. Hauser ; Dalloz 2008, p.1371, obs. Granet-Lambrechts ; p. 1435, obs. Gaumont-Prat ; Clunet 2008, p. 145, obs. Cuniberti ; Gaz. Pal. 29 janv. 2008, n° 29, note La Pradelle ; JCP G 2009, II, 10021, p. 39, note L. d'Avout. La Cour ne s'était pas directement prononcée sur le fond de l'affaire, mais simplement sur la recevabilité de cette action. La solution laissait néanmoins déjà très largement entrevoir sa position sur le refus de reconnaître la validité des actes de naissance établis aux États-Unis.

<sup>1622</sup> CA Paris, 18 mars 2010, Dalloz 2010, p. 1210, obs. V. Egéa ; p. 1683, note G. de La Pradelle ; p. 1904, obs. A. Gouttenoire et P. Bonfils ; AJ Fam. 2010, p. 233, obs. F. Chénéde ; p. 147, édito. V. Avena-Roberdet ; RTD civ. 2010, p. 317, obs. J. Hauser.

<sup>1623</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, n° 10-19.053, *préc.*

<sup>1624</sup> CA Douai, 14 septembre 2009, n° 07/02201, Dalloz 2009, p. 2845 note A. Mirkovic ; RTD civ. 2010, p.96, obs. J. Hauser.



refusèrent leur transcription sur les registres français et l'établissement de la filiation qui en découlait, motif pris de l'illicéité de la convention de gestation pour autrui sur laquelle ils étaient fondés.

Dans ses deux décisions, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en énonçant qu'« en l'état du droit positif, il est contraire au principe de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe essentiel du droit français, de faire produire effet, au regard de la filiation, à une convention portant sur la gestation pour le compte d'autrui, qui, fût-elle licite à l'étranger, est nulle d'une nullité d'ordre public aux termes des articles 16-7 et 16-9 du Code civil ». Elle consacrait ainsi la nullité de la convention conclue aux États-Unis et empêchait la gestation pour autrui de produire des effets sur le territoire français.

Face à la violation du « principe essentiel »<sup>1626</sup> de l'indisponibilité de l'état des personnes<sup>1627</sup>, auquel se rattache l'interdiction du recours à la gestation pour autrui<sup>1628</sup>, les juges ont fait une application particulièrement rigoureuse du contrôle de l'ordre public. Alors même que le recours à son effet atténué aurait pu être justifié du fait de la *crystallisation* de la situation dans l'ordre juridique américain<sup>1629</sup>, celui-ci a été mis en œuvre dans son plein effet, sans que ne joue aucun « mécanisme de relativisation »<sup>1630</sup>. Tout tempérament susceptible de résulter de « considérations de fond tenant à la primauté des droits fondamentaux »<sup>1631</sup> avait également été écarté par les juridictions françaises, qui avaient affirmé de manière expéditive, et sans apporter de réelles justifications, que ces exigences se trouvaient respectées<sup>1632</sup>. La solution consacrée semble alors reposer sur un *forçage* du contrôle de l'ordre public, en marge des limitations très importantes dans lesquelles est en principe enfermée sa mise en œuvre.

---

<sup>1625</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, *Labassée*, n° 09-17.130

<sup>1626</sup> La Cour reprend, en effet, dans ces arrêts, la formulation dégagée dans l'arrêt Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juillet 2010, *préc.*

<sup>1627</sup> La référence à ce principe renvoie directement à l'arrêt de l'assemblée plénière du 31 mai 1991, Dalloz 1991, p. 381, obs. J.-L. Aubert ; p. 417, rapp. Y. Chartier et note D. Thouvenin ; Dalloz 1992, p. 59, obs. F. Dekeuwer-Defossez ; GAJC 12 éd., 2007, n° 50 ; RCDIP 1991, p. 711, note C. Labrusse-Riou ; RTD civ. 1991, p. 517, obs. D. Huet-Weiller ; RTD civ. 1992, p. 88, obs. J. Mestre et 489, étude M. Gobert ; JCP 1991. II. 21752, concl. Dontenwille et obs. F. Terré, qui avait utilisé ce fondement pour mettre un terme à la pratique des mères porteuses en France.

<sup>1628</sup> V. la question du rattachement du principe ici mis en cause de l'indisponibilité de l'état des personnes à l'ordre public international, L. Brunet, « Un arrêt en trompe-l'œil sur la gestation pour autrui : retour du droit ou recul de la raison juridique ? », Dalloz 2009, p. 340 et s, voir également, G. Cuniberti, note sous CA Paris, 25 octobre 2007, Clunet 2008, p. 145, et mettant en avant le fait qu'il n'est consacré dans aucune norme fondamentale interne ou internationale, C. Neirinck, Dr. Fam., mai 2011, étude 14, spéc., n° 8.

<sup>1629</sup> V. mettant en avant le fait que la situation semblait présenter des rattachements forts avec l'ordre juridique américain, « avec lequel elle [entretenait] des liens effectifs et avec l'appui des autorités duquel elle [avait] été constituée licitement », P. Hammje, RCDIP 2011, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, *préc.*

<sup>1630</sup> P. Lagarde, *préc.* 2009, p. 320, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 2008.

<sup>1631</sup> P. Hammje, *préc.*

<sup>1632</sup> Quant au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant issu de l'art. 3 §1 de la Convention internationale des droits de l'enfant, la Cour de cassation énonce que le refus de reconnaissance de la décision américaine « ne prive pas les enfants de la filiation maternelle et paternelle que le droit californien leur reconnaît ». Elle « neutralise », d'autre part, également le recours à l'art. 8 de la CEDH relatif au respect du droit à une vie familiale en déclarant que la non-reconnaissance de l'état civil des enfants ne les empêche pas de pouvoir vivre avec leurs « parents » en France, et ne les prive pas de la filiation établie aux États-Unis (comp. avec la motivation de certaines décisions européennes, par exemple, CEDH, 21 décembre 2010, *Chavdarov c/ Bulgarie*, dans lequel la Cour énonce que le droit au respect de la vie familiale n'impose pas de reconnaître la paternité juridique du père biologique dès lors que l'absence de statut légal « n'empêche pas celui-ci de vivre avec les enfants »).

Elle reflète la résistance dont sont susceptibles de faire preuve les juridictions françaises à l'encontre d'institutions étrangères portant atteinte à un principe jugé particulièrement fondamental de l'ordre juridique français<sup>1633</sup>, et pourrait se généraliser en dépit des solutions libérales en principe consacrées.

**398.** Durcissant et élargissant encore davantage le champ de la prohibition, les juridictions françaises ont par la suite confirmé cette opposition farouche à l'encontre de la reconnaissance des effets de conventions de mères porteuses réalisées à l'étranger sur le territoire français, en se fondant sur le contrôle de l'absence de fraude. Il en fut ainsi dans des affaires qui mettaient en cause la transcription sur les registres français d'actes d'état civil établis en Inde, où avait été pratiquée une gestation pour autrui, indiquant comme parents le père et la mère biologiques de l'enfant<sup>1634</sup>. La Cour avait alors réaffirmé la nullité des conventions de mères porteuses au nom du caractère d'ordre public du principe d'indisponibilité du corps humain, duquel elle avait déduit l'existence d'une fraude à la loi française faisant obstacle à la transcription des actes étrangers. Or, la fraude a été envisagée dans un sens particulièrement large au regard de l'ensemble de la situation, sous l'angle du « processus d'ensemble » dont la naissance de l'enfant constituerait l'aboutissement, et a été détachée de la prise en compte des éléments objectifs sur laquelle elle est en principe fondée<sup>1635</sup>.

Une telle réserve des juridictions françaises face à l'intrusion d'institutions étrangères consacrant une violation des lois de police semble néanmoins insusceptible de constituer une *voie médiane* réellement satisfaisante pour assurer l'efficacité des politiques législatives impératives dans les rapports internationaux.

---

<sup>1633</sup> Cette prohibition, d'ailleurs, a été maintenue par la loi du 7 juillet 2011, malgré une proposition du Sénat visant à légaliser dans de strictes conditions cette pratique. V. Sénat, *Rapport d'information du groupe de travail sur la maternité pour autrui, au nom de la commission des Affaires sociales et de la commission des lois*, présenté par M. André et H. de Richemont, 25 juin 2008.

<sup>1634</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, deux arrêts, n° 12-18.315 et 12-30.138, Dalloz 2013, p. 2383 ; *ibid.*, p. 2349, chron. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.*, p. 2377, avis C. Petit ; *ibid.*, p. 2384, note M. Fabre-Magnan ; Dalloz 2014, p. 689, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.*, p. 1059, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; *ibid.*, p. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.*, p. 1516, obs. N. Jacquinet et A. Mangiavillano ; AJ fam. 2013, p. 579, obs. F. Chénéde ; AJCT 2013., p. 517, obs. R. Mésa ; RCDIP 2013, p. 909, note P. Hammje ; RTD civ. 2013, p. 816, obs. J. Hauser ; Clunet 2014, comm. 1, note J. Guillaumé. Et voir déjà, antérieurement, CA Rennes, 10 janvier 2012, Dalloz 2012, p. 1436, obs. F. Granet-Lambrechts ; Dr. fam. 2012, Comm. 67, obs. C. Neirinck, et postérieurement, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 2014, AJ fam. 2014, p. 244, note F. Chénéde ; Dalloz 2014, p. 905, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; *ibid.*, p. 1171, obs. F. Granet-Lambrechts, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire ; Dalloz 2015, p. 649, obs. M. Douchy-Oudot ; *ibid.*, p. 755, obs. J.-C. Galloux ; AJ fam. 2014, p. 244, obs. F. Chénéde ; *ibid.*, p. 211, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RCDIP 2014, p. 619, note S. Bollée ; RTD civ. 2014, p. 330, obs. J. Hauser.

<sup>1635</sup> Pour écarter toute atténuation qu'aurait pu ici aussi justifier la mise en cause de certains droits fondamentaux, la Cour a également précisé que « ni l'intérêt supérieur de l'enfant que garantit l'article 3, § 1, de la Convention internationale des droits de l'enfant, ni le respect de la vie privée et familiale au sens de l'article 8 CEDH ne sauraient être utilement invoqués ».

## 2- Insuffisance du procédé

**399.** Malgré son existence réelle, la réserve maintenue par les tribunaux français au stade du contentieux de l'*exequatur* ne représente qu'une solution très imparfaite pour assurer le respect des impérativités substantielles mises en cause. Alors que sa mise en œuvre apparaît à la fois limitée et délicate (a), elle s'avère aussi inadaptée face au but recherché (b).

### a) Difficultés de mise en œuvre

**400.** Malgré l'importance des considérations mises en cause, la réserve étatique instaurée au stade du contentieux de l'*exequatur* risque néanmoins, en fin de compte, d'être *rattrapée* par le respect imposé de certaines exigences supranationales. Elle semble, en effet, vouée à être empêchée ou *canalisée* du fait de l'incidence des principes et des droits fondamentaux européens. Ceux-ci, sans imposer une « importation directe du point de vue juridique en vigueur au pays étranger »<sup>1636</sup>, devraient imposer au for d'admettre que la situation juridique constituée à l'étranger puisse produire au moins certains effets sur son territoire.

Est particulièrement révélatrice, à cet égard, la condamnation de la France prononcée par la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts *Mennesson* et *Labassée* du 26 juin 2014<sup>1637</sup>, rendus à la suite des arrêts français en matière de gestation pour autrui précédemment mentionnés<sup>1638</sup>. Sur le fondement de l'article 8 de la Conv. EDH, la Cour a reconnu, en effet, la contrariété des décisions françaises au droit au respect de la vie privée des enfants nés de la convention de mère porteuse<sup>1639</sup>. Tout en rappelant que les États étaient libres quant à leur position vis-à-vis de la gestation pour autrui<sup>1640</sup>, la Cour a remis en cause les *effets* auxquels conduisait le rejet de l'institution dans l'ordre juridique français, c'est-à-dire l'absence de possibilité, pour l'enfant, de faire établir sa filiation<sup>1641</sup>, en particulier à l'égard de leur père biologique<sup>1642</sup>. Or, bien que la solution ne soit pas encore fixée<sup>1643</sup>, une

<sup>1636</sup> L. d'Avout, note sous les arrêts CEDH, 26 juin 2014, Dalloz 2014, p.1806, n° 3.

<sup>1637</sup> CEDH, 26 juin 2014, n° 65191/11, *Mennesson c/ France*, et n° 65941/11, *Labassée c/ France*, RTD civ. 2014, p. 616, obs. J. Hauser et p. 835, obs. J.-P. Marguénaud ; Dalloz 2014, p. 1787, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire, p. 1797, note F. Chénédy ; *ibid.*, p. 1806, note L. d'Avout ; RCDIP 2015, p. 1, note H. Fulchiron et Ch. Bidaud-Garon ; Clunet 2015, p. 429, note D. Sindres ; AJDA 2014, p. 1763, chron. L. Burgorgue-Larsen ; Dalloz 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.* 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; *ibid.* 1056, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; AJ fam. 2014, p. 499, obs. B. Haftel ; *ibid.*, p.396, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; RDSS 2014, p. 887, note C. Bergoignan Esper.

<sup>1638</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 2011, *préc.* et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013, *préc.*

<sup>1639</sup> À cet égard, la Cour fait une nette distinction entre l'atteinte à la vie privée des enfants et à celle des parents, pour lesquels la Cour n'adopte qu'une approche minimaliste, en se contentant d'observer qu'une vie familiale *de fait* avait pu s'établir, indépendamment de l'établissement de la filiation sur un plan strictement juridique.

<sup>1640</sup> § 62 de l'arrêt *Mennesson*, § 54 de l'arrêt *Labassée*, et Rapp., sur la PMA, CEDH, 3 novembre 2011, n° 57813/00, *S. H. et autres c/ Autriche*, Dalloz 2011, p. 2870, et 2012, p. 1230, obs. H. Gaudemet-Tallon ; AJDA 2012, p. 143, chron. L. Burgorgue-Larsen ; AJ fam. 2011, p. 608, obs. A. Mirkovic ; RTD civ. 2012, p. 283, obs. J. P. Marguénaud.

<sup>1641</sup> *Mennesson*, § 99 ; *Labassée*, § 78.

<sup>1642</sup> *Mennesson*, § 100 ; *Labassée*, § 79.

telle solution apparaît en pratique susceptible de conduire, à terme, à réduire considérablement la portée de la prohibition de la gestation pour autrui posée par le droit français, dès lors qu'elle pourrait induire la reconnaissance de ses effets indirects sur le territoire, grâce à la reconnaissance du lien de filiation de l'enfant avec ses parents d'intention au moins sous l'angle d'un pur « fait accompli »<sup>1644</sup>.

**401.** Au-delà, la mise en œuvre de la restauration du contrôle exercé au stade du contentieux de l'*exequatur*, pour assurer le respect des lois de police, présente, dans tous les cas, une certaine incohérence et remet en cause son opportunité. À partir du moment, en effet, où le for a admis l'expatriation du contentieux à l'étranger malgré l'applicabilité d'une loi de police, la mise en place de procédés ultérieurs visant à assurer la restauration de son impérativité et conduisant à bloquer l'efficacité du jugement rendu à l'étranger, outre qu'elle paraît pratiquement insatisfaisante, semble également théoriquement peu compréhensible. Il a effectivement été relevé qu'il serait « contradictoire d'admettre le recours aux juridictions étrangères et de prétendre en même temps que celles-ci appliquent les lois de police du for, et donc de la refuser [la compétence des juridictions étrangères] (en s'opposant à la dérogation ou à la reconnaissance des jugements) chaque fois que ces lois ne sont pas respectées ou qu'il existe un risque qu'elles ne le soient pas »<sup>1645</sup>.

À partir du moment où le for admet, par la reconnaissance de l'efficacité des clauses de prorogation de for, de s'en remettre aux juridictions étrangères pour mettre en œuvre ses lois de police, il donne l'indication qu'il accepte de confier leur mise en œuvre aux fors étrangers. La mise en place d'une réserve étatique visant à assurer que ses lois de police auront fait l'objet d'une application identique à celle qu'elles auraient reçue dans l'ordre juridique du for conduirait, en réalité, à conférer au contrôle de l'*exequatur* un rôle qui n'est pas le sien. Comme le souligne P. Lagarde, en effet, il est inhérent à la notion de reconnaissance des jugements que celle-ci puisse conduire le for à reconnaître des décisions qui n'auraient pas pu être rendues en son sein<sup>1646</sup>. Ceci devrait conduire à voir cette *ligne de*

---

<sup>1643</sup> Depuis les arrêts rendus par la CEDH, la Cour de cassation, saisie d'une demande de transcription d'un acte d'état civil dans le cadre d'un recours à une convention de mère porteuse à l'étranger, s'est fondée sur l'art. 47 du Code civil relatif à la force probante des actes étrangers de l'état civil et a admis qu'un acte de naissance étranger puisse être transcrit sur les registres français d'état civil, dans l'hypothèse où celui-ci serait non falsifié et conforme à la réalité. V. Cass. Ass. plén., 3 juillet 2015, deux arrêts, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, LPA 6 août 2015, n° 156, obs. V. Legrand ; JCP G 2015, 965, note A. Gouttenoire ; Dalloz 2015, p. 1773, obs. D. Sindres et p. 1819, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; A.-M. Frison-Roche, LPA 8 octobre 2015, n° 201. V. aussi, refusant la transcription, CA Rennes, 28 septembre 2015, JCP G 2015, 1086.

<sup>1644</sup> J. Hauser, *note préc.*, RTD civ. 2014, p. 616.

<sup>1645</sup> L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », RCDIP 2003, p. 1 et s., n° 29.

<sup>1646</sup> V. compte rendu de l'ouvrage de W. Wengler, *Die Gestaltung des internationalen Privatrechts der Schuldverträge unter allgemeinen Leitprinzipien*, in RabelsZ, 1983, p. 215, RCDIP 1987, p. 878.

*défense* maintenue par l'ordre juridique français, comme un palliatif voué à être remplacé par une solution explicitement consacrée et plus cohérente. Elle apparaît, au-delà, insatisfaisante quant aux conséquences résultant de sa mise en œuvre.

#### b) Inopportunité de la solution obtenue

**402.** Si la restauration d'un blocage *a posteriori* des décisions étrangères parvenait à traverser les obstacles précédemment décrits, son insuffisance semble encore résulter de la méthode par laquelle elle pourrait permettre d'assurer le respect des lois de police du for. Maintenu implicitement par les juges, en marge des solutions libérales consacrées, cette réserve étatique repose nécessairement sur des fondements variables et indéterminés. Or, ce faisant, elle apparaît à la fois dangereuse en ce qu'elle risque de faire l'objet d'une mise en œuvre excessive, et inopportune du point de vue de l'intérêt des parties.

La restauration d'un contrôle sur les lois de police, en l'absence de reconnaissance explicite et de consécration formelle ou jurisprudentielle clairement établie, ne peut en effet être rattachée que de manière *fictive* aux conditions de régularité existantes et repose sur leur modulation *extensive* de la part du juge saisi<sup>1647</sup>. Dégagé des carcans des lignes directrices posées quant à la mise en œuvre de ces conditions, le contrôle réalisé ne se voit plus enfermé dans aucune limite. La solution repose alors nécessairement sur l'appréciation subjective du juge saisi et pourrait conduire à des résultats excessifs ou inadaptés au regard de ce qu'appelle la protection des lois de police<sup>1648</sup>. Le rattachement des décisions aux conditions de régularité préexistantes apparaît tout théorique, dès lors que celles-ci font en réalité l'objet d'une importante déformation au regard de l'objectif souhaité.

---

<sup>1647</sup> À cet égard, d'ailleurs, alors que l'ordre public de proximité aurait pu *a priori* fonder la restauration du contrôle de l'ordre public au stade du contentieux de l'*exequatur*, il semble paraître en l'espèce inutilisable dès lors que sa mise en œuvre est en principe restreinte au champ des relations familiales. Son utilisation en dehors du statut personnel a pu, en effet, être considérée comme inacceptable. V. en particulier, P. Lagarde, note sous TGI Paris, 23 avril 1979, RCDIP 1980, p. 83, spéc., p. 89. Il apparaîtrait au-delà, dans tous les cas ici, inadapté, dès lors qu'il semble affecté à un objectif d'ordre public de protection et paraîtrait insusceptible d'assurer la protection des vraies lois de police. V. en ce sens, not., 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*, in *Mélanges en l'honneur de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 295 et s., p. 305 ; P. Courbe, « L'ordre public de proximité », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz 2004, p. 236-237.

<sup>1648</sup> À cet égard, d'ailleurs, les solutions consacrées par les juridictions françaises dans les affaires précédemment mentionnées pouvaient, à certains égards, paraître excessives ou inadaptées. V. sur ce point, les commentaires des auteurs précités sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 septembre 2013.

Dans les exemples précités<sup>1649</sup>, la caractérisation de la fraude sur laquelle se sont appuyés les juges français paraissait assez malaisée, dès lors que l'élément matériel semblait difficilement pouvoir être établi en l'absence de manipulation de l'élément de rattachement et que l'intention frauduleuse n'était pas caractérisée par la demande de transcription et ne pouvait être constatée qu'à l'origine du processus conduisant au recours à une mère porteuse. D'un autre côté, l'effet *plein* de l'ordre public a été reconnu sans justification particulière de la part des juridictions françaises, et ne semble avoir été fondé que sur l'importance des principes et des valeurs défendus par l'ordre juridique français.

**403.** Outre les dérives auxquelles elle est susceptible de conduire, la solution apparaît encore insatisfaisante quant au résultat susceptible d'être obtenu grâce à sa mise en œuvre. Du point de vue des intérêts étatiques, alors que le principe d'une restauration aléatoire et *au coup par coup* de l'impérativité des lois de police paraît peu compatible avec l'importance des intérêts mis en cause, l'efficacité du procédé semble également par principe réduite, du fait de l'impossibilité pratique dans laquelle se trouve nécessairement le juge saisi pour imposer « une reproduction photographique des décisions françaises »<sup>1650</sup>, pourtant seule susceptible d'assurer une protection parfaitement efficace des lois de police applicables.

Au-delà, une telle solution apparaît de toute manière insuffisante, dès lors qu'elle ne permet d'assurer qu'une restauration *incertaine* de l'impérativité des lois de police et conditionnée à l'existence d'une demande de reconnaissance du jugement étranger formulée par les parties dans l'ordre juridique français, ce qui n'apparaîtra pas systématique<sup>1651</sup>. Même ainsi restaurés, les contrôles effectués à ce stade pourront dès lors ne pas avoir l'occasion d'intervenir. Le respect des intérêts fondamentaux de l'État se trouve, alors, finalement dépendant de raisons purement contingentes et des choix procéduraux des parties.

D'un autre côté, alors que le caractère aléatoire de la solution consacrée expose les parties à une incertitude quant au devenir du jugement qu'elles auront obtenu et porte atteinte à la prévisibilité des solutions, le blocage du jugement conduirait à les placer dans une situation « inutile et injuste »<sup>1652</sup>. Librement parties à l'étranger pour faire trancher leur litige, elles se verront empêchées par la suite de faire produire des effets au jugement ou à la sentence valablement obtenue et seront contraintes d'intenter un nouveau procès en France.

---

<sup>1649</sup> V. *supra*, n° 396 et s.

<sup>1650</sup> D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, Bibl. dr. int. pr., Vol. IX, 1970, n° 382. V. également, défendant cette analyse, Y. Lequette, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, 1976, Dalloz, n° 341, p. 261.

<sup>1651</sup> V. mettant en avant cette absence de certitude, en particulier, D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p. 1 et s.

<sup>1652</sup> L. d'Avout, JCP G, n° 47, 19 novembre 2008, II, 10187.

La solution induirait alors des coûts et des délais de procédure tant importants qu'inutiles. « Si le veto des authentiques lois de police doit ainsi s'imposer en aval du procès, lors de l'*exequatur* [...], mieux vaut en ce cas priver d'emblée d'efficacité la clause attributive de juridiction. »<sup>1653</sup> C'est, autrement, à la fois toute la confiance envers les clauses de prorogation de for et les intérêts procéduraux des parties qui seraient ruinés. La mise en place d'un mécanisme de protection au stade de l'instance directe doit ainsi être envisagée.

## **B) Insuffisance d'un procédé empêchant ponctuellement l'expatriation du contentieux**

**404.** Une solution médiane permettant d'assurer le respect des lois de police du for à l'étranger semblerait pouvoir reposer sur un mécanisme de *licéité conditionnée* des clauses attributives de juridictions (1). Malgré les avantages d'un tel procédé, il ne peut néanmoins constituer une solution médiane satisfaisante pour assurer le respect des lois de police du for (2).

### 1- Mécanisme de *licéité conditionnée* des clauses attributives de juridiction

**405.** La possibilité, pour le juge saisi, de faire dépendre la solution qu'il retient quant à l'efficacité d'une clause attributive de juridiction des conséquences qu'elle produirait sur le respect de ses lois de police (a) apparaît admise ou susceptible d'être reconnue sous différentes formes, en droit positif (b).

#### a) Fondement d'une évaluation des conséquences de l'expatriation du contentieux

**406.** Le respect des lois de police du for semblerait pouvoir être opportunément assuré grâce à la mise en place d'un système permettant à celui-ci de limiter l'efficacité des clauses de prorogation de for dérogeant à sa compétence, aux seules hypothèses où ces clauses n'induiraient aucune violation de ses dispositions. Sans être exclue par principe et chaque fois qu'une loi de police serait applicable, la licéité des clauses serait donc néanmoins restreinte aux cas où il serait possible de « croire, depuis la France, que le juge étranger désigné considérera et respectera les lois de police que l'ordre juridique français veut impérativement faire appliquer »<sup>1654</sup>.

---

<sup>1653</sup> V. L. d' Avout, *note préc.*

<sup>1654</sup> *Ibid.*

Envisagée par certains auteurs, notamment comme remède à la semi-impérativité des lois de police résultant de la solution libérale consacrée dans l'arrêt *Monster Cable*<sup>1655</sup>, cette solution reposerait sur le sentiment que, sans devoir être systématiquement écartée, la confiance placée envers les autorités juridictionnelles étrangères quant au respect des lois de police du for ne devrait pas non plus être affirmée les yeux fermés et devrait être vérifiée quant à sa pertinence au cas d'espèce. L'existence de cette réserve apparaîtrait ainsi conforme au principe de confiance mutuelle, dès lors qu'elle ne remettrait pas par principe en cause et de manière systématique la capacité des juridictions étrangères à trancher un litige conformément aux intérêts étatiques du for. Elle démontrerait néanmoins qu'une certaine vigilance est maintenue en considération du risque qu'induit l'expatriation du contentieux pour le respect des lois de police du for. Elle indiquerait que l'ordre juridique du for, sans vouloir « dresser une muraille »<sup>1656</sup> contre les clauses de règlement des différends, souhaite faire dépendre leur admission de la confiance qu'il peut légitimement éprouver *au cas concret* quant au respect de ses lois de police à l'étranger, ou d'une vérification de la compatibilité de la justice civile de l'État étranger<sup>1657</sup>.

Du point de vue du respect des intérêts mis en cause, un tel système apparaîtrait également comme un compromis satisfaisant dès lors que, reconnaissant par principe la possibilité, pour les parties, de déroger à la compétence des juridictions du for, il viendrait néanmoins limiter cette possibilité pour éviter une atteinte aux intérêts étatiques.

**407.** Au plan pratique, un tel système prendrait la forme d'un contrôle effectué par le juge saisi mais évincé, sur les conséquences que produira la mise en œuvre de la clause de prorogation de for sur ses lois de police. Il apparaît dès lors, du point de vue du droit français, *a priori* insusceptible d'être mis en œuvre en matière d'arbitrage<sup>1658</sup>, du fait du principe *compétence-compétence*. Dès lors que le juge saisi en dépit de la clause compromissoire ne

---

<sup>1655</sup> V. en particulier, L. d'Avout, *note préc.* ; et V. également, P. Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, n° 77 ; et sur un tel mécanisme, notamment, N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ 1999, p. 61-65 ; L. Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008, n° 352 et n° 427 ; M. Juglart, « La clause attributive de compétence dans le transport maritime », JCP G 1955. I. 1242 ; de la Grassière, obs. DMF 1952.

<sup>1656</sup> P. de Vareilles-Sommières, *art. préc.*, n° 77.

<sup>1657</sup> L. d'Avout, *note préc.*

<sup>1658</sup> Une telle solution, cependant, est parfois consacrée en matière d'arbitrage dans d'autres droits. Il en est ainsi, notamment, en droit allemand ou en droit américain. En droit belge, également, en matière de concession de vente exclusive à durée déterminée, alors que l'efficacité des clauses compromissoires est en principe admise sur le fondement de la convention de New York du 10 juin 1958, la désignation du droit belge par les parties a pu être imposée comme condition à l'efficacité des clauses compromissoires pour assurer le respect de la loi du 27 juillet 1961 qualifiée de loi de police. V. Cass. Belge, 28 juin 1979, *Sté Audi-NSU c/ S.A. Adelin petit, J.T.*, 1977, p. 713 ; Pas., 1979, p. 1260, concl. E. Krings ; RCJB 1981, p. 332, et v. la note de R. Vander Elst, « Arbitrabilité des litiges et fraude à la loi en droit international privé », cité par N. Coipel-Cordonnier, *thèse préc.*, n° 218, p. 228, note 40. V. également, les exemples cités par cet auteur, *thèse préc.*, n° 62, p. 62, note 102.



peut procéder à son égard qu'à une analyse *prima facie* de sa nullité ou de son inapplicabilité manifeste, il semble exclu qu'il puisse contrôler les conséquences que produirait la saisine de l'arbitre sur le respect de l'ordre public du for.

En matière de clauses attributives de juridictions, il pourrait en revanche apparaître sous des formes variables, consacrant des solutions plus ou moins rigoureuses et reposant sur une référence plus ou moins explicite au respect des lois de police. Le mécanisme, susceptible d'être fondé sur une condition implicite ou d'être expressément consacré, pourrait conduire à faire directement dépendre l'efficacité de la clause du respect de la loi de police du for à l'étranger ou d'une appréciation générale de son opportunité au cas d'espèce. La prise en compte des conséquences de l'expatriation du contentieux sur les impérativités substantielles du for apparaîtrait dès lors intégrée dans une analyse plus globale et pourrait être assurée directement sous l'angle des considérations relatives au droit substantiel ou de l'objectif poursuivi des parties<sup>1659</sup>. « L'adoption d'une pareille formule conduirait [...] à dire illégitime l'intérêt des parties (et donc inefficace la clause), dès lors que leur but est celui du contournement de la réglementation super-impérative issue de l'ordre juridique dont les juges sont ordinairement compétents. »<sup>1660</sup>

**408.** Sur le plan théorique, une telle solution devrait impliquer, avec un degré d'importance variable selon la méthode qui serait retenue, d'admettre qu'une mise à l'écart ou un tempérament soit apporté au principe de séparation des conflits de lois et des conflits de juridictions. Alors qu'elle nécessiterait de reconnaître que le droit substantiel applicable au fond du litige, du point de vue du for, peut influencer la solution qu'il retient sur le plan de la compétence juridictionnelle, elle reposerait, au préalable, sur une prise en compte de l'incidence qu'est susceptible d'exercer l'expatriation du contentieux devant une juridiction étrangère sur le respect des impérativités substantielles du for. La reconnaissance du risque que peut induire la saisine d'une juridiction étrangère implique nécessairement d'admettre qu'il existe un lien entre leur application et le juge saisi.

Or, reposant sur ce postulat, la mise en œuvre du mécanisme a pour but, dans un second temps, de permettre au juge de vérifier qu'une telle liaison ne sera pas réalisée au cas d'espèce ou n'induera pas de conséquence négative pour le respect de sa loi de police ou des

---

<sup>1659</sup> V. en ce sens, déclarant qu'« il est peut-être permis (...) de se demander s'il ne conviendrait pas d'exiger que les parties aient à la soumission du litige au tribunal désigné un intérêt légitime », P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 315, cité par L. d'Avout, *note préc.*

<sup>1660</sup> L. d'Avout, *note préc.*

intérêts qu'elle vise à protéger. Elle conduit ainsi, en définitive, à neutraliser les effets de la compétence juridictionnelle sur le droit applicable<sup>1661</sup>.

Cette solution apparaît à la fois parfois déjà consacrée en droit positif et susceptible d'être mise en place.

#### b) Utilisation du mécanisme

**409.** La soumission de l'efficacité des clauses attributives de juridictions à la condition d'un respect des lois de police du for apparaît assez fréquemment consacrée en droit comparé. Il apparaît parfois sous la forme d'une condition visant à assurer l'application effective de la loi de police du for par le juge étranger. Le for conditionne alors son dessaisissement à la certitude d'une mise en œuvre de sa loi de police devant le for élu, laquelle est généralement déduite de la désignation de la loi du for de la part des parties pour régir leur contrat au fond. Une telle solution, tout en maintenant, sur le principe, l'admissibilité des clauses de prorogation de for, revêt dès lors une rigueur particulière. Elle assure au for que le détour par l'étranger ne permettra pas d'éviter l'application de ses lois de police et empêche le *forum shopping*.

Elle a été consacrée, notamment, en droit belge<sup>1662</sup>, en matière de connaissance, où la mise à l'écart de l'article 91 du Code de commerce<sup>1663</sup>, susceptible de résulter de la mise en œuvre d'une clause attributive de juridiction dérogeant à la compétence des juridictions belges, a pu conduire ces juridictions à refuser d'admettre leur efficacité<sup>1664</sup>. Plus fréquemment, elle apparaît consacrée, de manière plus souple, sous l'angle de la vérification d'une équivalence de la loi appliquée à l'étranger avec les dispositions impératives du for<sup>1665</sup>.

---

<sup>1661</sup> En ce sens, N. Coipel-Cordonnier, *thèse préc.*, n° 63, p. 65.

<sup>1662</sup> V. également, en droit allemand, concernant les opérations de bourse à terme, BGH, 12 mars 1984, RIW, 1985, p. 78, cité par N. Coipel-Cordonnier, *thèse préc.*, n° 63, note 102 ; en droit américain, *PPG Industries v. Pilkington*, 825 F, Supp. 1465 (D. Ariz. 1993).

<sup>1663</sup> L'article introduisait en droit interne les règles uniformes de la Convention du 25 août 1924 sur « l'unification de certaines règles en matière de connaissance », et avait pour objet de fixer les obligations du transporteur en interdisant les clauses l'exonérant de sa responsabilité. Il est considéré, en droit belge, comme une loi de police.

<sup>1664</sup> Cass. Belge, 2 février 1979, *Société Bibby Line c/ Société Bibby Bros e. a.*, Pas. 1979, p. 164, Clunet 1984, p. 399. Cette solution a pu être étendue par les juridictions belges, même aux cas où la clause attributive tomberait dans le champ d'application de l'art. 17 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, au motif que la condition du respect des dispositions de l'art. 91 relèverait des conditions matérielles de la clause et serait soumise au droit commun. V. par ex, Comm. Anvers, 15 avril 1974, Jur. comm. Belg., 1975, p. 398, cité par M. Weser, « L'article 91 de la loi maritime belge et la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 », Jur. comm. Belg., 1976, p. 666.

<sup>1665</sup> V. not. en droit anglais, l'arrêt de la Chambre des Lords du 25 novembre 1982, cité par Achard, DMF 1983, p. 726, dans lequel la Cour annule une clause attributive de juridiction au motif que celle-ci aurait permis au transporteur maritime de bénéficier d'une limitation de responsabilité inférieure à celle qui est applicable en Grande-Bretagne. V. également, en droit suisse, l'art. 5 §2 de la LDIP, qui prévoit que « l'élection de for est sans effet si elle conduit à priver d'une manière abusive une partie de la protection que lui assure un for prévu par le droit suisse ».

**410.** Un tel système de *licéité conditionnée* des clauses de prorogation de for trouve en particulier une application très large en droit américain, où l'efficacité des clauses de prorogation de for apparaît envisagée essentiellement à travers l'impact que celles-ci pourraient avoir sur le droit applicable. Il apparaît alternativement consacré sous la forme d'une obligation imposée au for étranger élu de faire une application effective des lois de police américaines ou d'une loi permettant d'atteindre un résultat équivalent. Le libéralisme consacré quant à l'admission des clauses compromissaires depuis les arrêts *Alberto-Culver*<sup>1666</sup> et *Mitsubishi*<sup>1667</sup> avait en effet, sous la réserve du *second look*, toujours été conditionné à l'application de la loi américaine ou à l'application d'une loi au moins substantiellement équivalente<sup>1668</sup>. La même solution a été également consacrée en matière de clauses attributives de juridiction<sup>1669</sup>, au moins jusqu'à l'affaire *Lloyd's*<sup>1670</sup>. En l'absence de véritable « conceptualisation du problème des lois de police telle qu'elle s'est développée en Europe »<sup>1671</sup>, néanmoins, l'approche américaine repose généralement sur une analyse des objectifs poursuivis à travers la règle de compétence juridictionnelle.

**411.** Elle a pu, d'autre part, être retenue en droit allemand concernant la mise en œuvre de dispositions impératives résultant de la transposition de directives européennes<sup>1672</sup>. La Cour fédérale a approuvé les juges du fond d'avoir refusé de reconnaître l'efficacité d'une clause attributive de juridiction désignant les tribunaux de l'État de Virginie pour assurer le respect des dispositions des articles 17 et 18 de la directive 86/653/CEE tendant à la protection de l'agent commercial<sup>1673</sup>, alors que la loi de cet État, choisie par les parties et dont auraient fait

---

<sup>1666</sup> *Scherk v. Alberto-Culver Co*, 417 US 506, 94 S.Ct. 2449, *préc.*

<sup>1667</sup> *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*, 473 US 614, 105 S. Ct. 3346, 87 L. Ed. 2d 444 (1985), *préc.*

<sup>1668</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 32.

<sup>1669</sup> V. retenant cette analyse, et rejetant la clause au motif qu'elle serait contraire à l'ordre public américain, *Boyd v. Grand Trunk W. R. Co.*, 338 US 263 (1949) ; *Bisso v. Inland Waterways Corp.*, 349 US 85 (1955), qui refusa d'appliquer une clause d'élection de for dès lors que celle-ci aboutissait à éluder les règles relatives à la responsabilité considérée comme d'ordre public ; *The Bremen c/ Zapata Off-Shore Co.*, 407 US 1 [1972], *préc.*, où les juridictions ont écarté la clause attributive de juridictions insérée au profit des tribunaux anglais du fait qu'il apparaissait que le juge anglais appliquerait les dispositions exonératoires de responsabilité insérées dans le contrat, ce qui aurait porté atteinte à « l'ordre public ».

<sup>1670</sup> Sur laquelle, V. H. Muir Watt, « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuel », RCDIP 2002, p. 516.

<sup>1671</sup> H. Muir Watt, *Aspects économiques du droit international privé (Réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, RCADI 2004, t. 307, p. 151, n° 103, note 346.

<sup>1672</sup> V. Cour de justice fédérale allemande, 5 septembre 2012, RCDIP 2013, p. 890, note F. Jault-Sesek, et V., antérieurement, déjà, OLG München (cour d'appel de Munich), Urt. V. 17 mai 2006, EWIR 2006, p. 621, note R. Emde, IPRax 2007, p. 294, note G. Rühl, présenté par M.-N. Jobart-Bachelier et F.-X. Train, J. Cl. internat., Fasc. 534-1, spéc., n° 23, où la Cour avait considéré que l'objectif protectionniste des dispositions de la directive relatives à la compensation et à l'indemnisation des agents commerciaux à la fin de leur contrat (art. 17 et 19 de la directive (CE) n° 86/653), justifiaient que la clause attributive de juridiction soit considérée comme illicite « s'il existe un risque concret que le tribunal de l'État tiers n'applique pas le droit impératif allemand ». V. également, ayant adopté un raisonnement similaire pour écarter une clause compromissaire qui aurait conduit à la non-application des dispositions impératives de la directive n° 86/653 (CAI, Queen's Bench Division, 30 octobre 2009 [2009] EWHC 2655 (QB), *Accentuate Ltd v. Asigra Inc*).

<sup>1673</sup> Le caractère impératif a été, rappelons-le, expressément reconnu par la CJCE dans l'arrêt *Ingmar*, CJCE, 9 novembre 2000, Aff. C-381/98, *préc.*

application les juridictions saisies, n'octroyait pas d'indemnité de fin de contrat à l'agent commercial. L'absence fortement probable d'application des dispositions européennes ou des règles nationales de transposition devant le for désigné aurait conduit, selon la Cour, à ce que la clause fasse obstacle à la réalisation des objectifs poursuivis par les dispositions impératives de la directive, et justifiait de reconnaître l'inefficacité d'une telle clause.

**412.** En droit français, enfin, une telle solution a pu également être ponctuellement consacrée, notamment en matière de connaissance<sup>1674</sup>. Les juridictions françaises, déterminant le droit qui serait appliqué devant la juridiction désignée et analysant les conséquences auxquelles conduirait son application, ont pu refuser de se dessaisir du fait de la violation des « principes fondamentaux de la société internationale et du droit interne » à laquelle risquait de conduire l'expatriation du contentieux<sup>1675</sup>.

La possibilité d'une mise en œuvre générale d'un tel mécanisme en droit commun français, sous l'angle d'une appréciation générale de l'opportunité de donner effet à une clause attributive de juridiction, a pu être envisagée par certains auteurs. En l'absence de consécration formelle d'une telle solution et en dépit de la rigueur apparente avec laquelle le juge saisi est tenu d'apprécier la licéité des clauses attributives de juridiction<sup>1676</sup>, il a pu être suggéré<sup>1677</sup> que celui-ci conserverait néanmoins nécessairement une certaine marge de manœuvre lui permettant « d'effectuer un contrôle sur le choix du for, ou tout au moins, sur son caractère raisonnable ou sa justification à la lumière de la raison d'être du rapport contractuel [...] ou des intérêts spécifiques et légitimes des parties »<sup>1678</sup>. Sous cet angle, la possibilité, pour les lois de police françaises applicables, de trouver application devant le for étranger désigné pourrait toujours être prise en compte par le juge qui s'interrogerait sur

---

<sup>1674</sup> V. réaffirmant le principe de validité des clauses attributives de juridiction en la matière, notamment, Cass. Civ., 10 mars 1987, *Navire Ercole-Lauro*, DMF 1987, p. 713.

<sup>1675</sup> C'est ainsi, notamment, qu'a été déclarée inopposable une clause attributive de juridiction accordant compétence aux tribunaux de Tunis, insérée dans un contrat de transport de marchandises de Tunisie à Marseille, parce qu'elle emportait nécessairement application du Code de commerce maritime tunisien, dont les dispositions paraissaient contraires aux dispositions françaises. V. CA Aix-en-Provence, 2 décembre 1992, *Navire Mjerda*, DMF 1994, p. 170, obs. P. Bonassies ; *Revue Scapel* 1993, p. 13. V. déjà, antérieurement, 29 avril 1990, *Al-Hoceima*, DMF 1991, p. 105, obs. P. Bonassies, où la Cour releva que la loi marocaine qui aurait été applicable devant le juge marocain était contraire aux dispositions de l'art. 16 de la loi du 18 juin 1966 d'ordre public. V. cependant, refusant d'écarter la clause après avoir relevé la compatibilité de la loi chinoise avec les dispositions de la convention de Bruxelles, CA Aix-en-Provence, 28 octobre 1993, *Navire Chang-Ping*, *Bulletin des Transports*, 1994, p. 19, obs. P. Pestel-Debord ; comp. CA Rouen, 5 juillet 1984, DMF 1985, p. 557, déclarant qu'« il n'est pas contraire à l'ordre public de faire application d'une clause attributive de juridiction à un tribunal argentin quand il n'est pas démontré que les droits du demandeur seraient diminués devant les tribunaux argentins, ce pays ayant adhéré à la convention de Bruxelles du 25 août 1924 ».

<sup>1676</sup> V. not., sur cette question, L. G. Radicati di Brozolo, et A. Gardella « Civil Law, Common Law and Market Integration: The EC Approach to Conflicts of Jurisdiction », in *American Journal of Comparative Law*, 2003.

<sup>1677</sup> V. à cet égard, les auteurs italiens cités par L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », RCDIP 2003, p. 1 et s., n° 11, note 23.

<sup>1678</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *art. préc.*, n° 11.

l'efficacité à donner à une clause attributive de juridiction<sup>1679</sup>. Sans remettre en cause le principe général de licéité, un tel système de *licéité conditionnée* pourrait dès lors exister sous la forme d'une *réserve* implicite permettant aux tribunaux français de refuser l'expatriation du contentieux chaque fois qu'elle risquerait de conduire à un contournement de la loi de police du for.

## 2- Absence d'efficacité du mécanisme

**413.** Le principe de *licéité conditionnée* des clauses attributives de juridiction présente certaines limites dans sa mise en œuvre (a). Ces clauses conduisent, au plan pratique, à la consécration de solutions inopportunes (b).

### a) Limites intrinsèques du mécanisme

**414.** La mise en œuvre d'un mécanisme consistant à faire directement ou indirectement dépendre l'efficacité de la clause attributive de juridiction des effets qu'elle produira vis-à-vis du respect des lois de police du for implique que le juge, exclu mais néanmoins saisi, évalue la manière dont le litige qui lui est soumis serait résolu dans le for étranger désigné. Elle est ainsi nécessairement « mal commode »<sup>1680</sup>, parce qu'elle impose une anticipation sur la décision étrangère non encore prononcée. L'évaluation de la solution que retiendra l'autorité juridictionnelle étrangère sur le plan substantiel dépend nécessairement, dans une large mesure, de l'appréciation subjective du juge du for. Cette anticipation apparaîtra d'autant plus délicate à réaliser que la mise en œuvre des lois de police du for dépendra elle-même de l'appréciation subjective de cette autorité étrangère<sup>1681</sup>.

À cela s'ajoute que le juge saisi devrait pousser le raisonnement pour tenir compte également des éléments susceptibles de venir s'imposer au juge étranger et de déjouer ses pronostics quant à la solution qu'il retiendrait. Il en est ainsi, en particulier, de l'application de ses dispositions impératives ou de l'intervention de son exception d'ordre public, qui pourraient faire finalement obstacle à la mise en œuvre des lois de police du for dans la résolution du litige<sup>1682</sup>. Même l'atténuation de l'équivalence de la loi qui serait appliquée n'apportera, à cet égard, aucune simplicité. Elle imposera au juge saisi de procéder à la mise

---

<sup>1679</sup> V. par ex., envisageant cela sous l'angle de l'usage abusif des clauses attributives de juridiction par les parties, C. Chalas, *L'exercice discrétionnaire de la compétence judiciaire en droit international privé*, Paris, 2000, II, p. 514 et s.

<sup>1680</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, n° 77.

<sup>1681</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 62 et s.

<sup>1682</sup> Celle-ci, d'ailleurs, si elle était effectivement vérifiable et consacrée, pourrait encore ne pas assurer le respect effectif des intérêts du for, dès lors qu'il apparaîtrait encore possible.

en œuvre hypothétique des règles étrangères pour confronter le résultat découlant de l'application de la loi à laquelle elles devraient conduire avec l'objectif poursuivi par sa loi de police.

**415.** Cette incertitude apparaît au-delà inéluctable, dès lors que le juge du for ne possède aucun moyen de contrainte pour imposer au juge étranger de résoudre le litige d'une manière déterminée. L'obligation qui serait faite aux parties de désigner la loi du for pour régir leur contrat ne pourrait, à cet égard qu'atténuer imparfaitement cette incertitude. Elle serait insuffisante pour assurer que cette disposition recevra une application conforme à celle qu'elle aurait reçue devant les juridictions de son ordre juridique d'origine et ne pourrait donner la certitude que les objectifs qu'elle poursuit seront réalisés. Il risquera, d'ailleurs, d'en être d'autant plus ainsi que cette loi sera emprunte de particularisme et nécessitera souvent une expertise particulière.

Toute tentative du for d'imposer l'application de ses dispositions de la manière dont il l'aurait lui-même assurée apparaît dans ce cadre à la fois hautement théorique et irréalisable<sup>1683</sup>, et serait d'ailleurs en parfaite contradiction avec le principe même de l'admission des clauses attributives de juridictions dans les matières mettant en cause des lois de police<sup>1684</sup>. À partir du moment où l'État admet l'ouverture de ses frontières et reconnaît par principe la possibilité de déroger à ses juridictions, il devient en effet nécessairement incohérent et contradictoire qu'il veuille imposer, par ailleurs, l'application de ses dispositions par le for étranger<sup>1685</sup>.

**416.** Consacré, d'autre part, sous l'angle d'une prise en compte de *l'objectif poursuivi par les parties*, le mécanisme de *licéité conditionnée* devrait également être d'une utilisation délicate du fait de la difficulté que présentera la détermination des raisons qui sont à la base du choix de for opéré par les parties. Sa mise en œuvre, au-delà, devrait se trouver confrontée aux mêmes écueils que ceux précédemment mentionnés concernant l'appréciation du

---

<sup>1683</sup> V. sur la difficulté que présente l'appréciation de la bonne ou de la mauvaise application d'une loi de police, L. G. Radicati di Brozolo, *art. préc.*, p. 22 ; et du même auteur, *Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, RCADI 2005, t.315, p. 369 et s. Certains auteurs considèrent que l'appréciation correcte est nécessairement celle des juges de l'ordre juridique dont émane la disposition en question dès lors qu'ils « doivent rester maîtres de leur propre législation », V. Ch. Seraglini, « L'affaire *Thalès* et le non-usage immodéré de l'exception d'ordre public (ou les dérèglements de la déréglementation) », *Cah. arb.*, 2005/2, p. 5 et s., spéc., p. 17.

<sup>1684</sup> Les juridictions belges semblent, cependant, avoir parfois cherché à imposer aux juridictions étrangères de mettre en œuvre le droit belge « dans le respect des interprétations données par la jurisprudence belge ». V. en ce sens par exemple, *Comm.* Anvers 30 mars 1965, *Martroye e.a. c/ Capitaine Zomer*, *Jur. Anv.*, 1966, p. 46, cité par N. Coipel-Cordonnier, *thèse préc.*, n° 124, p. 129, note 184. La mise en œuvre d'une telle solution à titre général paraît, cependant, inenvisageable.

<sup>1685</sup> V. sur cette contradiction L. G. Radicati di Brozolo, *art. préc.*, n° 30 et s.

caractère frauduleux du *forum shopping*<sup>1686</sup>, dès lors que la prise en considération des conséquences que la clause induirait sur le droit applicable apparaîtrait nécessaire pour l'identification du caractère réellement illégitime de leur intérêt.

Du fait de ces difficultés de mise en œuvre, le mécanisme apparaît insusceptible de constituer une solution médiane satisfaisante pour assurer le respect des lois de police du for.

#### b) Inopportunité des conséquences de sa mise en œuvre

**417.** L'impossibilité dans laquelle se trouve nécessairement le for de savoir à l'avance quels seront les effets de la saisine du juge étranger sur le respect de ses impérativités substantielles risque en définitive de diminuer considérablement l'intérêt de recourir à un mécanisme de *licéité conditionnée*. L'absence d'indications concrètes et d'éléments déterminants susceptibles d'orienter le juge saisi quant à sa décision de reconnaître ou non l'efficacité de la clause attributive de juridiction risque même de conduire à ce que la mise en œuvre du mécanisme donne lieu à des solutions à la fois excessives et inadaptées.

**418.** Permettant théoriquement la mise en place de solutions adaptées au cas concret et ainsi susceptibles d'assurer conjointement le respect des intérêts du for et l'intérêt des parties, le mécanisme ne peut pourtant conduire qu'à la consécration d'une solution abstraitement déterminée. Celle-ci ne peut être déduite par le juge qu'au regard des conséquences *probables* de la clause attributive de juridiction sur le respect des impérativités substantielles et de l'évaluation approximative de l'ampleur du risque que ses lois de police puissent subir une perte d'impérativité devant le for étranger. Sous l'angle de l'appréciation de l'objectif poursuivi par les parties, de la même manière, ce ne peut reposer que sur la volonté *supposée* d'un contournement des lois de police, sans qu'aucune certitude ne puisse être déduite sur ce point.

Dans ce cadre, le juge saisi se trouve alors finalement dans l'impossibilité de prendre une décision qui puisse être, à coup sûr, compatible avec la réalité de la solution qui aurait été retenue à l'étranger. Il est susceptible de consacrer des solutions peu opportunes, parce que trop libérales ou trop rigoureuses, consistant à avoir admis l'efficacité d'une clause menant à la violation de ses impérativités ou à avoir inutilement maintenu le contentieux devant ses juridictions.

---

<sup>1686</sup> V. *supra*, n° 150.

D'un autre côté, alors qu'il apparaît à première vue comme un compromis entre une admission généralisée ou un refus systématique de l'efficacité des clauses attributives de juridictions, le mécanisme apparaît paradoxalement susceptible de consacrer des solutions plus excessives encore. En l'absence d'indications ou de critères objectifs susceptibles d'indiquer au juge la solution à retenir, celui-ci se trouve *livré à lui-même* et libre quant aux considérations à prendre en compte. La mise en œuvre du mécanisme risque alors de donner lieu à des solutions arbitraires, fondées, de manière générale, sur la confiance éprouvée par l'ordre juridique du for envers la justice étrangère, et éventuellement déduites de considérations extérieures à la solution qui serait consacrée au fond du litige ou au but poursuivi par les parties. Il pourrait en effet conduire « à une catégorisation *a priori* des divers États du monde selon qu'ils répondent ou non aux paramètres de “nations civilisées”, qui ne laisse aucune place à l'examen des qualités concrètes du [futur] jugement »<sup>1687</sup>. Dans tous les cas, le danger d'un tel mécanisme proviendrait alors du caractère extrêmement aléatoire des solutions auxquelles il pourrait conduire, sur lesquelles, inévitablement, « viendraient se briser les objectifs de sécurité et de prévisibilité des solutions »<sup>1688</sup>, et partant, le respect de l'intérêt des parties.

**419.** Devant ces difficultés, le mécanisme risque, en fin de compte, de conduire à des solutions tranchées et abstraitement définies. D'un côté, en effet, l'impossibilité de connaître à l'avance le sort qui sera réservé à ses lois de police pourrait conduire le juge saisi à fonder son refus sur la simple constatation du risque potentiel d'une violation de ses lois de police à l'étranger<sup>1689</sup> et ouvrirait finalement la voie à la reconnaissance d'une inefficacité systématique des clauses attributives de juridictions<sup>1690</sup>. Inhérent au principe même d'une expatriation du contentieux, il conduirait alors à une solution extrême.

D'un autre côté, les écueils précédemment décrits pourraient au contraire conduire à rendre la mise en œuvre du mécanisme purement théorique. C'est alors, en réalité, un principe de licéité des clauses attributives en présence des lois de police qui pourrait en pratique être

---

<sup>1687</sup> H. Muir Watt, « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuel », RCDIP 2002, p. 527.

<sup>1688</sup> L. d'Avout, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, JCP G 2008, II, 10187.

<sup>1689</sup> Les juridictions allemandes ont pu considérer, par exemple, que le simple « risque potentiel » d'une violation suffisait pour en déduire l'inefficacité de la clause attributive de juridiction. V. en particulier, OLM München, 17 mai 2006, *préc.*

<sup>1690</sup> À cet égard, d'ailleurs, les juridictions belges ont pu faire une application particulièrement rigoureuse du mécanisme de licéité conditionnée, qui revenait en pratique à consacrer un principe d'illicéité des clauses attributives de juridictions. Elles ont pu, en effet, présumer d'emblée de la contrariété future de la décision étrangère à l'ordre public. V. CA Anvers, 25 mai 1977, *European Transport Law 1977*, p. 704. Cet arrêt, néanmoins, a été cassé par la Cour de cassation belge le 2 février 1979, *préc.*, aux motifs, notamment, qu'il n'était pas allégué que le juge suédois n'appliquerait pas le droit belge ou les règles de la convention reprises dans l'art. 91, et que le motif tiré de l'incertitude quant à l'application du droit belge par le juge suédois « méconnaîtrait la force obligatoire des connaissances valables entre les parties ». V. sur ces arrêts, J. Putzeys, « Le nationalisme dans le droit international », in *Mélanges Rodière*, Dalloz 1981, p. 473 et s., spéc., p. 475-476.



consacré. L'évolution de la jurisprudence américaine apparaît, à cet égard, particulièrement éclairante, dès lors qu'inspirées progressivement par plus de libéralisme<sup>1691</sup>, les juridictions ont finalement en pratique écarté la mise en œuvre du mécanisme et supprimé toute son utilité<sup>1692</sup>.

**420.** De ces constatations, il convient alors de déduire que le mécanisme de *licéité conditionnée* des clauses attributives de juridiction apparaît, en pratique, insusceptible de constituer un mécanisme de compromis satisfaisant entre les deux mécanismes reposant sur un principe de licéité des clauses attributives de juridiction en présence de lois de police ou la mise en place d'un chef de compétence impératif corrélé à leur applicabilité. Alors qu'il perd, sous cet angle, son utilité pratique, il risque, du fait de sa souplesse, de conduire à des solutions arbitraires.

Sous l'angle de la protection des lois de police du for, sa consécration semblerait même pouvoir conduire, au-delà, à une solution moins satisfaisante encore que celle consacrée en droit positif. Comme le révèlent les solutions américaines, en effet, sa mise en œuvre, de manière fictive ou réelle au stade direct, conduit corrélativement à désamorcer *a priori* le contrôle au stade de l'*exequatur* chaque fois que l'efficacité d'une telle clause aura été admise<sup>1693</sup>. Or, ce faisant, il conduit finalement à substituer un contrôle *aléatoire*, et éventuellement purement *artificiel*, à un contrôle qui, bien qu'extrêmement restreint et insuffisant pour assurer le respect de toutes les lois de police, reposait néanmoins sur l'analyse d'un jugement déjà rendu et éventuellement susceptible de permettre la constatation d'une violation avérée. Il fait apparaître, ainsi, la nécessité de mettre en place un système plus rigoureux, fondé sur la consécration d'un chef de compétence juridictionnelle impératif corrélé à l'applicabilité des lois de police du for.

---

<sup>1691</sup> Alors que le respect du droit américain semblait initialement avoir été imposé comme une obligation aux juges étrangers et aux parties (V. *PPG Industries v. Pilkington*, 825 F. Supp. 1465 [D. Ariz. 1993], *préc.* : le juge américain avait affirmé que sa décision reconnaissant la licéité de la clause attributive de juridiction reposait sur l'engagement des parties à ce que le litige serait tranché par l'application du droit antitrust américain), la charge de la preuve a par la suite été inversée au profit d'une présomption d'équivalence du droit étranger appliqué avec le droit américain (V. *Simula v. Autoliv*, 175 F. 3d 716 [9<sup>th</sup> Cir. 1999], *préc.* : la Cour d'appel a renvoyé les parties à l'arbitrage, faute de démonstration que le droit suisse applicable par le tribunal arbitral n'offrirait pas une protection efficace à la partie s'estimant lésée par la violation des règles de concurrence, ou encore, *JLM Industries v. Stolt-Nielsen SA*, 387 F. 3d 163 [2d Cir. 2004]).

<sup>1692</sup> V. *Bonny v. Society of Lloyd's et Lipcon v. Underwriters alt Lloyd's*, *préc.*, où les juridictions américaines du Septième et Onzième Circuit « s'estiment confiantes que la loi anglaise consacrait bien des voies de droit appropriées pour sanctionner la fraude du négociant de valeurs mobilières », alors même que la condition de l'application du droit américain impératif ne pouvait être remplie du fait de la présence d'une clause de choix de loi au profit de la législation anglaise et que le droit anglais n'était, de toute évidence, pas équivalent au droit américain. La différence de protection des investisseurs assurée par ces deux législations, d'ailleurs, avait été la raison d'être de la clause de prorogation de for au profit des juridictions anglaises et de la clause de choix de droit applicable corrélée. V. notamment, sur ce point, H. Muir Watt, « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuel », RCDIP 2002, p. 509 et s., n° 12 et les références citées.

<sup>1693</sup> V. à cet égard, en particulier, les arrêts rendus dans l'affaire *Lloyd's* précédemment cités et *Simula v. Autoliv*, 175 F. 3d 716 (9<sup>th</sup> Cir. 1999).



## **II- Consécration possible d'un chef de compétence corrélée**

**421.** Face à l'incapacité intrinsèque de « toute technique plus nuancée »<sup>1694</sup> d'assurer efficacement la protection des lois de police en présence d'une clause attributive de juridiction, la mise en place d'une solution plus *radicale*, faisant nettement prévaloir la protection des lois de police sur la poursuite d'une politique libérale et conduisant le for à refuser toute internationalisation du contentieux, doit être envisagée.

À contre-courant de la *privatisation* dont font l'objet les conflits de juridictions en droit international privé contemporain, la mise en place exceptionnelle d'un chef de compétence juridictionnelle indérogeable, permettant au for de maintenir le contentieux devant ses juridictions en cas d'applicabilité d'une vraie loi de police directement affectée à la protection de ses intérêts étatiques, semble possible et ne serait pas absolument nouvelle. En dépit du rejet généralement exprimé à l'encontre d'une telle solution, l'analyse des cas de *forum legis* consacrés en droit international privé contemporain révèle la préexistence de chefs de compétence implicitement fondés sur l'attraction qu'auraient opérées les lois de police en droit positif (A). Sur ces fondements, la mise en place d'une règle de compétence juridictionnelle impérative autonome et explicitement fondée sur la mise en cause d'une loi de police peut être envisagée (B).

### **A) Préexistence de chefs de compétence indérogeables influencés par l'applicabilité de lois de police**

**422.** Le droit positif offre de nombreux exemples d'hypothèses de coïncidences entre les chefs de compétence juridictionnelle et l'applicabilité des lois de police<sup>1695</sup>. Celles-ci, loin de résulter d'une simple correspondance *accidentelle* de rattachements, semblent pouvoir être expliquées sous l'angle de l'influence qu'aurait exercée, de manière plus ou moins importante et directe, le droit impératif applicable sur la détermination de la compétence juridictionnelle. L'existence de cette attraction des lois de police sur la compétence juridictionnelle, bien qu'assez délicate à découvrir, peut être reconnue. Elle laisserait apparaître que la volonté étatique d'assurer le respect de ses impérativités substantielles est de nature à *justifier* la compétence juridictionnelle corrélée de ses tribunaux.

---

<sup>1694</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., n° 77.

<sup>1695</sup> V. sur ces hypothèses, *supra*, n° 229 et s.

Sans que soit possible une analyse exhaustive des règles de compétence à travers lesquelles un tel constat pourrait être fait, le rôle joué par les lois de police applicables au fond du litige dans la reconnaissance de certains chefs de compétence juridictionnelle peut être analysé vis-à-vis des règles de compétence juridictionnelle expressément reconnues comme étant exclusives (1), de celles mises en place dans les matières où sont mises en cause des parties faibles (2), ou encore, dans certains domaines spécifiques caractérisés par une « administration publique des intérêts privés »<sup>1696</sup> (3).

### 1- Règles de compétences exclusives

**423.** Constituant des exemples de coïncidence systématique entre la compétence juridictionnelle et l'applicabilité de dispositions internationalement impératives, d'intervention *massive*, les règles de compétences exclusives consacrées en droit français et en droit européen nous semblent également pouvoir être interprétées comme des exemples de chefs de compétence juridictionnelle fondés sur l'applicabilité de lois de police. Le respect de ces dispositions n'apparaîtrait pas seulement comme une *conséquence opportune* de l'identité des rattachements retenus dans ces deux cadres, mais constituerait lui-même l'une des *justifications* ayant conduit à leur consécration. La prise en compte de la revendication systématique ou extrêmement fréquente des dispositions impératives apparaîtrait alors en quelque sorte comme ayant été *préalable* à la détermination des règles de compétence juridictionnelle, et se traduirait, au cas concret, par la possibilité d'inverser l'ordre logique de raisonnement en déduisant la compétence des tribunaux de la constatation de leur applicabilité au fond du litige. Cette incidence des impérativités substantielles, bien qu'aujourd'hui assez souvent masquée par la mise en avant des justifications tirées de l'efficacité du jugement, ou de la bonne administration de la justice<sup>1697</sup>, apparaît néanmoins assez généralement admise<sup>1698</sup>.

---

<sup>1696</sup> L. d'Avout, « Sens et portée de la *lex fori concursus* », revue De Cita 2009, p. 38 et s., p. 40.

<sup>1697</sup> V. par ex., CJCE, 14 décembre 1977, Aff. C-73/77, *Sanders c/ van der Putte*, Rec. I-2383, Clunet 1978, p. 388, note J.-M. Bischoff, point 13 ; CJCE, 10 janvier 1990, Aff. C-115/88, *Reichert et Kockler*, Rec. I. 27, concl. Mischo ; Clunet 1990, p. 503, obs. Bischoff ; RCDIP 1991, p. 151, note B. Ancel, point 10 ; comp., CJCE, 15 nov. 1983, Aff. 288/82, *Duijstee c/ Goderbauer*, RCDIP 1984, p. 361, note G. Bonet, déclarant que les juridictions désignées par l'art. 16-4 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 « sont les mieux placées ».

<sup>1698</sup> V. not., H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, n° 98 ; B. Ancel et Y Lequette, *GA*, n° 70§13 ; H. Muir Watt, *Aspects économiques du droit international privé : (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, RCADI 2004, t. 307, p. 25 et s. ; L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160 : *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale, Compétence. Règles de compétence exclusives. Article 24 du règlement (UE) n° 1215/2012* ; D. P. F. Arroyo, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI 2006, t. 323, p. 9 et s.

**424.** Dans ce cadre, cependant, ces différents chefs de compétence juridictionnelle exclusifs semblent consacrer des hypothèses d'influence plus ou moins marquée des lois de police sur la compétence juridictionnelle. La nécessité d'assurer l'application effective des impérativités substantielles mises en cause, intervenue conjointement avec d'autres considérations, semble en effet avoir constitué une justification plus ou moins déterminante dans l'établissement de ces règles de compétence. Cette différence de degré, au demeurant, se traduit corrélativement au plan des arguments avancés pour justifier la reconnaissance de ces chefs de compétence, parmi lesquels la corrélation des impérativités apparaît en effet invoquée avec une fréquence variable selon la règle de compétence juridictionnelle mise en cause. N'apparaissant mis en avant que de manière ponctuelle concernant la compétence consacrée en matière de service public<sup>1699</sup>, de brevets d'invention<sup>1700</sup> de sociétés<sup>1701</sup> et de voies d'exécution, l'argument tiré du droit impératif applicable apparaît en revanche bien plus systématique et central pour justifier la compétence juridictionnelle du *situs*, reconnue en matière de droits réels immobiliers.

En fait, la variation de la puissance de l'attraction opérée par le droit impératif applicable sur ces règles de compétence juridictionnelle semble dépendre, en parallèle, de l'importance avec laquelle d'autres considérations sont également entrées en jeu pour les justifier. Il en est ainsi, en particulier, de la souveraineté étatique à laquelle sont très généralement rattachés ces chefs de compétence, et qui semble être plus ou moins directement mise en cause en fonction des matières concernées<sup>1702</sup>. En dehors de cette intervention directe ou indirecte de la souveraineté étatique sur le plan de la compétence juridictionnelle, la force de l'attraction exercée par les lois de police apparaît également susceptible de varier en fonction du poids exercé par l'intervention de considérations pratiques, qui semblent toujours être prises en compte.

---

<sup>1699</sup> V. considérant que la compétence exclusive des tribunaux français en la matière est justifiée parce qu'un service public français est régi par une loi française de police et que la nécessité ou l'intérêt que présente l'application de cette disposition doivent rendre exceptionnellement compétentes les juridictions françaises, J.-P. Niboyet, *Traité*, t. VI, n° 1834 et n° 1799 et comp., H. Batiffol et P. Lagarde, n° 674-1, et en jurisprudence, en matière de déclaration judiciaire de l'état civil, CA Paris, 24 février 1977, Dalloz 1978, p. 168, note J. Massip ; RCDIP 1978, p. 516, note A. Huet ; CA Paris, 2 avril 1998, Dalloz 1998, I.R. p. 137 ; RTD civ. 1998, p. 651, obs. J. Hauser ; LPA 15 mars 1999, n° 52, p. 15, obs. J. Massip.

<sup>1700</sup> G. Bonet, note sous CJCE, 15 novembre 1983, RCDIP 1984, p. 370 ; J.-P. Niboyet, *Traité*, t. VI, n° 1310, n° 1834, 1859 et 1880 ; A. Françon, note, Clunet 1971, p. 107 et considérant que les lois sur les brevets sont des lois territoriales et touchent à l'ordre public français, CA Paris, 11 juin 1931, S. 1933, 2, p. 73, note J.-P. Niboyet ; Clunet 1932, p. 728, note Perroud, relevant que les demandes en nullité des brevets d'invention intéressent l'ordre public français, Cass. Civ., 21 janvier 1936 : RCDIP 1936, p. 510, note J.-P. Niboyet ; S. 1937, 1, p. 81, note J.-P. Niboyet ; T. civ. Seine, 26 juillet 1879, Clunet 1880, p. 100 ; CA Limoges, 22 décembre 1936, RCDIP 1937, p. 497 ; CA Amiens, 18 février 1958, motifs, Clunet 1959, p. 1160, obs. J.-B. Sialelli ; RCDIP 1959, p. 129, note M. Weser ; TGI Paris, 27 juin 1969, Dalloz 1970, somm. p. 3 ; RTD com. 1970, 113, obs. A. Chavanne et sur appel, CA Paris, 17 décembre 1969, Clunet 1971, p. 99, note A. Françon, et concernant les actions en contrefaçon de marque française, qui tendraient « à la réparation d'un délit commis en France, en même temps que d'une atteinte à une loi de police et d'ordre public essentiellement territoriale », CA Paris, 22 mai 1980, JCP G 1981, II, 19505, note F. Greffe.

<sup>1701</sup> V. not. J.-P. Niboyet, *Traité*, T. V, n° 1386, p. 25 ; *La théorie de l'autonomie de la volonté*, RCADI 1927, t. 16 p. 20 ; J.-M. Bischoff, *thèse préc.*, n° 104, p. 106.

<sup>1702</sup> V. sur cette différence de degré de mise en cause de la souveraineté étatique dans le cadre des compétences exclusives, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 325 et s. ; J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160, *préc.*, n° 3.

425. En matière de droits réels immobiliers, l'application de la *lex rei sitae*, fondée initialement sur l'article 3 al. 2 du Code civil, a été fréquemment invoquée par les tribunaux français pour déduire la solution à retenir sur le plan de la compétence juridictionnelle et de la reconnaissance des jugements étrangers<sup>1703</sup>. L'application de la loi française du lieu de situation de l'immeuble conduisait ceux-ci à reconnaître leur compétence<sup>1704</sup> par une sorte de « juridiction immédiate »<sup>1705</sup>, alors qu'ils déduisaient parallèlement leur incompétence de l'applicabilité de la loi étrangère<sup>1706</sup>. La règle de l'article 3 était alors utilisée comme un « révélateur de l'étendue du principe de souveraineté ; de révélateur des situations sur lesquelles l'ordre juridique français entend imposer son empire »<sup>1707</sup>. L'attraction opérée par la loi du lieu de situation apparaît encore aujourd'hui expressément consacrée dans le cadre de la mise en œuvre du mécanisme du renvoi<sup>1708</sup>, et très largement mise en avant<sup>1709</sup>, en particulier en matière de baux, la plupart du temps sous l'angle de la complexité que présente la mise en œuvre de la législation en la matière<sup>1710</sup>.

---

<sup>1703</sup> Bien que les arrêts soient, logiquement, peu nombreux dans ce cadre, les décisions en la matière ayant peu vocation à circuler, on peut notamment citer en ce sens, Nancy, 11 juillet 1839 et Req. 6 janvier 1841, *Wenger*, Dalloz 1841. 1, p. 226.

<sup>1704</sup> V. en particulier, CA Colmar, 12 août 1817, *préc.*, où la Cour énonce que la compétence des juridictions françaises est « une conséquence nécessaire » de l'applicabilité de la loi française, et v. également, énonçant qu'il y a « attraction de la juridiction par la loi applicable » T. Civ. Seine, 21 janvier 1950, RCDIP 1950, p. 79, note J.-P. Niboyet.

<sup>1705</sup> B. Ancel, note sous CA Lyon, 19 avril 1977, RCDIP 1979, p. 788, *spéc.*, p. 794.

<sup>1706</sup> V. en ce sens, Cass. Civ., 5 juillet 1933, *Nagalingampoullé, préc.*, où la Cour énonce que l'incompétence des juridictions françaises « résulte » de l'applicabilité de la loi étrangère.

<sup>1707</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 367.

<sup>1708</sup> Il en est ainsi, en effet, dès lors que le renvoi de compétence législative opérée par la règle de conflit de lois étrangère à la loi française conduit le juge français à reconnaître, corrélativement, sa compétence juridictionnelle pour trancher le différend malgré la situation à l'étranger des biens immobiliers. V., T. civ. Marseille, 19 juillet 1905, *Raineri* ; CA Aix, 19 juillet 1906, RCDIP 1908, p. 805 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 mars 2000, *Ballestrero*, Dalloz 2000, p. 539, obs. F. Boulanger ; RCDIP 2000, p. 399, note B. Ancel ; Clunet 2001, p. 505, note M. Revillard ; JCP 2001. II. 10443, note T. Vignal ; Gaz. Pal., 1<sup>er</sup>-3 octobre 2000, p. 35 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, *Wildenstein*, Clunet 2007, p. 125, note H. Gaudemet-Tallon ; RCDIP 2007, p. 383, note B. Ancel ; Dalloz 2007, pan. 1751, obs. P. Courbe et F. Jault-Seseke ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 février 2009, *Riley*, Dalloz 2009, p. 1658, note G. Lardeux ; RCDIP 2009, p. 512, note B. Ancel ; AJFam., 2009, p. 356, obs. A. Boiché ; Clunet 2009, p. 567, note Péroz ; JCP 2009. II. 10068, note F. Boulanger ; Actu. 106, obs. E. Cornu ; Cass. Civ., 23 juin 2010, RCDIP 2011, p. 53, note B. Ancel ; Dalloz 2010, p. 2955, note L. d'Avout et sur ce mécanisme, B. Ancel, *note préc.* et du même auteur, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, *Wildenstein, préc.*

<sup>1709</sup> V. not. E. Pataut, *thèse préc.*, n° 365 et s. ; L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 492 et s. ; P. Lagarde, « Les locations de vacances dans les conventions européennes de droit international privé », in Études offertes à P. Bellet, 11991, Litec, p. 281 et s., *spéc.* p. 282 ; S. Corneloup, *La publicité des situations juridiques : une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2003, préf. P. Lagarde.

<sup>1710</sup> V. not. CJCE, 14 décembre 1977, Aff. 73/77, *Sanders, préc.*, point 13 ; CJCE, 9 juin 1994, Aff. C-292/93, *Lieber*, point 20, RCDIP 1995, p. 123 (2<sup>e</sup> esp.), note J.-P. Beraudo ; CJCE, 15 janvier 1985, Aff. 241/83, *Rösler*, points 19 et 26 ; et v. aussi, CJCE, 6 juillet 1988, Aff. 158/87, *Scherrrens*, Rec. 3791, concl. Mancini ; RCDIP 1989, p. 545, note H. Gaudemet-Tallon ; Clunet 1989, p. 454, obs. A. Huet. V. également, en ce sens, P. Jénard, « Rapport sur la Convention concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », JOCE C du 5 mars 1979, p. 1 et s., *spéc.*, p. 35 où il est énoncé que « les baux immobiliers sont généralement régis par des législations particulières », et qu'il était alors « préférable que l'application de ces dispositions ne relève, notamment en raison de leur complexité, que des juges du pays où elles sont en vigueur » ; E. Pataut, *thèse préc.*, n° 380 et s. ; P. Lagarde, « Les locations de vacances dans les conventions européennes de droit international privé » in Études offertes à P. Bellet, 1991, Litec, p. 281 et s., *spéc.*, n° 4, p. 282 ; H. Gaudemet-Tallon, Rép. Int Dalloz, V° Bail, n° 85.

**426.** D'un autre côté, les compétences juridictionnelles exclusives consacrées en matière d'exécution forcée, d'inscription et de validité des brevets ou de registres publics, semblent être en elles-mêmes directement justifiées sous l'angle des considérations de souveraineté. Il est admis que le simple fait qu'une juridiction étrangère reconnaisse sa compétence et admette de connaître de ces questions pourrait porter atteinte à la souveraineté de l'État du for. Ces règles de compétence semblent directement fondées sur la volonté de protéger la compétence de l'État pour « s'auto-organiser »<sup>1711</sup>, et sont rattachées à la mise en cause d'un service public ou au monopole territorial de l'exercice de la contrainte. La compétence nécessaire de l'ordre juridique est alors directement envisagée de manière globale sous l'angle de la souveraineté étatique. L'applicabilité de leur législation impérative de droit public, empreinte également de considérations de souveraineté, n'apparaît pas alors, en elle-même, comme ayant exercé une incidence déterminante sur la reconnaissance de leur compétence sur le plan juridictionnel. La liaison des compétences est directement envisagée comme découlant d'une règle de droit international public, caractérisée par l'existence d'une influence réciproque exercée par les compétences normatives et juridictionnelles l'une sur l'autre<sup>1712</sup>.

**427.** Pour la compétence juridictionnelle de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble, consacrée pour le contentieux réel immobilier et en matière de baux immobiliers, en revanche, il paraît plus difficile de considérer qu'elle est elle-même directement fondée sur la souveraineté étatique<sup>1713</sup>. Malgré l'intervention fréquente des autorités publiques de cet État, notamment en matière de publicité foncière, les juridictions étrangères sembleraient pouvoir, en théorie, connaître des litiges relevant de cette matière sans porter atteinte à la souveraineté du *situs*. La compétence juridictionnelle exclusive de ce dernier ne semblerait alors pouvoir être justifiée moins sous l'angle de la souveraineté que par son effet sur le droit substantiel, lui-même empreint de considérations relatives à la poursuite d'un objectif d'intérêt général.

---

<sup>1711</sup> P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », RCDIP 1979, p. 374.

<sup>1712</sup> Cet argument est parfois également avancé, sous l'angle de la mise en cause du fonctionnement d'un service public de l'État du for, pour justifier la compétence exclusive reconnue par l'art. 24.2 règl. B I bis (22.2 règl. B. I), mais uniquement s'agissant des contentieux portant sur les aspects organiques des sociétés. (V. en ce sens, not., D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 73, note 1). Il est cependant assez largement contesté même dans cette hypothèse. (V. not., L. Usunier, *thèse préc.*, n° 329, p. 377, note 1). Cette règle de compétence exclusive viserait ainsi à assurer la coïncidence de loi applicable et de la juridiction compétente, pour assurer l'effectivité du monopole de la *lex societatis* pour répondre essentiellement à des considérations pratiques de sécurité des transactions. V. également, en ce sens, not. H. Synvet, Rép. dr. int. V° *Société*, n° 96 ; D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 73, note 1 ; G. A. L. Droz, *préc.*, n° 154 ; L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. : 584-160, *préc.*, n° 3.

<sup>1713</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 329 ; D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 72, p. 98, mais cependant, considérant que l'État est directement impliqué dans ce cadre parce que l'immeuble présente un lien particulièrement intense avec le territoire de l'État, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, comp. L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 191 et s.

Elle serait justifiée pour assurer le respect de la réglementation impérative du *situs*, qui risquerait de ne pas être appliquée devant un for étranger. Il s'ensuit, sous cet angle, que l'attraction opérée par les lois de police applicables sur la compétence juridictionnelle semblerait dans ce cadre avoir été sinon décisive, en tout cas *déterminante*, dans la consécration de ce chef de compétence. Comme le relève L. Usunier<sup>1714</sup>, la compétence exclusive des tribunaux du *situs* apparaîtrait à « la lisière des chefs de compétence directement fondés sur la souveraineté étatique et des chefs de compétence fondés sur l'attraction de la loi applicable »<sup>1715</sup>, parce que, susceptible d'être directement justifiée sous l'angle de la souveraineté, dans les hypothèses où l'application de la réglementation nécessiterait l'intervention d'autorités publiques<sup>1716</sup>, elle ne semblerait pouvoir l'être, sur ce fondement, que sous l'angle du droit substantiel. Il en serait en particulier ainsi en matière de baux immobiliers, pour lesquels le rattachement direct à la souveraineté semble exclu.

Une telle attraction des lois de police sur la compétence juridictionnelle peut encore être décelée à travers les chefs de compétence affectés à la protection des parties faibles.

## 2- Règles de compétence visant à protéger une partie faible

**428.** En matière de droit du travail et de droit de la consommation, où les lois de police protectrices applicables<sup>1717</sup> se voient généralement doublées d'un chef de compétence juridictionnelle impératif *optionnel* corrélé<sup>1718</sup>, l'influence qu'a pu exercer le droit impératif substantiel applicable sur la détermination des règles de compétence juridictionnelle semble pouvoir être reconnue. Elle semble assez évidente et généralement admise pour les contrats de consommation, en dehors même des hypothèses exceptionnelles de *forum legis* explicitement consacrées en droit français<sup>1719</sup>, s'agissant de la compétence juridictionnelle reconnue aux juridictions du domicile du consommateur au sein des instruments européens<sup>1720</sup>.

---

<sup>1714</sup> V. L. Usunier. *thèse préc.*, n° 329.

<sup>1715</sup> *Ibid.*

<sup>1716</sup> Même dans cette hypothèse, L. Usunier relève que l'inscription sur un registre public se fait sans que l'autorité n'exerce aucun contrôle sur la validité des actes soumis à publicité foncière et que le juge étranger statuant sur le sort d'un immeuble situé en France ne s'immiscerait donc pas dans le fonctionnement d'un service public français. Il suffirait, dès lors, pour l'auteur, que le juge étranger applique la loi française de police pour que la souveraineté française soit respectée.

<sup>1717</sup> Celles-ci sont, comme nous l'avons vu, cristallisées au sein d'une règle de conflit de lois bilatérale spécifique au sein du règlement Rome I (V. art. 6 et 8).

<sup>1718</sup> V. *supra*, n° 263 et s.

<sup>1719</sup> V. à cet égard, le cas spécifique précédemment mentionné de l'art. L. 311-37 du Code de la consommation (devenu art. L. 311-52 C. cons. depuis la loi n° 2010-737 du 1<sup>er</sup> juillet 2010), qui s'est vu attribuer un caractère de loi de police et bénéficie d'une compétence juridictionnelle corrélée.

<sup>1720</sup> V. précisant que « les droits nationaux ayant, le plus souvent, adopté entre 1968 et 1978 d'importantes dispositions protectrices des consommateurs, il était normal d'en tirer les conséquences dans la convention de Bruxelles », H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd. 2015, n° 263.



429. En matière de contrats de travail, également, alors que les solutions finalement retenues ne consacrent qu'une corrélation assez imparfaite des impérativités<sup>1721</sup>, les hésitations qu'a pu susciter l'élaboration des règles de compétence juridictionnelle en la matière permettent de déceler l'influence qu'ont pu également exercer les lois de police applicables dans ce cadre. Alors qu'il avait été envisagé de consacrer une règle de compétence exclusive au profit des juridictions du lieu d'exécution du travail ou du lieu de l'établissement intéressé lors du projet de la convention de Bruxelles<sup>1722</sup>, la lecture du rapport Jénard<sup>1723</sup> révèle que la mise à l'écart de cette solution, loin de refléter une absence de prise en compte des impérativités substantielles, aurait justement été justifiée au regard des considérations de droit substantiel<sup>1724</sup>.

D'un autre côté, alors que les contrats de travail n'avaient été initialement soumis à aucune règle de compétence juridictionnelle spécifique au sein des instruments européens, la prise en compte de l'opportunité qu'il y aurait à assurer l'application effective des dispositions de l'ordre juridique du lieu d'exécution du travail ressort également des justifications qui ont pu être avancées pour fonder une interprétation dérogatoire de l'article 5-1 de la convention de Rome<sup>1725</sup>. Pour écarter la solution consacrée par la jurisprudence *De Bloos*<sup>1726</sup>, et assurer ainsi la compétence du juge du lieu d'exécution du travail, la Cour de justice a précisé qu'il « s'agit d'un contrat portant sur la prestation d'un travail dépendant pour lequel, en règle générale, la loi applicable comporte des dispositions protégeant le travailleur, cette loi étant normalement celle du lieu de l'accomplissement du travail qui constitue la prestation caractéristique du contrat »<sup>1727</sup>. Une même justification ressort

---

<sup>1721</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 269 et s.

<sup>1722</sup> V. sur cette question, P. Bellet, « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun », *Clunet* 1965, p. 833 et s., spéc. p. 855 et s. ; G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effet des jugements dans le marché commun. Étude de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, n° 34, 66-68 et 163.

<sup>1723</sup> P. Jénard, « Rapport sur la convention concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *JOCE C* du 5 mars 1979, p. 1 et s.

<sup>1724</sup> Le rapport énonce « qu'il est souhaitable que, dans toute la mesure du possible, les contestations en matière de contrat de travail soient localisées devant les tribunaux de l'État dont la loi est appelée à régir le contrat ». Or, il précise également que l'existence des travaux entamés pour uniformiser les législations étatiques quant à l'application des dispositions substantielles aurait rendu peu opportune la fixation d'un chef de compétence unique risquant de ne pas correspondre à la solution retenue sur le plan substantiel. Il rappelle, d'autre part, l'importance que peut revêtir le respect des dispositions substantielles protectrices des travailleurs, en mentionnant que leur violation pourra être sanctionnée par l'État requis dont la loi n'aurait pas été appliquée sur le fondement du contrôle de l'ordre public au stade du contentieux de l'*exequatur*. v. Chap. IV. B. Section 2, p. 27.

<sup>1725</sup> V. également, le rapport explicatif sur la convention de Lugano, qui souligne que la disposition de l'art. 5-1 de la convention s'inspire de l'art. 6 de la convention de Rome, de sorte « qu'il y aura jonction entre la compétence juridictionnelle et la loi à appliquer ». Rapport Jenard-Möller, *JOCE*, 28 juillet 1990, C 189/57, spéc., p. 73, §38 et 40.

<sup>1726</sup> CJCE, 6 octobre 1976, Aff. 14/76, *De Bloos*, Rec. 1497, concl. Reischl ; RCDIP 1977. 751, note Gothot et Holleaux ; *Clunet* 1977. 719, obs. Bischoff ; *Dalloz* 1977. 616, note Droz. La Cour avait précisé que l'obligation dont le lieu d'exécution devait être pris en compte était celle qui servait de base à l'action en justice, laquelle était susceptible de conduire à une multiplicité des chefs de compétence en cas de litige portant sur plusieurs obligations découlant d'un même contrat.

<sup>1727</sup> CJCE, 26 mai 1982, *Ivenel*, *préc.*, point 19.

également de l'arrêt *Shenavai*<sup>1728</sup>, où la Cour a déclaré qu'« il faut observer que [les] contrats de travail [...] présentent, par rapport aux autres contrats [...], certaines particularités en ce qu'ils [...] se localisent au lieu de l'exercice des activités, lequel détermine l'application de dispositions de droit impératif et de conventions collectives. C'est en raison de ces particularités que le juge du lieu où doit s'exécuter l'obligation [...] apparaît comme le plus apte à trancher les litiges auxquels une ou plusieurs obligations découlant de ces contrats peuvent donner lieu »<sup>1729</sup>.

**430.** Le respect des impérativités substantielles applicables, ici affectées à un but de protection d'intérêts catégoriels, apparaîtrait ainsi comme l'un des objectifs à la base des règles de compétence<sup>1730</sup>. Sans conduire à la consécration d'une corrélation absolue entre leur applicabilité et la compétence des juridictions de l'ordre juridique dont elles émanent, l'attraction des lois de police serait dès lors intervenue, avec d'autres considérations, pour justifier les chefs de compétence juridictionnelle consacrés. Ceux-ci auraient pour but à la fois d'assurer aux parties la possibilité de saisir une juridiction proche de leur centre d'intérêt et l'application effective des dispositions impératives de l'ordre juridique désigné. Ces chefs de compétence s'expliqueraient ainsi « par le souci d'assurer l'applicabilité au fond d'une loi de police [et] par la volonté de lutter contre des abus spécifiquement juridictionnels »<sup>1731</sup>. L'application de la loi de police, néanmoins, ne semble apparaître que comme un objectif poursuivi seulement à titre *secondaire* par les règles de compétence juridictionnelle<sup>1732</sup>, qui reposeraient principalement sur un objectif procédural susceptible de justifier également, en lui-même, la consécration du chef de compétence concerné.

Cette attraction du droit impératif a pu d'ailleurs être formellement consacrée en matière de détachement des travailleurs par la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996<sup>1733</sup>. Alors qu'elle fixe à l'article 3 une liste de dispositions étatiques dont l'application peut être

<sup>1728</sup> CJCE, 15 janvier 1987, Aff. C-266/85, *Shenavai*, Rec. CJCE, p. 239, concl. Mancini ; RCDIP 1987. 793, note Droz ; Clunet 1987. 465, obs. Bischoff et A. Huet.

<sup>1729</sup> V. point 16 de l'arrêt. V. également, CJCE, 15 février 1989, Aff. 32/88, *Six Constructions*, Rec. 341, concl. Tesouro ; Clunet 1989. 461, obs. A. Huet ; RCDIP 1989. 560, note P. Rodière (point 10).

<sup>1730</sup> V. en ce sens, F. Pocar, *La protection de la partie faible en droit international privé*, RCADI 1984-V, t. 188, p.339 et s., spéc., p. 399 ; L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », RCDIP 2003, n° 8 et 9, *in fine* ; E.-A. Oprea, *Droit de l'Union européenne et lois de police*, L'Harmattan, 2015, n° 562, p. 415.

<sup>1731</sup> H. Muir Watt, *cours préc.*, n° 97, p. 144.

<sup>1732</sup> V. L. Usunier, *thèse préc.*, n° 349, déclarant que l'applicabilité de la loi du for n'apparaîtrait ni comme l'objectif exclusif des règles consacrées, ni comme leur but essentiel ; rapp., D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 80 ; mais mettant en avant l'objectif essentiellement procédural des règles de compétence juridictionnelle concernant la compétence consacrée en matière de contrats de travail, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 280, qui déclare que « c'est l'insistance sur cet aspect procédural qui conduit à n'accorder qu'une importance relative à l'argument, parfois invoqué, de la coïncidence des compétences juridictionnelles et législatives ».

<sup>1733</sup> Cette règle a été transposée en France dans l'art. R. 517-1-1 du Code du travail, qui figure à l'art. R. 1412-5 depuis le décret du 7 mars 2008.

imposée à titre de lois de police par les États membres du lieu d'exécution du travail<sup>1734</sup>, l'article 6 conduit à doubler celles-ci d'un chef de compétence juridictionnelle corrélée, en reconnaissant la compétence des juridictions du lieu où le travailleur est ou était détaché « pour faire valoir le droit aux conditions de travail et d'emploi garanties à l'article 3 ». Cette disposition<sup>1735</sup> apparaît ainsi comme un cas de *forum legis* expressément fondé sur la volonté d'assurer l'application effective de lois de police<sup>1736</sup>.

### 3- Domaines d'intervention d'autorités publiques

**431.** L'intervention croissante, en droit contemporain, d'organes publics dans l'administration des intérêts privés, conduit souvent à masquer l'incidence exercée par les dispositions impératives sur la compétence. La coïncidence systématique des compétences apparaît la plupart du temps envisagée sous un angle *mécanique* et *nécessaire*, comme une conséquence de l'imbrication du fond et de la procédure et par application de la règle *auctor regit actum*<sup>1737</sup>.

Une telle approche peut être délaissée, néanmoins, dès lors que l'on reconnaît que cette règle n'exige nullement la corrélation absolue des compétences mais simplement le respect de leurs règles organiques de la part des autorités publiques, sans exclure l'application du droit étranger<sup>1738</sup>. D'un autre côté, la remise en cause progressive, en droit contemporain, de l'idée qu'un organe public serait dans l'impossibilité de mettre en œuvre les lois étrangères, viendrait également inciter à reconnaître que cette liaison établie des compétences juridictionnelle et législative relève de *considérations d'opportunité*, fondées sur la volonté étatique d'assurer le respect effectif de ses dispositions substantielles impératives.

---

<sup>1734</sup> V. *supra*, n° 273.

<sup>1735</sup> Sur laquelle, not., v. E. Pataut, *thèse préc.*, n° 283, et pour un exemple de mise en œuvre, Cass. Soc., 25 janvier 2012, RCDIP 2012, p. 620, note Haftel. La règle n'apparaît, cependant, ni impérative ni exclusive, et laisse s'appliquer toute autre compétence prévue par les instruments européens. Elle est consacrée comme une règle de compétence concurrente dont la saisine est simplement optionnelle pour les parties, et ne fait pas obstacle à la conclusion et à l'efficacité d'une clause attributive de juridiction conférant compétence à d'autres juridictions. V. sur ce point, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 283 et s. L'auteur propose d'admettre éventuellement que cette compétence de l'art. 6 puisse être admise concurremment à la compétence du tribunal qui serait désigné par une clause attributive de juridiction, ce qui conduirait dès lors à déroger au principe d'exclusivité de la compétence du tribunal élu.

<sup>1736</sup> Elle consacre, au niveau européen, la solution qu'avait pu retenir la Cour de justice dans l'hypothèse du travail détaché. Alors que l'art. 6.2 de la convention de Rome I conduisait à l'application de la loi du lieu d'exécution de la prestation de travail initiale ou du lieu d'embauche, la Cour de justice avait admis qu'un État membre étende sa législation ou ses conventions collectives de travail à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur son territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur. V. CJCE, 27 avril 1990, *Rush Portuguesa c/ Office National d'Immigration*, RTDE 1990, p. 632, note R. Rodière ; Clunet 1991, p. 471, obs. Boutard-Labade.

<sup>1737</sup> Une telle vision des choses, d'ailleurs, est également retenue concernant les matières généralement rattachées au *principe de souveraineté*, pour justifier la compétence exclusive consacrée. Il en est ainsi, en particulier, pour la compétence consacrée en matière de voies d'exécution ou lorsque est mis en cause un service public.

<sup>1738</sup> En ce sens, L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 169 ; D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 587, t. I.

**432.** Une étude exhaustive de ces différentes matières n'étant pas ici envisageable, deux nous semblent pouvoir être analysées sous cet angle. La protection des incapables, relevant du statut personnel, offre à cet égard un terrain d'analyse intéressant en ce qu'elle parachève en quelque sorte l'évolution qu'a connue le statut personnel quant à l'influence exercée par les lois de police sur les règles de compétence juridictionnelle (a). La matière du droit des faillites, d'un autre côté, présente, quant aux solutions consacrées, une parenté importante avec celles retenues dans d'autres matières relevant du droit de la régulation économique<sup>1739</sup>, et appelle des remarques similaires concernant l'attraction opérée par les impérativités substantielles sur la compétence (b).

#### a) Règles de compétence en matière de statut personnel

**433.** La coïncidence des compétences juridictionnelle et législative, consacrée en matière de statut personnel, se manifeste à travers l'intervention fréquente d'organes publics non juridictionnels pour l'établissement d'actes et la résolution des contentieux entre personnes privées<sup>1740</sup>. Alors qu'elle est généralement considérée comme le reflet d'une *absorption* de la question de la compétence législative par celle relative à la compétence juridictionnelle<sup>1741</sup>, cette coïncidence des compétences nous semble en réalité pouvoir être envisagée sous l'angle de l'incidence exercée par le droit impératif substantiel. Celle-ci justifierait, parallèlement, l'impérativité généralisée des chefs de compétence en ce domaine<sup>1742</sup>. La liaison établie entre les deux compétences et l'inversion des rapports entre le droit substantiel et la compétence juridictionnelle pourraient ainsi être considérées comme résultant de l'attraction exercée par les lois de police, massivement applicables, sur la compétence juridictionnelle.

Sous cet angle, la correspondance des compétences, fondée historiquement sur le critère de la nationalité et aujourd'hui sur le rattachement de la résidence habituelle<sup>1743</sup>, refléterait deux facettes de l'implication de l'État sur le plan du droit substantiel et répondrait à une logique différente. Corrélativement, l'évolution consacrée sur le plan juridictionnel

---

<sup>1739</sup> Il en est ainsi, par exemple, du droit boursier, nécessitant l'intervention d'autorités de régulation nationales. V. sur les solutions consacrées dans ce cadre, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1084 et s., p. 955 et s. ; et sous l'angle de la mise en cause de lois de police économiques, *supra*, n° 357.

<sup>1740</sup> V. par ex. en matière de protection des mineurs, H. Bauer, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands, Étude comparative*, Dalloz, 1965, n° 114 et s., spéc. p. 117.

<sup>1741</sup> V. en ce sens, en particulier, Ph. Francescakis, « La prudente élaboration par la conférence de La Haye d'une convention sur le divorce », *Compte rendu in Mélanges Kollwijn et Offerhaus*, Clunet 1965, p. 32 et s.

<sup>1742</sup> Cette impérativité apparaîtrait dès lors justifiée par la volonté d'empêcher les parties d'en contourner l'application. L'impérativité juridictionnelle apparaîtrait ainsi comme le prolongement de l'impérativité substantielle. V. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, *thèse préc.*, n° 358 ; et du même auteur, « *Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres* », in *Mélanges G. Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 531 et s., p. 551.

<sup>1743</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 255 et s.

quant à la prédominance de chacun des deux critères apparaîtrait comme le prolongement d'un déplacement des considérations d'ordre public substantiel, illustrant le passage de la volonté de l'État à faire respecter l'application de sa loi nationale pour des considérations de souveraineté<sup>1744</sup> à sa volonté d'assurer l'application de ses dispositions territoriales généralement impératives. La prise en compte de l'intervention fréquente des impérativités de l'ordre juridique du lieu de résidence habituelle des personnes concernées apparaîtrait ainsi comme le fondement non exclusif de la règle de compétence juridictionnelle<sup>1745</sup>. Celle-ci, justifiée également sous l'angle de considérations pratiques, de proximité et de bonne administration de la justice, consacrerait ainsi globalement un *forum legis* généralisé fondé sur l'applicabilité des lois de police.

**434.** Un exemple particulièrement topique de la confrontation qui a pu exister entre ces deux facettes de l'incidence de l'impérativité substantielle sur la compétence juridictionnelle semble pouvoir être décelé en matière de protection des incapables, qui implique parfois l'intervention nécessaire de l'autorité publique pour déclencher les mesures de protection et en assurer l'exécution<sup>1746</sup>. Dans ce cadre, en effet, l'évolution des rattachements consacrés sur le plan de la compétence juridictionnelle en faveur des juridictions du lieu de résidence habituelle de l'incapable semble avoir été inspirée, au-delà des considérations pratiques, par la volonté d'assurer l'application effective des lois de police<sup>1747</sup>.

Alors que la protection des incapables avait été initialement envisagée comme une branche du statut personnel et était pour cette raison soumise au rattachement de la nationalité, la constatation que cette protection touchait à l'organisation étatique et mettait en cause l'intérêt général<sup>1748</sup> a conduit à une *prise en main* de certains aspects de cette protection par l'État, qui s'est traduite, sur le plan substantiel, par la consécration d'un nombre important de lois de police d'application territoriale. L'idée était alors que l'État sur le territoire duquel

---

<sup>1744</sup> Il a été démontré que l'art. 3 du Code civil avait pu initialement être utilisé, sous l'angle du *principe de souveraineté*, comme « vecteur de la compétence globale » de l'ordre juridique français. Les tribunaux français déduisaient alors directement leur compétence juridictionnelle de la solution à laquelle conduisait cette règle, en s'estimant compétents lorsque la loi française était applicable et en refusant au contraire de statuer lorsque était désignée la loi nationale étrangère. La compétence juridictionnelle était ainsi placée dans la dépendance de la règle de conflit de lois et apparaissait comme un « moyen de réaliser un programme que se fixe la règle de conflit de lois française, qui fixe elle-même le champ de la souveraineté française ». V. entre tous, B. Ancel, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », TCFDIP 1986-1987, p. 25 et s. ; E. Pataut, *thèse préc.*, Titre I, spéc., n° 154 et s.

<sup>1745</sup> V. faisant ce constat pour les litiges en matière d'état et de capacité des personnes, notamment, H. Gaudemet-Tallon, *art. préc.*, p. 552 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 304, p. 224 ; H. Muir Watt, *Aspects économiques du droit international privé*, RCADI 2004, t. 307, p. 144.

<sup>1746</sup> V. sur la distinction entre la protection étatique et la protection familiale de l'incapable, Y. Lequette, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, 1976, Dalloz.

<sup>1747</sup> L'existence, en droit positif, d'une compétence juridictionnelle des tribunaux français fondée sur l'applicabilité des lois de police au fond du litige en la matière a été démontrée par plusieurs auteurs. V. not., Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 337 et s. ; E. Pataut, *thèse préc.*, n° 288 et s.

<sup>1748</sup> V. Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 153 ; n° 256 et s. ; V. Heuzé et P. Mayer, *ouvrage préc.*, n° 539, p. 403.

se trouvait le mineur ne pouvait tolérer l'application « de toute autre loi »<sup>1749</sup>, parce qu'il ne pouvait courir le risque, « ni pour la société française, ni pour le mineur en cause, que les moyens mis par le législateur étranger au service de la finalité visée par la France [...] soient inadaptés, voire tout simplement moins efficaces que ceux qu'[il] a retenus »<sup>1750</sup>. Les tribunaux français imposaient dès lors leur application chaque fois que le mineur résidait habituellement en France à titre de lois de police<sup>1751</sup>, en écartant corrélativement l'application de la loi personnelle étrangère désignée par la règle de conflit. Or, ils déduisaient également systématiquement leur compétence juridictionnelle de l'application de la loi française<sup>1752</sup> et refusaient au contraire de s'estimer compétents lorsque le mineur, français comme étranger, résidait à l'étranger<sup>1753</sup>. La compétence des juridictions françaises semblait ainsi directement déduite de l'applicabilité des lois de police pour assurer leur application.

**435.** Or, le développement, en France, mais également dans d'autres législations étatiques<sup>1754</sup>, de cette réglementation impérative d'application territoriale, pourrait avoir exercé une influence sur l'évolution qu'ont connue les solutions retenues dans le cadre des conventions de La Haye. Celles-ci, en effet, instituant un principe de traitement unitaire des compétences législative et juridictionnelle, ont progressivement consacré un « renversement de l'ordre des rattachements »<sup>1755</sup>, en conférant une place prioritaire à celui de la résidence habituelle par rapport au critère de la nationalité.

Alors que la convention de 1902 relative à la tutelle des mineurs, retenant le critère de la nationalité<sup>1756</sup>, subissait d'importantes critiques<sup>1757</sup> et voyait son application mise à mal<sup>1758</sup>,

---

<sup>1749</sup> Voir, Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 248, p. 189.

<sup>1750</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., p. 240, et en ce sens, Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 339 ; J.-P. Niboyet, *Traité*, T. VI, n° 1836, p. 447..

<sup>1751</sup> Les tribunaux se sont initialement placés sur la voie de l'urgence ou des mesures provisoires pour imposer l'application de la loi française et déduire leur compétence dans ce cadre. Voir, notamment, CA Paris, 21 juin 1962, *préc.*, et dans une moindre mesure, CA Paris, 20 février 1964, *préc.*

<sup>1752</sup> V. not., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1964, *Maro, préc.* ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 1965, *préc.* ; Cass. crim. 4 novembre 1992, *préc.* ; CA Paris, 7 décembre 2004, 2 arrêts, JCP 2004. II. 10122, note Favier.

<sup>1753</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 1994, Dalloz 1994, IR, 111 ; Dalloz 1995, somm. 137, obs. A. Bottiau ; Defrénois 1994, 1099, note J. Massip.

<sup>1754</sup> Il en était ainsi, par exemple, de la loi belge du 8 avril 1965 sur la protection de la jeunesse, de l'art. 403 d) du Code civil italien, ou encore, de l'art. 22 a) de la loi suédoise du 6 juin 1924 sur la protection de l'enfance et de la jeunesse.

<sup>1755</sup> De Steiger, *Rapport explicatif*, in *Actes et documents*, 9<sup>e</sup> session de la conférence de La Haye de droit international privé (1960), T. IV., *Protection des mineurs*, p. 221.

<sup>1756</sup> La compétence de principe implicitement donnée aux autorités et à la loi de la nationalité du mineur est complétée par une compétence conférée aux autorités consulaires et diplomatiques de la nationalité du mineur (art. 2), et ce n'est qu'à titre exceptionnel que la compétence peut être donnée aux autorités et à la loi de la résidence habituelle du mineur (art. 3 et 7).

<sup>1757</sup> V. sur ces critiques, not., J.-P. Niboyet, *Traité*, T. IV, n° 1621 ; Simon-Depitre, « La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt Boll de la Cour internationale de justice », TCFDIP 1960-1962, p. 112 ; Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 171 et s., p. 136 et s.

<sup>1758</sup> La nécessité d'assurer l'application des dispositions territoriales et l'absence d'efficacité des mesures de protection à laquelle conduisait l'utilisation du critère de la nationalité avaient conduit les tribunaux étatiques à écarter fréquemment la loi nationale au profit de celle de la résidence habituelle de l'incapable, nonobstant les dispositions de la convention. V. en Allemagne, notamment, Cour fédérale RFA, 7 décembre 1955, RCDIP 1957, p. 454, note Makarov, et en France (où les

l'arrêt *Boll* du 28 septembre 1958 rendu par la Cour internationale de justice<sup>1759</sup> avait fait apparaître la nécessité de consacrer une évolution des solutions en la matière. Constatant l'objectif de « garantie sociale » de la loi suédoise de la résidence habituelle de l'enfant dont l'application était revendiquée, la Cour a admis son application en dépit de la solution qui aurait dû résulter de la mise en œuvre de la convention. La Cour releva que cette fonction de la règle la plaçait en dehors de son champ d'application, limité aux mesures de « protection individuelle », et que certaines lois étatiques nationales pouvaient ne pas donner lieu à des conflits de lois et en conséquence prévaloir sur les dispositions d'une convention qui ne prétend régir que ces dernières questions<sup>1760</sup>. Ce faisant, l'arrêt apparaissait comme « un jalon essentiel de l'émergence de la théorie moderne des lois de police »<sup>1761</sup> et avait mis en lumière la nécessité de prendre en compte l'existence de la revendication fréquente d'application des dispositions de l'ordre juridique de la résidence habituelle du mineur dans le cadre d'un instrument international.

Or, la convention de La Haye du 5 octobre 1961<sup>1762</sup> puis celle du 19 octobre 1996<sup>1763</sup> consacrèrent une telle solution. Elles ont conduit à attribuer une place de plus en plus importante à la loi et aux autorités de l'ordre juridique de la résidence habituelle<sup>1764</sup>, alors que

---

tribunaux français se sont reconnus compétents malgré la loi étrangère désignée par la convention, laquelle traitait les deux compétences de manière conjointe), Cass. Civ., 7 mai 1928, S. 1928. 1. 238 ; Clunet 1929, p. 431.

<sup>1759</sup> CIJ, 28 septembre 1958, Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs, *Pays-Bas c/ Suède*, Rec. CIJ, p. 55, RCDIP 1958, p. 713 ; M. Simon-Depitre, « La protection des mineurs en droit international privé, après l'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice », TCFDIP 1860-1962, p. 103 et s ; Batiffol et Francescakis, « L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice et sa contribution à la théorie du droit international privé », RCDIP 1959, p. 259. La Cour s'était vue contrainte de trancher la question de savoir si les autorités de l'État de Suède sur le territoire duquel une mineure résidait avaient manqué à leurs obligations découlant de la convention en appliquant leurs dispositions nationales issues de la loi du 6 juin 1924 sur la protection de l'enfance et de la jeunesse, malgré la désignation de la loi nationale désignée par cette convention et en refusant par la suite de mettre fin à cette mesure (ce qui venait indirectement entraver le droit de garde mis en place par les autorités néerlandaises).

<sup>1760</sup> La Cour énonça que si le but de la convention était de statuer sur la tutelle des mineurs, elle ne pouvait avoir pour conséquence d'étendre ou de restreindre le domaine d'application des lois territoriales étatiques qui répondaient à des « préoccupations d'ordre général », et qui n'avaient pas trait directement à la tutelle, comme ceci était le cas, selon elle, de la loi suédoise du 6 juin 1924 sur la protection de l'enfance et de la jeunesse. La Cour se plaça donc exclusivement sur le terrain de l'examen du champ d'application de la convention pour trancher la question de l'articulation de la loi de la résidence habituelle et de la loi personnelle du mineur.

<sup>1761</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 308.

<sup>1762</sup> Cette convention fut ratifiée par la loi du 11 septembre 1971, et entra en vigueur en France le 10 novembre 1972. Sur le texte de cette convention, G. A. L. Droz, « La protection des mineurs en droit international privé » depuis l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 5 octobre 1961, Clunet 1973, p. 603 ; J. Foyer, « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », RCDIP 1965, p. 439 ; Simon-Depitre, « La protection des mineurs en droit international privé après l'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice », TCFDIP 1960-1962, p. 109.

<sup>1763</sup> Elle fut signée en 2003 par la France et entra en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2011. V. le texte de cette convention reproduit, RCDIP 1996, p. 813 ; et P. Lagarde, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », RCDIP 1997, p. 217. Cette convention est entrée en vigueur, en France, le 1<sup>er</sup> février 2011.

<sup>1764</sup> La même solution, d'ailleurs, tant sur le plan de la méthode que du point de vue des rattachements retenus, a également été consacrée dans la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2009. V. sur cette convention, A. Bucher, RSDIE, 2000, p. 50.

l'ordre juridique de la nationalité ne bénéficie plus que d'une compétence en quelque sorte *subsidaire*<sup>1765</sup>.

Sous cet angle, l'évolution consacrée pourrait être interprétée comme ayant été au moins en partie induite par la prise en compte de l'importance quantitative des lois de police de l'ordre juridique de la résidence habituelle<sup>1766</sup> et de l'attachement constant des tribunaux étatiques à en assurer l'application à titre dérogatoire<sup>1767</sup>. La reconnaissance de la compétence principale et globale de l'ordre juridique de la résidence habituelle de l'enfant apparaîtrait ainsi, avec d'autres considérations d'ordre pratique<sup>1768</sup>, justifiée par la volonté d'assurer l'application effective des lois de police étatiques<sup>1769</sup> en la matière, et consacrerait un exemple de chef de compétence juridictionnelle influencé par le droit impératif applicable au fond du litige.

#### b) Règles de compétence consacrée en matière de faillites

**436.** Le droit des faillites internationales apparaît à première vue soumis au principe traditionnel de distinction des conflits de lois et des conflits de juridictions. Il fait l'objet, dans chacun de ces cadres, de règles de compétence *a priori* autonomes, consacrées en droit français et dans le règlement 1346/2000 du 29 mai 2000<sup>1770</sup>. Ces règles conduisent pourtant à établir une coïncidence systématique de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable de l'ordre juridique du lieu d'ouverture de la procédure collective. Elles consacrent, au stade

---

<sup>1765</sup> Alors que, dans la Convention de 1961, une compétence de principe semblait attribuée à l'ordre juridique de la résidence habituelle, la mise en œuvre des règles conduisait en réalité à donner en pratique une place importante à la loi nationale du mineur (voir, art. 3 et art. 4, et en ce sens, Y. Lequette, *cours préc.*, p. 91). La prévalence semblait en réalité encore accordée à la loi nationale du mineur sauf dans le cas d'urgence ou de danger sérieux pour l'enfant, dans la Convention de 1961 (art. 1, 3, 4, et 5 al. 3). La Convention de 1996 consacre en revanche la primauté réelle et systématique de la loi et des autorités de la résidence habituelle du mineur (art. 5 pour la compétence juridictionnelle et art. 15 pour la compétence législative).

<sup>1766</sup> Cette prise en compte, néanmoins, a la plupart du temps été envisagée sous l'angle des difficultés pratiques qu'induisait l'application de la loi nationale. V. en ce sens, not. G. Holleaux, intervention, TCFDIP 1960-1962, p. 127 ; Steiger, Actes et Documents, neuvième session, p. 65 ; Y. Lequette, RCADI, *préc.*, n° 40, p. 54.

<sup>1767</sup> Même dans le cadre de la Convention de 1961, les États avaient tendance à interpréter très largement la notion de « danger sérieux », pour inscrire la situation dans le champ d'application de l'art. 8 réservant l'application de la loi de la résidence habituelle dans des cas exceptionnels. V. également, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 1991, Clunet 1991, p. 975 et s., note H. Gaudemet-Tallon, qui ne fait référence à la Convention de 1961 qu'après avoir fait application des articles 375 et s. du Code civil ; ou encore, Cass. Crim., 4 novembre 1992, *préc.*, qui vise d'abord l'art. 3 du Code civil, et n'invoque qu'en second lieu l'art. 8 de la Convention pour confirmer la compétence de la loi française, déjà établie.

<sup>1768</sup> V. mettant en avant les arguments d'ordre pratique, relatifs à la proximité, justifiant la compétence de l'ordre juridique de la résidence habituelle, notamment, P. Lagarde, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », RCDIP 1997, p. 217 et s., spéc., p. 224 ; E. Pataut, *thèse préc.*, n° 324 et s. et n° 335 et s. ; et ceux tirés du fait que l'ordre juridique de la résidence habituelle constitue le lieu futur d'exécution de la décision qui sera rendue, Y. Lequette, *cours préc.*, n° 52, p. 61.

<sup>1769</sup> V. en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 347 et s.

<sup>1770</sup> JOCE, n° L. 160, 30 juin 2000. Il s'applique aux situations d'insolvabilité de droit commun ouvertes après le 31 mai 2002 (art. 47), lorsque le « centre des intérêts principaux du débiteur » est situé dans l'Union européenne (v. considérant 14, et sur la mise en œuvre de ce critère, CJUE 20 octobre 2011, Aff. C-396/09, Dalloz 2011, p. 2593, obs. Lienhard ; CJUE 16 janvier 2014, Aff. C-328/12, *Ralph Schmid c/ Lilly Hertel*, Dalloz 2014, p. 915, note F. Jault-Seseke et D. Robine ; *ibid.* 1708, chron. R. Dammann et V. Bleicher ; *ibid.* 1967, obs. L. d'Avout et S. Bollée). À compter du 26 juin 2017, il sera remplacé par le règlement du 20 mai 2015 (règl. n° 2015/848 du Parlement européen et du Conseil, 20 mai 2015, JOUE, n° L. 141, 5 juin).



indirect, un principe de reconnaissance facilité des jugements étrangers<sup>1771</sup>, fondée sur un système d'importation du point de vue global étranger. Pour cette raison, la matière des faillites internationales est parfois envisagée comme un « îlot de résistance à l'internationalité »<sup>1772</sup>.

Or, à cet égard, la correspondance des compétences est généralement interprétée sous l'angle de l'influence qu'exercerait la compétence juridictionnelle sur la compétence législative et envisagée comme une conséquence *nécessaire* du caractère procédural de la matière. Elle a, d'ailleurs, conduit la doctrine à retenir dans ce cadre une approche en termes de conflits de juridictions<sup>1773</sup> et à minimiser la question de la loi applicable. La jonction des compétences semble ainsi apparaître « sous la forme la plus ancienne d'une compétence judiciaire dictant par accessoire la compétence législative »<sup>1774</sup>.

**437.** Il est admis, en France, que la compétence des tribunaux pour régler une procédure de faillites<sup>1775</sup> est déterminée par extension des règles de compétence juridictionnelle internes prévues à l'article R. 600-1 du Code de commerce<sup>1776</sup> ou, subsidiairement, sur le fondement des articles 14 et 15 du Code civil<sup>1777</sup>. Le règlement 1346/2000 confère une compétence principale aux juridictions du pays du centre des intérêts principaux du débiteur<sup>1778</sup>, et à titre secondaire, aux tribunaux de l'ordre juridique sur le territoire duquel le débiteur possède un établissement<sup>1779</sup>. De manière générale, les règles de compétence juridictionnelle apparaissent inspirées « par les besoins du commerce et de l'économie internes »<sup>1780</sup> et sont fondées sur les

---

<sup>1771</sup> V. déclarant que l'*exequatur* constitue en la matière « le vecteur de l'application en France du droit étranger de la faillite », H. Synvet, Rép. int., V° *Faillites*, n° 95, et dans le cadre du règlement, voir, les art. 16.1 et 26 relatifs à l'efficacité des jugements.

<sup>1772</sup> Recteur J. Béguin, « Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives », *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz 1994, cité par L. d'Avout, « Sens et portée de la *lex fori concursus* », revue *DeCita*, 2009, *préc.*, p. 40.

<sup>1773</sup> V. sur ce point, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 38, Avant-propos.

<sup>1774</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 42.

<sup>1775</sup> Il est admis, d'ailleurs, que les effets de cette procédure ne sont pas limités au territoire français. Le système consacré est celui de l'universalité « conditionnée » de la faillite. V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 2002, *Banque Worms*, JCP 2002. II. 10201, concl. J. Sainte-Rose, note S. Chaillé de Néré ; Dalloz 2002, p. 3341, note Lienhard ; Dalloz 2003, p. 797, note G. Kairallah ; RTD com., 2003, p. 169, note H. Muir Watt ; Gaz. Pal., 25-26 juin 2003, p. 29, note M.-L. Niboyet ; Clunet 2003, p. 132, note Ph. Roussel Galle ; LPA, 20 octobre 2003, n° 209, p. 7, note C. Legros ; RCDIP 2003, p. 631, note H. Muir Watt. Voir, également, Cass. Com. 21 mars 2006, *Khalifa Airways*, Dalloz 2006, p. 1466, note Henry ; RCDIP 2007, p. 105, note Khairallah ; Rev. soc., 2006, p. 653, note S. Bollée ; JCP 2006. Actu. 139 ; Dalloz 2007, Pan. 1757, obs. Courbe et Jault-Seseke. Dans le cadre de la mise en œuvre du droit européen, voir, CJUE, 21 janvier 2010, Aff. C-244/07C-244/07, Dalloz 2010, AJ 32.

<sup>1776</sup> Décret n° 2007-431 du 25 mars 2007, JO, 27 mars 2007. Le juge français est compétent lorsque l'établissement principal du débiteur est situé en France, même si les avoirs du débiteur sont dispersés sur le territoire d'autres États et même si la majeure partie de l'activité est effectuée à l'étranger. Il peut encore être compétent si le centre principal des intérêts du débiteur se situe en France, c'est-à-dire lorsqu'un établissement secondaire prépondérant de la société se trouve en France.

<sup>1777</sup> V. not. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 12 juillet 1962, Clunet 1963, p. 63, note Goldman (art. 14) et Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 7 juin 1962, Clunet 1963, p. 107, note Ponsard (Art. 15).

<sup>1778</sup> Art. 3.1, appliqué à la lumière du considérant 13 du règlement.

<sup>1779</sup> Art. 3.2

<sup>1780</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1097, p. 966.

liens existant entre la procédure et le marché économique local<sup>1781</sup>. Elles font l'objet d'une application particulièrement large de la part des tribunaux<sup>1782</sup> et revêtent un caractère d'ordre public qui fait obstacle à toute dérogation conventionnelle.

Sur le plan de la loi applicable, la *lex fori concursus* désignée par les règles de conflit de lois<sup>1783</sup> se voit conférer un champ d'application particulièrement large. Elle est applicable pour régler le déroulement de la procédure d'insolvabilité, dont elle détermine les conditions d'ouverture, l'organisation, le déroulement et les objectifs, notamment. Elle s'étend, au-delà, aux effets de la procédure<sup>1784</sup> et paraît ainsi susceptible de venir s'appliquer à certaines institutions affectées par la procédure mais relevant en principe d'autres règles de conflit de lois<sup>1785</sup>. Elle vient alors<sup>1786</sup> empiéter sur d'autres lois normalement applicables<sup>1787</sup>.

**438.** Or, répondant à une « logique abstraite et tenant au caractère principalement procédural du droit des faillites »<sup>1788</sup> en amont de la décision d'ouverture de la faillite, la mise en œuvre de la *lex fori concursus* dans l'administration du contentieux n'apparaît plus aussi évidente et ne peut, en tout cas, reposer sur un procédé *mécanique*<sup>1789</sup>. La corrélation des compétences juridictionnelle et législative ne peut plus, à ce stade de la procédure, être

---

<sup>1781</sup> V. en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1130, p. 994.

<sup>1782</sup> À cet égard, la jurisprudence française avait même admis, un temps, que la simple présence de biens du failli en France pouvait justifier la compétence judiciaire française. Voir, notamment, Req. 14 avril 1934, RCDIP 1935, p. 164 ; Clunet 1935, p. 894, ou encore lorsque le débiteur failli avait fait des affaires en France (V. not. Cass. Com. 26 octobre 1999, Bull. Joly 2000, p. 385, note Menjucq). Voir, également, pour l'application des art. 14 et 15 du Code civil, CA Paris, 10 novembre 1960, Clunet 1960, p. 426, note A. Ponsard. V. sur les difficultés induites par cette tendance à reconnaître très largement leur compétence par les juridictions françaises, notamment, F. Mélin, *La faillite internationale*, LGDJ, 2004, n° 37, p. 48 et s.

<sup>1783</sup> V. dans le cadre du règlement 1346/2000, l'art. 4.1 concernant la règle de principe applicable à la procédure principale et l'art. 28 concernant les procédures secondaires.

<sup>1784</sup> V. dans le cadre du règlement, l'art. 4.2 qui prévoit que cette loi s'applique pour régir les conditions d'ouverture, le déroulement et la clôture de la procédure d'insolvabilité, complété par le considérant 23 du préambule, qui précise que la *lex fori concursus* détermine les effets de la procédure de faillite, qu'ils soient procéduraux ou substantiels, sur les personnes et les rapports juridiques concernés.

<sup>1785</sup> V. par ex. dans le cadre du règlement 1346/2000, concernant les contrats en cours (art. 4.2 e)) ou l'annulation des actes en période suspecte (art. 4.2 m)).

<sup>1786</sup> Elle peut cependant éventuellement ponctuellement être écartée pour laisser s'appliquer d'autres lois dont l'intérêt public apparaîtrait plus marqué que celui de la *lex fori concursus*, dans des hypothèses qui apparaissent en réalité comme des conflits de lois de police. Voir, notamment, concernant certains actifs financiers, concernant les contrats de garantie financière, art. L. 330-2, III et IV du C. mon. fin., et dans le cadre du règlement, voir les art. 8, 9, 10, 13, 14, 15.

<sup>1787</sup> Ainsi, par ex., elle détermine les conditions auxquelles les biens peuvent être revendiqués en matière de clause de réserve de propriété. V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1991, Dalloz 1991, p. 276, note J.-P. Rémy ; Dalloz 1991, somm., p. 286, obs. F. Pérochon ; Clunet 1991, p. 993, note A. Jacquemont ; ; RTD com., 1991, p. 638, obs. B. Bouloc ; et sous l'angle des lois de police de l'ordre juridique du lieu d'ouverture de la faillite, Cass. Com., 8 janvier 2002, *Comast*, RCDIP 2002, p. 328, note D. Bureau. Dans ce cadre, en cas de divergence entre la *lex fori concursus* et la loi du lieu de situation de la chose, il convient de tenir compte de l'applicabilité éventuelle des dispositions de police de cette dernière. V. Cass. Com., 12 mars 2013, RCDIP 2013, p. 201, note D. Bureau ; Dr. et Patrimoine, janvier 2013, p. 69, obs. M.-E. Ancel ; Dalloz 2013, pan. p. 2293, obs. L. d'Avout. Elle peut également s'appliquer, en matière contractuelle, concernant les nullités de la période suspecte, par exemple, en écartant l'application de la loi du contrat. V. Cass. Com., 2 octobre 2012 (2 arrêts), JCP 2012, 1246, note F. Mélin ; Dalloz 2013 p. 62, note, F. Jault-Seseke ; RCDIP 2013, p. 201.

<sup>1788</sup> L. d'Avout, *préc.*, p. 44. Et voir, sur cette conception, H. Synvet, Rép. dr. int., V° *Faillites*, n° 32.

<sup>1789</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1098, p. 967.

justifiée sous l'angle de l'existence d'un lien entre la procédure et le fond, et semble s'expliquer par des considérations d'*opportunité*, au regard des objectifs qu'elle poursuit<sup>1790</sup>.

La prévalence accordée à la *lex fori concursus* par rapport à d'autres lois étrangères en principe applicables et son application contraignante au détriment des prévisions des parties semblent se justifier d'un point de vue à la fois technique et politique<sup>1791</sup>. Elle semble conjointement s'expliquer par son objectif de protection de l'intérêt général en assurant l'application d'une loi unique aux diverses relations susceptibles d'être affectées par la procédure de faillite<sup>1792</sup> et par son caractère de loi de police « commerciale »<sup>1793</sup>. La *lex fori concursus* apparaîtrait ainsi globalement comme un *amas*<sup>1794</sup> de lois de police<sup>1795</sup>. Son titre d'application se justifierait « par l'idée d'un faisceau de lois de police économiques, constituant un ensemble législatif et dont l'applicabilité peut en conséquence être présentée comme l'effet d'une règle bilatérale de rattachement »<sup>1796</sup>. L'application de la *lex fori concursus* n'apparaîtrait plus, alors, comme imposée par *nécessité* du fait de la compétence préalable des autorités du lieu d'ouverture mais semblerait reposer sur une volonté du législateur français d'assurer la protection de l'intérêt général et la réalisation d'un « objectif d'assainissement économique local »<sup>1797</sup>.

Elle apparaît en elle-même susceptible d'exercer une incidence sur la reconnaissance d'une compétence juridictionnelle corrélée des autorités du lieu d'ouverture, qui puiserait certaines de ses justifications dans la nécessité d'assurer son respect effectif<sup>1798</sup>. La corrélation des compétences consacrées en la matière apparaîtrait dès lors en partie fondée sur l'attraction opérée par le droit substantiel impératif, venant éventuellement s'ajouter aux justifications

---

<sup>1790</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 44, et sur les conséquences de cette absence de nécessité absolue d'en faire prévaloir l'application et les aménagements qui pourraient être envisagés pour éviter une application trop large de la *lex fori*, p. 48 et s.

<sup>1791</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1098, p. 967. L. d'Avout, *art. préc.*, p. 44 et s.

<sup>1792</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 46, et sur la variété des intérêts mis en concurrence dans ce cadre, « Un îlot de résistance à l'internationalisation : le droit international des procédures collectives », J. Béguin, *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz 1994, p. 31 et s.

<sup>1793</sup> V. Seraglini, *thèse préc.*, p. 3 et s. ; Rolin, *Des conflits de lois en matière de faillite*, RCADI 1926, t. IV, 5, p. 34. Et V. sur le caractère de vraies lois de police des dispositions applicables en la matière, *supra*, n° 359.

<sup>1794</sup> Une telle justification, néanmoins, a été critiquée par certains auteurs, qui relèvent que la formulation de l'art. 4 du règlement du 29 mai 2000, sous la forme d'une règle de conflit de lois, exclurait une telle interprétation, G. C. Giorgini, *thèse préc.*, n° 383, p. 202.

<sup>1795</sup> À cet égard, d'ailleurs, certains auteurs ont pu considérer que l'ensemble des dispositions applicables en la matière aurait cette nature. V. note de R. Vincent, B. Pénaud, *Dictionnaire de droit international privé*, Paris, 1888, V° *Faillite*, spéc., n° 25. La majorité de la doctrine néanmoins, comme la jurisprudence, semble imposer que l'on distingue au sein du droit des procédures collectives, celles qui ont un caractère impératif et celles qui n'en ont pas, sans inclure l'ensemble législatif tout entier dans cette catégorie. V. Cass. Com., 8 janvier 2002, RCDIP 2002, p. 328, note D. Bureau ; D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 1112, p. 676-677.

<sup>1796</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1098.

<sup>1797</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1133, p. 998.

<sup>1798</sup> V. défendant également cette idée, J.-P. Niboyet, *Traité*, T. IV, n° 1637.

d'ordre procédural éventuellement tirées de la complexité de la mission conférée au juge<sup>1799</sup>. La liaison du *forum* et du *jus*, sans exclusivement résulter d'une dépendance du droit applicable à la compétence juridictionnelle conduisant à ce que le conflit de lois soit « inhibé par la décision de compétence »<sup>1800</sup>, reposerait donc au contraire sur une influence réciproque des compétences juridictionnelle et législative l'une sur l'autre.

### **B) Mise en place d'un chef de compétence autonome fondé sur l'applicabilité d'une loi de police**

**439.** En dehors des hypothèses précédemment examinées, où l'incidence exercée par les lois de police sur la compétence juridictionnelle n'apparaît pas exclusive, la mise en place d'un chef de compétence impératif, spécifiquement fondé sur la mise en cause du droit substantiel impératif, doit être envisagée. Elle impliquerait d'admettre que l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige peut justifier, *en elle-même*, la consécration d'un chef de compétence juridictionnelle insusceptible d'être écarté par une clause de prorogation de compétence. Il faudrait alors reconnaître que la volonté du for d'assurer l'application effective d'une loi de police et la crainte qu'elle ne soit pas ou qu'elle soit mal appliquée à l'étranger pourraient légitimement le conduire à chercher à maintenir le contentieux devant ses tribunaux.

Une telle possibilité est assez largement exclue par la doctrine<sup>1801</sup> et généralement considérée comme ayant été clairement et définitivement écartée par la jurisprudence française. Le rejet formulé vis-à-vis d'une telle proposition, pourtant susceptible d'être expliqué par l'approche trop globale qui a pu être retenue vis-à-vis des lois de police et en raison du contexte dans lequel la question a pu être envisagée, ne fait pas obstacle à la mise en place du chef de compétence ici envisagé. La consécration d'un *chef de compétence impératif autonome*, fondé sur l'applicabilité d'une loi de police, nous semble admissible sur le plan

---

<sup>1799</sup> V. mettant en avant le fait que l'application par le juge saisi de sa propre loi est ici opportune pour faciliter l'exercice de sa fonction, et qu'elle serait justifiée du fait du lien existant en la matière entre le fond et la procédure, G. C. Giorgini, « Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale », Nouvelle Bibli. de thèses, Dalloz 2006, n° 373 et s., p. 197 et s.

<sup>1800</sup> L. d'Avout, *préc.*, p. 42.

<sup>1801</sup> V. not., A. Sinay-Cytermann, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale*, Thèse multig., Strasbourg 1980, n° 169 et s. ; C. Fragistas, *La compétence internationale en droit privé*, RCADI 1962, t. 104, p. 175-176 ; Ph. Théry, *thèse préc.*, p. 551 et s. ; H. Bauer, *thèse préc.*, n° 100 et s., p. 131 et s. ; Ph. Guez, *L'élection de for en droit international privé*, thèse dactyl., Paris-X-Nanterre, 2000, n° 239 et s. ; A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-41, *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Clauses attributives de juridiction*, n° 65 ; L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application nécessaire ? », RCDIP 2003, spéc., p. 17 et 24 ; H. Muir Watt, « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuels », RCDIP 2002, spéc., p. 516 ; N. Coipel-Cordonnier, *thèse préc.*, n° 63.

théorique (1) et conforme à certaines solutions jurisprudentielles consacrées en droit français (2).

## 1- Admissibilité théorique

**440.** Après avoir exposé les objections généralement avancées par la doctrine (a), il conviendra de démontrer leur absence de caractère dirimant quant à la consécration de la solution ici envisagée (b).

### a) Critiques généralement avancées

**441.** La principale critique avancée à l'encontre de la possibilité de consacrer un chef de compétence juridictionnelle fondé sur l'applicabilité d'une loi de police réside dans sa contrariété avec le principe de la distinction des compétences juridictionnelle et législative<sup>1802</sup>. Il est généralement admis que faire dépendre la compétence juridictionnelle de la loi applicable reviendrait à confondre deux objectifs contraires et bouleverserait l'ordre logique de raisonnement pour conduire à une solution peu satisfaisante ou impraticable.

**442.** À côté de ces obstacles d'ordre général, des critiques plus spécifiquement relatives à la reconnaissance d'une compétence juridictionnelle impérative fondée sur l'applicabilité d'une loi de police tiennent à l'absence de risque qu'induiraient les clauses attributives de juridiction pour le respect des lois de police. Il a pu être avancé qu'il serait rare qu'une clause attributive de juridiction ait uniquement pour but d'échapper à une loi de police française<sup>1803</sup> et que les cas les plus problématiques seraient justement soustraits à la volonté des parties grâce à l'exclusion ou à l'encadrement des clauses attributives de juridiction<sup>1804</sup>. D'un autre côté, une confiance devrait être éprouvée envers les juridictions étatiques étrangères et les arbitres quant au respect des lois de police du for, parce que leur application serait tout à fait possible et même probable<sup>1805</sup>, alors que le jugement étranger ou la sentence qui consacrerait une telle violation pourraient toujours, le cas échéant, se voir refuser toute efficacité en France<sup>1806</sup>.

Dans ce cadre, la licéité des clauses de prorogation de for en présence d'une loi de police n'induirait pas de risque particulier pour la protection des intérêts en cause, alors

---

<sup>1802</sup> V. en particulier, sur cette critique, H. Gaudemet-Tallon, « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Siehr*, 2010, Eleven International Publ., p. 707 et s.

<sup>1803</sup> H. Gaudemet-Tallon, *art. préc.*, p. 715.

<sup>1804</sup> H. Gaudemet-Tallon, *art. préc.*, p. 716.

<sup>1805</sup> V. not. en ce sens, A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 201 et s., p.389 et s. ; H. Gaudemet-Tallon, *Rép. dr. int. Dalloz, V° Compétence internationale : matière civile et commerciale*, n° 106 ; *art. préc.*, p. 717 ; Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 593 ; A. Huet, *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 581-41, *préc.*, n° 65.

<sup>1806</sup> V. H. Gaudemet-Tallon, *Rép. dr. int., préc.*, spéc. n° 89 ; et déjà, du même auteur, « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », in *Mélanges G. Marty*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1978, p. 531 s., et spéc. p. 553. Et, dans le même sens, Ph. Guez, *thèse préc.*, spéc. n° 247, p. 175-176 ; A. Huet, *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 581-41, *préc.*, spéc. n° 65.

qu'elle serait parallèlement justifiée au regard des avantages qu'elles présentent pour les parties et le développement du commerce international<sup>1807</sup>. Elle s'inscrirait dans le contexte général d'une « acceptation des principes du libéralisme économique » s'imposant sans considération pour les règles substantielles appliquées<sup>1808</sup>. Sous cet angle, la solution reposerait sur une mise en balance des différents intérêts mis en cause, et paraîtrait tout à fait justifiée. Elle assurerait la pleine mobilité juridictionnelle des parties tout en ne portant pas atteinte aux intérêts du for.

**443.** Quant aux arguments spécifiquement liés aux dispositions substantielles mises en cause, il est fréquemment avancé que la notion de loi de police serait trop floue et trop incertaine<sup>1809</sup>. Elle serait incompatible avec la rigueur qu'appelle la détermination de la compétence juridictionnelle. A. Sinay-Cytermann, en particulier, très fermement opposée à la reconnaissance d'un report de l'ordre public intervenant sur le plan de la compétence législative au niveau de la compétence juridictionnelle<sup>1810</sup>, a mis en avant les dérives auxquelles l'imprécision de la notion serait susceptible de conduire. Elle s'est attachée à démontrer l'évolution extensive de la jurisprudence quant à son utilisation<sup>1811</sup>, en particulier grâce à la simple constatation que « les demandes intéressent l'ordre public »<sup>1812</sup>. L'auteur démontre que si, initialement, les tribunaux semblaient faire une utilisation mesurée des lois de police, ceux-ci ont fait progressivement référence à cette notion d'une manière de plus en plus laxiste, en y intégrant même parfois des dispositions d'ordre public interne<sup>1813</sup>.

Or, corrélativement, ce sont les dangers du report de cette notion au plan de la compétence juridictionnelle qui sont mis en avant, dès lors qu'il serait susceptible de conduire à un élargissement injustifié de la compétence juridictionnelle<sup>1814</sup>. Ainsi, A. Sinay-Cytermann a pu considérer que « la transposition du concept imprécis de loi de police du plan de la compétence législative au plan de la compétence juridictionnelle aggrave considérablement

---

<sup>1807</sup> V. sur cet argument, en particulier, L. G. Radicati di Brozolo, *art. préc.*, n° 26 et s.

<sup>1808</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *art. préc.*, n° 26.

<sup>1809</sup> V. not. H. Gaudemet-Tallon, *Rép. dr. int., préc.*, n° 106 ; « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de police ? », in *Convergence and Divergence in Private International Law, Liber Amicorum Kurt Stehr*, 2010, Eleven International Publ., p. 707 et s., p. 713 ; Ph. Guez, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Monster Cable*, *Gaz. Pal.*, 21 février 2008, p. 27 ; P. Lagarde, note sous TGI Nanterre, 18 septembre 1974, *RCDIP* 1975, p. 124.

<sup>1810</sup> A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 169 et s.

<sup>1811</sup> A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 170 et s.

<sup>1812</sup> V. également, considérant que la formule « la demande intéressant l'ordre public » inquiète pour l'avenir, H. Batiffol, « L'ordre public pénètre toutes les matières », *RCDIP* 1973, p. 565 et s., *spéc.*, p. 567.

<sup>1813</sup> A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 190, p. 368.

<sup>1814</sup> L'auteur considère que le recours à l'ordre public substantiel pour fonder la compétence juridictionnelle a pu ainsi passer d'un remède permettant de pallier l'incompétence des tribunaux français, éventuellement justifiable, à un chef de compétence autonome dangereux, se superposant à l'ensemble des chefs de compétence territoriale ; V. A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 179, et dans le même sens, H. Gaudemet-Tallon, *art. préc.*, p. 714.

ses inconvénients »<sup>1815</sup>, parce qu'elle peut donner lieu à des chefs de compétence fondés sur des décisions arbitraires de la part des juges saisis<sup>1816</sup> et fixés au gré des intérêts en jeu<sup>1817</sup>. À cet égard, Ph. Théry considère également que les juges ont pu ainsi conduire à une altération de la qualification de certaines dispositions en lois de police, à seule fin d'affirmer la compétence des tribunaux français<sup>1818</sup>.

**444.** À cette considération, également, il est parfois ajouté, sur le plan pratique, qu'il est fréquent qu'une loi de police ne soit applicable qu'à certains aspects du litige et non à d'autres, et que la prise en compte de ces dispositions pour en faire dépendre la compétence des juridictions entraînerait un risque de dépeçage du contentieux insatisfaisant<sup>1819</sup>.

De tels arguments, néanmoins, ne nous semblent pas incompatibles avec la consécration du chef de compétence juridictionnelle ici envisagé.

#### b) Reconnaissance possible d'une compétence corrélée à l'applicabilité d'une vraie loi de police

**445.** Face aux arguments généralement avancés à l'encontre de la consécration d'un chef de compétence juridictionnelle fondé sur l'applicabilité d'une loi de police, l'adoption d'une conception restrictive de cette catégorie de dispositions<sup>1820</sup> apparaît déterminante. Elle permet, seule, de justifier la consécration de solutions dérogatoires et d'échapper aux objections formulées. Les dangers et les difficultés invoqués, réels et devant être pris en compte, dans le contexte actuel de la prolifération des lois de police, envisagées comme une catégorie unitaire de dispositions, peuvent être écartés grâce à une redéfinition publiciste et rigoureuse de la notion de loi de police.

Les craintes d'un usage immodéré de la méthode des lois de police pour multiplier les hypothèses de compétence indérogeable des tribunaux du for pourraient être évitées. Conduisant à réserver la qualification de loi de police à un noyau dur de dispositions « internationalement impératives et conflictuellement dérogatoires »<sup>1821</sup>, visant directement à assurer la protection d'intérêts étatiques fondamentaux, l'adoption de cette conception

<sup>1815</sup> A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 183, p. 360. V. également, déclarant qu'« un usage immodéré de la notion de lois de police n'est pas sans inconvénient dans le domaine des conflits de lois. Mieux vaut exclure complètement celle-ci en matière de compétence judiciaire », P. Lagarde, note sous TGI Nanterre, 18 septembre 1974, RCDIP 1975, p. 124, et H. Gaudemet-Tallon se dit souscrire pleinement à cette affirmation. V. *art. préc.*, *Mélanges Marty*, p. 553, note 63.

<sup>1816</sup> A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 192 et s., p. 374 et s., spéc., p. 378.

<sup>1817</sup> A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 197 et s., p. 383 et s.

<sup>1818</sup> Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 576, p. 552.

<sup>1819</sup> V. not. sur cet argument, H. Gaudemet-Tallon, *Rép. dr. int., préc.*, n° 106 ; André Huet, J.-Cl., Fasc. 581-21, *préc.*, n° 6.

<sup>1820</sup> V. sur la proposition formulée en ce sens, *supra*, n° 333 et s.

<sup>1821</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., n° 17.



restrictive permettrait de maintenir les hypothèses de refus d'expatriation du contentieux dans des limites raisonnables. Corrélativement, la mise en place d'une telle solution apparaîtrait ainsi limitée à des hypothèses assez exceptionnelles et précisément définies, lui assurant « de plus modestes dimensions »<sup>1822</sup>.

**446.** L'opportunité de fonder un chef de compétence juridictionnelle sur l'applicabilité de dispositions appartenant au cœur des lois de police les plus fondamentales a déjà été démontrée<sup>1823</sup> et est admise par certains auteurs<sup>1824</sup>. Y. Lequette a ainsi pu considérer que si, dans un cas particulier, la disposition applicable vise à assurer le respect d'un intérêt étatique, alors il paraîtrait « de bon sens »<sup>1825</sup> que celui-ci confère corrélativement compétence à ses juridictions pour en assurer l'application effective dans les rapports internationaux. Pour cet auteur, en effet, « l'intérêt étatique qui s'est manifesté par le recours à la méthode des lois de police devrait également influencer sur le règlement de la compétence judiciaire »<sup>1826</sup>. De même, E. Pataut considère qu'« il est difficilement concevable que l'État puisse considérer que son intérêt est si directement engagé qu'il faut écarter la mise en œuvre de la règle de conflit classique sans pour autant assortir une telle règle d'un chef de compétence juridictionnelle ouvrant à ses tribunaux la possibilité de mettre en œuvre la loi qualifiée de police »<sup>1827</sup>.

D'une manière encore plus ferme, certains auteurs ont pu envisager une telle compétence comme une *nécessité*. Niboyet a ainsi pu considérer que « la compétence législative française, toutes les fois qu'elle est basée sur l'ordre public, entraîne inévitablement, pour des raisons inhérentes à cette notion même, la compétence des tribunaux français »<sup>1828</sup>. L'auteur estimait inconcevable, lorsqu'une loi de police était en cause, que « l'on abandonne à des tribunaux étrangers le soin de la sanctionner et qu'on se désintéresse

---

<sup>1822</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 265.

<sup>1823</sup> V. en particulier, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 264 et s. ; Y. Lequette *thèse préc. spéc.*, n° 339 et s.

<sup>1824</sup> V. not. D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, Bibli. dr. int. pr., Vol. IX, 1970, n° 382 et s. ; P. Hébraud, « De la corrélation entre la loi appliquée à un litige et le juge compétent pour en connaître », RCDIP 1968, p. 203 et s., spéc., p. 205 ; G. Lyon-Caen, note Clunet 1978, p. 306 ; L. Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, *Economica*, 2008, n° 341 et s. ; C. A. Arrue Montenegro, *Autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, thèse dactyl., Paris II, 2010, n° 235 et s. ; B. Ancel et Y. Lequette, GA, n° 72, § 9, p. 655-656 ; H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965, n° 350 (mais l'auteur a par la suite changé d'avis) ; M. de Juglart, « La clause attributive de compétence dans le transport maritime », JCP G 1955. I. 1242 ; Fraikin et Boquet, « Les clauses des connaissements attribuant compétence à un tribunal étranger sont-elles encore valables ? », DMF 1980, 515 et s.

<sup>1825</sup> Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 339.

<sup>1826</sup> Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 339, p. 259.

<sup>1827</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 264.

<sup>1828</sup> J.-P. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, Sirey, 1947, t. VI, vol. 1, n° 1837. V. également, considérant que « l'attraction paraît proprement inéluctable car ces lois font partie de l'armature nationale. On ne conçoit pas que le pays qui les édicte laisse, en cas de conflit, aux tribunaux d'un autre État le soin de les appliquer », H. Motulsky, note sous CA Colmar, 9 novembre 1949, RCDIP 1950, p. 437 et s., spéc., p. 441.

de la question »<sup>1829</sup>. De même, D. Mayer a pu déclarer que pour assurer l'application de la loi de police dans l'ensemble du domaine qui lui est assigné, « la seule solution consiste à conférer au juge national la mission d'appliquer les lois d'application immédiate. Il faut en conséquence admettre la compétence du juge français dans tous les domaines réservés aux lois françaises d'application immédiate »<sup>1830</sup>.

**447.** Maintenu dans ces dimensions réduites, cette solution nous semble parfaitement justifiée. Non imposée par absolue nécessité, elle devrait être admise par *opportunité*. Il devrait en être ainsi en considération du risque inéluctable et avéré d'atteinte aux impérativités du for qu'induit l'expatriation du contentieux, et des dangers que présente corrélativement le maintien du principe de licéité des clauses de prorogation de for en présence de lois de police favorisant cette expatriation. L'application des lois de police du for par le juge étranger ou l'arbitre, en elle-même effectivement possible, est, comme nous l'avons vu, en effet, rarissime en pratique, et ne trouve aucun contrepois au stade de l'instance indirecte<sup>1831</sup>.

C'est cette considération qui, nous semble-t-il, justifie d'écarter une confiance aveugle en réalité injustifiée envers les autorités juridictionnelles étrangères, et d'autoriser exceptionnellement un repli du for sur lui-même, en refusant toute internationalisation du litige. Une telle solution semble d'ailleurs admise même par des auteurs pourtant fermement opposés à la reconnaissance d'un tel chef de compétence. A. Sinay-Cytermann a pu admettre que « l'attachement traditionnel à la méthode bilatéraliste demeure un obstacle à la consécration franche de l'application des lois de police étrangères »<sup>1832</sup>, et que « c'est seulement lorsque les tribunaux français auront l'assurance que la loi de police française sera appliquée en tant que telle par les tribunaux étrangers qu'ils abandonneront sans crainte leur compétence au profit de leurs voisins étrangers. Alors on pourra rayer définitivement de l'univers juridique le chef de compétence juridictionnelle que constitue l'ordre public de fond »<sup>1833</sup>. Il n'en est, précisément, pas ainsi.

Ainsi reconnu, le risque d'atteinte aux lois de police du for justifierait alors pleinement d'admettre l'inefficacité systématique des clauses de prorogation de for malgré les avantages

---

<sup>1829</sup> J.-P. Niboyet, *Traité*, T. VI, n° 1834. Et voir, n° 1836, où l'auteur considère qu'il est évident qu'aucun tribunal étranger n'acceptera d'appliquer une loi lorsqu'il s'agit d'une « compétence législative politique et non juridique ».

<sup>1830</sup> D. Mayer, *thèse préc.*, n° 44, p. 77.

<sup>1831</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 62 et s.

<sup>1832</sup> A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 205, p. 395.

<sup>1833</sup> *Ibid.* et v. également, en ce sens, n° 209, p. 400.

qu'elles présentent pour les parties et le développement du commerce international<sup>1834</sup>, chaque fois que des intérêts étatiques particulièrement impérieux seraient mis en cause. L'importance attachée par le for à leur application justifierait d'admettre que le simple risque de leur non-application ou de leur mauvaise application ne peut être admis, et conduire à considérer ces clauses comme illicites, indépendamment de l'objectif poursuivi par les parties et de leurs conséquences concrètes sur la mise en œuvre de la loi de police du for au fond du litige. C'est donc une liaison absolue des compétences juridictionnelle et législative qui pourrait être réalisée, en interdisant *par principe* toute possibilité de décorrélation des compétences.

**448.** L'importance des considérations mises en cause pourrait également justifier de mettre exceptionnellement à l'écart le principe de séparation des conflits de juridictions et des conflits de lois<sup>1835</sup>. En ce sens, l'on peut d'ailleurs relever, avec E. Pataut<sup>1836</sup>, que même les auteurs hostiles à la reconnaissance d'un chef de compétence fondé sur l'applicabilité d'une loi de police admettent la possibilité d'écarter la distinction entre ces compétences dans les cas où l'État serait directement impliqué<sup>1837</sup>. On peut, au-delà, être tenté d'y voir un argument peu opérant à l'encontre de la consécration du chef de compétence fondé sur l'applicabilité d'une loi de police, au regard du caractère en définitive non absolu que revêt ce principe en droit contemporain<sup>1838</sup>.

**449.** Quant à la critique, étroitement liée, de la divergence d'objectifs poursuivis sur les plans juridictionnels et législatifs, d'autre part, elle nous semble pouvoir être écartée. L'argument, d'un côté, pourrait être écarté, dans la mesure où l'on admettrait que les règles de compétence juridictionnelle impératives, visant ici à assurer la protection des lois de police applicables au fond du litige, seraient des « règles servantes qui ne trouvent pas elles-mêmes leur fin propre, mais se rattachent, par “un lien d'accessoire à principal”, à des dispositions de

---

<sup>1834</sup> Sur lesquels, V. *supra*, n° 35 et s., 43 et s.

<sup>1835</sup> V. également, en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 265 et n° 266 ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 343.

<sup>1836</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 265.

<sup>1837</sup> H. Batiffol et P. Lagarde ont pu ainsi écrire à propos du principe de traitement séparé des compétences juridictionnelle et législative que, « si la matière concernait l'État directement et comme tel, autrement dit appartenait au droit public, on ne concevrait pas cette dualité : les questions qui intéressent l'État français doivent être jugées par ses tribunaux et selon sa propre loi », *Traité*, T. II, n° 668. De même P. Lagarde a pu dire que lorsque la règle de conflits de lois est fondée sur le *principe de souveraineté*, « l'État accompagne souvent cette revendication de compétence législative d'une revendication correspondante de compétence juridictionnelle exclusive », V. *Le principe de proximité en droit international privé contemporain*. *Cours général de droit international privé*, RCADI 1986, t. 196, p. 9 et s., p. 51.

<sup>1838</sup> V. pour une analyse d'ensemble des hypothèses de corrélation des compétences juridictionnelle et législative qui peuvent être décelées en droit positif, H. Batiffol, *Les sources internationales du droit international privé*, Cours IHEI, 1969-1970.

fond dont elles doivent demeurer solidaires »<sup>1839</sup>. Sous cet angle, le chef de compétence juridictionnelle impératif devrait logiquement reposer sur le même critère de rattachement que celui de la loi de police dont il vise à renforcer l'efficacité, et pourrait se détacher de l'objectif traditionnellement poursuivi par le droit de la compétence juridictionnelle.

D'un autre côté, le fait de placer la compétence juridictionnelle sous la dépendance du rattachement utilisé par la loi de police devrait dans tous les cas, en principe, n'induire aucune atteinte au *principe de proximité*<sup>1840</sup> et au respect d'une bonne administration de la justice. Dès lors que l'application d'une loi de police n'est rendue possible que dans la mesure où le litige possède un lien suffisamment étroit avec l'ordre juridique du for pour que ses intérêts soient mis en cause<sup>1841</sup>, le rattachement personnel ou territorial utilisé pour déterminer leur champ d'application, transposé sur le plan juridictionnel, devrait permettre d'assurer au moins l'existence d'un *lien significatif* entre la juridiction compétente et la situation.

À cette admissibilité théorique nous semble également pouvoir être associé un appui ou, en tout cas, une absence d'obstacles jurisprudentiels.

## 2- Conformité de la solution avec la jurisprudence française de droit commun

**450.** Alors que la possibilité de mettre en place un chef de compétence juridictionnelle autonome déduit de l'applicabilité d'une loi de police pourrait sembler avoir été écartée par les juridictions françaises, la consécration d'un tel *forum legis* semble encore possible. La solution, sous cette forme, n'apparaît pas, en effet, incompatible avec les solutions qui ont pu être consacrées (a). Une analyse plus attentive des décisions rendues en la matière laisse penser, au-delà, que la mise en place d'une telle règle de compétence pourrait trouver un certain appui des juridictions françaises (b).

### a) Absence d'incompatibilité avec les décisions retenues

**451.** Si l'idée d'admettre la compétence des juridictions françaises du seul fait de l'applicabilité d'une loi de police française au fond du litige est généralement considérée comme ayant été définitivement écartée par les tribunaux, certains arrêts interprétés en ce sens<sup>1842</sup> peuvent, en réalité, être assez largement relativisés quant à leur portée. Leur analyse laisse envisager la possibilité de mettre en place un chef de compétence impératif fondé sur

<sup>1839</sup> S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, 2004, n° 470, p. 336.

<sup>1840</sup> V. sur ce principe, P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986, t. 196, p. 9 et s.

<sup>1841</sup> V. en ce sens, B. Rémy, *thèse préc.*, n° 558 ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 344.

<sup>1842</sup> V. pour une analyse très poussée de ces différentes décisions, A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 199 et s., p. 386 et s.

l'applicabilité d'une vraie loi de police, sans contrariété directe avec la jurisprudence française passée et contemporaine.

Une telle conclusion semble pouvoir être déduite tant de l'analyse des décisions en elles-mêmes que du contexte dans lequel elles ont été rendues. Alors qu'une mise à l'écart de toute possibilité de reconnaître un chef de compétence juridictionnelle n'apparaît pas évidente à la lecture de ces arrêts, les réserves qui ont pu être émises à l'encontre de cette possibilité ne nous semblent pas, dans tous les cas, faire obstacle à la consécration de la solution envisagée. S'insérant dans un contexte où la reconnaissance d'un chef de compétence fondé sur l'ordre public de fond aurait paru à la fois dangereuse et excessive, ces réserves s'imposaient ici et nous semblent tout à fait satisfaisantes.

**452.** Un premier élément susceptible de conduire à relativiser directement et très largement la portée des arrêts rendus dans ce cadre résulte du fait que, dans la plupart de ces hypothèses, la compétence des juridictions françaises, si elle avait été retenue, se serait heurtée à des instruments internationaux. L'ordre public de fond apparaissait en effet, dans ces espèces, la plupart du temps invoqué pour fonder la compétence des juridictions françaises, en dépit des solutions consacrées dans une convention. Or, sur ce point, il est évident qu'un rejet s'imposait au simple regard du principe de la supériorité des traités sur les lois internes<sup>1843</sup>, qui, fussent-elles d'ordre public international, sont insusceptibles d'écarter les règles qu'ils édictent en l'absence de réserve expressément formulée à cet égard<sup>1844</sup>.

Il en est ainsi, en premier lieu, de plusieurs arrêts rendus dans des hypothèses où la convention de Bruxelles était applicable, et qui ont pu être interprétés comme ayant amorcé le refus des tribunaux français de reconnaître une compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police<sup>1845</sup>. Peuvent être cités, à cet égard, l'arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 10 mai 1974<sup>1846</sup> à propos d'un contrat de travail, ou encore celui rendu par la Cour d'appel de Paris du 16 décembre 1974<sup>1847</sup> en matière de spoliation.

---

<sup>1843</sup> V. mettant également en avant cette évidence, notamment, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 257 ; A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 224 et s.

<sup>1844</sup> Cpr. la solution rendue dans l'arrêt *Boll* de la Cour internationale de justice (CIJ, 28 septembre 1958, *Pays-Bas c/ Suède*), citée, *supra*, n° 435.

<sup>1845</sup> V. A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 241 et s.

<sup>1846</sup> CA Aix-en-Provence, 10 mai 1974, *Société Naturana c/ Varenne*, RCDIP 1974, p. 548, note G. A. L. Droz ; Dalloz 1975, p. 339, note G. A. L. Droz ; Dalloz 1974, p. 760, note anonyme ; Clunet 1975, p. 82, note Holleaux ; Gaz. Pal., 1974, 2, p. 671, note Padis ; Rép. Commailles, 1975, p. 141, obs. G. A. L. Droz. Les juges ont refusé de reconnaître la compétence des juridictions françaises que le demandeur estimait fondée sur le caractère d'ordre public de l'art. 80 du décret de 1958 et l'art. 14 du Code civil, au motif que le titre II ne faisait aucune référence à l'ordre public au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle et que la liste des compétences exclusives insérées à l'art. 16 avait un caractère exhaustif.

<sup>1847</sup> CA Paris, 16 décembre 1974, DS 1975, p. 355, Clunet 1976, p. 146, note Holleaux ; Dalloz 1975, p. 355 ; Rép. Comm. 1975, p. 288, obs. G. A. L. Droz ; Gaz. Pal., 1975, 1, 179. La Cour d'appel a énoncé qu'« il n'y a pas lieu de soustraire à son application [de la convention de Bruxelles], les matières régies par des lois d'ordre public ou par des lois de police et de

Surtout, cette constatation semble pouvoir être faite à l'égard de l'arrêt d'assemblée plénière rendu dans l'affaire *Bloch*<sup>1848</sup>, pourtant généralement considéré comme ayant définitivement écarté toute possibilité de fonder un chef de compétence juridictionnelle sur l'applicabilité d'une loi de police<sup>1849</sup>. La Cour avait rejeté la compétence des juridictions françaises, fondée sur le caractère d'ordre public de la législation française applicable en matière de statut des VRP<sup>1850</sup>, qui aurait conduit à écarter l'article 1<sup>er</sup> de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869<sup>1851</sup>. Elle a déclaré que « si l'ordre public peut être invoqué pour faire obstacle à l'application d'une loi étrangère contraire à des conceptions fondamentales du droit français, tel n'est pas le cas en l'espèce, où la loi de fond ne commande pas d'écarter une règle de compétence contenue dans un traité international dont l'autorité est supérieure à celle de la loi interne »<sup>1852</sup>.

**453.** Les arrêts rendus semblent dès lors n'avoir posé qu'une solution d'évidence consistant à refuser l'existence d'une réserve implicite de l'ordre public dans la mise en œuvre d'un instrument international harmonisant les règles de compétence, sans avoir tranché la question de savoir si le principe même d'une compétence fondée sur l'ordre public de fond pouvait être admis. La question semble d'autant moins avoir ici été résolue que la disposition française invoquée pour fonder la compétence des tribunaux français ne revêtait pas en réalité, dans la

---

sûreté [...]; qu'il ne peut être admis que l'action en revendication d'un meuble [...] n'entrerait pas dans les matières civiles, auxquelles s'applique la convention au prétexte que cette action serait régie par une loi de police et de sûreté », et déjà, antérieurement, dans la même affaire, TGI Paris, 19 juin 1974, RCDIP 1974, p. 696, note P. Lagarde ; Clunet 1975, p. 82, note Holleaux ; Dalloz 1975, p. 339, note G. A. L. Droz ; Rép. Commailles, 1975, p. 141, obs. G. A. L. Droz, où il a été déclaré que « ce serait ajouter aux termes du traité qui a primauté sur la loi interne », que d'inclure les spoliations dans la liste des matières exclues du champ de la convention ou dans la liste des compétences spéciales, par « la notion générale d'ordre public, à laquelle ne renvoie aucune des dispositions du titre II du traité, relatives à la compétence ». V. postérieurement, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 février 1987, RCDIP 1987, p. 617, note Gautier ; Clunet 1988, p. 135, obs. A. Huet. La Cour a énoncé que « la conformité à l'ordre public international est étrangère à la détermination de la compétence internationale régie par la convention de Bruxelles ».

<sup>1848</sup> Cass. Ass. Plén., 14 octobre 1977, *Bloch c/ soc. Filtex*, RCDIP 1978, p. 166, note H. Batiffol ; Clunet 1978, p. 304, note Lyon-Caen ; Dalloz 1978, p. 417, note P. Lagarde ; Dalloz 1978, IR, p. 98, obs. B. Audit ; RTD com. 1978, p. 654, note Y. Loussouarn et Bourel, rendu sur renvoi après CA Colmar, 20 novembre 1974, RCDIP 1975, p. 294, note P. Lagarde.

<sup>1849</sup> V. not. mais les auteurs opposés à une telle compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police sont pratiquement tous unanimes sur ce point, H. Batiffol, note RCDIP, *préc.* ; A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 278 ; Y. Loussouarn et P. Bourel, note RTD com., *préc.*, p. 654 ; P. Lagarde, note Dalloz, *préc.*, p. 418 ; H. Batiffol et P. Lagarde, n° 674.

<sup>1850</sup> En l'espèce, un Français domicilié en France et engagé par une société suisse en tant que représentant de celle-ci pour l'Est de la France avait été licencié par son employeur. Il avait assigné ce dernier pour rupture abusive du contrat de travail devant le conseil des prud'hommes, nonobstant les dispositions de l'art. 1<sup>er</sup> de la convention, donnant compétence aux tribunaux de l'État du domicile du défendeur.

<sup>1851</sup> V. également, TGI Nanterre, 18 septembre 1974, RCDIP 1975, p. 115, note P. Lagarde ; JCP 1975. II. 17908, concl. Le Tallec. Les juges refusèrent de reconnaître la compétence des juridictions françaises fondée sur l'art. 311-14 du Code civil dont le caractère d'ordre public était invoqué, en rappelant qu'« il ne saurait être fait appel, pour écarter l'application de la Convention franco-suisse sur la compétence judiciaire, à la notion d'ordre public qui n'a pas été réservée dans ladite Convention si ce n'est qu'en matière d'*exequatur* et qui ne pourrait être opposée le cas échéant qu'à la règle de fond applicable », et postérieurement, Cass. Soc., 14 janvier et 16 février 1987, Dalloz 1988, SC, p. 95, obs. Fieschi-Vivet.

<sup>1852</sup> À cet égard, il a pu être considéré que la formulation employée par la Cour pourrait également laisser planer une incertitude quant au « type » d'ordre public au regard duquel la Cour se serait prononcée. E. Pataut a relevé, en effet, que l'ordre public ici invoqué par le demandeur était un ordre public interne et que cette formule pourrait laisser penser que la Cour aurait fait référence à l'ordre public classique d'éviction. V. *thèse préc.*, n° 258.

plupart de ces hypothèses, le caractère de lois de police<sup>1853</sup>, ou n'apparaissait pas applicable<sup>1854</sup>. Sous cet angle, ces décisions resteraient ainsi, à notre avis, sans réelle incidence sur la mise en place du chef de compétence envisagé parce que, rendues alors qu'aucune loi de police n'apparaissait mise en cause et dans un contexte où une convention internationale était applicable, elles laisseraient en réalité sans réponse la question de savoir si le principe même d'une compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police pourrait être admis.

**454.** L'hypothèse envisagée apparaît de toute manière plus restrictive encore, dès lors que les lois de police sur l'applicabilité desquelles une telle compétence nous semble devoir être fondée sont exclusivement celles qui appartiennent à un *noyau dur* de dispositions mettant en cause *les intérêts étatiques les plus fondamentaux*. C'est cette considération qui permet, en outre, de déduire une absence de contrariété de la solution retenue dans l'arrêt *Monster Cable*<sup>1855</sup> avec cette possibilité, alors même que la question de l'attraction d'une disposition qualifiée de loi de police sur la compétence semble avoir été clairement tranchée<sup>1856</sup>. L'article L. 442-6 du Code de commerce invoqué apparaît en effet, comme nous l'avons vu<sup>1857</sup>, comme une *fausse* loi de police, insusceptible, à notre sens, de justifier une compétence impérative corrélée des juridictions françaises.

N'étant, en droit commun de la compétence, confrontée à aucune réelle opposition résultant des décisions consacrées par les tribunaux français, la solution envisagée nous semble au contraire pouvoir trouver un certain appui dans la jurisprudence.

---

<sup>1853</sup> Il en était ainsi par exemple, en effet, de l'art. 311-14 du Code civil, invoqué dans l'arrêt rendu par le TGI de Nanterre le 18 septembre 1974. De même, les art. 80 et 81 du décret de 1958 relatifs à la compétence du conseil des prud'hommes invoqués dans l'arrêt du 10 mai 1974, semblaient éventuellement pouvoir relever de « l'ordre public de pure compétence » mais ne possédaient pas un caractère de loi de police. V. en ce sens, A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 241 et s., spéc., p. 244. De même, les dispositions françaises relatives au statut du VRP invoquées dans l'affaire *Bloch*, s'étaient vues refuser ce caractère depuis l'arrêt *Zanarelli*. V. Cass. Soc., 5 mars 1969, RCDIP 1970, p. 279, note H. Batiffol ; Clunet 1969, p. 670, obs. Ribettes-Tillhet ; JCP 1970. II. 16491, note P. Lagarde ; RTD com., 1969, p. 1171, obs. Y. Loussouarn.

<sup>1854</sup> Il en était ainsi, concernant les ordonnances de 1945 relatives aux actes de spoliation dans l'arrêt CA Paris, 16 décembre 1974, *préc.*

<sup>1855</sup> Cass Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Sté Monster Cable Product Inc. c/ Sté Audio Marketing services*, JCP 2008, n° 47. II. 10187, note L. d'Avout ; Dalloz 2009, p. 684, Chron. A. Huet ; p.1557, note P. Courbe ; p. 2384, note L. d'Avout et S. Bollée ; D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p.1 et s. ; RTD com. 2009, p.646, note Ph. Delebecque ; Dalloz. 2008, p. 2790, obs. Gallmeister ; Dalloz 2009, p. 200, note F. Jault-Seseke ; Clunet 2009, p. 599, note M.-N. Jobard-Bachelier et X. Train ; Gaz. Pal. 20-21 février 2009, n° 51-52, p. 27, note Ph. Guez.

<sup>1856</sup> V. également, d'ailleurs, dans des hypothèses où le règlement Bruxelles I était applicable, Cass. com., 24 novembre 2015, *Sté Lauterbach GmbH c/ Sté Logic instrument*, Dalloz Actu, 11 décembre 2015, note X. Delpech ; RTD civ. 2016, p. 98, H. Barbier ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 janvier 2017, n° 15-26.105.

V. également, Cass. com., 24 novembre 2015, *Sté Lauterbach GmbH c/ Sté Logic instrument*, Dalloz Actu, 11 décembre 2015, note X. Delpech ; RTD civ. 2016, p. 98, H. Barbier.

<sup>1857</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 360.

## b) Appui jurisprudentiel favorable

**455.** En dépit de l'impression générale plutôt négative qui ressort de l'analyse des solutions retenues en droit contemporain, la possibilité de reconnaître un chef de compétence juridictionnelle fondé sur l'applicabilité au fond d'une loi de police semble avoir été explicitement ou implicitement admise de manière ponctuelle par les tribunaux.

Il existe, en effet, des exemples assez nombreux d'hypothèses dans lesquelles les juridictions françaises ont pu explicitement déduire leur compétence du caractère de loi de police des dispositions applicables au fond du litige. Outre les hypothèses retenues sur le fondement de l'article 3 du Code civil à l'époque du principe d'incompétence des juridictions françaises pour les litiges entre étrangers<sup>1858</sup> et celles consacrées dans les matières où des règles de compétence juridictionnelle exclusives sont admises, l'on peut également citer des exemples de reconnaissance ponctuelle de *forum legis* dans certains cas spécifiques, tels que, par exemple, pour le droit de prélèvement successoral institué par la loi du 14 juillet 1819<sup>1859</sup>.

**456.** En dehors de ces cas, l'analyse de certains arrêts rendus par les tribunaux français laisse apparaître que la crainte que les tribunaux étrangers n'appliquent pas la loi d'ordre public française pourrait fonder, de manière autonome, un chef de compétence juridictionnelle impératif général. Une telle constatation pourrait être faite à la lecture des décisions précédemment mentionnées, dans lesquelles les tribunaux français ont pu pourtant refuser leur compétence juridictionnelle. Alors, comme nous l'avons vu, qu'un tel rejet s'imposait ici nécessairement du fait de l'applicabilité d'une convention internationale, les justifications excessives apportées par les juridictions viennent en réalité très largement atténuer leur

---

<sup>1858</sup> Cet article a en effet pu être invoqué notamment en matière délictuelle, pour le prononcé de mesures conservatoires ou provisoires, ou encore en matière de statut personnel ou en matière réelle immobilière, pour fonder la compétence des juridictions françaises sur l'applicabilité d'une loi de police. V., sur ce point, Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 407 et s., p. 389-391 et les exemples cités ; A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-21, *préc.*, et les nombreux exemples cités dans ces différents domaines. V. encore, jugeant que « l'action en indemnisation du préjudice subi engagée par la société française concurrente fondée sur la réglementation française du transport aérien, comme le contrôle par la France de l'activité, sur son territoire, de cette société étrangère, lesquels constituent une loi de police et de sûreté, au sens de l'article 3, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil, est de la compétence des tribunaux français », CA Aix-en-Provence, 28 février 2006, *Héli Air Monaco c/ Héli Transport*, JCP G, 2006, IV, 3218, n° 48.

<sup>1859</sup> Les tribunaux français se reconnaissaient en effet compétents de manière systématique, chaque fois que la loi applicable était applicable. V. not. Cass. Civ., 29 décembre 1856, DP 1856, 1, p. 471 ; S. 1857, 1, p. 258 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 février 1986, RCDIP 1986, p. 685 ; Clunet 1987, p. 80, 2<sup>e</sup> esp., note M.-L. Niboyet-Hoegy ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 1998, RCDIP 1998, p. 445, note H. Gaudemet-Tallon ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 décembre 2005, Dalloz 2006, p. 1217, note J.-G. Mahinga, RCDIP 2006, p. 585, note S. Godechot-Paris. La loi fut cependant censurée par le Conseil constitutionnel du fait de la différence de traitement entre les héritiers français et les étrangers qu'elle instituait. V. Cons. Const., 5 août 2011, n° 2011-159 QPC, JO 6 août 2011, Dalloz 2012, p. 1228, obs. H. Gaudemet-Tallon et F. Jault-Seseke ; Dalloz 2012, p. 2331, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; AJ Fam, 2011, p. 440, obs., B. Haftel et A. Boiché ; JCP 2011, n° 1139, obs. M. Attal ; JCP N 2011, 1236, obs. E. Fongaro, et Chron. 1256, n° 7, obs. H. Pérez ; Dr. Fam. 2011, Comm. 173, obs. D. Boulanger ; Dr et Patr., déc. 2011, p. 93, obs. M.-E. Ancel ; LPA 27 octobre 2011, note L. d'Avout ; Clunet 2012, p. 135, obs. Godechot-Patris. V. not. sur cette règle de compétence, Batiffol et Lagarde, *Traité*, t. II, n° 647 et s. ; A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-21, *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Compétence internationale ordinaire. Règles de compétence purement internationale*, n° 26 et s. ; A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 196 et s.



refus<sup>1860</sup>. Elles pourraient même laisser envisager que la possibilité de consacrer un chef de compétence fondé sur l'applicabilité d'une loi de police aurait été, dans son principe, admise.

Il en est ainsi, par exemple, de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Colmar, saisie sur renvoi dans l'affaire *Bloch*<sup>1861</sup>. La Cour s'était attachée à démontrer l'existence d'une coïncidence entre les règles françaises de compétence et les règles issues de l'article 1<sup>er</sup> de la Convention franco-suisse<sup>1862</sup>, puis l'absence de contrariété du droit suisse qui serait appliqué avec les dispositions françaises<sup>1863</sup>. Or, procédant à de telles vérifications, les juridictions françaises ont très largement atténué la portée du rejet prononcé, en laissant croire que leur refus n'avait été retenu que parce qu'il n'engendrait aucune violation des règles d'ordre public françaises, et que la compétence aurait pu, autrement, être admise.

De même, dans l'arrêt du Tribunal de grande instance de Nanterre, du 18 septembre 1974<sup>1864</sup>, tout en refusant d'admettre la compétence des juridictions françaises fondée sur l'ordre public pour écarter les dispositions de la Convention franco-suisse, les juges ont précisé que « tout au plus pourrait-on admettre que seule une loi de police et de sûreté postérieure audit traité puisse faire exception à son application, ce qui ne saurait en l'état être le cas pour la Convention de compétence judiciaire franco-suisse ». Ceci laissait penser que l'exclusion du recours à l'ordre public avait en réalité été circonstancielle et limitée à l'hypothèse considérée.

**457.** D'un autre côté, et dans un sens, cette fois, clairement *positif* en faveur de la reconnaissance de ce chef de compétence, l'on peut citer en particulier l'arrêt de la Chambre sociale rendu le 22 novembre 1972 dans l'affaire *Bloch*<sup>1865</sup>, bien qu'il fût postérieurement infirmé par les arrêts rendus par la Cour d'appel de Colmar<sup>1866</sup> puis par l'assemblée plénière<sup>1867</sup>. Malgré l'applicabilité de la Convention franco-suisse du 15 juin 1869, la Cour de

---

<sup>1860</sup> Il en est ainsi, par exemple, de l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 10 mai 1974, *Société Naturana c/ Varenne, préc.*, dans lequel les juges ont cru devoir vérifier l'absence de contrariété des dispositions de la convention de Bruxelles aux dispositions françaises.

<sup>1861</sup> CA Colmar, 20 novembre 1974, *préc.*

<sup>1862</sup> Elle énonça que si l'ordre public pouvait être invoqué pour écarter une loi étrangère dont la teneur paraissait contraire à des conceptions fondamentales, « tel n'est pas à proprement parler le cas en l'espèce, puisque l'ordre public est invoqué pour écarter une règle de compétence non contraire à l'ordre public, contenue dans un traité ». Elle constatait ensuite que « la convention franco-suisse, en donnant en l'espèce compétence aux tribunaux suisses, loin de déroger aux règles de compétence normale et de se trouver en contradiction avec l'article 81 du décret de 1958 qui déclare nulle toute clause attributive de juridiction, ne fait qu'appliquer un des critères de la compétence définis par la loi applicable ».

<sup>1863</sup> La Cour a relevé en effet que, concernant le statut du VRP, la crainte était en l'espèce que le juge suisse « puisse appliquer la loi suisse ou mal appliquer la loi française », mais qu'il ne peut être considéré en l'espèce qu'en soumettant le litige à une juridiction suisse, « le salarié serait privé des garanties que lui accorde la loi française ».

<sup>1864</sup> TGI Nanterre, 18 septembre 1974, *préc.*

<sup>1865</sup> Cass. Soc., 22 novembre 1972, *Bloch*, RCDIP 1973, p. 565, note H. Batiffol ; Clunet 1973, p. 721, note G. Lyon-Caen ; Rép. Comm. 1974, p. 57, obs. G. A. L. Droz ; Gaz. Pal., 21 juin 1973, p. 458, note M. Buhagiar.

<sup>1866</sup> CA Colmar, 20 novembre 1974, *préc.*

<sup>1867</sup> Cass. Ass. Plén., 14 octobre 1977, *Bloch c/ soc. Filtex, préc.*

cassation avait en effet admis la compétence des juridictions françaises et cassé l'arrêt d'appel, au motif que la disposition du traité « ne saurait porter atteinte à la compétence des tribunaux saisis d'une demande intéressant l'ordre public français ». Ce faisant, elle avait reconnu l'influence que pouvait exercer l'ordre public substantiel sur la compétence juridictionnelle d'une manière particulièrement large<sup>1868</sup>, dès lors qu'elle justifiait ici de mettre à l'écart des dispositions issues d'un instrument international<sup>1869</sup>.

**458.** La faculté, pour l'ordre public substantiel, de pouvoir fonder une compétence juridictionnelle impérative des juridictions françaises lorsque sont mis en cause des intérêts particulièrement fondamentaux, semble enfin avoir été suggérée par un arrêt rendu le 10 mai 2006 par la Cour de cassation dans une affaire mettant en cause un esclavage domestique<sup>1870</sup>.

Les juridictions françaises avaient été saisies d'une demande d'obtention d'un paiement de salaire et d'indemnisation pour travail dissimulé, formulée par une salariée nigériane exerçant son travail dans des conditions peu respectueuses des droits fondamentaux pour le compte d'un Britannique résidant au Nigeria. Les juges ont refusé de décliner leur compétence au motif que « l'ordre public international s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France [...] ». L'ordre public, invoqué au service de la protection des droits fondamentaux, est donc ici intervenu dans une fonction de *rattachement*, pour fonder unitairement tout à la fois la compétence juridictionnelle et la compétence législative de l'ordre juridique français, du simple fait de « la présence d'un rattachement avec la France »<sup>1871</sup>.

---

<sup>1868</sup> La solution a en effet reçu d'importantes critiques, qui nous semblent, quant à sa contrariété avec le principe de la supériorité des traités, tout à fait fondées. V. sur ces critiques, notamment, les notes *préc.*, H. Batiffol, RCDIP 1973, p. 566 et G. A. L. Droz, Rép. Commailles, 1974, p. 57 ; M. Buhagiar, note sous l'arrêt, Gaz. Pal., 21 juin 1973, p. 459.

<sup>1869</sup> Une telle solution avait été d'ailleurs déjà antérieurement retenue à propos de l'action directe d'une victime d'un accident contre un assureur suisse de responsabilité. Le tribunal de Narbonne avait, en effet, reconnu la compétence des juridictions françaises du fait du caractère d'ordre public de l'action directe, qui devait entraîner par voie de conséquence la compétence des tribunaux français et la mise à l'écart des dispositions issues de la convention franco-suisse du 15 juin 1869, Voir, T. Civ. Narbonne, 27 juillet 1933, Rev. Ass. Terr. 1933, Rev. Ass. 1934, p. 95. Voir, critiquant une telle solution, « L'action directe contre les assureurs suisses et le traité de compétence franco-suisse du 15 juin 1869 », J. Perroud, Clunet 1935, p. 269. V. également, en matière de brevets et de marques, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 21 janvier 1936 (*préc.*), qui avait entraîné la mise à l'écart des dispositions du traité franco-belge du 8 juillet 1899. La solution, cependant, n'avait pas suscité d'émoi, du fait qu'était en cause en l'espèce un service public français, et que la souveraineté semblait ainsi directement mise en cause. Il était en effet parfois avancé qu'une réserve implicite était alors dans ce cadre nécessairement sous-entendue dans les traités. V. en ce sens, J.-P. Niboyet, note *préc.*, RCDIP 1936, p. 510.

<sup>1870</sup> Cass. Soc., 10 mai 2006, *Époux Moukarim c/ Demoiselle Isopehi*, JCP 2006. II. 10121, note S. Bollée ; Dalloz 2006, p. 1400, note P. Guiomard ; RCDIP 2006, p. 856, note E. Pataut et P. Hammje ; Jurisp. Soc. Lamy, 2006, n° 192, note J.-E. Tourreil ; RDC 2006, p. 1260, obs. Deumier ; Clunet 2007, p. 531, note Jacquet ; Dalloz 2007. Pan. 1751, obs. Courbe et Jault-Seseke add., sur l'arrêt P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », TCFDIP 2006-2008, p. 153 et s.

<sup>1871</sup> Les juges français n'auraient en effet, en principe, pu être compétents que sur le fondement de l'art. R. 517-1 du Code du travail, qui désigne le lieu de l'établissement où est effectué le travail, alors que la loi applicable, en vertu de l'art. 6 de la

Envisagé comme une illustration de l'influence qu'est susceptible d'exercer l'ordre public substantiel sur la compétence juridictionnelle<sup>1872</sup>, l'arrêt repose cependant sur des fondements difficiles à identifier. Il semble que les juges aient fondé celle-ci soit directement sous l'angle de la technique des lois de police<sup>1873</sup>, soit, par le biais d'« un raccourci un peu maladroit »<sup>1874</sup>, sur le fondement de l'ordre public. La Cour aurait alors anticipé la mise en œuvre évidente de l'exception d'ordre public à venir à l'encontre de la loi nigériane normalement applicable, en faisant directement application de la loi française. Dans tous les cas, il semble que la solution consacrée ait été fondée sur la nécessité d'assurer le respect des intérêts fondamentaux mis en cause sur le plan du droit substantiel, qui se voit, corrélativement, reconnaître la capacité de servir de fondement à la reconnaissance d'un chef de compétence juridictionnelle autonome des tribunaux français.

Bien qu'incertaine quant à la méthode réellement utilisée, l'utilisation originale qui est faite de l'ordre public intervient ici dans un sens favorable à la mise en place du chef de compétence envisagé, dès lors qu'il fait apparaître la faculté de l'ordre public substantiel de rattachement à exercer une incidence sur la reconnaissance d'une compétence juridictionnelle exorbitante de l'ordre juridique français, pour sanctionner une situation moralement inacceptable<sup>1875</sup>.

La règle de compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police doit désormais être étudiée sous l'angle de sa mise en œuvre.

---

convention de Rome, à défaut de choix, aurait également dû être celle du pays où le salarié accomplit habituellement son travail. Le passage de la salariée nigériane à Nice n'étant que très temporaire, la compétence de l'ordre juridique français sur ces deux plans semblait donc inexistante.

<sup>1872</sup> V. envisageant la possibilité d'interpréter l'arrêt en ce sens mais considérant que tout en constituant une piste « prometteuse », elle se trouve confrontée à des obstacles dirimants, E. Pataut et P. Hammje, « De l'ordre public universel et de l'esclavage domestique », RCDIP 2006, p. 856 ; en ce sens, sur cet arrêt, P. Hammje, « L'ordre public de rattachement », TCFDIP 2006-2008, p. 153 et s. L'arrêt est également souvent considéré comme ayant fondé la compétence des tribunaux français sur le déni de justice V. not. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Compétence internationale : matière civile et commerciale*, préc., n° 87 ; S. Bollée, *note préc.*

<sup>1873</sup> À cet égard, d'ailleurs, la Chambre sociale a expressément relevé le caractère de loi de police de l'art. L. 324-11-1 du Code du travail sanctionnant le manquement à l'obligation de déclaration des salariés prévue à l'art. L. 324-10 du Code du travail (notamment à l'obligation d'immatriculation, de déclarations aux organismes de protection sociale et à l'administration fiscale).

<sup>1874</sup> P. Deumier, *note préc.*, RDC 2006, p. 1260 et s.

<sup>1875</sup> E. Pataut et P. Hammje, « De l'ordre public universel et de l'esclavage domestique », RCDIP 2006, p. 856.

## **SECTION II : RÉGIME DE LA COMPÉTENCE CORRÉLÉE**

**459.** Le régime auquel pourrait être soumise la compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une vraie loi de police doit être envisagé, dès lors qu'il conditionne son efficacité, pour assurer le respect des intérêts étatiques mis en cause. Il est lié, en particulier, à la nature de ce chef de compétence, dont dépendent à la fois la manière dont il pourrait être mis en œuvre par les tribunaux du for et les effets qui en découleraient pour la résolution du litige concerné. L'application de cette règle de compétence corrélée, susceptible d'être envisagée, *de lege feranda*, en considération des solutions consacrées en droit positif (I), doit également être appréciée au regard de certaines hypothèses particulières (II).

### **I- Nature de la compétence corrélée**

**460.** Compte tenu de l'unilatéralisme qui régit la matière des conflits de juridictions, la simple création d'une règle de compétence impérative fondée sur l'applicabilité d'une *vraie* loi de police au fond du litige ne paraît pas pleinement suffisante pour assurer le respect des intérêts étatiques mis en cause. Il suffirait en effet que l'une des parties saisisse une juridiction étrangère qui s'estimerait compétente, pour que les inconvénients liés à l'admission généralisée des clauses de prorogation de for, malgré l'applicabilité d'une loi de police, ressurgissent. Pour espérer atténuer cette relativité inéluctable des règles de compétence juridictionnelle consacrées en droit commun, il apparaît alors envisageable d'adjoindre à cette impérativité directe la spécification de son exclusivité, dont les effets se répercutent dans le cadre de l'instance indirecte et font obstacle à la reconnaissance de tout jugement rendu à l'étranger. La reconnaissance du caractère exclusif de ce chef de compétence corrélée semble, au regard du droit positif, possible (A) et nécessaire pour protéger plus efficacement les intérêts étatiques (B).

#### **A) Reconnaissance possible du caractère exclusif**

**461.** En l'absence de directive générale formellement consacrée pour la reconnaissance du caractère exclusif d'un chef de compétence juridictionnelle, la possibilité d'admettre l'exclusivité de la compétence fondée sur l'applicabilité d'une loi de police française semblerait pouvoir être déduite à la fois de son caractère impératif au stade de l'instance directe (1) et de ses caractéristiques intrinsèques (2).

## 1-Exclusivité déduite de l'impérativité

**462.** En dépit du principe de déconnexion des instances directe et indirecte aujourd'hui unanimement admis en droit positif, la spécificité du caractère exclusif attribué à une règle de compétence juridictionnelle (a) conduit à placer celle-ci à la charnière entre les deux instances, et autorise à envisager que le caractère exclusif de la règle envisagée puisse être déduit de son impérativité au stade direct (b).

### a) Ambivalence de la notion de compétence exclusive

**463.** La notion de compétence exclusive est délicate à définir, et aucune liste de ces compétences n'apparaît consacrée en droit français. Leur existence, dès lors, ne peut être déduite que de l'analyse des solutions jurisprudentielles consacrées. Il en résulte une absence « de principe directeur bien défini permettant d'identifier les cas de compétence exclusive, mais seulement quelques solutions non reliées entre elles »<sup>1876</sup>. Seule, en réalité, la liste établie aujourd'hui à l'article 24 du règlement Bruxelles I bis offre, à cet égard, un point d'appui et recouvre globalement, comme nous l'avons vu, les différents cas de compétences exclusives reconnues en droit français.

**464.** L'exclusivité apparaît comme une dérogation consacrée à l'égard du caractère concurrent des règles de compétence juridictionnelle internationale<sup>1877</sup>, et signifie qu'un État souhaite réserver la connaissance de certains litiges à ses seuls tribunaux parce qu'il estime qu'ils ne sont pas seulement *les mieux placés* pour le faire mais « les seuls bien placés »<sup>1878</sup>. J. Vincent, à propos des compétences exclusives du droit interne français, avait défini la notion de compétence exclusive comme « celle qui impose, que pour une affaire déterminée, une seule juridiction connaisse et soit seule à pouvoir connaître d'une demande initiale, d'une demande incidente, d'une défense, ou même d'un incident du procès »<sup>1879</sup>.

Du point de vue de l'ordre juridique qui l'édicte, la règle de compétence exclusive permet ainsi de conférer une compétence juridictionnelle générale à ses tribunaux et de nier systématiquement celle des juridictions étrangères, quels que soient son fondement et la proximité que ces tribunaux entretiennent avec le litige. Elle emporte donc à la fois un effet

---

<sup>1876</sup> Batiffol et Lagarde, *Traité*, t. 2, n° 718, p. 564.

<sup>1877</sup> En ce sens, D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 27.

<sup>1878</sup> J.-M. Bischoff, note sous CJCE, 14 décembre 1977, Aff. C-73/77, *Sanders c/ van der Putte*, *préc.*, Clunet 1978, p. 388 et s., p. 392.

<sup>1879</sup> J. Vincent, « Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles », in *Mélanges en l'honneur de P. Hébraud*, p. 917 et s., spéc., p. 922.

*positif*, en allouant la compétence aux juridictions qu'elle désigne, et un effet *négatif*, en évinçant la compétence juridictionnelle de tout autre juge étatique. Elle apparaît ainsi comme une règle *négative* de compétence indirecte étrangère<sup>1880</sup>.

**465.** À cet égard, elle revêt néanmoins une certaine ambiguïté. Elle s'exprime principalement au stade du contentieux de l'*exequatur*, en conduisant les juridictions du for à refuser de reconnaître les jugements rendus à l'étranger. Son respect est en effet directement posé comme une condition à l'efficacité des décisions rendues à l'étranger et est assuré en droit français par le biais de la condition générale de la compétence indirecte du juge étranger<sup>1881</sup>, telle qu'elle est consacrée depuis la jurisprudence *Simitch*<sup>1882</sup>.

Pourtant, bien que se laissant principalement découvrir au stade indirect, la notion de compétence exclusive ne concerne pas seulement la question de la compétence indirecte des juges étrangers. L'exclusivité ne qualifie pas une règle *spécifiquement* créée pour intervenir dans le seul cadre de l'instance indirecte, mais vient affecter un chef de compétence juridictionnelle direct préexistant dans l'ordre juridique du for<sup>1883</sup>. Elle apparaît comme un attribut spécifique conféré à une règle de compétence juridictionnelle pour en renforcer la valeur<sup>1884</sup> et prend la forme d'un caractère « qui vient marquer certaines règles de compétence directe »<sup>1885</sup>. Ce faisant, elle apparaît comme une caractéristique des règles de compétence juridictionnelle directes, restant partiellement silencieuse ou paralysée quant à ses effets au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle. Elle se trouve dès lors, en réalité, « à la charnière de la compétence directe et de la compétence indirecte »<sup>1886</sup>, et établit corrélativement une connexion entre les deux instances du procès que sont la détermination de la compétence juridictionnelle et le contentieux de l'*exequatur*.

---

<sup>1880</sup> En ce sens, Ph. Francescakis, « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt "*Simitch*" de la Cour de cassation », RCDIP 1985, p. 243 et s., p. 258.

<sup>1881</sup> Cette notion de compétence indirecte, aujourd'hui très largement employée, a été utilisée pour la première fois par E. Bartin, *Principes de droit international privé*, Domat-Montchrestien, t. I, 1930, § 127, 205 et 206.

<sup>1882</sup> Cass. Civ., 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Simitch*, Clunet 1985, p.460, note A. Huet, Dalloz 1985, p. 469, note J. Massip, GA n° 70 ; RCDIP 1985, p. 369 ; RCDIP 1985, p. 243, chron. Ph. Francescakis ; Dalloz 1985. IR 497, obs. B. Audit ; V. aussi, sur cet arrêt, A. Ponsard, « Le contrôle de la compétence des juridictions étrangères », TCFDIP, 1985-1986, p. 47 et s.

<sup>1883</sup> En ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 357 ; A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 544-40, *Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale. - Objet du contrôle : les conditions de la régularité internationale*, n° 12.

<sup>1884</sup> V. en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 357.

<sup>1885</sup> B. Ancel, « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », TCFDIP 1986-1987, p. 25 et s., p. 33.

<sup>1886</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 357.

**466.** Dans un système où, à la suite des écrits de D. Holleaux<sup>1887</sup>, il est admis que les instances directe et indirecte doivent être envisagées de manière distincte<sup>1888</sup>, les règles de compétence exclusive bénéficient en effet d'une place particulière en maintenant un lien entre les règles de compétence établies dans chacune de ces instances.

La solution issue de la jurisprudence *Simitch*<sup>1889</sup> repose sur l'idée que les critères français de compétence internationale directe ne devraient pas systématiquement être imposés de manière intangible à la justice étrangère, parce qu'il n'existerait aucune « liaison rationnelle entre la compétence du juge français sollicité de trancher le litige international et la compétence du juge étranger considérée par le juge français aux fins de reconnaissance du jugement étranger »<sup>1890</sup>. Le système consacré par cet arrêt<sup>1891</sup> est ainsi celui d'une déconnexion des instances directe et indirecte, dans lequel l'efficacité des jugements étrangers est présumée établie sous réserve d'une vérification de critères objectifs et spécifiques, qui doivent être par principe appréciés au regard des considérations propres à l'instance indirecte.

Dans ce cadre, néanmoins, l'existence d'une compétence exclusive française se trouve placée au cœur de la solution consacrée pour en conditionner, en réalité, la mise en œuvre : alors que le principe libéral peut être retenu lorsque des règles de compétence exclusives font défaut, l'existence d'une telle compétence conduit en revanche le système à se « rallier au protectionnisme »<sup>1892</sup>. Elle vient d'emblée écarter toute possibilité de reconnaissance du jugement étranger en rendant inutile la vérification du critère objectif consacré de l'existence d'un lien caractérisé<sup>1893</sup>. Dans cette hypothèse, en effet, la compétence directe désignant les juridictions françaises vient alors exclure indirectement la compétence étrangère, et consacre

---

<sup>1887</sup> V. D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, 1970, préf. H. Batiffol. La thèse de cet auteur s'insérait dans un contexte où la question de savoir de quelle manière devait être appréciée la compétence indirecte des juridictions étrangères était largement débattue et avait donné lieu à différentes théories, résumées et distinguées par cet auteur, selon qu'elles répondaient à un système de l'unilatéralité simple, de la double unilatéralité ou de la bilatéralité.

<sup>1888</sup> Cette même indépendance des règles de compétence directe et indirecte avait d'ailleurs déjà été envisagée par certains auteurs. V. not., Ph. Francescakis, « Compétence étrangère et jugement étranger », RCDIP 1953, p. 1 et s. ; P. Mayer, « La distinction entre règles et décisions et le droit international privé », Bibl. Dr. int. Pr., Dalloz 1973, n° 228 et s. L'auteur énonce en effet qu'« il peut, dans une même hypothèse, ne pas y avoir de raison positive d'attribuer compétence à un organe ni de raison positive de dénier effet à la décision qui en émane », n° 233, p. 177.

<sup>1889</sup> La Cour a déclaré que « toutes les fois que la règle française de solution de conflits de juridictions n'attribue pas compétence exclusive aux tribunaux français, le tribunal étranger doit être reconnu compétent, si le litige se rattache de manière caractérisée au pays dont le juge a été saisi et si le choix de la juridiction n'a pas été frauduleux ».

<sup>1890</sup> Ph. Francescakis, résumé de la thèse de D. Holleaux, RCDIP 1972, p. 529 et s., spéc., p. 530.

<sup>1891</sup> V. antérieurement, déjà, CA Paris, 10 novembre 1971, *Société Mack Trucks*, Gaz. Pal., 1972, 1, p. 209 ; Clunet 1973, p. 239, note A. Huet ; RCDIP 1972, p. 239, obs. Y. Loussouarn ; CA Paris, 7 mars 1976, *Giroux*, RCDIP 1978, p. 149, note B. Audit. Et depuis, notamment, Cass. Com., 19 février 2013, *Sté Yaknoo*, Dalloz 2013. Actu. 576 ; Dalloz 2013. Pan. 1503, obs. F. Jault-Seseke.

<sup>1892</sup> B. Ancel et H. Muir Watt, « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, Chronique d'une séparation », in *Mélanges Gaudemet-Tallon*, p. 135 et s., p. 148.

<sup>1893</sup> V. en ce sens, B. Ancel, *comm. préc.*, p. 32-33.

ainsi, pour les questions qu'elle vise, « une version unilatéraliste de la continuité de la compétence directe et de la compétence indirecte »<sup>1894</sup>.

**467.** Ce lien établi entre les instances par la règle de compétence exclusive permet d'envisager que le caractère exclusif puisse ne pas reposer sur la seule prise en compte de considérations intervenant au stade du contentieux de l'*exequatur*, mais qu'il puisse être déduit de l'objectif poursuivi par une règle de compétence dès le stade de l'instance directe. Ce faisant, il découlerait simplement de la « qualité particulière »<sup>1895</sup> d'une règle de compétence juridictionnelle directe, pour en renforcer la valeur et assurer la continuité de ses effets vis-à-vis de la compétence des juridictions étrangères. Sous cet angle, s'il est admis, en règle générale, que l'impérativité d'une compétence juridictionnelle n'induit pas directement son caractère exclusif<sup>1896</sup>, il apparaît néanmoins possible que la raison ayant fondé son impérativité justifie, en même temps, que l'État se réserve un monopole pour trancher le litige. L'exclusivité pourrait alors apparaître comme un simple *prolongement de l'impérativité* conférée à une règle de compétence directe et pourrait être déduite de ce caractère

Il nous semble pouvoir en être ainsi concernant la règle de compétence juridictionnelle qui serait fondée sur l'applicabilité d'une loi de police.

#### b) Liaison des caractères impératifs et exclusifs de la compétence corrélée

**468.** Bien que la liaison entre l'impérativité et l'exclusivité d'une règle de compétence juridictionnelle ne puisse pas, *a priori*, être établie de manière systématique, la déduction automatique du caractère exclusif de l'impérativité de la règle qui serait fondée sur l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige apparaît cependant envisageable. Il semble pouvoir en être ainsi du fait de la *particularité* de l'objectif poursuivi, en l'espèce, par l'impérativité conférée à la compétence juridictionnelle directe, dont la réalisation, en définitive, implique conjointement et de manière simultanée à la fois cette impérativité et l'exclusivité. Ces deux caractères apparaîtraient liés par un objectif commun « rationnellement imputable à la règle » ou « découlant de la volonté du législateur » de formuler en même temps la règle de compétence directe et la règle de compétence indirecte<sup>1897</sup>.

---

<sup>1894</sup> P. de Vareilles-Sommières, Rép. Int. Dalloz, V° *Jugement étranger (Matières civile et commerciale)*, n° 100.

<sup>1895</sup> B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 70, § 11.

<sup>1896</sup> V. en ce sens, D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 27 et n° 406.

<sup>1897</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 406.



Cette liaison pourrait résulter de ce que l'impérativité n'a pas pour but ici d'assurer la réalisation d'un objectif procédural sous l'angle de l'intérêt des parties ou de l'une d'elles, mais est justifiée par la volonté du for de voir le litige tranché par ses seules juridictions. Elle a pour but d'assurer la saisine des juridictions du for et le maintien du contentieux devant ses juridictions, en obligeant les parties à ne plaider qu'en France. Elle trouve ses fondements dans la volonté étatique d'assurer l'établissement d'une liaison entre le droit substantiel applicable et la compétence juridictionnelle et de permettre l'application effective des dispositions mises en cause. L'exclusivité apparaît ainsi comme un *prolongement logique* de l'impérativité pour en renforcer l'efficacité en sanctionnant sa violation au stade indirect, et peut ainsi être automatiquement déduite de ce caractère impératif au stade direct. Elle devrait, pour écarter le recours possible à une juridiction arbitrale, être également doublée d'une inarbitrabilité du litige.

**469.** Un tel lien automatique entre l'impérativité et l'exclusivité d'une compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police est d'ailleurs généralement admis par les auteurs. D. Holleaux a pu, en effet, considérer que l'objectif d'application effective des lois de police du for pourrait conduire à rendre la compétence judiciaire française impérative et exclusive<sup>1898</sup>. L'auteur relève en effet que « l'impérativité et l'exclusivité n'ont pas de lien logique nécessaire »<sup>1899</sup>, mais que, « ici, le but à atteindre justifierait l'une et l'autre »<sup>1900</sup>. Selon lui, en effet, « l'existence de compétences impératives et exclusives [...] [serait] plutôt des phénomènes parallèles, résultant des nécessités propres à la matière de droit privé concernée au fond »<sup>1901</sup>. Quant à la déduction possible de l'aspect exclusif du caractère impératif d'un tel chef de compétence juridictionnelle directe, d'autre part, il admet également que « l'hypothèse des compétences françaises exclusives, déterminées par l'applicabilité immédiate de lois françaises, conduit à examiner la possibilité de faire résulter le caractère exclusif d'une compétence du caractère impératif de celle-ci »<sup>1902</sup>.

---

<sup>1898</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 382.

<sup>1899</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 27.

<sup>1900</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 382, p.354, note 4.

<sup>1901</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 382. V. également, en ce sens, J.-P. Niboyet, *Traité*, T. VI, n° 1834 ; n° 1953, où l'auteur déclare que « toutes les fois que d'après les règles françaises de compétence générale, un litige devait être porté impérativement devant les tribunaux français, à peine de nullité de toute convention contraire, il en résulte qu'aucun juge étranger n'a pu être compétent à l'égard de la France ».

<sup>1902</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 406.

**470.** Une liaison entre l'impérativité et l'exclusivité d'une règle de compétence juridictionnelle fondée, au moins en partie, sur des considérations d'ordre public substantiel, semble d'ailleurs assez fréquemment consacrée ou proposée en droit positif.

Elle apparaît en premier lieu systématiquement consacrée pour les chefs de compétence expressément reconnus comme étant exclusifs en droit français<sup>1903</sup>. S'il est d'ordinaire considéré que l'exclusivité d'une règle de compétence impérative ne peut, par principe, être déduite de son impérativité directe mais nécessite que soit introduit un « élément nouveau dans la discussion »<sup>1904</sup>, il est généralement admis, en revanche, que toutes les règles de compétence exclusives revêtent un caractère impératif au stade direct<sup>1905</sup>. Certains auteurs, d'ailleurs, ont ainsi pu voir dans l'impérativité « une propriété de l'exclusivité »<sup>1906</sup> et ainsi en déduire que « toute règle de compétence objectivement exclusive est en même temps impérative »<sup>1907</sup>. Une telle correspondance est, depuis la suppression de l'exclusivité des articles 14 et 15 du Code civil<sup>1908</sup>, consacrée en droit positif. En l'absence d'impérativité de ces articles au stade direct, leur exclusivité apparaissait d'ailleurs, selon certains auteurs, comme le signe de leur dysfonctionnement ou « le signe d'une exclusivité pathologique »<sup>1909</sup>.

Dans les matières extrapatrimoniales, d'autre part, où les compétences sont, comme nous l'avons vu, toutes globalement impératives, alors que la liaison automatique du caractère impératif et de l'exclusif des règles de compétence juridictionnelles a été *a priori* écartée par l'arrêt *Simitch*<sup>1910</sup>, il semblerait néanmoins possible de découvrir, pour ces matières, une sorte « d'exclusivité ou de semi-exclusivité cachée »<sup>1911</sup>, conduisant le juge saisi à avoir tendance à n'admettre de reconnaître que les jugements provenant de fors étrangers dont la compétence serait fondée sur un rattachement identique à celui que lui-même prévoit<sup>1912</sup>. C'est ainsi, en

---

<sup>1903</sup> Une telle solution est d'ailleurs expressément consacrée dans le règlement Bruxelles I bis, qui reprend les solutions antérieures. (V. art. 25.4). Ce double caractère est d'ailleurs confirmé par le rapport Jénard que le dessaisissement d'office de tout autre juge « s'impose étant donné que les compétences exclusives sont considérées comme d'ordre public et échappent à la libre disposition des parties » (p. 38). V. également, CJCE, 10 janvier 1990, Aff. C-115/88, *Reichert et Kockler* (point 8).

<sup>1904</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 406.

<sup>1905</sup> À cet égard, cependant, la compétence juridictionnelle du juge du lieu de situation de l'immeuble fait figure d'exception. Alors que son exclusivité ne soulève aucun doute, son caractère impératif apparaît cependant incertain en droit français, et le recours à l'arbitrage est autorisé. (V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 octobre 2009, Rev. arb. 2011, p. 126, note L. Perreau-Saussine).

<sup>1906</sup> D. P. F. Arroyo, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI 2006, vol. 323, n° 64, p. 80.

<sup>1907</sup> *Ibid.*

<sup>1908</sup> V. pour l'art. 15, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, *Prieur, préc.*, pour l'art. 14, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2007, *Banque de développement local c/ Sté Ferrométal, préc.* Voir, également, B. Audit, « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle » : *retour à la lettre de l'article 15 du Code civil*, Dalloz 22006, p. 1846.

<sup>1909</sup> C. A. Arrue Montenegro, *thèse préc.*, n° 267, p. 153.

<sup>1910</sup> Cass. Civ., 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *préc.*

<sup>1911</sup> D. P. F. Arroyo, *cours préc.*, n° 99, p. 115.

<sup>1912</sup> Ceci explique d'ailleurs, corrélativement, la rigueur que les tribunaux français ont parfois retenue pour apprécier le lien caractérisé du litige en matière de répudiation musulmane et la tendance précédemment relevée des tribunaux à réintroduire une exclusivité de la compétence française en la matière. V. par exemple, CA Paris, 15 novembre 1988, Dalloz 1989, som.

effet, qu'il a pu être déclaré, concernant la matière du droit des personnes et de la famille, qu'« il est clair que dans cette matière il ne faut jamais tomber dans la tentation parfois trompeuse, du sens commun. Ainsi, on trouve que [...] subsiste une tendance à une certaine exclusivité. [...] ». En outre, plusieurs États conservent, soit ouvertement, soit en le cachant un peu, des fors exclusifs pour le divorce de leurs citoyens »<sup>1913</sup>.

Bien que seulement ponctuellement consacrée par la jurisprudence<sup>1914</sup>, cette liaison entre l'impérativité et l'exclusivité d'une règle de compétence apparaît encore parfois admise concernant les règles de compétence juridictionnelle impératives consacrées dans les matières mettant en cause des parties faibles<sup>1915</sup>, au moins lorsqu'elle est défendeur<sup>1916</sup>.

Il s'ensuit, en définitive, que le caractère impératif du chef de compétence fondée sur l'applicabilité d'une loi de police serait en lui-même assez largement susceptible d'induire son caractère également exclusif. Cette exclusivité semble, au demeurant, pouvoir être admise au regard de la fonction qui lui serait conférée.

## 2- Exclusivité déduite de la fonction de la règle de compétence juridictionnelle

**471.** L'exclusivité du chef de compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police envisagée semble pouvoir résulter de ce que les considérations relatives à l'ordre public substantiel sont susceptibles d'exercer une incidence sur la reconnaissance du caractère exclusif d'un chef de compétence (a). Au-delà, l'analyse de certaines règles de compétence exclusive consacrées semblerait permettre de révéler une *correspondance* entre l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige et l'exclusivité, en ce sens que la volonté d'assurer la mise en œuvre d'une telle disposition apparaît, en elle-même, comme une raison *suffisante* pour lui conférer ce caractère (b).

---

com. ; 257, obs. B. Audit ; Cass Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, *Abbaci*, Clunet 2004, p. 867, note Cuniberti ; JCP 2004. I. 159, obs. Attal ; Dalloz 2004, p. 815, obs. P. Courbe ; *adde*, P. Courbe, « Le rejet des répudiations musulmanes », Dalloz 2004, p. 815-820, spéc., n° 14-19, p. 819-820 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2009, Clunet 2010, p. 841, note J. Guillaumé.

<sup>1913</sup> D. P. F. Arroyo, *cours préc.*, n° 87, p. 102.

<sup>1914</sup> V. en matière de droit du travail, concernant la compétence des tribunaux français dans l'hypothèse où un salarié effectuant un travail hors de tout établissement était domicilié en France, TGI Paris, 7 février 1986, *Air Afrique*, RCDIP 1986, p. 547, note H. Gaudemet-Tallon ; Clunet 1986, p. 976, note Mayer en matière d'assurance, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 1997, *Equitania*, RCDIP 1998, p. 452, note B. Ancel qui, en matière de litispendance, a affirmé la compétence impérative du juge français en vertu de l'art. R. 114-1 du Code des assurances lorsque l'objet assuré est situé en France, et dont l'impérativité ne semblait donc pas seulement condamner les dérogations conventionnelles à la compétence française, mais aussi la saisine de tout autre tribunal offrant sa compétence.

<sup>1915</sup> V. P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 390 ; B. Audit, et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 528 ; H. Gaudemet-Tallon, *note préc.*, p. 561, qui déclare que « si l'impérativité et l'exclusivité d'une compétence ne sont pas forcément liées [...], il y a force d'attraction réciproque entre ces deux notions et l'on peut parfaitement admettre qu'elles soient liées dans le cadre de l'article R. 517-1 du Code du travail : si une règle de cet article est impérative, elle sera aussi exclusive. Mais réciproquement, si l'on admet, ce qui est conforme à la jurisprudence la plus récente, que dans certains cas les règles de compétence de l'article R. 517-1 n'ont pas un caractère impératif, alors on doit aussi considérer qu'elles perdent leur caractère exclusif ».

<sup>1916</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 322. Cette solution, d'ailleurs, est celle consacrée dans le règlement Bruxelles I bis.



### a) Incidence possible de l'ordre public substantiel sur le caractère exclusif

**472.** Des « raisons particulières »<sup>1917</sup>, positives et exceptionnelles<sup>1918</sup>, justifiant la reconnaissance du caractère exclusif d'une compétence juridictionnelle dans le système de déconnexion des instances directe et indirecte consacré par l'arrêt *Simitch* semblent pouvoir être trouvées dans la volonté du législateur étatique d'assurer le respect de ses impérativités substantielles. Le caractère exclusif du chef de compétence envisagé, fondé sur l'applicabilité d'une vraie loi de police, apparaîtrait ainsi justifié, en lui-même, indépendamment de sa nature impérative au stade direct. Cette incidence possible des lois de police sur l'exclusivité semble pouvoir être envisagée sous l'angle de la mise en cause des intérêts étatiques.

**473.** Le caractère exclusif d'un chef de compétence, en effet, est considéré, depuis l'arrêt *Simitch*, comme devant être déterminé en fonction du fondement des règles françaises de compétence juridictionnelle directe et des objectifs qu'elles poursuivent. Il est admis que l'appréciation du caractère exclusif d'une règle de compétence juridictionnelle doit être faite au cas par cas, et pourrait dès lors évoluer en fonction des objectifs et des nécessités mis en cause dans le cadre de l'efficacité des jugements étrangers.

Or, dans ce cadre, en dehors de l'hypothèse particulière de l'exclusivité conférée à la compétence juridictionnelle fondée sur une clause de prorogation de for<sup>1919</sup>, ce caractère est généralement toujours rattaché à la mise en cause d'un intérêt étatique<sup>1920</sup>. L'implication de l'État dans la résolution d'un litige de droit privé, ou la mise en cause de la « collectivité française »<sup>1921</sup>, sont en effet toujours invoquées, de manière non nécessairement autonome, pour expliquer les chefs de compétence expressément reconnus comme étant considérés

---

<sup>1917</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 374, p. 282.

<sup>1918</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome 1, n° 277, p. 266.

<sup>1919</sup> V. mettant en avant le caractère particulier de ce type de compétences exclusives par rapport à celui que possèdent les fors généralement considérés comme exclusifs, D. P. F. Arroyo, *cours préc.*, n° 107, p. 124. Elle vise en principe à assurer le respect des prévisions des parties et apparaît exclusivement fondée sur un objectif de protection des intérêts privés. V. justifiant son caractère exclusif en droit français par « l'effet, sur le plan de la compétence, du principe d'autonomie, principe de droit international privé matériel », B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 70, § 14 ; ou encore par « la force particulière » du critère attribuant compétence aux tribunaux français, P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 378, p. 284.

<sup>1920</sup> V. not, P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 388. ; D. P. Arroyo, *cours préc.*, n° 66, p. 81 ; E. Pataut, *thèse préc.*, n° 374 et s. ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 341 ; P. Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, *Bibl. dr. int. pr.*, Dalloz, 1973, n° 248, qui considère que « l'exclusivisme doit être admis lorsqu'il y a non seulement compétence de l'organe français, mais obligation d'intervention dans l'intérêt public ». L'auteur, également, pensait pouvoir trouver le fondement de certaines compétences indirectes exclusives dans des règles de droit international public. À cet égard, l'ancienne exclusivité reconnue aux art. 14 et 15 du Code civil avait été initialement rattachée à ce même *principe de souveraineté* avant d'être envisagée sous l'angle plus privatiste de volonté de protéger une partie française, dès lors qu'on admettait que le bénéficiaire du privilège de juridiction est en droit d'y renoncer. V. E. Pataut, *thèse préc.*, n° 432 et s.

<sup>1921</sup> A. Huet, *J.-Cl. dr. int.*, Fasc. 584-40, *Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale. Objet du contrôle : les conditions de la régularité internationale*, n° 13.

comme exclusifs<sup>1922</sup>. « La satisfaction des intérêts vitaux de l'État français par l'obtention de certains résultats »<sup>1923</sup> apparaîtrait dès lors comme « une raison positive, exceptionnelle »<sup>1924</sup>, susceptible d'induire qu'un ordre juridique se reconnaisse un monopole pour trancher un litige dans une matière donnée. L'exclusivité d'une règle de compétence serait justifiée dans certains cas, parce que les juridictions du for apparaîtraient comme les seules capables de permettre l'obtention du résultat recherché.

**474.** Cet objectif pourrait tout à fait être rattaché à des considérations d'ordre substantiel : l'intérêt étatique résiderait alors dans la réalisation d'un objectif tenant au respect de certaines exigences sur le plan du droit applicable<sup>1925</sup>. La liaison entre le droit applicable au fond du litige et la reconnaissance du caractère exclusif d'une règle de compétence est assez généralement reconnue et a conduit la doctrine, à la suite de l'arrêt *Cornelissen*, à déduire la possibilité d'un report du contrôle de la loi appliquée sur le fondement de la condition de compétence indirecte.

B. Ancel, en particulier, a pu ainsi considérer que « l'exclusivité s'attache aux compétences directes qui sont établies non pas tant sur des considérations de commodité des parties ou de bonne administration de la justice que sur des considérations relatives à des données de nature substantielle »<sup>1926</sup>. Les règles de compétence exclusives apparaîtraient dès lors fondées sur « l'asservissement à des objectifs d'ordre substantiel particulièrement impérieux »<sup>1927</sup>.

Une telle admission de la liaison existant entre le droit substantiel applicable et l'exclusivité, au demeurant, semble pouvoir être déduite chaque fois que l'argument tiré de la corrélation recherchée entre les compétences juridictionnelle et législative est invoqué pour justifier l'*existence* d'une règle de compétence considérée comme exclusive. Il en est ainsi parce que ces deux considérations apparaissent en réalité indissociables, dans la mesure où

---

<sup>1922</sup> Il en est ainsi, en effet, pour les chefs de compétence exclusifs consacrés précédemment décrits, qui sont toujours, avec une ampleur et sous des angles variables, rattachés à une telle implication étatique. Sur ce fondement, a également pu être rattachée la compétence des juridictions françaises en matière d'assistance éducative, à l'égard d'un mineur « en danger » résidant en France, qui devrait, selon certains auteurs, être nécessairement exclusive au stade indirect. V. en particulier, P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 388 ; P. Mayer, *thèse préc.*, n° 292.

<sup>1923</sup> Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 341.

<sup>1924</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé*, tome 1, n° 277, p. 266.

<sup>1925</sup> Une telle liaison entre les considérations d'ordre public substantiel et le maintien du contentieux dans l'ordre juridique du for a d'ailleurs été consacrée sur le fondement de l'art. 3 du Code civil pour les litiges mettant en cause les nationaux français. L'applicabilité de la loi française en application de cette règle, en effet, conduisait les juridictions françaises à s'estimer toujours exclusivement compétentes, parce que le juge national était considéré comme « le seul instrument adéquat de l'opération de la loi personnelle ». Il s'ensuivait, corrélativement, que les décisions émanant de ce juge étaient également efficaces de plein droit. L'origine nationale du jugement permettait de remplir directement la condition de la compétence indirecte du juge étranger et dispensait d'*exequatur* ces jugements. V. sur ce point, D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 328.

<sup>1926</sup> B. Ancel, *comm. préc.*, p. 33. V. également, en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 374.

<sup>1927</sup> B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 70, § 13.

c'est précisément le souci d'assurer leur exclusivité qui semble avoir justifié leur consécration<sup>1928</sup>. Sous cet angle, la corrélation des compétences juridictionnelle et législative apparaîtrait à la fois comme le fondement de la reconnaissance de ces chefs de compétence et comme une justification de son exclusivité. Elle semble, dès lors, pouvoir être déduite des décisions rendues en ce sens par les juridictions françaises et la Cour de justice de l'Union européenne, qui font parfois référence à la nécessité d'assurer l'application des dispositions du for désigné pour justifier les règles de compétence exclusives sans nécessairement expressément rattacher cet argument à leur caractère exclusif. La liaison entre l'exclusivité et le droit substantiel applicable serait, sous cet angle, également admise par la doctrine, qui voit assez fréquemment la corrélation des compétences juridictionnelle et législative comme l'un des fondements de ces règles de compétence<sup>1929</sup>.

**475.** Le rapprochement entre compétence exclusive et applicabilité d'une loi de police au fond du litige, au-delà, a pu ainsi être explicitement et directement reconnu, en particulier par D. Holleaux. L'auteur a, dans sa thèse, dressé un parallèle entre ces deux questions, en y voyant un refus d'ouverture de l'ordre juridique français envers la justice étrangère en raison de considérations de souveraineté<sup>1930</sup>. De même, Francescakis reconnaissait ce même lien entre les lois de police et l'existence d'une compétence exclusive dans la mesure où « dans les deux cas, il y va de la protection unilatéralement affirmée de l'ordre juridique du for »<sup>1931</sup>.

D'un autre côté, l'exclusivité de la règle de compétence fondée sur l'applicabilité d'une loi de police a également pu être envisagée comme une conséquence inéluctable<sup>1932</sup> susceptible de justifier le rejet de l'existence d'une compétence juridictionnelle fondée sur l'ordre public de fond. C'est ainsi, par exemple, que A. Sinay-Cytermann voyait cette liaison comme risquant d'augmenter considérablement les hypothèses de refus de reconnaissance des jugements étrangers et, pour cette raison, dangereuse et incompatible avec la coordination des

---

<sup>1928</sup> V. en ce sens, Ph. Francescakis, « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt Simitch de la Cour de cassation », RCDIP 1985, p. 243 et s., spéc., p. 259.

<sup>1929</sup> V. not. B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 70, § 13. G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Dalloz Bibl. dr. int. pr., vol. XIII, 1972, n° 137 ; H. Gaudemet-Tallon, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 1996, n° 85 et s., p. 61 et s. ; E. Pataut, *thèse préc.*, n° 356 à 489.

<sup>1930</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 382. V. également, en ce sens, Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 341, qui déclare qu'« il y aurait [un] parallélisme entre ces deux phénomènes de refus d'ouverture aux ordres juridiques étrangers que sont l'application immédiate de certaines lois, et l'exclusivité de certaines compétences juridictionnelles françaises » ; E. Pataut, *thèse préc.*, n° 374 et s. ; *adde*, Ph. Francescakis, « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt Simitch de la Cour de cassation », RCDIP 1985, p. 243 et s., spéc., p. 258 ; B. Ancel, note sous CA Lyon, 19 avril 1977, RCDIP 1979, p. 788.

<sup>1931</sup> Ph. Francescakis, *art. préc.*, RCDIP 1985, p. 258.

<sup>1932</sup> V. par exemple, mais concernant le caractère directement exclusif de ce chef de compétence, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 346.

systèmes<sup>1933</sup>. Les règles de cette nature reposeraient alors sur le refus d'admettre une divergence quelconque du jugement étranger avec un jugement français hypothétique<sup>1934</sup> et auraient pour objectif de permettre le maintien du contentieux devant les juridictions du for en raison du risque « de méconnaissance d'intérêts d'ordre substantiel que le droit français entend garantir »<sup>1935</sup>, dans des hypothèses où, précisément, « l'ordre juridique français estime son intérêt si immédiatement engagé dans le conflit de lois qu'il ne peut tolérer une solution différente que celle que lui-même prévoit »<sup>1936</sup>.

**476.** Ainsi *a priori* admise et consacrée, l'incidence que peut exercer l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige sur la reconnaissance du caractère exclusif d'un chef de compétence juridictionnelle n'autorise encore qu'imparfaitement à admettre la possibilité, pour le chef de compétence juridictionnelle envisagé, de se voir attribuer ce caractère. Il reste encore à s'assurer que cette considération est bien *suffisante*, en elle-même, pour asseoir cette qualification.

#### b) Correspondance possible entre l'applicabilité d'une loi de police et l'exclusivité

**477.** D. Holleaux, reconnaissant l'incidence que peut avoir l'applicabilité des lois de police au fond du litige sur le caractère exclusif d'une règle de compétence, ajoutait que « le parallèle deviendrait une correspondance s'il s'avérait que l'immédiateté d'application de la loi française est une condition suffisante de l'existence et de l'exclusivité d'une compétence judiciaire française »<sup>1937</sup>. Or, à cet égard, une telle correspondance apparaît, dans la majorité des hypothèses de compétences exclusives consacrées, difficile à identifier, du fait de l'intervention en parallèle systématique d'autres considérations pour justifier les chefs de compétence établis. Dans le contexte de la diversité des arguments avancés par la doctrine et les tribunaux, « par des formules aussi répétées que faibles »<sup>1938</sup>, c'est donc un isolement de l'argument tiré de l'applicabilité des lois de police qui doit être effectué pour établir son caractère *suffisant* dans la reconnaissance de l'exclusivité.

---

<sup>1933</sup> A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 216 et s. V. également, à propos de la compétence impérative fondée sur l'applicabilité d'une loi de police dont il était question dans l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 10 mai 1974 *préc.*, G. A. L. Droz, note RCDIP 1971, *préc.*, p. 553, qui déclare que si une telle compétence était reconnue, « la logique conduirait alors à ajouter autoritairement un motif de contrôle de compétence et de refus de reconnaissance à ceux prévus par le Traité. L'onde de choc provoquée au stade de la compétence par l'introduction arbitraire d'un chef nouveau s'amplifierait de proche en proche jusqu'au stade de l'exécution ».

<sup>1934</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 382

<sup>1935</sup> B. Ancel, et Y. Lequette, *GA*, n° 70, §13.

<sup>1936</sup> B. Ancel, *comm. préc.*, p. 38.

<sup>1937</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 382.

<sup>1938</sup> D. P. Arroyo, *cours préc.*, n° 64.





**478.** Dans ce cadre, les considérations de proximité susceptibles d'être intervenues en faveur de la consécration des chefs de compétence juridictionnelle exclusifs<sup>1939</sup>, sous l'angle de la bonne administration de la justice, doivent d'emblée être considérées comme insuffisantes pour expliquer leur caractère exclusif. Le lien étroit qui existerait entre l'État et la situation juridique, susceptible d'être invoqué pour justifier l'ensemble des chefs de compétence juridictionnelle consacrés en droit contemporain<sup>1940</sup>, ne peut justifier en lui-même que l'État se reconnaisse un monopole pour la résolution du différend<sup>1941</sup>.

Sous cet angle, doivent également être considérés comme insuffisants pour justifier le caractère exclusif d'une règle de compétence juridictionnelle d'autres arguments pratiques avancés, qui paraissent également liés à cette idée de proximité, tels que la facilité des diligences procédurales que permettrait la saisine du juge désigné ou la concentration de l'affaire devant une seule juridiction. Ainsi, si les règles de compétence exclusive conduisent toujours à donner compétence à des juridictions présentant un lien particulièrement étroit avec le différend, conformément au principe de la bonne administration de la justice, l'incidence de ces considérations n'induit pas d'exclure la suffisance que pourrait revêtir l'argument tiré de l'application effective de la loi de police du for désigné.

---

<sup>1939</sup> V. not. invoquant cet argument pour justifier la compétence exclusive des juridictions de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble, H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd. 2015, n° 101 ; P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé*, RCADI 1986, t. 196, n° 474 ; H. Muir Watt, note sous CJCE, 13 octobre 2005 Aff. C 73/04, *Époux Klein*, *préc.*, RCDIP 2006, p. 183 et s., spéc., p. 192.

<sup>1940</sup> V. M.-C. De Lambertye-Autrاند, *thèse préc.*, n° 323, et faisant également ce même constat, A. Huet, note sous CJCE, 15 janvier 1985, *Rösler*, *préc.*, Clunet 1986, p. 439 et H. Muir Watt, note CJCE, 27 janvier 2000, Aff. C-8/98, *Dansommer*, RCDIP 2000, p. 273-274.

<sup>1941</sup> Cette constatation a principalement été faite à propos de la compétence exclusive consacrée en matière de droits réels immobiliers, dès lors que l'argument, parallèlement, a pu surtout être avancé à l'égard de cette règle de compétence. V. en ce sens, outre les références citées à la note *préc.*, notamment, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 331, qui a déclaré, concernant la compétence exclusive du juge du lieu de situation de l'immeuble, que si celui-ci semble incontestablement avoir les liens les plus étroits avec le litige, il n'est en revanche « pas pour autant [nécessairement] le seul à avoir des liens suffisamment étroits avec le litige pour que sa compétence internationale puisse être admise au regard du principe de proximité » ; J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160, n° 3 ; L. Perreau-Saussine, *L'immeuble et le droit international privé. Étude des méthodes*, 2006, Defrénois, n° 509 et s.

**479.** D'autre part, l'argument tiré de l'*effectivité du jugement*, très largement invoqué<sup>1942</sup>, en particulier concernant la compétence de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble<sup>1943</sup>, semble encore en lui-même insuffisant pour justifier l'exclusivité. Reposant sur l'idée que le jugement qui sera rendu ne pourra produire des effets que dans un ordre juridique<sup>1944</sup>, il semble théoriquement susceptible de justifier la reconnaissance d'un monopole juridictionnel sous l'angle de considérations pratiques<sup>1945</sup>. Le maintien du contentieux devant les juridictions de ce for assure en effet une efficacité certaine du jugement obtenu. Pourtant, comme a pu le mettre en avant E. Pataut, « les considérations purement géographiques ou matérielles, relatives à la commodité des parties, à la localisation des preuves ou à l'exécution du jugement permettent [...] à l'interprète de considérer en opportunité que le caractère exclusif, et non simplement concurrent, de la compétence en matière immobilière est bienvenu, il n'en demeure par moins que la justification profonde de ce caractère exclusif échappe à ces considérations matérielles »<sup>1946</sup>.

L'argument tiré de l'effectivité n'interviendrait donc que comme un *motif surabondant* venant en quelque sorte confirmer l'opportunité de reconnaître le caractère exclusif, sans en apparaître en lui-même comme une justification suffisante. Sans rendre le déroulement d'une procédure à l'étranger inconcevable, il conduirait simplement à la rendre en pratique insatisfaisante ou inopportune.

**480.** Ce sont donc, en définitive, les seules considérations relatives à la mise en cause d'un intérêt étatique qui apparaissent déterminantes dans la reconnaissance du caractère exclusif d'un chef de compétence. Or, à cet égard, la capacité, pour l'objectif visant à assurer l'application effective de la loi de police du for désigné, de constituer un fondement autonome et suffisant de l'exclusivité, semble pouvoir être déduite de ce que cette implication étatique

---

<sup>1942</sup> V. sur cet argument, en matière de services publics, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 415 ; A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 373 ; en matière de voies d'exécution, J.-P. Niboyet, *Traité t. VI*, n° 1816 ; G. Couchez, « Les incidences de la réforme des voies d'exécution sur le droit international privé », TCFDIP 1996-1997, p. 123 et s. ; L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 169, p. 236 ; H. Bauer, *thèse préc.*, n° 56 ; B. Audit et L. d'Avout, *op. cit.*, n° 351 ; H. Batiffol et P. Lagarde, *préc.*, n° 681 ; J.-M. Bischoff, note, *Clunet* 1978, p. 393 ; G. Cuniberti, « Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger », LGDJ, 2000 ; V. Delaporte, « Les mesures provisoires et conservatoires en droit international privé », TCFDIP 1987-1988, p. 147 s. ; P. Mayer et V. Heuzé, *préc.*, n° 287 ; en matière de propriété industrielle, A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 382 ; J.-M. Bischoff, obs., *Clunet* 1978, p. 393.

<sup>1943</sup> V. not, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 650 et s. ; B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 405 ; B. Ancel, note sous Cass. Civ., 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1982, *Le Van Chau*, RCDIP 1983, p. 87, p. 92-93 ; D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 650 et s. ; B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 405 ; L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 191 ; mais *contra*, D. P. Arroyo, *cours préc.*, n° 72, p. 87, qui considère que si l'effectivité est impossible, c'est en raison de la compétence exclusive.

<sup>1944</sup> La prise en compte de l'exécution future d'un jugement a été envisagée pour la première fois par E. Bartin. V. *Principes de droit international privé, préc.*, T. I, §137, p. 336.

<sup>1945</sup> En ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 370.

<sup>1946</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 374.

ne semble intervenir, pour certains chefs de compétence exclusifs préexistants, que principalement ou seulement sous l'angle du droit substantiel<sup>1947</sup>.

Il semble, comme nous l'avons vu, souvent en être ainsi concernant la compétence juridictionnelle exclusive consacrée en droit immobilier, qui ne mettrait directement en cause l'État qu'assez rarement. La compétence exclusive n'apparaîtrait alors en définitive, la plupart du temps, rattachée à l'intérêt étatique que parce qu'elle assurerait l'application de la *lex rei sitae*, elle-même empreinte de considérations d'ordre public.

**481.** Ceci apparaît en particulier à travers la compétence exclusive du *situs* consacrée en droit européen en matière de baux immobiliers<sup>1948</sup>, d'ailleurs assez largement critiquée<sup>1949</sup>. Mettant en cause des actions en réalité purement personnelles ayant pour objet le paiement des loyers et la réparation des dommages causés par le locataire<sup>1950</sup>, elle semble difficilement susceptible d'être justifiée sous l'angle de l'effectivité. En la matière, en effet, l'argument tenant à la certitude qu'un jugement devra être exécuté dans l'ordre juridique du lieu de situation ne peut pas, de toute évidence, être invoqué, dès lors qu'il n'apparaît pas du tout certain que la décision aura vocation à être exécutée au lieu de situation du bien loué<sup>1951</sup>.

Sous cet angle, si la reconnaissance de ce chef de compétence juridictionnelle semble, en elle-même, pouvoir reposer sur des considérations de proximité<sup>1952</sup>, son caractère exclusif, en revanche, ne semble résulter que de la volonté d'assurer l'application effective de la législation d'ordre public de l'ordre juridique du *situs*<sup>1953</sup>, en particulier de sa réglementation impérative sur les loyers, constituée d'un nombre important de lois de police<sup>1954</sup>. C'est cette considération, d'ailleurs, qui semble expliquer la fréquence avec laquelle cet argument

---

<sup>1947</sup> V. sur ce point, supra, n° 424 et s.

<sup>1948</sup> Ce caractère exclusif est, en revanche, beaucoup plus incertain en droit français. V. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 25 janvier 1989, au moins concernant la compétence d'attribution, et elle ne fait pas obstacle à l'application des art. 14 et 15 du Code civil. (V. Cass. Soc., 28 mars 1962).

<sup>1949</sup> V. not. D. P. Arroyo, *cours préc.*, n° 75 et s. ; P. Bellet, « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du marché commun », *Clunet* 1965, p. 833 et s., spéc., p. 857, qui considère cette extension « étrange ».

<sup>1950</sup> V. not. CJCE, 15 janvier 1985, *Rösler, préc.* V. pourtant, considérant que la compétence exclusive prévue à l'art. 16-1 de la convention de Bruxelles ne s'applique pas aux actions ayant uniquement pour objet le paiement des loyers, ces actions pouvant être considérées comme « détachées de l'immeuble loué », P. Jénard, *Rapport sur la convention concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, JOCE C. du 5 mars 1979, p. 1, spéc., p. 35.

<sup>1951</sup> V. en ce sens, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 524 ; J.-M. Bischoff, note sous CJCE, 14 décembre 1977, *Sanders*, *Clunet* 1978, p. 388 ; H. Gaudemet-Tallon, note sous CJCE, 6 juillet 1988, *Scherrens*, RCDIP 1989, p. 550.

<sup>1952</sup> V. en ce sens, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 510, et reconnaissant que le juge du lieu de situation est « le mieux placé », CJCE, 14 décembre 1977, *Aff. 73/77, Sanders*, Rec. 2383, concl. Mayras ; *Clunet* 1978. 388, obs. Bischoff ; RTD com. 1978. 657, obs. Loussouarn et Bourel.

<sup>1953</sup> V. également, en ce sens, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 382 et s. ; M.-C. de Lambertye-Autrond, *thèse préc.*, n° 334.

<sup>1954</sup> Les lois de police applicables en la matière sont, au demeurant, fréquemment fondées sur un ordre public de *protection*, si bien que l'existence d'une implication étatique apparaîtrait sujette à caution. Pour cette raison, d'ailleurs, la corrélation des compétences est généralement justifiée sous l'angle des arguments pratiques tenant à la complexité de la législation applicable. V. mettant en avant les deux aspects d'ordre public de direction et de protection de la législation sur les loyers, F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflit de lois)*, Bruylant Bruxelles, 1995, p. 509 et s. ; L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 516 et s.

apparaît invoqué par la jurisprudence<sup>1955</sup> et la doctrine<sup>1956</sup>, pour justifier simultanément l'existence de cette compétence et son exclusivité. Elle semble, au-delà, également pouvoir être confirmée par la *crystallisation* des lois de police opérée sur le plan des conflits de lois en droit européen<sup>1957</sup> et en droit français<sup>1958</sup>, dans les règles de conflit applicables en l'absence de choix des parties.

**482.** Sous un angle négatif, l'incidence exercée par l'applicabilité des lois de police sur la consécration d'un chef de compétence exclusif semblerait également pouvoir être déduite de l'analyse des limitations apportées à l'application du chef de compétence juridictionnelle exclusif consacré en matière de bail, pour les locations de courte durée<sup>1959</sup>. Conduisant à instaurer une compétence juridictionnelle de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble exceptionnellement *concurrente*, la solution instaurée pour les baux immobiliers de courte durée permet exceptionnellement de dissocier ce chef de compétence juridictionnelle de son caractère exclusif et permet de faire apparaître une telle incidence<sup>1960</sup>.

Pour ce type de baux, en effet, la compétence des tribunaux du lieu de situation de l'immeuble se voit concurrencée par celle, alternative, des tribunaux du domicile du défendeur, c'est-à-dire, en d'autres termes, des tribunaux du lieu de résidence habituelle du locataire, lorsque ce dernier est une personne physique et que le propriétaire et le locataire

---

<sup>1955</sup> V. en particulier, CJCE, 15 janvier 1985, *Rösler c/ Rottwinkel*, préc., points 19 et 26 ; CJCE, 14 décembre 1977, *Sanders*, préc., points 13, 14 et 17 ; CJCE, 6 juillet 1988, *Scherrens*, point 9.

<sup>1956</sup> V. not., H. Gaudemet-Tallon, *ouvrage préc.*, n° 103 ; S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile, Droit interne et droit communautaire*, Dalloz, 29<sup>e</sup> éd., n° 480, p. 45, qui énoncent que cette règle en matière de baux se justifie essentiellement par le caractère d'ordre public, dans la plupart des États membres, de la législation en matière de baux d'immeubles ; E. Pataut, *thèse préc.*, n° 380 ; L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 518-519 ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 375, p. 322 ; M.-C. de Lambertye-Autrond, *thèse préc.*, n° 220 et s., spéc., n° 222, qui déclare que « la règle de conflit a intégré que la majorité des États impose une réglementation impérative en matière de baux d'immeuble » ; P. Lagarde, « Les locations de vacances dans les conventions européennes de droit international privé », in *Études offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 281 et s., spéc., n° 4, p. 282.

<sup>1957</sup> V. art. 4.1 c).

<sup>1958</sup> La jurisprudence française a en effet admis qu'à défaut de choix explicite, la loi tacitement choisie devait être considérée comme étant celle du lieu de situation de l'immeuble. V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre 1956, RCDIP 1957, p. 672, note H. Batiffol, Clunet 1959, p. 468, puis que le choix opéré par les parties ne pouvait écarter l'application des dispositions impératives du lieu de situation de l'immeuble. V. CA Paris, 10 juin 1967, Dalloz 1969, p. 221, concl. Granjon ; Clunet 1968, p. 100, obs. Dayant.

<sup>1959</sup> V. également, pour les contrats complexes et les contrats de *Timeshare*, CJCE, 26 février 1992, Aff. C-280/90, *Elisabeth Hacker c/ Eurorelais GmbH*, RCDIP 1993, p. 78, note G. A. L. Droz ; Clunet 1992, p. 50, note A. Huet ; Dalloz 1992, p. 455, note F. Osman. La solution, néanmoins, a été atténuée par la suite : CJCE, 27 janvier 2000, *Dansommer*, préc. ; CJCE, 13 octobre 2005, Aff. C-73/04, *Époux Klein*, Rec. I. 8667, RCDIP 2006, p. 183, note H. Muir Watt ; Dalloz 2005, IR, 2704 ; Europe déc. 2005, comm. 421, obs. L. Idot. V. également, sur la question de l'intégration de ces contrats dans l'art. 22-1 du règlement Bruxelles I, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 495 et s., p. 289 et s. Voir, à propos des actions en résolution de vente d'un immeuble, et énonçant que dès lors que la loi applicable à la résolution de vente était la loi applicable au contrat, choisie par les parties, qui n'était pas nécessairement la *lex rei sitae*, « le souci de coïncidence des compétences judiciaire et législative pour assurer une application effective des dispositions le plus souvent impératives » ne pouvait plus ici intervenir et ne justifiait pas de reconnaître la compétence exclusive des tribunaux du lieu de situation de l'immeuble, A. Huet, note sous CJCE, *Richard Gaillard c/ Alaya Chekili*, 5 avril 2001, Clunet 2002, p. 621.

<sup>1960</sup> V. d'ailleurs, critiquant le système consacré, qui conduit en réalité à une « distorsion de la notion de compétence exclusive » et revient, en réalité, à supprimer ce caractère exclusif et à lui conférer un caractère concurrent, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 389-390 ; H. Muir Watt, note sou CJCE, 27 janvier 2000, *Dansommer*, préc., RCDIP 2000, p. 274-275 ; L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 526 et s.

sont domiciliés dans le même État membre<sup>1961</sup>. Or, alors que le *situs* semble exercer une emprise assez lâche sur la situation dans une telle hypothèse<sup>1962</sup>, les lois de police de celui-ci, qu'elles soient fondées sur un objectif de réglementation du marché immobilier ou qu'elles visent à assurer la protection des locataires, ne sont, en règle générale, pas applicables<sup>1963</sup>. Au contraire, elles apparaissent largement concurrencées par la vocation à s'appliquer des lois de police protectrices de l'ordre juridique de la résidence habituelle du locataire<sup>1964</sup>. Difficilement justifiable<sup>1965</sup>, la règle de compétence alternative consacrée révèle en tout cas nettement l'existence d'un parallélisme entre la diminution de la force de l'exclusivité du chef de compétence considéré<sup>1966</sup> et celle de la vocation des lois de police de ce même ordre juridique à s'appliquer. Les règles de compétence apparaissent alors comme *adaptées* en fonction de la vocation d'application des lois de police, dont l'incidence sur la consécration du chef de compétence exclusif apparaît alors évidente.

## **B) Utilité du caractère exclusif**

**483.** Bien qu'insuffisante pour assurer une protection absolue des intérêts étatiques du for à l'étranger, la reconnaissance du caractère exclusif du chef de compétence fondée sur l'applicabilité d'une loi de police apparaît néanmoins nécessaire pour renforcer l'efficacité de la compétence juridictionnelle impérative consacrée. Elle permettrait d'atténuer les effets de l'unilatéralisme caractéristique des conflits de juridictions. Il en est ainsi parce qu'elle intègre plus directement l'aspect international du contentieux et la considération qu'il puisse être présenté et résolu à l'étranger. Consacrant une solution rigoureuse et non parfaitement satisfaisante, elle nécessitera la mise en place de correctifs permettant d'assurer la

---

<sup>1961</sup> Alors, en effet, que la Cour de justice avait au départ admis dans l'arrêt *Rösler, préc.*, que la compétence exclusive du tribunal du lieu de situation de l'immeuble s'appliquait à tous les baux, même de courte durée, la compétence de principe des juridictions de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble se vit par la suite assortir une exception pour les baux d'une durée inférieure à six mois consécutifs dans la convention de Lugano de 1988 puis dans celle de Saint-Sébastien de 1989. Cette solution a été reprise dans le règlement Bruxelles I et est aujourd'hui consacrée à l'art. 24.1 du règlement Bruxelles I bis.

<sup>1962</sup> En ce sens, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 524 ; A. Huet, note sous *Rössler*, *Clunet* 1986, *préc.*, p. 442.

<sup>1963</sup> V. en ce sens, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 504 et n° 524. Ceci semble d'ailleurs pouvoir expliquer que les lois françaises protectrices du locataire ayant pour rattachement le lieu de situation de l'immeuble aient exclu de leur domaine les locations à caractère saisonnier. V. en ce sens, P. Lagarde, « Les locations de vacances dans les conventions européennes en droit international privé », in *Études offertes à P. Bellet*, 1991, Litec, p. 282-283.

<sup>1964</sup> V. sur ce point, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 524 et s.

<sup>1965</sup> V. not. sur cette difficulté, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 529.

<sup>1966</sup> Si cette compétence n'apparaît plus en tant que telle exclusive mais semble en réalité devenir « concurrente », le choix entre la compétence des tribunaux du lieu de situation de l'immeuble et celui du domicile commun des parties est quant à lui néanmoins exclusif. Il s'ensuit que les clauses attributives de juridiction au profit d'un autre tribunal ne pourront avoir d'effet et que la violation de ces règles de compétence devra induire le refus de reconnaissance des jugements étrangers, ce qui n'apparaît pas nécessairement satisfaisant. V. sur ce point, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 390.

coordination des systèmes<sup>1967</sup>. Néanmoins, l'utilité de l'exclusivité de ce chef de compétence apparaît, d'une part, de manière évidente quant à ses conséquences au stade du contentieux de l'*exequatur* (A), et d'autre part, d'une manière beaucoup plus relative au stade où le juge du for est directement saisi d'un litige (B).

### 1- Conséquences de l'exclusivité dans le contentieux de l'*exequatur*

**484.** La reconnaissance du caractère exclusif du chef de compétence juridictionnelle envisagée, compte tenu de la fonction conférée au contrôle de l'absence de compétence exclusive consacré dans le cadre du contentieux de l'*exequatur* (a), apparaît en l'espèce opportune quant à ses conséquences (b).

#### a) Fonction de l'exclusivité au stade du contrôle des jugements étrangers

**485.** Le contrôle général de la compétence indirecte du juge étranger, dans laquelle s'intègre la vérification de l'absence de compétence exclusive des juridictions du for requis, est généralement considéré comme revêtant une importance fondamentale<sup>1968</sup>. Elle prend la forme d'une vérification de l'origine du jugement étranger et vise à assurer que celui-ci émane d'une souveraineté étrangère qui a pu légitimement s'exprimer<sup>1969</sup>. Elle permet de « compenser l'infirmité tenant à l'extranéité de la décision », en établissant que « son origine est saine »<sup>1970</sup>. Sa mise en œuvre, telle qu'elle a été posée par l'arrêt *Simitch* en droit français et telle qu'elle est consacrée au niveau européen, conduit l'ordre juridique français à refuser systématiquement l'efficacité du jugement étranger sur son territoire, chaque fois que la compétence indirecte du juge étranger ne peut être établie.

**486.** Dans ce cadre, le critère de l'absence de compétence exclusive, à côté de ceux relatifs à l'absence de saisine frauduleuse et de l'existence de liens caractéristiques avec le litige, implique une vérification purement objective<sup>1971</sup> et induit, quant à ses conséquences sur la régularité du jugement étranger, une automaticité du résultat obtenu. Elle revient, pour l'ordre juridique dont elle émane, à « mettre un grand panneau à la frontière informant que quelques

---

<sup>1967</sup> V. sur ceux-ci, *infra*, Titre III.

<sup>1968</sup> V. not. en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 522, p. 459 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 366 ; D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 264, p. 303 ; D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 1 et s.

<sup>1969</sup> En ce sens, P. de Vareilles-Sommières, *Rep. dr. int.*, V° *Jugements étrangers (Matières civile et commerciale)*, n° 82.

<sup>1970</sup> B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 41 §5. V. également, en ce sens, P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 366.

<sup>1971</sup> En fait, si la détermination de la compétence juridictionnelle exclusive, en elle-même, semble revêtir, comme il a été vu, une nature subjective et peut intégrer des considérations d'ordre substantiel, la mise en œuvre de cette condition peut se faire, elle, de manière objective en seule considération de l'existence d'un tel caractère.

décisions seront interdites d'entrée sur son territoire »<sup>1972</sup>. La seule constatation de l'existence d'un tel chef de compétence écarte d'emblée la nécessité de procéder à l'analyse des deux autres critères subjectifs en la rendant inutile, en postulant par principe de l'irrégularité du jugement étranger, indépendamment de sa teneur.

Sous et angle, la consécration d'une telle compétence permet d'instituer, dans certaines hypothèses, une fermeture totale de l'ordre juridique français et exprime son refus d'admettre toute coopération avec les ordres juridiques étrangers. D'un point de vue théorique, elle est le signe que « l'État s'érige [...] en ordre juridique de police exclusive de la matière considérée, refusant toute considération de l'internationalité des relations juridiques et rendant le litige insusceptible d'être tranché à l'étranger, de surcroît régulièrement imperméable à l'application même partielle du droit étranger »<sup>1973</sup>.

**487.** Alors que les conditions de l'absence de fraude et du lien caractérisé reposent *a priori* seulement sur des préoccupations relatives à la commodité des parties et à la bonne administration de la justice, la condition de l'absence de compétence exclusive est susceptible à la fois de servir à la vérification de la régularité procédurale du jugement étranger et de sanctionner sa contrariété par rapport au point de vue retenu par le for quant au droit appliqué. La capacité de la notion d'exclusivité, précédemment relevée, à intégrer des considérations d'ordre substantiel se traduit en effet, logiquement, pour la condition de l'absence de compétence exclusive, par sa capacité à servir des objectifs poursuivis, sur ce plan. Elle permet d'exprimer la volonté du for d'exporter à l'étranger la manière dont il souhaite voir résolu le contentieux, et possède ainsi une interchangeabilité avec le contrôle de la loi appliquée<sup>1974</sup>.

Une telle « équivalence »<sup>1975</sup> entre les deux contrôles, mise en évidence à travers l'évolution des solutions retenues en matière d'état et de capacité des personnes<sup>1976</sup> par E.

---

<sup>1972</sup> D. P. F. Arroyo, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI 2006, t. 323, n° 101.

<sup>1973</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 193.

<sup>1974</sup> V. en ce sens, B. Ancel, *comm. préc.* ; P. Lagarde, qui considérait que le contrôle de la loi appliquée est inutile si le jugement émane d'un pays dont la compétence est fondée sur le *principe de souveraineté* et conduirait à une compétence exclusive ; Y. Loussouarn et P. Bourel, *Droit international privé*, 6<sup>e</sup> éd., 1999, p. 597, et en matière de divorce, Ph. Francescakis, JCP 1958. II. 10612, RCDIP 1958, p. 751. V. cependant, *contra*, D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 389 et s.

<sup>1975</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 633.

<sup>1976</sup> Le système reposant sur la règle de conflit de lois, de laquelle était également déduite la compétence juridictionnelle, en effet, était vue comme désignant globalement l'ordre juridique « prépondérant » dans lequel, de ce fait, le droit en cause avait pu légitimement être acquis. Pour cette raison, ces décisions devaient systématiquement être reconnues, et la situation juridique ainsi créée, parce que issue de l'État compétent, devait s'imposer universellement. Il s'agissait, en réalité, d'une mise en œuvre anticipée de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent. (Sur laquelle, v. *infra*, n° 883 et s.). Pour une application de cette solution, v., Cass. Civ., 28 février 1860, *Bulkley*, Sirey 1860.1.210, concl. Dupin ; GA n° 4 ; DP 1860. I. 57. V. également, Cass. Civ., 9 mai 1900, *De wrède*, Clunet 1900, p. 613 ; Sirey 1901. I. 185, note E. A ; Dalloz 1905. I. 101, note L. S. ; GA n° 10.



Pataut<sup>1977</sup>, aurait permis en cette matière « d'expliquer la mutation d'une compétence exclusive en contrôle de la loi appliquée »<sup>1978</sup>. Dans un sens opposé, il conviendrait alors d'admettre que « dans la mesure où le contrôle de la compétence judiciaire peut être mis en œuvre efficacement, le contrôle de la loi appliquée n'a plus lieu d'être »<sup>1979</sup>. Un tel report du contrôle de la loi appliquée sur celui des compétences exclusives avait été envisagé, en particulier dans l'hypothèse des lois de police, au lendemain de l'arrêt *Cornelissen*, par nombre d'auteurs<sup>1980</sup>. Certains avaient pu avancer, en effet, qu'une extension de la liste des compétences exclusives serait envisageable et que l'on pourrait transférer « à certaines règles de compétence judiciaire les objectifs substantiels que poursuivait, tant qu'il était admis, le contrôle de la compétence législative »<sup>1981</sup>.

**488.** Le rôle joué par le contrôle de l'absence de compétence exclusive sur le plan du droit substantiel, néanmoins, présente un degré de sévérité plus important que celui du contrôle de la loi appliquée. B. Ancel, à cet égard, voyait dans le contrôle de la loi appliquée un élément qui s'intercale entre l'édiction de compétences exclusives et le principe général de compétence indirecte formulé par l'arrêt *Simitch*<sup>1982</sup>, apprécié par principe au seul regard de l'existence du lien caractérisé et de l'absence de choix frauduleux<sup>1983</sup>. Il déclare, en effet, que « l'intervention de la règle de conflit dans la vérification de la régularité des décisions étrangères tend à hisser l'appréciation de la compétence indirecte à un échelon de sévérité intermédiaire entre celui, plus élevé, des compétences exclusives et celui, plus bas, de l'exigence du lien caractérisé »<sup>1984</sup>. L'instauration d'un chef de compétence exclusif exprime en effet à la fois une plus forte exigence de l'ordre juridique du for sur le plan substantiel et une réticence plus grande envers la justice étrangère.

D'un côté, la mise en œuvre du contrôle de la loi appliquée repose sur l'idée que le juge étranger peut rendre la justice conformément au point de vue de l'ordre juridique du for, et permet de vérifier, dans un second temps, que la décision étrangère a été rendue selon la loi qu'il aurait lui-même appliquée. Elle ne peut pas, cependant, reposer sur l'exigence d'une identité absolue de la décision qui aurait été prononcée dans le for. D'un autre côté, au

---

<sup>1977</sup> V. E. Pataut, *thèse préc.*, Titre 4 (Chap. 7), spéc., n° 525 et s.

<sup>1978</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 633.

<sup>1979</sup> S. Gressot-Leger, « Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en *exequatur* ? », *Clunet* 2003, p. 787 et s., spéc., p. 779.

<sup>1980</sup> V. en particulier, H. Muir Watt et B. Ancel, « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, Chronique d'une séparation », in *Mélanges Gaudemet-Tallon*, p. 135 et s., spéc., p. 163-164.

<sup>1981</sup> P. de Vareilles-Sommières, *Rép. Int. Dalloz*, 2008, V° *Jugement étranger (Matières civile et commerciale)*, n° 99.

<sup>1982</sup> B. Ancel, *comm. préc.*, p. 29 et s.

<sup>1983</sup> Voir B. Ancel, *comm. préc.*, p. 29 et s.

<sup>1984</sup> B. Ancel, *comm. préc.*, p. 35.

contraire, le contrôle de la compétence exclusive, envisagé sous l'angle du droit substantiel, postule d'emblée l'incapacité de tout ordre juridique étranger à résoudre le contentieux conformément aux vues du for, et permet de répondre à la volonté du for de voir tranché un différend d'une manière absolument unique. Elle part donc de l'idée que « plutôt que d'exiger du juge étranger une reproduction photographique »<sup>1985</sup> des décisions qu'auraient rendues les juridictions françaises, il faut refuser d'emblée d'admettre la compétence d'un juge étranger et maintenir le contentieux devant les juridictions du for.

**489.** Mise en œuvre au stade où le juge du for doit s'interroger sur l'efficacité d'un jugement étranger, elle conduit automatiquement celui-ci à refuser sa reconnaissance ou son exécution et permet de sanctionner efficacement la violation du point de vue retenu par le for sur les plans à la fois juridictionnel et substantiel, en imposant, en définitive, que le jugement soit à nouveau tranché dans le for. Le système apparaît alors particulièrement rigoureux et procède donc d'un réel refus d'internationalisation du contentieux, *a priori* peu en adéquation avec les tendances actuelles d'ouverture vers l'étranger poursuivies en droit international privé contemporain. Il semble particulièrement efficace pour assurer le respect de la compétence juridictionnelle envisagée à l'étranger.

#### b) Opportunité des conséquences de l'exclusivité

**490.** Non imposée par principe et par absolue nécessité, la reconnaissance du caractère exclusif du chef de compétence juridictionnelle consacré semble justifiée par les « impératifs de la loi elle-même »<sup>1986</sup>, parce que, opportune dans le résultat effectif auquel elle conduit du point de vue du régime d'efficacité des jugements étrangers, elle apparaît, bien qu'encore imparfaite<sup>1987</sup>, comme la seule solution en mesure d'assurer le respect effectif des impérativités substantielles mises en cause. Elle permettrait de « verrouiller le domaine de la loi de police en assurant une efficacité supérieure encore à la politique juridique que cette loi met en cause »<sup>1988</sup>.

---

<sup>1985</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 382.

<sup>1986</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 382.

<sup>1987</sup> Elle ne peut, en effet, du point de vue de la protection des intérêts du for, ne produire d'effets que dans la mesure où le jugement étranger lui sera présenté au stade du contentieux de l'*exequatur*, ce qui ne sera pas automatique. Cette constatation appelle, comme nous le verrons, la mise en place de mécanismes de coordination des systèmes qui seront envisagés, V. *infra*, Titre III.

<sup>1988</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., spéc., p. 271.

**491.** Du point de vue du respect des règles de compétence juridictionnelle consacrée dans l'ordre juridique du for, elle semble apparaître, en premier lieu, comme un complément indispensable de l'impérativité conférée à la compétence fondée sur l'applicabilité des lois de police. Il en est ainsi, en effet, parce que, visant à assurer que ses juridictions ne pourront être écartées par les parties au profit des juridictions étrangères, cette impérativité voit en réalité ses effets en pratique nécessairement très limités par l'unilatéralisme qui gouverne les conflits de juridictions. Susceptible de n'être sanctionné que devant les juridictions du for, ce caractère impératif est impuissant à éviter le concours des juridictions étatiques et ne peut empêcher les parties de saisir une juridiction étrangère. « Il faut donc prolonger l'impérativité de la compétence directe »<sup>1989</sup> et consacrer une exclusivité permettant d'assurer ainsi une sanction curative de la violation de l'impérativité « au cas où les parties n'auraient pas obtempéré et que l'action aurait été portée et tranchée devant le juge étranger »<sup>1990</sup>. Alors que les contrôles de l'absence de fraude et de lien caractérisé ne peuvent permettre que de réduire le *forum shopping*, l'exclusivité donnerait aux parties l'indication claire et insusceptible d'atténuation qu'elles ne pourront obtenir un jugement étranger susceptible d'être efficace du point de vue du for. Limités *a priori* au stade du contentieux de l'*exequatur*, de tels effets pourraient même éventuellement avoir des vertus dissuasives et limiter dès le départ les velléités d'expatriation du contentieux.

**492.** Sur le plan du respect des lois de police, d'autre part, la rigueur du système consacré semble satisfaisante, du point de vue de la protection des intérêts mis en cause, et justifiée. Sous l'angle de l'interchangeabilité de ce contrôle avec celui de la loi appliquée, il semble apparaître aujourd'hui comme un *palliatif* rendu nécessaire du fait de la suppression du contrôle consacrée par l'arrêt *Cornelissen*<sup>1991</sup>. Il est admis, en effet, que « la tolérance suggérée quant à la loi compétente suppose [...] une particulière vigilance quant à la compétence du tribunal saisi »<sup>1992</sup>. Tout en consacrant un système plus rigoureux, sa mise en œuvre apparaît justifiée sous l'angle du respect des intérêts étatiques fondamentaux mis en cause, parce qu'il manque, désormais, « un raisonnement, un maillon ou plutôt un mécanisme, un procédé permettant au juge saisi qui se reconnaît incompetent d'imposer au juge compétent la loi à appliquer »<sup>1993</sup>. Bien que ne répondant à aucune « nécessité logique »<sup>1994</sup>, elle est

---

<sup>1989</sup> B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 72 §9.

<sup>1990</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, *préc.*, n° 90.

<sup>1991</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007, *préc.*

<sup>1992</sup> J.-D. Bredin, note sous CA Paris, 18 juin 1964, *Gunzbourg c/ dame Schrey*, *Clunet* 1964, p. 816-817.

<sup>1993</sup> G. Lyon-Caen, note sous Cass. Ass. Plén., 14 octobre 1977, *Bloch c/ soc. Filtex*, p. 305.

<sup>1994</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 268.

envisageable et opportune, dans la mesure d'une définition étroite des lois de police en l'absence de capacité des autres contrôles restants à pouvoir assurer sa restauration à un degré de sévérité équivalent<sup>1995</sup>. L'alternative entre un contrôle extrêmement réduit, en pratique inefficace, et un contrôle rigoureux semble devoir conduire, pour les hypothèses envisagées, à privilégier cette seconde solution.

**493.** Au-delà, le recours à ce contrôle semble apparaître, pour l'hypothèse envisagée, dans tous les cas opportune en elle-même et en dehors du palliatif qu'elle constitue. Il en est ainsi dès lors que le contrôle de la loi appliquée apparaîtrait en réalité, en lui-même, insuffisant. La rigueur du système semble, en définitive, nécessaire à l'efficacité du contrôle opéré sur les jugements étrangers.

Alors que le contrôle de la loi appliquée repose sur l'idée qu'il faut *laisser une chance* aux juridictions étrangères de rendre une décision conforme aux vues du for, la confiance en pratique extrêmement limitée qui semble pouvoir être éprouvée quant à l'application effective qu'elles feront des vraies lois de police du for semble pouvoir justifier le blocage automatique du jugement étranger, sans considération sur la réalité de leur mise en œuvre. Il est vrai, comme le relève A. Sinay-Cytermann, que le système pourrait conduire à refuser l'efficacité d'un jugement alors que le juge étranger aurait appliqué la loi de police<sup>1996</sup>.

Indépendamment même de la rareté des hypothèses de ce type qui nous semblent susceptibles de se présenter et des *correctifs* qui seront proposés par la suite<sup>1997</sup>, une telle solution pourrait paraître comme une conséquence éventuelle – il est vrai, non parfaitement satisfaisante – du système consacré. Elle est néanmoins admissible, en l'absence d'autre solution efficace pour assurer le respect d'intérêts étatiques particulièrement fondamentaux. On pourrait ajouter que les parties, se voyant imposer de refaire trancher leur litige dans le for, auront été prévenues, du fait de l'impérativité du chef de compétence juridictionnelle qu'elles auront contourné.

D'un autre côté, le recours au contrôle de l'absence de compétence exclusive semble en lui-même également opportun compte tenu de l'incapacité intrinsèque du contrôle de la loi appliquée et de l'ordre public substantiel à assurer que la loi de police française ait fait « l'objet d'une application aussi soignée ou aussi informée par le juge saisi »<sup>1998</sup>. C'est ainsi que pourrait ici être vérifiée l'affirmation de Y. Lequette, selon lequel « la compétence des

---

<sup>1995</sup> V., sur ce point, *supra* TITRE I, Chap. 2.

<sup>1996</sup> V. A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 217.

<sup>1997</sup> V. *infra*, Titre III.

<sup>1998</sup> V. D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 382, et sur cette impossibilité et le paradoxe que revêtirait la recherche d'une telle identité par ce biais, B. Ansel, *comm. préc.*, p. 36.

juridictions françaises sera donc exclusive uniquement lorsque les particularités de la matière ne permettront pas au juge étranger d'atteindre le résultat auquel serait parvenu le juge français »<sup>1999</sup>.

**494.** L'exclusivité du chef de compétence juridictionnelle envisagé apparaît ainsi opportune dans ses effets au stade indirect, dès lors que « c'est une divergence quelconque du jugement étranger et d'un jugement français, hypothétique qui paraît intolérable »<sup>2000</sup>, et que, pour cette raison, il ne sied pas « d'accepter les produits de justices différentes de la justice française »<sup>2001</sup>. Une telle solution, d'ailleurs, apparaît parfois consacrée à l'étranger<sup>2002</sup>.

Les effets de cette exclusivité, en revanche, apparaissent beaucoup plus réduits au stade de l'instance directe.

## 2- Conséquences de l'exclusivité consacrée au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle

**495.** Compte tenu de l'unilatéralisme qui gouverne les conflits de juridictions, la mise en œuvre et le respect des règles de compétence exclusive ne peuvent finalement être assurés que dans la mesure où le juge de l'ordre juridique dont elles émanent est précisément saisi par les parties (a), alors que rien n'oblige en revanche le juge étranger sollicité à en tenir compte (b). Ces considérations, d'ordre général, prennent toute leur importance concernant les règles de compétence exclusives, du fait de leur effet principalement *négatif* sur la compétence juridictionnelle étrangère.

### a) Effets de l'exclusivité devant les juridictions du for

**496.** Dans son effet attributif de compétence, l'exclusivité d'une règle de compétence juridictionnelle du for ne produit dans l'ordre juridique français, en tant que telle, aucun effet spécifique. Puisqu'elle vient, en effet, renforcer une règle de compétence juridictionnelle déjà existante, cette règle suffira, en elle-même, à fonder la compétence des juridictions françaises, et cette exclusivité devrait rester *silencieuse*.

---

<sup>1999</sup> Y. Lequette, *thèse préc.*, p. 262.

<sup>2000</sup> D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 382.

<sup>2001</sup> *Ibid.*

<sup>2002</sup> V. à cet égard, not. l'exemple donné par P. de Vareilles-Sommières *art. préc.*, n° 76), de l'art. 3151 du Code civil du Québec en matière d'amiante, qui affirme la compétence exclusive des juridictions québécoises pour les actions en responsabilité résultant de dommages causés par l'amiante produite au Québec. V. pour un exemple de mise en œuvre, CA Québec, 4 février 2003, *Worthington Corp. c/ Atlas Turner Inc.*, QCCS 235-05-000074-06, Clunet 2010, p. 1326, obs. G. Goldstein.

Ses effets apparaissent dès lors, pour cette raison, limités aux hypothèses d'existence de procédures parallèles, alors que, le juge étranger étant déjà saisi et ayant éventuellement même déjà statué, le juge du for est amené à tenir compte de sa compétence pour apprécier la sienne. Devant le juge du for, l'exclusivité du chef de compétence fondée sur l'applicabilité d'une loi de police devrait le conduire à refuser de mettre à l'écart sa compétence dans l'hypothèse d'un incident de procédure. Il en sera ainsi, notamment, dans les hypothèses de litispendance internationale, où la juridiction du for est saisie alors qu'une juridiction étrangère l'est déjà pour le même litige<sup>2003</sup>, ou en cas de connexité, lorsqu'un juge étranger est parallèlement saisi d'une demande présentant un lien étroit avec celle présentée au for.

La recevabilité de ces exceptions de procédure et, partant, l'abstention pour le juge saisi d'exercer sa compétence juridictionnelle, sont en effet conditionnées à la possibilité, pour le jugement qui serait rendu à l'étranger, d'être reconnu dans le for<sup>2004</sup>. Or, reposant ainsi sur une mise en œuvre anticipée du contrôle de la régularité des jugements étrangers, elles devraient être écartées par le biais du contrôle de la compétence indirecte du juge étranger<sup>2005</sup>. Ces assouplissements de compétence juridictionnelle, qui supposent l'admission du principe même qu'une autre juridiction puisse être potentiellement compétente, paraissent en effet nécessairement incompatibles avec la reconnaissance d'une compétence exclusive.

#### b) Effets théoriques de l'exclusivité devant les juridictions étrangères

**497.** En l'absence d'effet extraterritorial obligatoire de la règle de compétence juridictionnelle exclusive et de mécanisme de coordination des ordres juridiques qui serait mis en place, l'exclusivité de la compétence juridictionnelle du for ne peut produire, en tant que telle, aucun effet sur le régime de la compétence du juge étranger. Le respect de la prétention de l'ordre juridique du for à s'octroyer une compétence juridictionnelle – et même *globale*, dans l'hypothèse ici envisagée – et à nier celle de toute juridiction étrangère, dépend alors de

---

<sup>2003</sup> V, sur ce mécanisme, *infra*, n° 784 et s.

<sup>2004</sup> Bien que non expressément posée comme condition pour la recevabilité de l'exception de connexité, elle semble pouvoir être déduite des arrêts rendus en la matière. V. not, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1999, RCDIP 2000, p. 42, note Cuniberti ; Clunet 1999. IR 198 ; JCP 1999. IV. 2533, où la Cour de cassation a précisé que la compétence française n'était pas exclusive pour accueillir l'exception.

<sup>2005</sup> V. refusant d'accueillir l'exception de litispendance du fait de l'impossibilité de reconnaître la compétence indirecte du juge étranger sur le fondement des art. 14 et 15 du Code civil, à l'époque où ils étaient considérés comme fondant la compétence exclusive des tribunaux français notamment, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1987, *Alamir*, RCDIP 1987, p. 605, note P. Lagarde ; JCP 1987. IV. 110 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, RCDIP 2005, p. 89, note Sinopoli ; Clunet 2005, p. 790, note Barrière-Brousse ; JCP 2004. II. 10097, note Egéa. En matière de connexité, CA Versailles, 22 septembre 1993, JCP G 1995, II, 22459, note H. Muir Watt. Et v. depuis la suppression de leur exclusivité, admettant l'exception de litispendance, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> décembre 2010, Dalloz 2011, p. 647, note M. Laazouzi ; JCP 2011. 172, obs. A. Devers ; RCDIP 2011, p. 102, note H. Gaudemet-Tallon.

la propension du juge étranger à *collaborer* à la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi par l'État du for.

**498.** Sans trop anticiper sur les développements futurs<sup>2006</sup>, l'on peut tenter de dégager les raisons qui seraient susceptibles d'être prises en compte par les juridictions étrangères pour les conduire à *répondre à l'invitation* envoyée par l'ordre juridique du for pour le respect de sa compétence<sup>2007</sup>. Les fondements qui se trouvent à la base de l'exclusivité consacrée semblent susceptibles de conduire à des solutions différentes, dès lors qu'ils exprimeront, du point de vue du for étranger, des hypothèses de revendication plus ou moins légitimes de compétence.

La mise en cause directe de la souveraineté étatique de l'État considéré sur le plan de la compétence juridictionnelle devrait conduire, dans ce cadre, à augmenter la probabilité qu'elle soit prise en compte par le juge étranger. Il en est ainsi, par exemple, en matière de voie d'exécution, où la compétence exclusive de l'ordre juridique du lieu d'exécution de la mesure apparaît justifiée par le monopole de la contrainte étatique ou celle de l'ordre juridique dont le service public est mis en cause<sup>2008</sup>. Le simple fait qu'un juge étranger se déclare compétent suffirait alors à induire directement qu'une atteinte soit portée à la souveraineté de l'État du for<sup>2009</sup>. À cet égard, la question est d'ailleurs parfois envisagée sous l'angle non pas de la compétence juridictionnelle mais du *pouvoir de juridiction*, et déduite d'une règle de droit international public<sup>2010</sup>. À cet égard, L. Usunier a pu relever que « le déclinaoire de compétence du juge du for est alors absolument impératif, et non plus simplement opportun »<sup>2011</sup>.

D'un autre côté, l'argument tiré du principe d'effectivité, insuffisant, comme on l'a vu, pour justifier le caractère exclusif de la règle de compétence pourrait éventuellement intervenir dans ce cadre pour inciter le juge étranger à se dessaisir, au regard de considérations pratiques. Dès lors qu'il apparaîtrait certain que le jugement que rendrait le juge étranger ne pourrait produire des effets dans cet ordre juridique du fait de sa contrariété à la compétence exclusive édictée et à son ordre public, celui-ci pourrait alors juger *opportun* de

---

<sup>2006</sup> V. *infra*, n° 551 et s.

<sup>2007</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 192, p. 271.

<sup>2008</sup> V. D. Bureau et H. Muir Watt., *ouvrage préc.*, n° 70 et s., p. 96 et s. ; Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 174 et s.

<sup>2009</sup> V. L. Usunier, *thèse préc.*, n° 327

<sup>2010</sup> V. P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », RCDIP 1979, p. 374.

<sup>2011</sup> L. Usunier, *thèse préc.*, n° 375.

s'abstenir d'exercer sa compétence pour satisfaire l'objectif d'harmonie des solutions et éviter la création de situations boiteuses<sup>2012</sup>.

**499.** De tels arguments risqueront néanmoins d'apparaître d'une utilisation plus délicate dans l'hypothèse considérée, dès lors que l'exclusivité ici envisagée ne serait pas directement fondée sur la souveraineté étatique mais reposerait sur l'application de dispositions empreintes de considérations d'ordre public de direction. Il s'ensuit que le simple fait que le juge étranger se reconnaisse compétent n'induirait pas en soi, *a priori*, une atteinte aux intérêts du for. Non imposée en tant que telle, l'abstention du juge étranger se justifie alors simplement *par opportunité*, et devrait impliquer qu'il accepte de collaborer à la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi par l'ordre juridique français, éventuellement incité à faire ce choix du fait de la complexité que présentera la mise en œuvre des lois de police et de l'expertise qu'elle demandera<sup>2013</sup>. Lorsqu'« un litige privé à caractère international met en cause les intérêts fondamentaux d'un État étranger, sans pour autant que la compétence internationale du juge du for porte directement atteinte à la souveraineté de l'État étranger »<sup>2014</sup>, affirme L. Usunier, la courtoisie internationale devrait justifier la prise en compte de la compétence juridictionnelle exclusive d'un ordre juridique à l'étranger. Sans être rattachée à une véritable obligation juridique, elle reposerait néanmoins sur « un motif pressant pour l'État du for de renoncer à la compétence internationale de son juge »<sup>2015</sup>.

**500.** En l'absence de mise en œuvre d'un véritable mécanisme de coordination dans l'ordre juridique étranger concerné, cependant, ces divers fondements semblent néanmoins ne pouvoir conduire qu'à une prise en compte en réalité artificielle et *faussée* de la compétence juridictionnelle étrangère. C'est ce que confirme, en droit positif, la manière dont sont pris en compte les chefs de compétence exclusifs étrangers. Elle est généralement admise, sous l'angle général du respect du *principe de souveraineté*, dans les hypothèses de compétences exclusives expressément consacrées, indépendamment de leur fondement<sup>2016</sup>. Le procédé

---

<sup>2012</sup> V. not. sur cet argument, en matière de droits réels immobiliers, L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 203, p. 286 ; en matière d'assistance éducative, Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 342 et s. Cette solution, d'ailleurs, est retenue de manière unanime dans les États européens. Voir, par exemple, l'art. 5 al. 1 de la loi de réforme du système italien de droit international privé, du 31 mai 1995, qui énonce que « la juridiction italienne n'existe pas à l'égard des actions réelles ayant pour objet des biens immeubles sis à l'étranger ».

<sup>2013</sup> C'est sur ce fondement que L. Usunier considère qu'est fondée l'abstention consentie par les ordres juridiques étrangers au profit de la compétence de celui du lieu de situation de l'immeuble en droit positif. V. L. Usunier, *thèse préc.*, n° 375.

<sup>2014</sup> *Ibid.*

<sup>2015</sup> L. Usunier, *thèse préc.*, n° 376.

<sup>2016</sup> Voir, sur ce point, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 387 et s.



utilisé conduit néanmoins en pratique à un résultat peu satisfaisant, et démontre la nécessité de mettre en place un mécanisme de coordination des ordres juridiques.

Il prend, en effet, la forme d'un principe « d'abstention mutuelle », en faisant dépendre la prise en compte de la compétence exclusive étrangère dans le for de celle que lui-même reconnaît à ses tribunaux dans l'hypothèse considérée. Il est par exemple admis en France, en matière immobilière, qu'alors que le juge français est exclusivement compétent lorsque l'immeuble est situé en France, il doit s'estimer radicalement incompétent pour les litiges mettant en cause les immeubles sis à l'étranger ; et la même solution est également consacrée pour la compétence exclusive retenue en matière de voies d'exécution, lorsque la mesure d'exécution doit avoir lieu à l'étranger, ou lorsqu'est mis en cause un service public étranger<sup>2017</sup>. Or, dans ces hypothèses, l'abstention du for apparaît directement admise sans aucune vérification de l'existence de cette compétence exclusive étrangère. Elle ne fait que consacrer, en réalité, les solutions retenues dans le for, sans prise en considération du point de vue de l'ordre juridique étranger. Une telle solution, reposant sur l'idée qu'il est *probable* que l'ordre juridique étranger revendique sa compétence, nie le particularisme étatique des règles de compétence exclusives et impose en quelque sorte, « extraterritorialement », le point de vue du for sur la compétence. La prise en compte de l'exclusivité de la compétence étrangère se fait, en droit positif, par « déférence abstraite, décidée par bilatéralisation ou universalisation des chefs locaux de compétence exclusive [...], sans égard aux positions concrètes de l'ordre juridique étranger »<sup>2018</sup>.

Sous cet angle, la règle paraît alors n'ordonner au juge du for de décliner sa propre compétence que parce que le critère de rattachement sur lequel elle repose est réalisé à l'étranger, et non pour respecter la compétence étrangère<sup>2019</sup>. Le procédé utilisé, sans consacrer une réelle méthode de coordination des ordres juridiques, semble alors reposer sur une *règle d'incompétence* du for fondée sur l'idée que l'ordre juridique adopte, par rapport au for, un point de vue identique. Une telle règle, historiquement rattachée à l'idée qu'il fallait respecter la souveraineté étrangère, est aujourd'hui la plupart du temps justifiée sous l'angle de *l'effectivité du jugement*<sup>2020</sup>.

---

<sup>2017</sup> V. not. éclairant en ce qu'il rappelle la mise à l'écart de la compétence juridictionnelle fondée sur les art. 14 et 15 du Code civil, Cass. Civ., 27 mai 1970, *préc.*, GA, n° 49. V. également, en matière de droits réels immobiliers, Cass. Civ., 5 juillet 1933, *Nagalingampoullé, préc.* ; en matière de voies d'exécution, Cass. Civ., 12 mai 1931, *Cyprien Fabre*.

<sup>2018</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 207.

<sup>2019</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 390.

<sup>2020</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 391, qui relève également que c'est sous cet angle qu'est généralement expliquée une telle règle « d'incompétence ».

**501.** Sous ces objectifs *a priori* louables, la solution apparaît ainsi en pratique susceptible de conduire à des résultats très largement inopportuns et ne peut assurer un respect satisfaisant<sup>2021</sup> des compétences exclusives consacrées. Alors même qu'une certaine unanimité se dessine en droit comparé concernant les chefs de compétence exclusifs consacrés en droit français, une divergence en revanche assez importante existe quant à la délimitation des hypothèses qu'elles recouvrent<sup>2022</sup>. Il s'ensuit qu'alors que le juge du for peut ainsi être amené à décliner sa compétence juridictionnelle au profit d'un ordre juridique qui ne la revendique pas, il apparaît lui-même susceptible de ne tenir compte que des compétences exclusives étrangères qu'il se reconnaît<sup>2023</sup>. Une solution, dès lors plus satisfaisante, devrait permettre au juge saisi de tenir compte, selon des modalités restant à définir, du point de vue concrètement retenu par l'ordre juridique étranger. Une telle solution, mesurée dans ses effets d'abstention juridictionnelle du for, apparaîtrait également plus respectueuse de l'intérêt procédural des parties et des lois de police mises en cause.

## **II- Hypothèses particulières**

**502.** Le chef de compétence juridictionnelle impératif et exclusif fondé sur l'applicabilité d'une loi de police appelle des remarques spécifiques quant à sa mise en œuvre dans l'hypothèse d'un conflit de lois de police (A). La question mérite d'être analysée pour le cas où le juge du for, dont une loi de police serait applicable au fond du litige, se trouverait confronté à la revendication d'application d'une loi de police édictée dans un autre État. La consécration du chef de compétence fondé sur la mise en cause d'une loi de police doit, par ailleurs, être envisagée dans le cadre du droit harmonisé consacré au sein de l'Union européenne (B).

### **A) Circonstances d'un conflit de lois de police**

**503.** Après avoir identifié les difficultés susceptibles de résulter de l'existence d'un conflit de lois de police (1), il conviendra d'envisager les solutions à apporter au regard de la mise en place de la règle de compétence juridictionnelle envisagée (2).

---

<sup>2021</sup> V. illustrant cela d'une manière éclairante, alors que le juge français écarte sa compétence en présence d'un risque de déni de justice à l'étranger, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 janvier 1982, *Le Van Chau, préc.*

<sup>2022</sup> V. en ce sens, en matière de droits réels immobiliers, L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 192.

<sup>2023</sup> V. mettant en avant les risques induits par l'hypothèse des actions mixtes dans lesquelles l'ordre juridique français ne reconnaissant pas sa compétence exclusive et ne s'estimant corrélativement pas incompétent pour trancher de tels litiges, ce qui risque de conduire à une violation de compétence exclusive étrangère, L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 210.



## 1- Délimitation du problème

**504.** Alors que les conflits de lois de police ont par principe vocation à prendre naissance, sous différentes configurations, sur le plan du droit substantiel (a), il convient de déterminer les différentes formes sous lesquelles ils pourraient apparaître dans l'hypothèse de la consécration d'une liaison des impérativités substantielles et juridictionnelles ici proposée (b).

### a) Hypothèses de conflits de lois de police

**505.** Dans un système où chaque ordre juridique apparaît libre de reconnaître le caractère internationalement impératif de certaines de ses dispositions étatiques, il semble envisageable que deux ou plusieurs États revendiquent concurremment le respect de leurs impérativités substantielles dans le cadre de la résolution d'un même litige. L'autorité saisie devrait alors être amenée à trancher un conflit de lois de police en donnant la prévalence à l'une d'entre elles. Dans ce cadre, l'approche retenue et la résolution du conflit devraient différer assez largement selon que celui-ci mettra en cause une loi de police du for ou qu'il ne concernera que des lois de police étrangères<sup>2024</sup>. Alors que la prévalence accordée aux intérêts de l'État dont elle relève semble inéluctable, l'autorité concernée devrait pouvoir « arbitrer plus sereinement » un tel conflit lorsqu'il ne s'agira que d'intérêts étatiques étrangers<sup>2025</sup>.

Un conflit de lois de police n'est susceptible de se présenter que dans la mesure où les dispositions étatiques concernées se *rencontrent* effectivement, c'est-à-dire dans la mesure où elles viseront à régir le même aspect de la situation litigieuse. En l'absence d'une telle correspondance de leur domaine d'application, en revanche, celles-ci n'apparaissent pas réellement en conflit. Il devrait être possible de procéder à un dépeçage de la relation juridique pour appliquer distributivement chacune des lois de police à la question qu'elle souhaite impérativement régir, en assurant conjointement leur respect<sup>2026</sup>.

**506.** Lorsqu'un tel conflit est réalisé, la théorie américaine consistant à distinguer les vrais et les faux conflits de lois<sup>2027</sup> est assez fréquemment reprise par la doctrine française pour cerner les conflits de lois de police. L'hypothèse du vrai conflit, ou du « conflit

---

<sup>2024</sup> Devant l'arbitre, celui-ci n'appartenant à aucun ordre juridique, le conflit ne devrait pouvoir prendre la forme que d'un conflit de lois de police étrangères.

<sup>2025</sup> A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003, n° 582, p. 835, note 261.

<sup>2026</sup> Ceci, néanmoins, n'est envisageable que sous réserve d'une possibilité d'application effective des lois de police étrangères par l'autorité saisie, dont on a vu précédemment néanmoins toutes les difficultés. V. sur ce point, *supra*, TITRE I, Chapitre 1, section 2.

<sup>2027</sup> Sur laquelle, V. en particulier, en langue française, L. Idot, *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, thèse, Paris II, 1981, t. II, n° 733 et s.

problématique »<sup>2028</sup>, serait celle qui mettrait en cause des dispositions étatiques inconciliables, poursuivant un objectif différent. Dans une telle situation, l'application de l'une de ces dispositions paraît alors incompatible avec la réalisation de l'objectif poursuivi par les autres et conduit à un résultat différent. La résolution du conflit de lois de police impose alors au juge ou à l'arbitre saisi de faire un choix parmi plusieurs politiques législatives étatiques conjointement poursuivies, et l'oblige à sacrifier l'objectif poursuivi par certaines d'entre elles<sup>2029</sup>. Il pourrait en être également ainsi, comme le relève B. Rémy, dès lors que les lois de police mises en cause, bien que visant à assurer la réalisation d'un même objectif, reposeraient néanmoins sur une divergence de moyens utilisés pour y parvenir<sup>2030</sup>.

La concurrence de lois de police étatiques applicables est en revanche généralement considérée comme « un faux conflit »<sup>2031</sup>, dans l'hypothèse où l'objectif qu'elles poursuivent est identique et repose sur la mise en œuvre de moyens identiques. L'on pourrait alors, à la rigueur, se désintéresser de la loi nationale qui aurait permis d'aboutir à la réalisation de cet objectif<sup>2032</sup>, parce que son application permettrait simultanément de respecter les autres.

P. Mayer relève qu'une telle situation serait fréquente, et considère, par exemple, que « si plusieurs lois visent à limiter le montant des intérêts conventionnels, l'application de celle qui fixe le taux le plus bas respecte le vœu des autres »<sup>2033</sup>. Il en serait ainsi parce que, selon lui, seul l'aspect impératif d'une règle serait d'application nécessaire, alors que son aspect permissif pourrait en revanche être écarté.

**507.** Sous l'angle de la redéfinition des lois de police précédemment proposée, de tels conflits apparaissent susceptibles de prendre des formes assez variées en fonction de la nature des lois de police étatiques mises en cause, et pourraient résulter d'une confrontation d'intérêts étatiques d'importance variable et plus ou moins directement impliqués. Ils devraient corrélativement appeler, pour leur résolution, à une prudence plus ou moins grande et conduire à des difficultés d'ampleur variable.

---

<sup>2028</sup> B. Rémy, *thèse préc.*, n° 767.

<sup>2029</sup> B. Rémy donne comme exemple d'une telle situation, une hypothèse dans laquelle un État A, pour favoriser les moyens de son approvisionnement énergétique, édicterait une réglementation laxiste en matière d'acquisition par l'un de ses nationaux de navires pétroliers, alors qu'un État B, pour éviter les catastrophes naturelles et protéger son environnement, instaurerait une réglementation posant des normes de sécurité élevée pour l'acquisition de tels navires. V. B. Rémy, *thèse préc.*, n° 769.

<sup>2030</sup> Il pourrait en être ainsi, par exemple, lorsque des lois de police d'États différents, visant toutes une finalité identique de protection du consommateur, pourraient chercher à atteindre ce résultat par des procédés différents. Voir, par exemple, l'illustration apportée par B. Rémy, *thèse préc.*, n° 770.

<sup>2031</sup> L. Idot, « Les conflits de lois et droit de la concurrence », *Clunet* 1995, p. 321 et s.

<sup>2032</sup> L. Idot, *art. préc.*, *Clunet* 1995, p. 337.

<sup>2033</sup> P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., spéc., n° 56.

La résolution du conflit la plus délicate devrait être celle dans laquelle le conflit opposerait deux ou plusieurs vraies lois de police, parce qu'il obligerait le juge à départager des intérêts étatiques particulièrement fondamentaux. Une telle hypothèse est susceptible de se présenter en matière de droit économique<sup>2034</sup>, en particulier en matière de droit de la concurrence<sup>2035</sup>, où les réglementations étatiques applicables, souvent affectées à un objectif de régulation du marché national, revêtent, comme nous l'avons vu, très fréquemment ce caractère<sup>2036</sup>. Les comportements anticoncurrentiels peuvent découler de la pratique de sociétés établies sur le territoire de plusieurs États différents et peuvent affecter le marché d'un État différent de celui sur lequel ces sociétés sont établies<sup>2037</sup>. La réglementation impérative de ces différents ordres juridiques, fondée sur le rattachement des effets sur le marché, apparaît dès lors conjointement susceptible de revendiquer leur application et de conduire à un conflit de lois de police.

Un conflit opposant des lois de police protectrices et des vraies lois de police est susceptible de se présenter dans le cadre des contrats immobiliers ; dès lors, l'application des dispositions internationalement impératives de l'ordre juridique du *situs*, visant à assurer la protection du marché immobilier, pourrait se trouver concurrencée par celle des lois de police protectrices de l'ordre juridique, différent, de la résidence habituelle de la partie faible, revendiquant également leur application. Il y a alors « découplage de la protection du consommateur et du contrôle du marché immobilier »<sup>2038</sup> : les deux ordres juridiques intéressés, l'un à la protection de la partie faible, et l'autre à la régulation du marché, apparaissent alors tous deux susceptibles de revendiquer l'application de leurs lois de police<sup>2039</sup>. Il pourrait également en être ainsi en matière de distribution<sup>2040</sup>, où des lois de police relevant du « vrai » droit de la concurrence pourraient se trouver en conflit avec des lois de police protectrices du lieu d'établissement du distributeur, fondées sur « la nécessité de protéger l'acteur économiquement faible devant la puissance de la grande distribution »<sup>2041</sup>.

L'hypothèse d'un conflit entre lois de police protectrices, enfin, devrait apparaître à la fois moins susceptible de se présenter du fait du rattachement personnel utilisé et moins délicate à résoudre. Dès lors, en effet, que l'objectif qu'elles poursuivront sera dans ce cadre

<sup>2034</sup> V. en particulier, sur ces conflits, X. Boucobza, *L'acquisition internationale de sociétés*, LGDJ, 1998.

<sup>2035</sup> Ils semblent également susceptibles d'apparaître dans d'autres hypothèses, par exemple, en cas d'acquisition d'une société cotée en bourse, car l'offre pourrait déclencher des revendications de compétence législative concurrente de plusieurs États, en particulier celui de la société cible et celui de la société agissante.

<sup>2036</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 360.

<sup>2037</sup> V. pour un exemple d'un tel conflit, décision n° 92/427 de la Commission, 27 juillet 1992, JOCE, n° L 235, 18 août 1992, *Quantel International, Europe*, octobre 1992, n° 383.

<sup>2038</sup> L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 417.

<sup>2039</sup> V. sur ces hypothèses de conflits, L. Perreau-Saussine, *thèse préc.*, n° 421 et s.

<sup>2040</sup> V. en particulier, sur ce point, S. Peruzzetto, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Distribution*, n° 130 et s.

<sup>2041</sup> V. S. Peruzzetto, *préc.*, n° 135.

la protection des intérêts privés<sup>2042</sup>, elles apparaîtront empreintes de moins de particularisme et assez souvent identiques ou au moins semblables eu égard au résultat recherché. Le conflit devrait alors, la plupart du temps, apparaître comme un *faux conflit*, pouvant se satisfaire de l'application de l'une des lois de police étatiques mises en cause.

Dans ces différentes variantes, le conflit de lois de police est susceptible de soulever des difficultés dans l'hypothèse où une compétence juridictionnelle serait fondée sur l'applicabilité d'une loi de police du for.

#### b) Difficultés suscitées dans l'hypothèse d'une compétence juridictionnelle corrélée

**508.** La question que suscite en particulier la problématique du conflit de lois de police dans l'hypothèse considérée est celle de la place qu'il conviendrait d'accorder aux lois de police étrangères susceptibles de revendiquer leur application alors qu'une loi de police du for français est également applicable. À cet égard, la liaison ici opérée entre les impérativités substantielles et la question de la compétence juridictionnelle produit des conséquences quant à la configuration et à la résolution d'un tel conflit.

Il ne devrait pouvoir induire des répercussions sur le plan de la compétence juridictionnelle et susciter des interrogations pour la mise en œuvre de la solution proposée que dans l'hypothèse où il mettrait en cause, d'une part, une loi de police fondant la compétence impérative et exclusive corrélée des tribunaux français et, d'autre part, la loi de police d'un autre ordre juridique, spécifiquement celui dont les juridictions étaient désignées par la clause attributive de juridiction évincée. En l'absence d'un tel chef de compétence corrélée des juridictions françaises, en effet, les difficultés soulevées par l'existence d'un tel conflit de lois de police n'interviennent que sur le plan des conflits de lois. Celui-ci devrait être résolu par le juge français dans l'hypothèse où, saisi et compétent sur un fondement « ordinaire » de compétence, il statuerait sur le fond du litige.

Lorsque, en revanche, une telle compétence serait établie dans le for, l'applicabilité d'une loi de police étrangère apparaîtrait susceptible de produire des effets à la fois sur le plan de la compétence juridictionnelle et de la compétence législative de celui-ci. Il est envisageable à la fois qu'elle influence la décision des tribunaux français quant à l'exercice de leur compétence ou sur la manière de résoudre le litige au fond. S'il est admis, en effet, qu'une prévalence doit être accordée à la loi de police du for sur toute loi étrangère désignée par sa règle de conflit de lois, cette même prévalence n'apparaît plus aussi évidente lorsque

---

<sup>2042</sup> V. sur ce point *supra*, n° 324 et s.

ces dispositions étrangères revendiquent unilatéralement leur application et sont, aux yeux de l'ordre juridique qui les a édictées, des lois de police. Dans une telle hypothèse, un esprit de coopération pourrait conduire le juge saisi à accepter d'atténuer les exigences, substantielles ou procédurales, imposées par ses lois de police pour tenir compte des intérêts étrangers qui lui paraîtraient légitimes<sup>2043</sup>. Une indifférence totale de l'ordre juridique du for vis-à-vis des revendications de compétence étrangères concurrentes n'apparaît pas, de toute évidence, satisfaisante en droit international privé contemporain et conduirait à des solutions excessives. Une telle possibilité, opportune sous l'angle de l'harmonie internationale des solutions, semble également largement justifiée dans l'hypothèse envisagée. Il en est ainsi à la fois du fait de la vigueur de la confrontation des impérativités étatiques consacrées et de la rigueur de la solution proposée.

**509.** Si l'on accepte, d'autre part, la possibilité d'admettre la consécration d'une liaison entre l'applicabilité d'une loi de police et la reconnaissance d'un chef de compétence comme une solution satisfaisante et potentiellement *exportable* à l'étranger<sup>2044</sup>, l'on peut également envisager le conflit de lois de police sous l'angle d'un conflit de compétences juridictionnelles exclusives fondées, dans l'ordre juridique du for et l'ordre juridique étranger, sur l'applicabilité de leurs lois de police respectives. Sa résolution pourrait alors être assurée dans le for par une prise en compte directe de la compétence juridictionnelle exclusive étrangère ou de la seule loi de police étrangère sur laquelle elle serait fondée. Elle pourrait conduire le juge français à en tenir directement compte pour l'exercice de sa compétence juridictionnelle et à se dessaisir au profit du for étranger, ou produire simplement des effets au stade ultérieur de la résolution du litige sur le fond, en étant *appliquée* ou *prise en considération* de la part du juge saisi<sup>2045</sup>.

Au stade du contentieux de l'*exequatur*, d'un autre côté, le conflit de lois de police devant être envisagé est celui qui met en cause la loi de police du for et la loi de police de l'ordre juridique dont émanera le jugement à reconnaître. L'applicabilité d'une loi de police étrangère pourrait conduire à atténuer la rigueur des solutions consistant à admettre une irrégularité automatique du jugement étranger incompatible avec le respect de la compétence juridictionnelle exclusive. Dans tous les cas, l'existence et la prise en compte d'une telle revendication de compétence concurrente de l'ordre juridique étranger devraient apparaître

---

<sup>2043</sup> V. not. sur ce point, et envisageant cette atténuation en la rapprochant du mécanisme de l'ordre public atténué, X. Boucobza, *thèse préc.*

<sup>2044</sup> Outre que cette solution apparaît parfois consacrée, elle pourrait résulter de la mise en œuvre des règles de compétence juridictionnelle « bilatérales » consacrées dans l'art. 24 du règlement Bruxelles I.

<sup>2045</sup> V. sur ces deux techniques, *infra*, n° 623 et s.



comme un *facteur de relativisation* ou *d'atténuation* dans la mise en œuvre de la solution consacrée, destinée à assurer un respect absolu des impérativités du for.

**510.** Dans ce cadre, la distinction précédemment proposée entre les lois de police de type administratif et les lois de police protectrices devrait également être prise en compte dans la résolution de ce conflit. Elle devrait exercer une incidence à la fois sur la manière de départager les impérativités et sur le plan auquel le conflit de lois de police serait susceptible d'intervenir. Selon la logique du système envisagé, en effet, le problème du conflit de lois de police n'apparaîtrait susceptible de se poser sous un angle juridictionnel que dans la mesure où au moins la loi de police du for serait une *vraie* loi de police, alors que sa résolution ne devrait pouvoir produire d'effets sur l'exercice de la compétence juridictionnelle du for que dans l'hypothèse où la loi de police étrangère présenterait également ce caractère.

La manière de résoudre un tel conflit de lois de police, dans ces différentes formes, doit désormais être envisagée.

## 2-Solutions envisageables

**511.** Le conflit de lois de police susceptible d'apparaître appelle des solutions différentes selon qu'il apparaîtrait sous la forme d'un conflit de dispositions substantielles internationalement impératives applicables (a), ou sous la forme d'un conflit de compétences juridictionnelles exclusives (b).

### a) Cas du conflit de lois de police au sens strict

**512.** Dans le cadre de l'hypothèse envisagée, l'applicabilité d'une loi de police de l'ordre juridique étranger, non doublée d'une revendication de compétence juridictionnelle de celui-ci, ne devrait pas empêcher le juge français d'exercer sa compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police. Si l'idée que le droit substantiel impératif du for puisse exercer une influence sur sa propre compétence juridictionnelle nous semble pouvoir être admise dans des hypothèses restreintes, il semble en revanche plus difficile d'admettre que les impérativités substantielles *étrangères* puissent avoir une incidence dans ce cadre. Le conflit de lois de police devrait dès lors être pris en compte et résolu sur le plan des conflits de lois.

La question qu'il soulève alors est celle de la possibilité, pour le juge français, de tenir compte de la loi de police étrangère alors qu'elle viendrait concurrencer l'application de celle sur laquelle il aurait en amont fondé sa propre compétence juridictionnelle, et qu'il

s'apprêterait à mettre en œuvre pour trancher le litige au fond. La détermination de la loi de police à faire prévaloir nécessite alors la mise en œuvre de la méthode qu'appelle la résolution de ce type de conflits sur le plan du droit substantiel.

S'il a pu être envisagé par certains auteurs<sup>2046</sup>, un tel conflit de lois de police fait néanmoins l'objet d'hésitations assez importantes quant à la manière dont il devrait le plus opportunément être résolu. Il est généralement considéré que le juge saisi devrait, en présence d'un conflit entre une loi de police étrangère et une loi de police du for, toujours privilégier sa loi de police et s'incliner devant la volonté de son législateur<sup>2047</sup>. Les intérêts mis en cause à travers les lois de police étrangères n'auraient, du point de vue de l'État du for, qu'un rôle second par rapport à l'objectif de protection de ses propres intérêts<sup>2048</sup>. Si, cependant, l'on ne se satisfait pas d'une solution tranchée consistant, pour le for, à ne considérer que ses propres impérativités, l'on peut tenter de rechercher la manière dont il pourrait tenir compte des revendications de compétence législative étrangères concurrentes.

**513.** Il conviendrait dès lors d'admettre que le juge du for puisse prendre en compte l'application des lois de police étrangères revendiquée, dans la mesure où, même éventuellement contraire et incompatible avec la réalisation des objectifs que poursuit sa propre législation, elle lui paraîtrait *raisonnable* à la fois au regard de son champ d'application et des objectifs dont elle vise à assurer la protection. Dans ce cadre, les solutions proposées reposent, globalement, sur deux types de méthodes, qui tiennent à une analyse objective de la répartition des intérêts étatiques mis en cause ou à une appréciation plus subjective de leur implication concrète<sup>2049</sup>.

Sous le premier angle, la détermination de la loi de police devant trouver application est envisagée sous l'angle de « l'effectivité »<sup>2050</sup>. La loi qui devrait être mise en œuvre serait alors celle qui aurait le plus de chances de s'imposer, en fait, aux parties. Cette proposition peut être rapprochée de l'idée plus générale selon laquelle la loi de police qui devrait trouver application est celle qui présenterait les liens les plus étroits avec la situation juridique<sup>2051</sup>. Une telle solution, néanmoins, risque d'apparaître en pratique insusceptible de fournir une

---

<sup>2046</sup> V. en particulier, P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., spéc., n° 56 et s. ; L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *Clunet* 1995, p. 321 et s.

<sup>2047</sup> V. en particulier, P. Mayer, *art. préc.*, *Clunet* 1981, n° 32, n° 57.

<sup>2048</sup> En ce sens, Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 314.

<sup>2049</sup> V. faisant référence à cette dualité de méthodes, en opposant « principe de proximité » et « principe de l'unité », L. Idot, *art. préc.*, *Clunet* 1995, n° 46.

<sup>2050</sup> V. not. sur cette théorie, P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 1 et s., p. 209 et s., spéc., p. 34 ; également, Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 315 et A. Chapelle, *thèse préc.*, n° 415.

<sup>2051</sup> V. en ce sens, P. Lagarde, intervention suite à la communication de M. Schultsz, « Les lois de police étrangères », *TCFDIP* 1982-1983, p. 38 et s.

réponse satisfaisante dans l'hypothèse envisagée, ou impossible à mettre en œuvre<sup>2052</sup>, en particulier lorsque la décision apparaîtra susceptible de devoir être exécutée dans plusieurs ordres juridiques<sup>2053</sup>.

Une solution plus satisfaisante, et qui permettrait plus facilement de tenir compte de la distinction proposée entre les vraies lois de police et les lois de police protectrices, repose plutôt sur une appréciation globale de l'intérêt respectif des États au regard de l'ensemble des circonstances de la situation<sup>2054</sup>. Il serait ainsi procédé directement à une analyse des dispositions en cause et des conséquences qui résulteraient de leur mise en œuvre, conformément à l'analyse fonctionnelle généralement effectuée pour l'identification des lois de police<sup>2055</sup>. Elle se rapprocherait ainsi de la méthode de la *balance des intérêts* proposée par la doctrine américaine, selon laquelle l'intérêt étatique mis en cause à travers chaque disposition permettrait de déterminer leur champ d'application<sup>2056</sup>. Elle conduirait le juge du for à se livrer à un contrôle de la « proportionnalité »<sup>2057</sup> consistant à évaluer l'intérêt étatique étranger mis en cause à travers l'application de la disposition concernée et le sacrifice que représenterait l'absence d'application de sa propre loi de police. La considération que le titre d'application de la loi de police étrangère serait « plus puissant »<sup>2058</sup> que celui de la loi du for devrait alors conduire ce dernier à admettre de faire céder sa propre loi ou d'aménager sa mise en œuvre pour prendre en compte le point de vue étranger et éviter de porter atteinte d'une manière excessive à ses intérêts<sup>2059</sup>.

**514.** Dans ce cadre, la solution du conflit devrait alors varier en fonction de la nature des dispositions concernées, dès lors que l'implication de l'intérêt étatique apparaît, comme nous l'avons vu, mise en cause dans ces hypothèses à des degrés distincts. Compte tenu de cette variation, il nous semble que la confrontation d'une vraie loi de police avec une loi de police

---

<sup>2052</sup> V. en particulier, P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., n° 57.

<sup>2053</sup> V. en ce sens, Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 315.

<sup>2054</sup> Sur lesquelles, v., B. Audit, « Extraterritorialité et commerce international- L'affaire du gazoduc sibérien », *RCDIP* 1983, n° 16 et s., spéc., n° 18, p. 417-418.

<sup>2055</sup> V. A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003, p. 835.

<sup>2056</sup> V. en particulier, développant cette théorie, Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, p. 107 et 108. Cet auteur, néanmoins, considère que dès lors que la loi du for serait mise en cause, cette dernière devrait dans tous les cas recevoir application et prévaloir sur les autres. V. sur la mise en œuvre de cette théorie en matière de droit de la concurrence, L. Idot, *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, thèse Paris II, 1981, t. II, n° 768 à n° 787 et de manière générale, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 184 et s., p. 172 et s.

<sup>2057</sup> V. A. Nuyts, *thèse préc.*, p. 834-835.

<sup>2058</sup> P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 134, p. 106.

<sup>2059</sup> V. not. sur ce type d'aménagements, proposés en matière de droit des sociétés et des marchés financiers, X. Boucobza, *L'acquisition internationale de sociétés*, LGDJ, 1998, et en droit des biens, L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 851.

protectrice devrait pouvoir conduire à faire prévaloir la première, même si la solution conduit à écarter la loi de police du for<sup>2060</sup>.

Dans le cas spécifique envisagé, où la loi de police du for serait par hypothèse une loi de police administrative, sa prévalence absolue semblerait devoir être assurée par rapport à une loi de police étrangère protectrice. Elle conduirait à la fois à asseoir la compétence juridictionnelle du for et devrait trouver application pour la résolution du litige.

L'applicabilité d'une *vraie* loi de police étrangère, en revanche, qui conduirait à faire naître un conflit de dispositions étatiques de cette même nature, pourrait conduire le for, après avoir reconnu sa compétence juridictionnelle, à admettre éventuellement d'appliquer, ou au moins de *prendre en considération*, lorsqu'elle serait possible, la norme étrangère<sup>2061</sup>. Insuffisante en elle-même pour assurer le respect, à l'étranger, des lois de police du for, cette seconde technique pourrait sembler néanmoins opportune dans l'hypothèse d'un tel conflit, parce qu'elle apparaîtrait comme un palliatif, évitant l'indifférence aux intérêts étatiques étrangers qu'implique en principe la mise en cause en parallèle des intérêts fondamentaux du for. La reconnaissance du chef de compétence juridictionnelle envisagé permettrait ainsi d'assurer à l'ordre juridique du for de pouvoir conserver la *maîtrise* de l'application effective de sa loi de police, quitte à ce qu'elle fasse par la suite l'objet de certains aménagements dans son application concrète au fond du litige pour tenir compte des intérêts étatiques du for évincé.

**515.** Au stade du contentieux de l'*exequatur*, en revanche, la violation de sa compétence exclusive devrait probablement conduire le juge saisi à refuser l'efficacité du jugement étranger malgré l'applicabilité d'une vraie loi de police de celui-ci au fond du litige, du fait de la difficulté que présente dans ce cadre la mise en place d'une solution de compromis. La résolution du conflit de lois de police ne semble pouvoir reposer que sur une prévalence accordée à la loi de police étrangère ou à la loi de police du for. La solution devrait dès lors, dans l'hypothèse envisagée, se traduire soit par la reconnaissance du jugement rendu à l'étranger, ce qui semble en l'espèce peu probable, soit par un refus d'admettre son efficacité.

---

<sup>2060</sup> À cet égard, concernant les conflits de lois de police susceptibles de survenir entre les dispositions du *situs* visant à assurer la protection du marché immobilier et celles du lieu de résidence habituelle du consommateur visant à assurer la protection de la partie faible, L. Perreau-Saussine a ainsi pu se demander : « Que pèse une politique sectorielle de protection d'une catégorie d'individus, fût-elle celle du for, face à une revendication de compétence d'un ordre juridique étranger fondée sur des considérations de maîtrise d'une politique économique déterminée ? » V. *thèse préc.*, n° 434. Et il déclarait ensuite qu'« entre l'ordre juridique qui entend protéger, par ses lois de police, des intérêts individuels, ici ceux d'une partie qu'il juge faible, et celui qui utilise ses lois de police à des fins de protection des intérêts collectifs dont il a la charge, une préséance paraît devoir être donnée au second objectif qui impose ainsi ses vues au premier ». V. *thèse préc.*, n° 436., et v. également, n° 445, note 917. V. également, la solution proposée concernant le cas du détachement du travailleur, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 218 et s.

<sup>2061</sup> V. sur cette technique, *infra*, n° 633.

La mise en œuvre d'une solution consistant à faire produire des effets atténués à l'exclusivité paraît en effet dans ce cadre assez difficilement envisageable<sup>2062</sup>.

Un tel conflit de lois de police pourrait également apparaître sous la forme d'un conflit de compétences exclusives et être résolu directement sur le plan des conflits de lois.

#### b) Cas du conflit de compétences exclusives

**516.** Dans l'hypothèse où la solution consistant à admettre l'existence d'un chef de compétence juridictionnelle impératif et exclusif fondé sur l'applicabilité d'une loi de police serait admise et consacrée dans l'autre ordre juridique étranger concerné, le conflit de lois de police se manifesterait sous la forme d'un conflit de compétences exclusives. Le conflit, opposant originellement des impérativités substantielles, se répercuterait alors sur le plan de la compétence juridictionnelle et en constituerait, en réalité, les fondements.

Si l'on admet de considérer les règles bilatérales de compétences juridictionnelles exclusives consacrées dans le règlement Bruxelles I bis comme étant fondées, au moins en partie, sur l'attraction opérée par les lois de police applicables, c'est sous cet angle que pourrait être envisagé le conflit de compétences exclusives susceptible d'en résulter entre les juridictions d'États membres différents. Il en est en particulier ainsi du conflit pouvant découler de la mise en œuvre de l'article 24.2 conférant une compétence exclusive aux tribunaux du lieu du siège social d'une société, du fait de l'absence de définition uniforme de la notion de siège social et de la divergence des législations étatiques à cet égard<sup>2063</sup>, ou encore concernant la compétence de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble prévue à l'article 22.1 du règlement, dans l'hypothèse où l'immeuble se trouverait sur deux territoires étatiques différents.

En droit commun, un tel conflit est susceptible de se présenter, par exemple, en matière de droit de la concurrence, compte tenu de l'unanimité des États à reconnaître la compétence prépondérante de leurs tribunaux en cas d'atteinte à leur marché national par un comportement anticoncurrentiel, et de la possibilité qu'une atteinte soit portée simultanément à plusieurs marchés nationaux.

---

<sup>2062</sup> En l'absence d'une telle compétence juridictionnelle exclusive du for, en revanche, une prise en compte des lois de police étrangères applicables pourrait éventuellement être envisageable, sous l'angle d'une variation de la sévérité avec laquelle la condition de l'ordre public pourrait être mise en œuvre.

<sup>2063</sup> V. not. sur ce point, H. Gaudemet-Tallon, *ouvrage préc.*, n° 110.

**517.** Si l'on souhaite écarter la solution qu'induit en principe l'unilatéralisme qui gouverne la matière et conduit à ce que chacun des États concernés ne se préoccupe que de sa propre compétence exclusive en la faisant systématiquement prévaloir sur celle des tribunaux étrangers, l'on peut envisager la possibilité de résoudre un tel conflit de compétences exclusives grâce à une détermination de l'État dont les intérêts apparaissent les plus impliqués. Comme pour résoudre le conflit de lois de police au sens strict, il apparaîtrait alors possible de déduire cette implication d'une analyse objective de la situation ou d'une appréciation subjective de l'ensemble des circonstances, à l'image de celle proposée dans la méthode américaine de la *balance des intérêts*<sup>2064</sup>. Spécifiquement mise en œuvre dans l'hypothèse envisagée, une telle solution devrait conduire le juge français saisi et exclusivement compétent à s'interroger sur l'opportunité d'exercer sa compétence et d'écarter l'efficacité de la clause attributive de juridiction, en considération de la compétence exclusive de l'ordre juridique étranger qu'elle désignait.

**518.** Quant au choix de la méthode à adopter, une approche *objective et proximate* devrait conduire à déduire la prévalence des intérêts étatiques mis en cause d'une analyse des liens que la situation entretient effectivement avec chacun d'eux. Le degré d'implication de l'État serait alors déduit de « l'étroitesse des éléments qui rattachent la situation à son territoire »<sup>2065</sup>.

Une telle méthode a été envisagée par la Cour de justice pour la mise en œuvre de la compétence exclusive de l'ordre juridique du lieu de situation. Il en fut ainsi dans une affaire mettant en cause un contrat de bail portant sur un immeuble situé à la frontière entre deux États. Tout en se prononçant en faveur de la compétence exclusive de chacun des États pour statuer sur la partie du bien située sur leur territoire respectif, la Cour a néanmoins précisé que dans l'hypothèse où une application distributive ne serait pas possible, la règle de compétence pourrait conduire à conférer unitairement compétence exclusive à l'État sur le territoire duquel le bien serait *principalement* situé<sup>2066</sup>. L'analyse objective de la localisation matérielle de l'immeuble permettrait ainsi de déterminer l'ordre juridique dont les intérêts apparaîtraient les plus impliqués dans la situation et dont la compétence exclusive devrait, pour cette raison, prévaloir. Une telle méthode, d'utilisation assez aisée en matière de droits réels immobiliers

---

<sup>2064</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 378.

<sup>2065</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 582, p. 835.

<sup>2066</sup> CJCE, 6 juillet 1988, Aff. 158/87, *Scherrens*, Rec. 3791, concl. Mancini ; RCDIP 1989, p. 545, note H. Gaudemet-Tallon ; Clunet 1989, p. 454, obs. A. Huet (Point 14).

du fait de la mise en cause d'une chose matérielle, risquerait, hors de ce domaine, d'être d'une mise en œuvre très délicate<sup>2067</sup>.

**519.** C'est dès lors le recours à une méthode fondée sur une analyse subjective plus globale des intérêts étatiques des deux ordres juridiques respectivement mis en cause et permettant une prise en compte de l'ensemble des circonstances de la situation qui apparaîtrait préférable. Alors qu'une prévalence devrait par principe être accordée à la compétence juridictionnelle du for, l'existence d'une compétence juridictionnelle exclusive d'un ordre juridique étranger pourrait conduire le juge saisi à admettre que les intérêts étrangers sont mis en cause d'une manière importante et qu'il risque d'y porter une atteinte particulièrement grave en statuant. La mise en œuvre d'un test de proportionnalité entre l'atteinte que porterait son abstention juridictionnelle pour le respect de ses intérêts et les avantages qui en résulteraient pour le respect des intérêts étatiques étrangers<sup>2068</sup> devrait alors théoriquement pouvoir conduire celui-ci à admettre de se dessaisir.

Dans ce cadre, compte tenu de l'applicabilité d'une loi de police sur laquelle seraient, par hypothèse, respectivement fondées les compétences juridictionnelles exclusives revendiquées, une prise en compte des intérêts étatiques qu'elles mettent en cause sur le plan du droit substantiel devrait nécessairement être intégrée à l'analyse du juge saisi. Celui-ci, cherchant à évaluer l'importance des objectifs poursuivis à travers ces règles de compétence juridictionnelle, devrait être amené à procéder à une analyse de la nature de la loi de police étrangère. Insusceptible *a priori* de le conduire à admettre la prévalence de l'intérêt étatique étranger dans l'hypothèse considérée et à renoncer à exercer sa compétence juridictionnelle, cette prise en compte de la loi étrangère pourrait néanmoins conduire le juge du for à tenir compte de cet intérêt dans le cadre de la résolution du contentieux. La solution constituerait alors un intermédiaire entre la soumission du for au point de vue étranger et une absence totale de prise en compte de celui-ci : le juge saisi, faisant absolument prévaloir le respect de ses intérêts étatiques quant à la question de l'exercice de sa compétence juridictionnelle en se réservant la maîtrise de la mise en œuvre de sa loi de police, pourrait néanmoins admettre certains tempéraments pour sa mise en œuvre.

---

<sup>2067</sup> Compte tenu, en effet, de la proximité entre la situation juridique et l'ordre juridique dont la compétence juridictionnelle résulterait de l'applicabilité d'une loi de police, celle-ci devrait pouvoir être constatée vis-à-vis des deux ordres juridiques mis en cause, dont les lois de police devraient être applicables au fond du litige, le partage fondé sur ce critère devrait être effectué au regard du degré de la proximité consacrée et serait très difficile à effectuer.

<sup>2068</sup> V. sur ce contrôle de la proportionnalité, A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003, p. 833-834.

Dans ce cadre, alors que la mise en cause d'une loi de police protectrice étrangère devrait le conduire à exercer sa compétence exclusive et à faire une pleine application de sa loi de police au fond du litige, le caractère de *vraie* loi de police de la disposition sur laquelle la compétence étrangère serait fondée pourrait, en revanche, le conduire à admettre de tenir compte de la volonté du for étranger d'en assurer l'application effective et à la prendre en considération sur le plan du droit substantiel.

**520.** Au stade de la compétence juridictionnelle indirecte, d'autre part, la prise en compte de la compétence juridictionnelle exclusive de l'ordre juridique étranger dont émanerait le jugement considéré et l'opportunité d'assurer la continuité des jugements pourraient éventuellement conduire le for saisi à devoir admettre de reconnaître le jugement étranger en renonçant exceptionnellement à l'exercice de sa compétence juridictionnelle exclusive, en renforçant néanmoins de manière effective ses exigences quant à la conformité du jugement étranger à son ordre public. Sa mise en œuvre pourrait par exemple elle-même être étendue pour permettre à l'ordre juridique du for de faire vérifier que le juge étranger a bien pris en compte sa revendication pour l'application effective de sa loi de police et que celle-ci a bien été au moins prise en considération quant à la résolution du litige au fond<sup>2069</sup>.

## **B) Cadre de l'Union européenne**

**521.** Dans l'espace régional unifié de l'Union européenne, l'existence d'instruments fixant des règles de compétence juridictionnelle et législative harmonisées entre les États membres, la consécration d'un chef de compétence fondé sur l'applicabilité d'une loi de police du for (1) et de sa mise en œuvre (2) appellent des précautions particulières.

### **1- Consécration du chef de compétence corrélé**

**522.** Si la reconnaissance d'un chef de compétence juridictionnelle autonome fondé sur l'applicabilité d'une loi de police dans le cadre de la mise en œuvre du droit français nous semble tout à fait envisageable, elle risque de se trouver néanmoins confrontée à certains obstacles lorsque des instruments de droit harmonisé de l'Union européenne seraient applicables (a). Sa mise en place n'apparaît pas cependant, pour l'avenir, absolument inconcevable (b).

---

<sup>2069</sup> V. sur la question de la résolution du conflit dans l'hypothèse où le juge étranger ne se serait prononcé que de manière incidente sur la question relevant de la compétence juridictionnelle exclusive du for, D. P. Arroyo, *cours préc.*, n° 104.



#### a) Difficultés suscitées par les solutions consacrées en droit positif

**523.** En l'état actuel du droit harmonisé, aucun des règlements relatifs à la compétence juridictionnelle ne consacre explicitement de chef de compétence fondé sur l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige, et il est admis que les règles de compétence juridictionnelle sont fixées dans ce cadre de manière limitative.

Concernant la validité des clauses attributives de juridiction, d'autre part, l'article 25 du règlement 1215/2012, comme les règles correspondantes des instruments antérieurs, ne fait aucune référence à la prise en compte des règles substantielles applicables. Leur validité ainsi que leur effet d'exclusion de la compétence des tribunaux étatiques non désignés n'apparaissent, du moins de manière apparente, subordonnés ni à la certitude, ni même à la possibilité d'une application des lois de police des ordres juridiques auxquels ils appartiennent devant le for élu. L'absence d'incidence du droit substantiel dans ce cadre a d'ailleurs été rappelée par la Cour de justice dans l'arrêt *Castelletti* du 16 mars 1999. Répondant à la question de savoir si l'invalidité d'une clause insérée dans un connaissance pouvait être appréciée en considération soit des objectifs poursuivis par l'une des parties, soit au regard du fait qu'elle se traduisait, en vertu des dispositions matérielles applicables devant le tribunal choisi, par une clause d'exonération ou de limitation de responsabilité de l'une des parties, la Cour a déclaré que « le choix du tribunal désigné dans une clause attributive de juridiction ne peut être apprécié qu'au regard des considérations qui se rattachent aux exigences établies par l'article 17 de la convention du 27 septembre 1968. Des considérations relatives aux liens entre le tribunal désigné et le rapport litigieux, au bien-fondé de la clause et aux règles matérielles de responsabilité applicables devant le tribunal choisi, sont étrangères à ces exigences »<sup>2070</sup>. Elle a énoncé, également, qu'il est essentiel que « le juge national saisi puisse aisément se prononcer sur sa propre compétence sur la base des règles de la Convention, sans être contraint de procéder à un examen de l'affaire au fond »<sup>2071</sup>.

S'agissant, par ailleurs, de la mise en œuvre du droit impératif substantiel d'origine européenne, issu des principes directeurs du droit européen de la concurrence afférents à l'article 101 TFUE et à l'article 53 de l'accord EEE sur l'interdiction des ententes, la Cour a également eu l'occasion de reconnaître la priorité à conférer au respect d'une clause attributive de juridiction malgré le risque qu'elle engendrait pour l'efficacité du droit de la

---

<sup>2070</sup> CJCE 16 mars 1999, Aff. C-159/97, *Trasporti Castelletti*, Rec. I. 1597, concl. Léger ; RCDIP 1999, p. 559, note H. Gaudemet-Tallon ; Clunet 2000, p. 528, obs. A. Huet ; DMF 2000, p. 11, obs. Ph. Delebecque.

<sup>2071</sup> Points 49 et 51 de l'arrêt.

concurrence, en conduisant à un éclatement de la compétence juridictionnelle<sup>2072</sup>. L'esprit de l'arrêt, malgré le principe d'une interprétation restrictive de ces clauses qui y est posé, est donc celui de la faveur à l'égard de l'efficacité des clauses attributives de juridiction, nonobstant la mise en cause du droit impératif substantiel.

Quant à la résolution des conflits de procédures, il semble également qu'aucune référence ne soit faite au droit substantiel qui serait appliqué devant la juridiction étrangère dans la mise en œuvre des règles de litispendance et de connexité des articles 29 à 34 du règlement Bruxelles I bis.

**524.** À cette absence de reconnaissance explicite en faveur d'une telle prise en compte, s'ajoute également *a priori* une impossibilité pour les États membres de mettre en œuvre une telle solution de manière implicite. Alors qu'il est admis que la liste des compétences exclusives est exhaustive et ne peut être étendue par analogie<sup>2073</sup>, la possibilité d'admettre qu'il existerait une réserve implicite permettant aux États membres d'invoquer la mise en cause de leur ordre public de fond pour écarter la mise en œuvre des règles de compétence juridictionnelle consacrées paraîtrait incompatible avec le principe de primauté des traités sur les dispositions nationales et a d'ailleurs été écartée à plusieurs reprises par les juridictions françaises<sup>2074</sup>. À cela s'ajoute qu'une telle prise en compte de l'ordre public substantiel dans le cadre de la mise en œuvre des règles de compétence juridictionnelle est expressément exclue dans le cadre du contentieux de l'*exequatur*<sup>2075</sup>.

**525.** Sous cet angle, la possibilité d'admettre qu'un système de *licéité conditionnée* des clauses attributives de juridictions, visant à assurer le respect de la loi de police du for à l'étranger, puisse reposer sur la marge de manœuvre conférée aux juridictions étatiques pour l'appréciation générale de l'opportunité de donner effet à une clause apparaît assez compromise. La prise en compte de l'applicabilité de ses lois de police et le risque engendré par la clause pour leur respect apparaîtraient dès lors pris en compte de manière informelle et

---

<sup>2072</sup> CJUE, 21 mai 2015, Aff. C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) c/ Akzo Nobel*, Dalloz 2015, p. 2031, obs. L. d'Avout ; AJCA 2015, p. 382, obs. A.-M. Luciani ; CCC août 2015. Comm. 211, obs. G. Decocq ; Europe juill. 2015. Comm. 287, obs. L. Idot ; Procédures juillet 2015, Comm. 225, obs. C. Nourissat.

<sup>2073</sup> V. not., H. Gaudemet-Tallon, *ouvrage préc.*, n° 98.

<sup>2074</sup> V. les exemples cités précédemment dans le cadre de la mise en œuvre de la convention de Bruxelles, notamment, TGI Paris, 7 juin 1974, *préc.* ; CA Aix-en-Provence, 10 mai 1974, *Société Naturana c/ Varenne*, *préc.* ; CA Paris 16 décembre 1974, *préc.*

<sup>2075</sup> V. art. 45.3 du règlement, qui énonce que « le critère de l'ordre public visé [...] ne peut être appliqué aux règles de compétence ».

implicite. Une telle solution a été proposée par certains auteurs<sup>2076</sup>, qui estiment qu'il resterait possible, pour le juge confronté à une telle clause, « d'effectuer un contrôle sur le choix du for, ou tout au moins sur son caractère raisonnable ou sa justification à la lumière de la raison d'être du rapport contractuel, de la pratique habituelle dans les rapports civils et commerciaux de la même nature, ou des intérêts spécifiques et légitimes des parties »<sup>2077</sup>.

Outre qu'il devrait impliquer de s'écarter de la volonté clairement affichée du législateur européen de limiter la liberté d'appréciation du juge dans la mise en œuvre des règles de compétence juridictionnelle, il risquerait surtout d'apparaître délicat à mettre en œuvre et peu efficace.

Devant être insérée dans la prise en compte d'éléments ayant trait au comportement de parties, notamment, à l'intérêt qu'elles poursuivent à travers l'édition d'une telle clause, une telle prise en compte des lois de police du for se trouverait confrontée à la difficulté que présenterait nécessairement l'évaluation de cet intérêt et du caractère frauduleux de leur intention. Le système, s'il pouvait être mis en œuvre, n'apparaîtrait dans tous les cas éventuellement efficace que vis-à-vis des lois de police protectrices. C'est ainsi qu'il a pu être dit que « les lois de police "évincées" ne pourraient dans ce contexte jouer un rôle que si l'on arrivait à prouver qu'elles visent à protéger la partie qui "subirait" la dérogation à la juridiction et que celle-ci ne l'aurait "raisonnablement" pas acceptée si elle avait été consciente de renoncer à leur protection »<sup>2078</sup>.

**526.** Il semble, dès lors, que la possibilité, pour les États membres, de reconnaître leur compétence impérative et exclusive du fait de l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige ne soit envisageable que dans la mesure où une nouvelle règle de compétence juridictionnelle serait explicitement consacrée en ce sens, ou dans la mesure où une référence expresse à la possibilité, pour le juge saisi, de tenir compte de l'ordre public substantiel dans le cadre de l'appréciation de la licéité d'une clause attributive de juridiction serait posée. La solution, bien qu'un peu ambitieuse et pour l'heure encore très incertaine, ne semble pas cependant, pour l'avenir, absolument inenvisageable.

---

<sup>2076</sup> V. les auteurs italiens cités par L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », RCDIP 2003, p. 1 et s., n° 11, note 23.

<sup>2077</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *art. préc.*, n° 11.

<sup>2078</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *art. préc.*, n° 13.

## b) Absence d'incompatibilité absolue avec le droit positif

**527.** Les limites opposées à la mise en place d'un chef de compétence juridictionnelle fondé sur l'applicabilité d'une loi de police dans l'Union européenne s'inscrivent, paradoxalement, dans un système où « l'impérativité internationale du droit applicable au fond est de nature à exercer une incidence importante sur le caractère indérogeable de la compétence juridictionnelle »<sup>2079</sup>. Si l'attraction que les lois de police pourraient exercer de manière autonome sur la compétence juridictionnelle n'apparaît jamais expressément admise, elle apparaît en revanche implicitement très largement consacrée dans les hypothèses d'intervention *massive* de lois de police. Il en est ainsi, comme on l'a vu, à travers les chefs de compétence exclusifs consacrés, aujourd'hui, à l'article 24 du règlement Bruxelles I bis et justifiés, au moins dans une certaine mesure, par la volonté d'assurer l'application effective des lois de police du for désigné. Ils apparaissent comme des *forum legis* fondés sur l'attraction exercée de manière plus ou moins déterminante par le droit impératif substantiel applicable<sup>2080</sup>. Cette attraction peut, d'autre part, être découverte d'une manière moins absolue à travers les chefs de compétences spéciales prévues pour les matières mettant en cause des parties faibles. Venant limiter la validité des clauses pour assurer leur protection, elles consacrent en effet une relative correspondance entre les impérativités substantielles et juridictionnelles des États désignés. Ces différentes règles, exclusives au stade indirect<sup>2081</sup>, font également échec aux clauses attributives de juridiction qui en consacreraient la violation en les rendant « sans effet »<sup>2082</sup>.

**528.** Un tel constat conduit dès lors à admettre que, s'il n'apparaît pas clairement admis, le principe même d'une telle attraction du droit substantiel impératif sur les règles de compétence n'est, dans le cadre du droit européen harmonisé, en tout cas ni absolument ignoré, ni incompatible avec les solutions consacrées en droit positif. Sous cet angle, le système apparaît alors en réalité *contradictoire*, en ce qu'il semble caractérisé, d'un côté, par une indifférence vis-à-vis des impérativités étatiques substantielles intervenant ponctuellement, et de l'autre, par la mise en place de liaisons systématiques et indissolubles entre de telles dispositions et la compétence juridictionnelle.

L'absence de consécration explicite d'un chef de compétence fondé sur l'applicabilité des lois de police du for, loin d'être fondée sur une ignorance de son opportunité ou une

<sup>2079</sup> H. Muir Watt, *Aspects économiques du droit international privé*, RCADI 2004, n° 97, p. 144.

<sup>2080</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 423 et s.

<sup>2081</sup> V. art. 45.1 e), i) et II) du règlement Bruxelles I bis.

<sup>2082</sup> V. art. 25.4 du règlement Bruxelles I bis.

répugnance vis-à-vis d'une telle solution, semble ainsi plutôt s'expliquer par la préférence du législateur européen à l'égard de procédés reposant sur une méthodologie plus classique, qui intégreraient implicitement une telle solution ou permettraient, indirectement, de parvenir à un résultat assez proche. Le système repose sur une coïncidence des rattachements retenus pour la résolution des questions de conflits et des conflits de juridictions, traitées de manière apparemment autonome et par le biais de règles qui, bien que parfois expressément reconnues comme étant dérogatoires, prennent une apparence formellement habituelle. Intégrée dans le rattachement à *coloration matérielle* prédéterminé qui est retenu pour fonder la compétence juridictionnelle des tribunaux des États membres, la prise en compte de l'objectif tenant à assurer l'application effective des lois de police mises en cause apparaît encore, sur le plan des règles de conflits de lois, sous l'angle d'une *crystallisation* des lois de police, dans certaines règles de conflit de lois spéciales<sup>2083</sup>.

**529.** L'existence de ces solutions conduit les auteurs à relativiser, voire à nier les dangers susceptibles de résulter du libéralisme consacré au plan de la compétence juridictionnelle. L'absence de consécration d'une telle solution serait alors justifiée par le fait que « les cas les plus sensibles [seraient] précisément soustraits à la volonté des parties »<sup>2084</sup>. D'autre part, il est également mis en avant le fait qu'il existerait, dans le cadre européen, « une homogénéité [...] des valeurs matérielles qui – si elle n'arrive pas à garantir l'application des lois de police du for évincé – assure quand même une probabilité raisonnable que le résultat pratique auquel arrivera le tribunal choisi sera en gros “acceptable” aussi au vu des conceptions du for »<sup>2085</sup>, ce qui justifierait de se satisfaire d'une absence d'application *effective* des dispositions du for concerné à l'étranger.

Le résultat du système consacré, pourtant, n'est pas identique. Alors que, d'un côté, l'équivalence présumée des législations étatiques ne permet pas d'assurer pleinement et de manière certaine le respect des lois de police, de l'autre, la cristallisation des impérativités nationales qui est opérée dans certaines règles de compétence juridictionnelle et législative implique une unanimité des États membres sur ce point et risque de faire passer à *la trappe* celles fondées sur les intérêts les plus particularistes. La préférence pour des solutions préétablies, fondées sur le recours à un rattachement à *coloration matérielle* plutôt que sur une référence générale à l'ordre public substantiel ou aux lois de police mis en cause, qui laisserait

---

<sup>2083</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 302 et s.

<sup>2084</sup> H. Muir Watt, *cours préc.*, n° 98, p. 145.

<sup>2085</sup> L. G. Radicati di Brozolo, « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaire ? », RCDIP, p. 1 et s., n° 12.

une marge de manœuvre au juge saisi et permettrait au for d'exprimer son point de vue concret au cas d'espèce, ne peut nécessairement aboutir qu'à un résultat imparfait parce qu'elle impose une sélection des intérêts étatiques protégés au regard de la fréquence de leur revendication dans les États membres<sup>2086</sup>.

**530.** Si l'on accepte de voir, dans les règles de compétence juridictionnelle dérogatoires consacrées, des hypothèses de *forum legis* implicites fondées sur la mise en cause des lois de police, et d'admettre que les solutions consacrées reposent souvent sur la prise en compte de la nécessité d'assurer le respect des lois de police mises en cause<sup>2087</sup>, alors on pourrait s'interroger de la manière suivante : *pourquoi ne pas consacrer directement et explicitement un chef de compétence juridictionnelle fondé sur l'applicabilité des lois de police du for ?* La réponse, qui procède probablement de la volonté d'empêcher toute marge de manœuvre du juge saisi pour la détermination des hypothèses concernées, n'apparaît pas dirimante, dans la mesure où les contours de *l'ordre public* susceptible d'être invoqué dans ce cadre seraient étroitement définis et la mise en œuvre de ce chef de compétence fermement encadrée.

**531.** Si l'on veut, malgré tout, éviter l'ajout d'un chef de compétence juridictionnelle explicitement fondé sur l'applicabilité d'une loi de police à la liste des règles de compétence exclusives préexistantes, qui fermerait la porte à toute dérogation conventionnelle, une autre solution paraît envisageable. Sans faire obstacle au principe de l'admission généralisée des clauses attributives de juridiction, une solution plus commode – mais qui ne dispenserait pas d'un encadrement ferme pour sa mise en œuvre – pourrait reposer sur la consécration d'un mécanisme de *licéité conditionnée* des clauses attributives de juridiction intégrant expressément le paramètre du droit substantiel impératif applicable. La règle devrait expressément reconnaître la possibilité, pour le juge saisi, de vérifier les conséquences que produirait la clause sur le respect de ses lois de police applicables.

---

<sup>2086</sup> À cet égard, d'ailleurs, un parallèle pourrait être fait avec la solution qui semble découler de la mise en œuvre des lois de police par l'arbitre. Celui-ci, en l'absence de référentiel de valeur, pourra apprécier la légitimité d'application d'une loi de police au regard de sa conformité aux intérêts étatiques les plus généralement défendus.

<sup>2087</sup> V. s'agissant d'une clause attribuant compétence aux juridictions d'un État tiers, qui n'aurait pas fait application des dispositions protectrices de la directive 86/653, la Cour fédérale allemande ayant considéré qu'un renvoi préjudiciel à la Cour de justice n'était pas nécessaire dès lors que la solution consacrée dans l'arrêt *Ingmar* laissait penser que la mise à l'écart de la clause attributive qui violerait des dispositions impératives d'origine européenne était conforme aux objectifs poursuivis par la Cour d'assurer le respect effectif de ces dispositions, l'arrêt rendu par la Cour de justice fédérale allemande, le 5 septembre 2012, et considérant que cette décision apparaît conforme à la « logique de la mise en œuvre des règles du droit de l'Union européenne, orientées vers la recherche de l'effet utile des directives », F. Jault-Seske, « Caractère de loi de police de la protection de l'agent commercial en Allemagne », RCDIP 2013, p. 890 et s. V. également, ayant adopté un raisonnement similaire pour écarter une clause compromissaire dont le jeu aurait conduit à la non-application des dispositions impératives de la directive n° 86/653, Court of Appeal, Queen's Bench Division, 30 octobre 2009 [2009] EWHC 2655 (QB), *Accentuate Ltd v. Asigra Inc.*

À cet égard, d'ailleurs, une telle solution pourrait être rendue possible grâce à la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2015 et qui a vocation à prévaloir sur le règlement chaque fois que l'une des parties réside hors de l'Union européenne<sup>2088</sup>. En effet, l'article 6 de la convention, qui consacre le principe d'une vérification de la clause attributive de juridiction par le juge saisi mais non élu, prévoit, à l'article 6. c), que celui-ci peut refuser de surseoir à statuer ou se dessaisir si « donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ». Il peut, dès lors, se livrer à une appréciation anticipée des effets de la clause attributive de juridiction en considération de sa propre conception de l'ordre public<sup>2089</sup>. Or, dans ce cadre, il n'apparaît pas exclu que la disposition puisse servir de fondement à une prise en compte de considérations d'ordre public de direction intervenant de manière positive et prenant la forme de vraies lois de police dans le for évincé. Un auteur a ainsi pu dire que le juge élu n'aura « aucune inhibition à donner effet à une disposition restrictive de son propre droit, s'il estime que les intérêts poursuivis par sa loi sont en cause »<sup>2090</sup>.

La disposition consacrerait alors un principe de *licéité conditionnée* des clauses attributives de juridictions conditionnées au respect des lois de police du for et pourrait même conduire à la consécration d'une pratique étatique consistant à faire de sa seule applicabilité au fond un motif d'inefficacité de la clause<sup>2091</sup>. Une telle interprétation semble autorisée à la fois par l'absence de précision donnée sur la portée de cet article et par le contenu de l'ordre public auquel il est fait référence. Elle semble pouvoir, au-delà, trouver un appui favorable sur l'inexistence de dispositions écartant la possibilité de refuser l'efficacité d'une clause attributive de juridiction pour des raisons liées au droit substantiel dans la convention<sup>2092</sup>. Susceptible de conduire directement à l'admission d'une telle solution dans le cadre de l'application effective de la convention, une telle disposition pourrait également

---

<sup>2088</sup> V., art. 26-6 de la convention.

<sup>2089</sup> À cet égard, il convient d'ailleurs de distinguer cette vérification de celle prévue à l'art. 6 a), qui n'autorise l'appréciation de la licéité de la clause qu'au regard du droit du tribunal élu (mais celui-ci pourrait admettre que soient prises en compte les règles de compétence du for évincé). V. sur cette hypothèse, V. B. Audit, *Observations sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for*, in *Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, Dalloz, 2008, p. 171 et s., spéc. p. 185.

<sup>2090</sup> B. Audit, « Observation sur la convention de La Haye du 30 juin 2005 relative aux accords d'élection de for », *ouvrage préc.*, p. 171, spéc., p. 185-186. V. également, en ce sens, M.-N. Jobard-Bachelier et F.-X. Train, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 2008, *Clunet* 2009, comm. 11.

<sup>2091</sup> Cette question ne semble pas avoir été réellement envisagée. V. cependant, la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for, *Clunet* 2006, p. 841, n° 59, obs. C. Kessedjian, évoquant surtout des hypothèses de fraude et de respect d'un procès équitable à l'étranger, envisage l'abus de puissance économique d'une partie, éventuellement susceptible d'intégrer la volonté de contournement de lois de police protectrices.

<sup>2092</sup> Cette proposition avait pourtant été avancée lors des travaux préparatoires, voir la proposition du §5 de l'art. 4, les rapports à la conférence de Mme Kessedjian (document préliminaire n° 7), de MM. Nygh et Pocar (document préliminaire n° 11) et de M. Haines (document préliminaire n° 18).

éventuellement exercer une influence « indirecte » en ce sens, sur les règles des instruments européens ou leur mise en œuvre par les tribunaux étatiques.

La mise en place de l'une ou l'autre des solutions envisagées, dans le cadre du droit européen, devrait conduire à une solution efficace pour la protection des intérêts étatiques concernés. C'est cette constatation qui mérite d'être faite au regard du régime qui pourrait être réservé, *de lege ferenda*, au chef de compétence juridictionnelle envisagé.

## 2- Régime de la compétence juridictionnelle corrélée

**532.** Insérée dans le cadre d'un règlement européen fixant des règles de compétence juridictionnelle harmonisées applicables, la règle de compétence juridictionnelle envisagée devrait produire ses effets dans le cadre des relations entre États membres (a), et pourrait éventuellement avoir un impact dans le cadre des relations entre un État membre et un État tiers (b).

### a) Mise en œuvre dans les relations entre États membres

**533.** La compétence juridictionnelle des tribunaux d'un État membre, fondée sur l'applicabilité de la loi de police de celui-ci, qui découlerait de la mise en œuvre d'un chef de compétence formellement consacré en ce sens, devrait se voir dotée d'un caractère à la fois impératif et exclusif. Il devrait pouvoir en être ainsi, également, de la compétence juridictionnelle que se reconnaît le juge saisi après avoir mis en œuvre la réserve admise quant à l'efficacité à reconnaître à une clause attributive de juridiction et qui l'aurait écartée. Cette solution semble pouvoir être envisagée par transposition des solutions consacrées dans le règlement Bruxelles I bis pour les chefs de compétence de l'article 24 et ceux retenus dans les matières mettant en cause une partie faible. Il existe en effet, pour ces hypothèses de compétences inspirées de considérations relatives au droit substantiel impératif, désormais<sup>2093</sup> une corrélation systématique entre l'impérativité et l'exclusivité.

---

<sup>2093</sup> Alors que la compétence juridictionnelle en matière de contrat de travail ne revêtait pas de caractère exclusif au stade indirect dans le cadre du règlement B I, le règlement B I bis a, à cet égard, aligné le régime de ces chefs de compétence sur celui qui était réservé aux compétences consacrées pour les contrats mettant en cause des consommateurs et des assurés (V. art. 45.1 e)).



**534.** Or, à cet égard, si les effets du chef de compétence corrélée apparaissaient nécessairement limités dans le cadre du droit commun, du fait de l'unilatéralisme qui gouverne les conflits de juridictions, la consécration d'une telle solution sous la forme d'une règle bilatérale répartitrice de compétences juridictionnelles entre les États membres devrait conduire à en renforcer l'efficacité. La compétence d'une juridiction étatique désignée s'impose, en effet, en principe également directement aux juridictions de tout autre État membre susceptibles d'être saisies, et se trouve nécessairement respectée dans les ordres juridiques étrangers.

Par l'effet de son caractère impératif et exclusif, la compétence fondée sur l'applicabilité des vraies lois de police du for devrait nécessairement s'imposer aux parties en conduisant à la soustraction des litiges qu'elle recouvre du champ de la volonté individuelle, en écartant l'effet des clauses attributives de juridiction<sup>2094</sup> et l'effet prorogatif de compétence d'une comparution volontaire<sup>2095</sup>. Elle devrait s'imposer également au juge désigné. Celui-ci ne pourrait donc jamais retenir sa compétence, même en cas de conflit de procédures, lorsqu'il serait saisi en second lieu. Une telle solution, malgré son absence de consécration formelle dans le règlement, semble être imposée, pour les chefs de compétence exclusifs prévus à l'article 24, par « l'esprit de la convention »<sup>2096</sup>, pour les hypothèses de situations de connexité<sup>2097</sup> et de litispendance internationale<sup>2098</sup>. Dans l'hypothèse d'un conflit de compétences exclusives, en revanche, la détermination de la compétence à faire prévaloir dans ces deux hypothèses devrait être déterminée classiquement par la mise en œuvre du critère de l'ordre chronologique des saisines<sup>2099</sup>.

**535.** Réciproquement, le respect de cette compétence juridictionnelle fondée sur la mise en cause de l'ordre public substantiel devrait également pouvoir s'imposer aux juridictions étrangères. Il devrait en être ainsi d'une règle de compétence juridictionnelle qui serait

---

<sup>2094</sup> Art. 25 du règlement.

<sup>2095</sup> V. art. 26 du règlement.

<sup>2096</sup> G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Dalloz Bibl. dr. int. pr., vol. XIII, 1972, n° 311. V. également, en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd. 2015, n° 338.

<sup>2097</sup> V. en ce sens, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 septembre 2005, JCP G 2006, II, 10043, note D. Martel.

<sup>2098</sup> CJCE, 27 juin 1991, Aff. C-351/89, *Overseas Union Insurance Ltd c/ New Hampshire Insurance Company*, RCDIP 1991, p. 764, note H. Gaudemet-Tallon ; Clunet 1992, p. 493, obs. A. Huet. Points 20 et 21 de l'arrêt et v. également, le point 2 du dispositif de l'arrêt. La solution a, par ailleurs, été explicitement consacrée par la suite, v. CJUE, 27 février 2014, Aff. C-1/13, RCDIP 2014, p. 694, note H. Muir Watt, dispositif de l'arrêt : la Cour précise que le dessaisissement de la juridiction saisie en second lieu est obligatoire « sous réserve de l'hypothèse où le tribunal saisi en second lieu disposerait d'une compétence exclusive en vertu de ce règlement » ; CJUE, 3 avril 2014, Aff. C-438/12, *Weber c/ Weber*, RCDIP 2014, p. 704, note L. d'Avout, point 56 de l'arrêt : où la Cour affirme qu'« avant de surseoir à statuer en application de [l'article 27, § 1], la juridiction saisie en second lieu est tenue d'examiner si, en raison d'une méconnaissance de la compétence exclusive prévue à l'article 22, point 1, de ce règlement, une décision éventuelle au fond de la juridiction saisie en premier lieu ne sera pas reconnue dans les autres États membres, conformément à l'article 35, paragraphe 1, dudit règlement ».

<sup>2099</sup> V. art. 31.I règl B I bis, et sur ce mécanisme, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 378.

directement et expressément fondée sur la mise en cause de l'ordre public, dès lors que le cadre européen assure « une expression plus pure de la technique de la compétence exclusive »<sup>2100</sup>, en permettant en principe à son effet *d'éviction* de la compétence des juridictions étrangères de produire sa pleine efficacité au stade direct. Il pourrait, d'autre part, résulter de la mise en place d'un système permettant au juge étranger qui serait saisi de refuser l'efficacité d'une clause attributive de juridiction qui conduirait à la violation des dispositions d'un ordre juridique étranger. Une telle solution paraîtrait conforme à la règle consacrée à l'article 25-4 du règlement Bruxelles I bis, qui prévoit l'inefficacité d'une clause attributive de juridiction qui violerait les règles spécifiques prévues pour les parties faibles ou une règle de compétence juridictionnelle exclusive, inspirées, comme nous l'avons dit, de considérations d'ordre public substantiel.

Dans ces deux cadres, néanmoins, et à la différence de ces règles de compétence juridictionnelle, le caractère général de la règle qui serait directement fondée sur *l'ordre public substantiel* ou *la loi de police* d'un État membre appelle une remarque particulière. C'est qu'à la différence d'un rattachement prédéterminé et identifiable par le juge étranger, en effet, le fondement de la règle de compétence juridictionnelle envisagée serait ici *relatif*, en ce sens qu'il dépendrait du point de vue de l'ordre juridique concerné et des dispositions qu'il considérerait comme étant internationalement impératives. Bien que devant être enfermée dans des limites précisément fixées, cette identification des hypothèses dans lesquelles une compétence juridictionnelle corrélée devrait être reconnue ne pourrait être réalisée que dans l'État membre concerné. Elles ne pourraient, dès lors, être prises en compte dans un autre État membre que dans la mesure où un mécanisme permettant au juge saisi de prendre en compte son point de vue serait consacré<sup>2101</sup>.

**536.** Une fois cette compétence établie, en revanche, la transposition des solutions retenues au niveau européen à l'hypothèse considérée pourrait assurer un respect effectif des lois de police du for. Les règles consacrées conduisent en effet le juge étranger saisi et compétent, éventuellement sur le fondement des règles de son droit commun<sup>2102</sup>, en violation de la

---

<sup>2100</sup> L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160 : *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale, Compétence. Règles de compétence exclusives. Article 24 du règlement (UE) n° 1215/2012*, n° 1.

<sup>2101</sup> Sur les différents mécanismes de coordination des systèmes proposés, qui pourraient être utilisés ici, *infra*, Titre III.

<sup>2102</sup> Il en est ainsi, parce que les règles de compétence exclusives édictées par le règlement sont applicables dès lors que le critère de rattachement sur lequel elles reposent est réalisé sur le territoire de l'Union européenne. V. H. Gaudemet-Tallon, *ouvrage préc.*, n° 100.

compétence exclusive d'un autre État membre, à décliner d'office sa propre compétence, quel que soit le fondement sur lequel elle repose<sup>2103</sup>.

Dans l'instance indirecte, d'autre part, le caractère exclusif de la compétence juridictionnelle conduit à refuser la reconnaissance de tout jugement rendu par une juridiction étrangère. Alors que le contrôle de la compétence indirecte du juge étranger est en principe exclu dans le cadre du règlement<sup>2104</sup>, une réserve est en effet cependant expressément réservée en ce sens à l'égard des chefs de compétence juridictionnelle exclusifs consacrés dans l'article 24 et concernant les chefs de compétence impératifs consacrés dans les matières mettant en cause une partie faible lorsque celle-ci est défenderesse<sup>2105</sup>. Le respect de cette compétence exclusive dans les États membres étrangers, cependant, ne devrait probablement être assuré que dans l'hypothèse où le litige porterait à titre *principal* sur la question mettant en cause l'application d'une loi de police du for. Il est prévu, en effet, que le dessaisissement d'office du juge étranger n'est imposé que dans une telle hypothèse<sup>2106</sup>, alors qu'il ne l'est pas, en revanche, lorsque la question ne se pose qu'accessoirement dans un procès dont l'objet principal relèverait de la compétence d'un autre juge.

Soumis aux règles consacrées dans le cadre du règlement Bruxelles I bis, le chef de compétence fondé sur l'applicabilité d'une loi de police devrait donc pouvoir bénéficier, sous les réserves indiquées, d'un respect particulièrement important dans le cadre des relations entre États membres. Il convient d'envisager quelles pourraient également être les conséquences de sa consécration concernant les relations des États membres avec les États tiers.

#### b) Mise en œuvre dans les relations avec des États tiers

**537.** Destinée en principe à n'assurer une répartition des compétences juridictionnelles qu'entre les ordres juridiques des États membres, l'ouverture consacrée par le règlement Bruxelles I bis à l'égard d'une prise en compte progressive des relations mettant en cause un État membre et un État tiers incite à envisager les effets que pourrait produire l'existence de la compétence juridictionnelle envisagée dans ce cadre.

Au stade de l'instance directe, la compétence impérative et exclusive que se reconnaîtrait la juridiction d'un État membre sur le fondement d'une loi de police devrait

---

<sup>2103</sup> V. art. 27 règl. B I bis.

<sup>2104</sup> V. art. 45.3 du règlement.

<sup>2105</sup> V. art. 45.1 e). Il ne peut, cependant, être mis en œuvre d'office (art. 45.1) et la juridiction de l'État membre requis est liée par les constatations de fait sur lesquelles la juridiction d'origine a fondé sa compétence (art. 45.2).

<sup>2106</sup> V. art. 27 du règlement.

pouvoir bénéficier, en vertu du règlement, de la même protection dans l'hypothèse d'un conflit de procédures qui l'opposerait à un juge d'un État tiers. Cette juridiction, même éventuellement saisie sur le fondement d'une clause attributive de juridiction, devrait en effet refuser de décliner sa compétence exclusive en faveur du juge de cet État tiers. La solution est aujourd'hui clairement posée par le règlement Bruxelles I bis, puisque les articles 33 et 34 ne permettent au juge de l'État membre saisi en second lieu de décliner sa compétence que lorsqu'elle est fondée sur les articles 4, 7, 8 ou 9 du règlement. Il est généralement admis, au-delà, que l'existence de cette compétence exclusive d'un État membre devrait également conduire, au stade indirect, à refuser la reconnaissance du jugement rendu par un État tiers en violation de cette compétence<sup>2107</sup>.

Le respect de la compétence exclusive reconnue aux tribunaux des États membres par les instruments européens apparaît dès lors susceptible d'être étendu en dehors du strict champ d'application du règlement.

**538.** D'un autre point de vue, les conséquences de la mise en œuvre d'une règle de compétence juridictionnelle qui serait fondée sur l'applicabilité d'une loi de police pourraient également être envisagées sous l'angle de la possibilité, pour le juge saisi et compétent sur le fondement d'un chef de compétence institué par le règlement, de tenir compte et de respecter la compétence exclusive que se reconnaîtraient les juridictions d'un État tiers dans l'une des hypothèses reconnues dans le règlement. Le règlement Bruxelles I bis, pas plus que les instruments qui l'ont précédé, ne règle cette question.

La question a été envisagée sous l'angle de « l'effet réflexe »<sup>2108</sup> qu'il conviendrait de reconnaître aux règles de compétence exclusive instituées par le règlement<sup>2109</sup>. La solution<sup>2110</sup> consisterait alors à *bilatéraliser* ces règles de compétence. Le système permettrait aux juridictions des États membres de décliner leur compétence, fondée sur l'une des règles instituées par le règlement, au profit des juridictions d'un État tiers, dans le cas où l'un des

---

<sup>2107</sup> V. envisageant cette solution sous l'angle de « l'effet réflexe » que les textes européens pourraient produire sur le droit commun des États membres, H. Gaudemet-Tallon, *ouvrage préc.*, n° 386, mais considérant que la solution est une conséquence logique du champ d'application spatial exorbitant que le règlement confère à son art. 24 parce que la compétence exclusive qu'il confère s'applique indépendamment du domicile du défendeur, L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160, *préc.*, n° 24.

<sup>2108</sup> L'expression a été employée par G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Dalloz Bibl. dr. int. pr., vol. XIII, 1972, n° 164.

<sup>2109</sup> V. not. sur cette question, A. Nuyts, *La théorie de l'effet réflexe*, in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte, 2003, p. 73 et s. ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 396 et s. ; L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160, *préc.* 10 et s.

<sup>2110</sup> V. en faveur d'une telle solution, notamment, H. Gaudemet-Tallon, *ouvrage préc.*, n° 100 ; P. Gothot et D. Holleaux, *La convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985, n° 142 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 360 ; L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160, *préc.*, n° 10 et s. C. Chalas, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000, n° 623. V. cependant, *contra*, P. Jenard et G. Möller, *Rapport sur la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (signée à Lugano le 16 septembre 1988)*, JOCE, 28 juillet 1990, n° 51 et s.

critères sur lesquels elles reposent se trouverait réalisé sur le territoire de cet État<sup>2111</sup>. Transposée à notre hypothèse, où une règle de compétence juridictionnelle corrélée à l'application d'une loi de police serait consacrée dans un instrument européen, une telle solution permettrait alors aux juges des États membres de tenir compte de la compétence juridictionnelle étrangère fondée sur l'applicabilité d'une loi de police. Le caractère général du rattachement consacré devrait rendre sa mise en œuvre délicate, dès lors qu'elle induira une prise en compte du point de vue retenu dans cet ordre juridique étranger.

Sa mise en œuvre refléterait, dans une certaine mesure, l'esprit de coopération des juges des États membres vis-à-vis du respect des intérêts étatiques étrangers. Il a été relevé, en effet, que l'« on perçoit mal [...] en quoi les intérêts fondamentaux de l'État de situation de l'immeuble, en matière réelle immobilière, ou de réalisation de la mesure d'exécution, en matière d'exécution des décisions, seraient affectés différemment selon qu'il s'agit d'un État membre ou d'un État non membre de l'Union européenne. La nécessité de respecter la "souveraineté" de l'État en cause apparaît fondamentalement similaire dans les deux cas. Dans un cas comme dans l'autre, en outre, il est en pratique inutile d'exercer la compétence car la décision à venir ne pourra être exécutée ailleurs que dans l'État dont les intérêts fondamentaux sont en cause »<sup>2112</sup>. Elle pourrait conduire, corrélativement, à admettre également « l'effet réflexe » de l'obligation de déclaration d'incompétence d'office du juge de l'État membre, dans l'hypothèse où la compétence exclusive mise en cause serait celle d'un État tiers et qu'il apparaîtrait que la décision qui serait rendue à l'étranger pourrait être reconnue dans l'État membre dont les juridictions auraient dû être compétentes<sup>2113</sup>.

En l'absence de réponse apportée par la Cour de justice sur cette question<sup>2114</sup>, encore non résolue dans le règlement Bruxelles I bis<sup>2115</sup>, les juridictions anglaises semblent avoir

---

<sup>2111</sup> À cet égard, d'ailleurs, la question du dessaisissement du juge d'un État membre compétent en vertu du droit européen, pour respecter la compétence exclusive de juridictions étrangères, a également pu être envisagée sous l'angle d'une prise en compte des règles de compétence instituées par le droit commun de cet État. V. sur cette question, et proposant une méthode intermédiaire entre celles qui reposent sur la seule prise en compte des règles de compétence des États membres et seulement sur le droit commun de l'État concerné, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 397 et s.

<sup>2112</sup> L. Usunier, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160, *préc.*, n° 11.

<sup>2113</sup> V. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, *ouvrage préc.*, n° 314.

<sup>2114</sup> V. CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, Aff. C-281/02, *Owusu c/ Jackson*, Gaz. Pal. mai-juin 2005, somm. p. 1958, note M.-L. Niboyet ; RCDIP 2005, p. 698, note C. Chalas ; Clunet 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. M. Winkler. Alors, en effet, que le juge anglais avait interrogé la Cour sur la question de savoir s'il pouvait se dessaisir malgré l'existence de sa compétence sur le fondement des règles du règlement Bruxelles I, au profit des juridictions d'un État membre, la Cour ne s'est prononcée que sur la question de l'admission du *forum non conveniens*. V. également, souvent interprété comme ayant permis à la Cour d'exprimer son refus d'admettre l'effet réflexe, CJCE, 7 février 2006. Avis 1/03, *Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano*, Dalloz 2006, p. 1260, obs. C. Nourissat, RDUE 2006, p. 472, obs. T. Uyen Do (pts 143 et 144). V. considérant que la cohérence du renvoi aux règles générales communes commandé par la Cour de justice dans cet avis ne peut être sauvée que « par une interprétation du texte qui en opère une reconstruction, empruntant à la théorie primitive de "l'effet réflexe" pour permettre au juge compétent de refuser d'exercer sa compétence, et ce, en vertu de ce qu'autorise le droit du for, mais non sans un encadrement communautaire de celui-ci », M. Fallon, « L'applicabilité du règlement Bruxelles I, aux situations externes après l'avis 1/03 », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 241 et s., p. 263.

retenu cette solution. Dans un arrêt du 3 avril 2012<sup>2116</sup>, en effet, la *High Court* de Londres avait admis l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement en déclinant leur compétence fondée sur l'article 2 du règlement Bruxelles I, pour respecter la compétence exclusive des juridictions ukrainiennes du lieu du siège social de la société et du lieu de l'enregistrement des cessions de parts sociales mises en cause dans le litige<sup>2117</sup>.

**539.** Une telle solution, néanmoins, insatisfaisante pour les règles de compétence exclusives existantes dans la mesure où elle ne reposerait que sur une *bilatéralisation* des règles instituées par le règlement en exportant les solutions consacrées dans le for à l'étranger<sup>2118</sup>, paraîtrait dans tous les cas inadaptée concernant la règle de compétence fondée sur l'applicabilité d'une loi de police envisagée<sup>2119</sup>. Elle fait apparaître, comme dans le cadre de la mise en œuvre du droit commun, la nécessité de mettre en place un mécanisme de coordination des systèmes, intervenant au plan de la compétence juridictionnelle et permettant au juge saisi de prendre en compte le point de vue concrètement retenu dans l'ordre juridique étranger.

C'est alors la question du respect des impérativités du for à l'étranger qui doit être envisagée, sous l'angle de la coordination des ordres juridiques.

---

<sup>2115</sup> V. cep., Cons. 24.2 du règlement.

<sup>2116</sup> V. *Ferrexpo AG V. Gilson Investments Ltd* [2012] 1 C.L.C. 645 [2012] EWHC 721 (Comm). Et sur cette affaire, en particulier, C. Chalas, « L'affaire Ferrexpo : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », RCDIP 2013, p. 359 et s.

<sup>2117</sup> L'effet réflexe reconnu aux règles relatives à la litispendance et à la connexité a été par la suite, comme on l'a vu, expressément consacré dans le règlement Bruxelles I bis. (V. art. 33 et 34).

<sup>2118</sup> V. en particulier, mettant en avant le caractère insatisfaisant des solutions auxquelles un tel mécanisme pourrait aboutir concernant la matière réelle immobilière, pour laquelle d'importantes différences sont observables en droit comparé quant à la reconnaissance de la compétence exclusive des tribunaux du lieu de situation, L. Perreau-Saussine, *L'immeuble et le droit international privé*, Defrénois, 2006, préf. J. Foyer, n° 190 et s. ; L. d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, 2006, préf. H. Synvet, n° 220 et s.

<sup>2119</sup> V. sur la solution proposée pour tenir compte des compétences exclusives étrangères dans ce cadre, D. Sindres, J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-125 : *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale. Compétence. Règles ordinaires de compétence. Dispositions générales. Article 4 du règlement (UE)* ; L. Usunier, thèse préc., n° 405 et s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ET DU TITRE 2

**540.** L'analyse des différentes solutions envisageables pour réactiver les vraies lois de police oubliées par le système de compétence juridictionnelle et subissant une perte d'impérativité dans les conflits de juridictions, a permis de démontrer que la consécration d'un chef de compétence juridictionnelle corrélé à l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige apparaît comme une solution opportune et possible. Elle constituerait une solution particulièrement efficace, en consacrant un lien entre le *forum* et le *jus*, seul susceptible d'assurer une application certaine et nécessaire de la disposition concernée.

**541.** Même envisagée pour des hypothèses exceptionnelles, vis-à-vis des seules lois de police mettant directement en cause des intérêts étatiques particulièrement fondamentaux, la mise en place d'une telle solution a néanmoins impliqué de vérifier avec une attention particulière son opportunité. Son incompatibilité avec la politique libérale poursuivie en droit positif et sa contrariété avec le principe de séparation des conflits de lois et des conflits de juridictions ont en effet conduit à apprécier son caractère adéquat en considération de l'incapacité d'autres techniques plus nuancées d'assurer efficacement la protection de ces lois de police.

À cet égard, la solution consistant à restaurer un système de protection *in extremis* des impérativités du for au stade du contentieux de l'*exequatur*, grâce à un renforcement des contrôles de l'ordre public et de la fraude, apparaît insuffisante. Mise en œuvre par les tribunaux français, à travers une sorte de réserve naturelle implicite, en particulier dans des affaires relatives à la reconnaissance de gestations pour autrui pratiquées à l'étranger, cette restauration *a posteriori* de l'impérativité des lois de police apparaît aléatoire et insatisfaisante du point de vue des parties.

D'un autre côté, le mécanisme de licéité conditionnée des clauses attributives de juridiction, permettant de limiter l'expatriation du contentieux aux hypothèses où il apparaîtra certain que le juge considérera et respectera la loi de police du for, semble également insuffisant. Cette solution, ponctuellement consacrée en droit français, en matière de connaissance et dont on trouve des exemples récents en droit comparé, notamment en Allemagne, apparaît néanmoins extrêmement délicate à mettre en œuvre, dès lors qu'elle impose une anticipation sur la décision étrangère à venir ou une évaluation du but poursuivi à

travers l'édiction de la clause de la part des parties, et risque en fin de compte d'aboutir à des solutions inadaptées.



**542.** D'un autre côté, la possibilité de consacrer un chef de compétence juridictionnelle fondé sur l'applicabilité d'une loi de police a pu être déduite de la préexistence de telles hypothèses de *forum legis* en droit positif, qui semblent avoir reposé, avec des degrés variables, sur l'attraction opérée par le droit impératif applicable.

L'analyse des règles de compétence juridictionnelle exclusives consacrées en droit français et dans le règlement Bruxelles I bis a permis de déceler, en effet, que ces chefs de compétence, rattachés, à des degrés variables, à la *souveraineté étatique*, correspondaient à des exemples dans lesquels cette souveraineté étatique apparaissait mise en cause, à des degrés variables, directement sur le plan de la compétence juridictionnelle ou sur le plan du droit applicable. L'incidence du droit impératif applicable, rattaché à la souveraineté étatique, a été plus ou moins déterminante.

De même, cette influence du droit applicable impératif sur la consécration d'un chef de compétence juridictionnelle peut être décelée à travers les règles de compétence consacrées pour protéger une partie faible. Ce lien généralement reconnu peut être décelé en particulier à l'analyse des débats et discussions qui ont animé la consécration de ces chefs de compétence dans la convention de Bruxelles.

Elle a pu être décelée, également, à travers des hypothèses dans lesquelles des organes publics interviennent dans l'administration des intérêts privés, comme par exemple en matière de statut personnel, où l'exemple le plus évident à cet égard apparaît dans la convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la protection des mineurs, en matière de faillites.

**543.** La consécration d'un chef de compétence juridictionnelle autonome, fondé sur l'applicabilité d'une loi de police, a alors été envisagée. Elle nous a semblé théoriquement possible, malgré les critiques envisagées, non nécessairement fondées, dans la mesure d'une redéfinition restrictive ici proposée des lois de police, dès lors qu'elle éviterait la plupart des critiques invoquées, en particulier celle relative aux risques de dérives qui en résulteraient. Les critiques nous ont semblé assez largement théoriques. Elle apparaîtrait également possible, vis-à-vis des vraies lois de police, dès lors que les arrêts interprétés comme ayant écarté une telle possibilité peuvent en réalité être assez largement relativisés et ne justifient pas la reconnaissance d'un chef de compétence juridictionnelle fondée sur l'applicabilité d'une loi de police. Il en est ainsi en particulier de l'arrêt *Bloch*, en réalité justifié en présence d'une convention internationale applicable et du caractère de loi de police très incertain de la disposition invoquée. Il en irait également de même de l'arrêt *Monster Cable*, dans lequel,

s'agissant de l'article L. 442-6 du Code de commerce, loi de police protectrice, le maintien impératif de la compétence des juridictions françaises ne se justifiait pas.

L'analyse du régime de ce chef de compétence juridictionnelle corrélé a permis, dans un second temps, de faire apparaître que celle-ci pourrait opportunément se voir conférer un caractère exclusif, dont les effets s'exprimeraient principalement au stade du contentieux de l'*exequatur*, pour empêcher, dans l'ordre juridique d'origine des lois de police, la reconnaissance ou l'efficacité des jugements prononcés à l'étranger. Cette exclusivité pourrait être déduite de la nature impérative de la compétence juridictionnelle corrélée, et des objectifs poursuivis à travers sa consécration, à savoir, assurer le respect absolu de la loi de police du for.

**544.** La consécration d'un tel chef de compétence juridictionnelle corrélé à l'applicabilité d'une loi de police a par la suite été envisagée au regard de deux hypothèses particulières, qui sont celles du conflit de lois de police et dans le cadre du droit de l'Union européenne.

Il a été proposé différentes solutions permettant de résoudre les conflits qui pourraient surgir dans l'hypothèse où le juge exclusivement compétent d'un ordre juridique dont les vraies lois de police seraient applicables se trouverait confronté à la revendication de compétence juridictionnelle ou substantielle d'un autre ordre juridique dont les lois de police seraient également applicables. Il a été proposé, à cet égard, d'admettre, dans l'hypothèse d'un conflit de lois de police mettant en cause la loi de police du for, que le juge du for puisse admettre d'écarter l'idée d'une application automatique de sa propre disposition sans considération pour celle qui émane d'un ordre juridique étranger, et départager les lois de police en conflit, à l'aide d'une analyse et d'une mise en balance des différents intérêts qu'elles mettent respectivement en cause. Dès lors que la consécration d'un *forum legis*, dans l'ordre juridique du for, aurait conduit à consacrer un chef de compétence juridictionnelle exclusif de celui-ci, fondé sur l'applicabilité de sa vraie loi de police, le juge du for pourrait faire application de la vraie loi de police étrangère au fond du litige, tout en maintenant sa compétence juridictionnelle exclusive. Il tiendrait ainsi compte de l'importance qu'attache l'ordre juridique étranger à l'application effective de sa disposition tout en conservant la maîtrise de la résolution du contentieux.

**545.** Dans le cadre du droit de l'Union européenne, enfin, malgré les difficultés suscitées par la consécration d'un chef de compétence juridictionnelle exclusif, il nous a semblé qu'une telle possibilité était envisageable, au regard de l'existence implicite de telles hypothèses au

sein des règlements européens, en particulier à travers les compétences exclusives prévues à l'article 24 du règlement Bruxelles I bis ou les chefs de compétence consacrés pour les parties faibles.

Elle pourrait éventuellement reposer sur la consécration d'un nouveau chef de compétence juridictionnelle exclusif fondé sur l'applicabilité d'une loi de police ou sur un mécanisme de licéité conditionnée, dont la mise en œuvre serait facilitée dans le cadre harmonisé de l'Union européenne. Une telle solution pourrait être rendue possible grâce à la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, dont l'article 6 c) prévoit que le juge saisi mais non élu pourrait refuser de surseoir à statuer ou se dessaisir dès lors que « donner effet à l'accord aboutirait à une injustice manifeste ou serait manifestement contraire à l'ordre public de l'État du tribunal saisi ». Les vraies lois de police concernées, à la base de la règle de compétence juridictionnelle exclusive corrélée, pourraient ainsi bénéficier d'une protection particulièrement efficace, grâce aux règles instaurées dans le cadre des instruments européens.



## TITRE III : COORDINATION À PARTIR D'UN FOR ÉTRANGER

**546.** En dehors des hypothèses où les règles applicables au rapport de droit considéré seraient directement puisées dans des instruments internationaux, les moyens mis en place dans un ordre juridique pour protéger ses lois de police apparaissent toujours en tant que tels insuffisants pour assurer leur respect absolu.

Le caractère internationalement impératif de ces dispositions, même renforcé par la consécration d'un chef de compétence juridictionnelle exclusive corrélée, apparaît nécessairement *relatif* et n'assure pas leur mise en œuvre devant les juridictions étrangères ou les arbitres, que les parties pourraient toujours saisir. À cet égard, la solution proposée ne corrige qu'imparfaitement les difficultés suscitées par le système actuel et ne produit, en définitive, d'effets réels que devant les autorités juridictionnelles du for.

En parallèle, le particularisme et la nature des intérêts qui justifieraient la revendication de compétence du for d'origine des lois de police devraient, la plupart du temps, conduire à ce que cette compétence ne puisse pas être respectée par le biais de la mise en œuvre des solutions normalement applicables devant l'autorité saisie<sup>2120</sup>. L'existence de la compétence unilatérale d'un ordre juridique, fondée sur sa volonté d'assurer le respect de ses impérativités substantielles, conduit dès lors, par principe, devant toute autorité juridictionnelle étrangère, à la consécration d'un *conflit de systèmes*, au moins *virtuel*<sup>2121</sup>.

**547.** Sous cet angle, la protection internationale des vraies lois de police d'un ordre juridique<sup>2122</sup> appelle, devant les fors étrangers, la mise en place d'un mécanisme permettant d'assurer le respect de la compétence législative ou juridictionnelle unilatérale de celui-ci, fondée sur leur applicabilité au fond du litige. La consécration d'une méthode de coordination des systèmes spécifique, susceptible de permettre au for de tenir compte « de la diversité des

---

<sup>2120</sup> Alors que l'applicabilité des lois de police revendiquée ne pourra être directement assurée par la règle de conflit de lois du for que dans les hypothèses où elles seraient intégrées dans la *lex causae*, le respect de la compétence impérative et exclusive étrangère apparaît par principe incompatible avec la reconnaissance de sa compétence par le for.

<sup>2121</sup> Celui-ci pourrait, d'ailleurs, également devenir concret dans l'hypothèse où les juridictions de l'ordre juridique dont la compétence est revendiquée seraient elles aussi effectivement saisies. Une telle hypothèse conduirait alors à l'émergence d'un conflit de procédures.

<sup>2122</sup> V. sur la redéfinition des contours de la définition des lois de police, et le tri qui devrait être opéré, en droit positif, pour distinguer les vraies lois de police et les fausses lois de police, *supra*, n° 333 et s.

systèmes juridiques [...] et des difficultés qui en résultent dans les relations privées [pour] en atténuer les effets »<sup>2123</sup>, d'ordinaire simplement opportune, devient ici plus pressante compte tenu de l'importance des intérêts mis en cause. Sa mise en œuvre reposerait sur la volonté du for de faire *vivre ensemble* son point de vue avec celui, divergent, de l'ordre juridique étranger dont les intérêts étatiques seraient mis en cause<sup>2124</sup>.

Alors que la réalisation des objectifs d'harmonisation des solutions et de circulation des jugements est en principe toujours assurée par le biais d'un *renoncement* des Etats à assurer la protection de leurs impérativités, la méthode envisagée interviendrait ainsi exceptionnellement *en faveur* du respect des intérêts étatiques. Elle devrait permettre de *concilier* la coordination des systèmes avec la protection des impérativités étatiques, d'ordinaire considérés comme contradictoires ou incompatibles.

**548.** La consécration d'une telle solution, à condition d'une redéfinition et d'une limitation stricte des intérêts se trouvant *à la base* des lois de police, paraît à la fois opportune et envisageable.

Lorsque la revendication d'un ordre juridique apparaît fondée sur la mise en cause directe de ses intérêts étatiques particulièrement fondamentaux, la valeur de sa compétence devrait pouvoir conduire à reconnaître sa *prépondérance* par rapport à celle du for, et justifier l'admission exceptionnelle d'une *inversion du sens de l'alignement des points de vue étatiques* recherché. La coordination devrait ainsi être réalisée *autour* du point de vue de l'ordre juridique étranger, pour conduire l'ordre juridique du for *normalement compétent* à mettre à l'écart son point de vue et à reconnaître la vocation supérieure de celui-ci à faire valoir les solutions qu'il retient. Cette manière de coordonner les systèmes à l'aide de la notion *d'ordre juridique prépondérant* devrait pouvoir être adoptée chaque fois qu'une vraie loi de police mettant directement en cause des intérêts étatiques fondamentaux serait mise en cause, pour assurer le respect permanent et effectif de ces dispositions dans les rapports internationaux.

La méthode de coordination devrait permettre d'assurer la prise en compte des impérativités étrangères lorsque les vraies lois de police applicables ne bénéficieraient pas d'un chef de compétence juridictionnelle corrélée dans leur ordre juridique d'origine, pour apporter un *correctif* au système de prise en compte des lois de police étrangères aujourd'hui inefficace et insatisfaisant.

---

<sup>2123</sup> G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 2004, p. 237.

<sup>2124</sup> H. Batiffol, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, RCADI 1967, t. 120, p. 165 et s., p. 173.

Sa mise en œuvre doit également, être envisagée dans la perspective de la solution ici proposée, consistant à fonder un chef de compétence juridictionnelle sur l'applicabilité d'une loi de police. Elle devrait permettre d'assurer le respect international de la compétence *globale* de l'ordre juridique d'origine de ces dispositions. A cet égard, l'existence d'une revendication de compétence sur le plan juridictionnel pourrait favoriser la réalisation d'une coordination des systèmes, dès lors qu'elle rendrait plus concrète et plus facilement détectable la prépondérance de cet ordre juridique étranger. Elle imposera, néanmoins, de surmonter les difficultés que suscite, particulièrement dans les Etats de tradition civiliste, la mise en œuvre d'un mécanisme de coordination intervenant directement sur le plan de la compétence juridictionnelle.

Sous cet angle, il conviendra de déterminer, en se plaçant dans la perspective d'une autorité juridictionnelle étatique ou arbitrale qui serait confrontée à la mise en cause d'impérativités étatiques étrangères, les contours de la méthode de coordination qui pourrait permettre d'assurer l'effacement du *for* au profit de l'ordre juridique prépondérant (CHAPITRE I), puis les procédés par lesquels elle pourrait être mise en œuvre (CHAPITRE II).

## **CHAPITRE I : EFFACEMENT AU PROFIT DU FOR PRÉPONDÉRANT**

**549.** Le conflit de systèmes susceptible de résulter de la mise en cause des impérativités étatiques d'un ordre juridique étranger reposerait sur l'existence d'une concurrence de compétences juridictionnelle ou législative. La méthode de coordination visant à assurer le respect de ces impérativités devrait ainsi procéder d'un *effacement* consenti par le for devant le point de vue de l'ordre juridique prépondérant. Celui-ci, constatant l'existence d'une revendication de compétence étrangère fondée sur la mise en cause d'intérêts étatiques, devrait pouvoir admettre de *s'autolimiter* quant à l'exercice de sa propre compétence, pour laisser le for étranger exercer la sienne.

Sans induire nécessairement une véritable *abstention* de l'ordre juridique du for, découlant d'une mise en retrait totale de son point de vue, la coordination des systèmes implique qu'il accepte de remettre en cause l'exclusivisme des solutions qu'il consacre et, au minimum, de leur apporter des *correctifs*, de manière à les *articuler* avec celles de l'ordre juridique étranger<sup>2125</sup>. La mise en œuvre d'une telle méthode de coordination devrait se traduire, en pratique, par un renoncement du for à trancher le différend malgré la compétence juridictionnelle qui lui serait reconnue, pour respecter la compétence juridictionnelle exclusive des tribunaux étrangers, ou par la prise en compte de la loi de police étrangère applicable, en dépit des solutions que lui dictent ses règles de conflit de lois.

La méthode de coordination des systèmes prend ainsi la forme d'un effacement consenti par le for en *réponse* à une revendication de compétence formulée depuis l'étranger, dont il convient de déterminer les objectifs (Section I) et les modalités de mise en œuvre (Section II).

### **SECTION I : OBJECTIFS**

**550.** Devant l'autorité juridictionnelle étatique ou arbitrale saisie et par hypothèse compétente, le respect du point de vue de l'ordre juridique étranger dont les impérativités seraient mises en cause implique que cette autorité mette à l'écart les solutions qu'elle aurait

---

<sup>2125</sup> V. P. Wautelet, *Les conflits de procédure, Étude de droit international privé comparé*, thèse université catholique de Louvain, 2002, n° 15, p. 42, considérant, pour cette raison, que la coordination des systèmes apparaît comme « une version allégée » de l'harmonie internationale des solutions.



normalement appliquées. Il convient d'analyser les raisons qui pourraient pousser le for à admettre cet effacement (I) et de décrire les différentes étapes de la coordination ainsi réalisée (II).

### **I-Fondement de la coordination**

**551.** Rien ne semble s'opposer, d'un point de vue strictement logique, à ce que les autorités juridictionnelles saisies se désintéressent des impérativités étrangères n'entrant pas dans le présumé des solutions auxquelles conduit leur système de règles applicables. Dépourvues de toute juridicité dans le for, les normes étrangères revendiquant unilatéralement leur application ne peuvent y être prises en compte que dans la mesure où celui-ci admettrait une telle possibilité. La coordination des systèmes ici réalisée ne peut en effet reposer que sur une initiative *volontaire* du for et ne prendre la forme que d'une *autolimitation consentie par opportunité*.

Dans ce cadre, pourtant, la prise en compte et le respect des impérativités étrangères les plus fondamentales semblent pouvoir être fondés sur un certain nombre de justifications, dont certaines pourraient être sans lien avec la nature des dispositions mises en cause et l'importance des intérêts étatiques étrangers concernés. À cet égard, l'effacement consenti par le for dépendra de sa volonté de contribuer au respect de la compétence juridictionnelle ou législative unilatérale revendiquée à l'étranger (A) et peut se justifier au regard de certaines considérations objectives, dont la prise en compte est généralement admise pour déterminer les solutions des conflits de lois et des conflits de juridictions (B). L'existence d'une mesure d'*anti-suit injunction* prononcée de la part de l'ordre juridique étranger pourrait, au-delà, éventuellement venir confirmer l'opportunité de son effacement (C).

#### **A) Raisons de l'effacement**

**552.** Du point de vue du for, la prise en compte de la compétence revendiquée par un ordre juridique étranger pourrait reposer directement sur une volonté d'apporter sa contribution au respect des impérativités étrangères (1). Elle pourrait également être confortée par son souhait de sanctionner le comportement frauduleux des parties qui tenteraient de s'y soustraire (2).

## 1- Contribution au respect des impérativités étrangères

**553.** La contribution apportée par le for au respect des impérativités étrangères pourrait reposer sur la volonté d’instaurer une coopération et une entraide mutuelle entre les systèmes juridiques, s’agissant de la protection des intérêts étatiques (a). Cette contribution, néanmoins, ne peut être admise les yeux fermés par cela seul qu’un État estime ses intérêts mis en cause, et dépend nécessairement de la manière dont le for *perçoit* ces impérativités (b).

### a) Coopération à la protection des intérêts étatiques

**554.** La prise en compte des impérativités d’un ordre juridique étranger pourrait reposer, en elle-même, sur la volonté de l’autorité saisie d’apporter son soutien à cet État, en l’aidant à réaliser la politique législative qu’il poursuit et à protéger les intérêts mis en cause à travers la disposition concernée<sup>2126</sup>. Sans directement se préoccuper des intérêts de la *société étrangère*, le for admettrait ainsi d’en tenir compte de manière indirecte, sous l’angle de l’importance que l’ordre juridique étranger attache à les voir respectés. La coordination réalisée serait ainsi fondée sur la volonté du for de servir les desseins de l’État étranger concerné et exprimerait une attitude « directe et altruiste »<sup>2127</sup>, éventuellement totalement désintéressée.

La prise en compte des lois de police étrangères s’expliquerait ainsi par simple esprit de *coopération*. Elle trouverait une justification *suffisante*<sup>2128</sup> dans la volonté de leur auteur et l’importance qu’il attache à leur respect effectif dans les rapports internationaux<sup>2129</sup>. En l’absence d’obligation internationale, le respect des impérativités étrangères exprimerait un « esprit de coordination fondée [...] sur le respect d’une certaine rationalité »<sup>2130</sup> et pourrait se justifier parce qu’une solution contraire serait davantage qu’un refus de collaboration mais reflèterait une certaine *hostilité* vis-à-vis de l’ordre juridique étranger concerné<sup>2131</sup>.

---

<sup>2126</sup> V. en ce sens, concernant la mise en œuvre des lois de police étrangères, B. Audit et L. d’Avout, *ouvrage préc.*, n° 182, p. 169 ; P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., n° 38, p. 312.

<sup>2127</sup> B. Rémy, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Paris, Dalloz 2008, n° 748.

<sup>2128</sup> Ceci sous la réserve, néanmoins, de la reconnaissance de leur *légitimité* par le for, exposée dans le paragraphe qui suit.

<sup>2129</sup> V. en faveur d’une telle conception, P. Mayer, *art. préc.*, n° 39.

<sup>2130</sup> P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 1 et s., n° 168, p. 182.

<sup>2131</sup> V. en ce sens, P. Mayer, *art. préc.*, n° 38 ; B. Rémy, *Exception d’ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Paris, Dalloz 2008, n° 748.

555. Une telle volonté des États d'« épauler mutuellement leurs politiques législatives »<sup>2132</sup> a été justifiée, par certains auteurs, sous l'angle de la *courtoisie internationale*<sup>2133</sup>. Elle justifierait une prise en compte des impérativités étrangères dans le « cas particulier où un litige privé à caractère international met en cause les intérêts étatiques fondamentaux étrangers »<sup>2134</sup>, lorsqu'elle apparaîtrait *opportune*<sup>2135</sup>. Sans apparaître absolument nécessaire, une telle courtoisie internationale constituerait, selon L. Usunier, un « motif pressant », pour les ordres juridiques, de *prendre en compte* ou au moins de *ménager*<sup>2136</sup> les intérêts étatiques des autres ordres juridiques étrangers. Ceci parce qu'ils ne pourraient « vivre à long terme en totale autarcie, et qu'il [serait] par conséquent inévitable que les États se résignent tôt ou tard à coopérer les uns avec les autres »<sup>2137</sup>.

Sous cet angle, la solidarité des ordres juridiques quant au respect mutuel de leurs impérativités apparaîtrait comme une « nécessité pratique » et servirait également indirectement les intérêts du for, sans reposer sur leur seule « bonne volonté »<sup>2138</sup>. Elle serait également susceptible de reposer sur la volonté de faire naître une certaine réciprocité, dès lors qu'un ordre juridique acceptant de donner effet aux impérativités étrangères pourrait espérer une même attitude réciproque de la part de l'ordre juridique étranger concerné<sup>2139</sup>. L'application, par un État, des lois de police étrangères serait ainsi de nature « à augmenter ses chances de voir ses propres lois de police appliquées à l'étranger »<sup>2140</sup>.

Une telle prise en compte des lois de police étrangères pourrait, d'ailleurs, s'insérer dans le cadre plus général d'une coopération interétatique à la réalisation des objectifs de politique législative, et trouver, dans le cadre européen, éventuellement des fondements dans l'article 4§3 du TUE. Celui-ci consacre un devoir de coopération loyale entre les États

---

<sup>2132</sup> P. Lagarde, « Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé », ASDI, 1979, p. 72 et s., spéc., p. 80.

<sup>2133</sup> V. sur le recours à cette notion sous l'angle de celle de *Comity*, pour fonder, à titre général, l'application des lois étrangères dans l'école hollandaise, A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003, n° 20 et s. et les références citées. La notion de *Comity* est généralement utilisée en droit américain pour justifier la prise en compte des normes ou des intérêts étrangers. V. not. *Société nationale industrielle Aérospatiale v. U.S. Dist. Court for Southern Dist. of Iowa*, 483 US 522 (1987), p. 543, n° 27.

<sup>2134</sup> L. Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008, n° 376.

<sup>2135</sup> *Ibid.*

<sup>2136</sup> V. à cet égard, la différence à laquelle pourrait donner lieu cette variante, quant à l'ampleur de l'effacement consenti par le for au regard de la compétence revendiquée par l'ordre juridique étranger du fait de la mise en cause de sa loi de police, *infra*, n° 604 et s.

<sup>2137</sup> *Ibid.*

<sup>2138</sup> *Ibid.*

<sup>2139</sup> V. en ce sens, not. P. Mayer, *cours préc.*, n° 103, p. 115 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 93 ; A. Chapelle, *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse, Paris II, 1979, n° 420 ; P. Mayer, *Rép. dr. int. Dalloz*, V° *Lois de police*, n° 31.

<sup>2140</sup> P. Mayer, *art. préc.*, n° 45.

membres<sup>2141</sup> et apparaît susceptible de fonder un principe de « coaction réciproque » des États dans la mise en œuvre de leurs lois de police<sup>2142</sup>.

**556.** Devant l'autorité juridictionnelle arbitrale, une telle coopération à la protection des intérêts étatiques est généralement envisagée comme une contrepartie logique de l'ouverture consacrée par les États envers ce mode de règlement des différends<sup>2143</sup>. Elle découlerait de la volonté arbitrale de répondre aux attentes des États, qui, en ayant reconnu l'arbitrabilité des litiges mettant en cause leurs lois de police, auraient placé leur confiance en l'institution arbitrale<sup>2144</sup>. Corrélativement, la solidarité des arbitres vis-à-vis du respect des impérativités étatiques découlerait de leur souhait de ne pas ternir l'image de l'institution arbitrale et d'assurer le crédit et la pérennité de ce mode de règlement des différends<sup>2145</sup>. Elle éviterait d'en faire un instrument à la disposition des parties pour échapper aux contraintes étatiques, et assurerait à l'État que ses lois de police pourront trouver application devant l'arbitre<sup>2146</sup>.

**557.** Du point de vue de la protection des impérativités substantielles, la consécration d'une telle coopération pourrait alors fonder un principe de prise en compte généralisée des lois de police étrangères, doublées ou non d'un chef de compétence juridictionnelle exclusif<sup>2147</sup>. Un tel système, idéal, pourrait ainsi conduire à conférer aux impérativités étrangères des chances de prise en compte égales, devant l'autorité saisie, à celles qu'elles avaient devant leur for d'origine. Le traitement des impérativités étrangères et des impérativités du for serait alors harmonisé : leur prise en compte, non automatique, serait néanmoins par principe admise.

Non imposée par *nécessité*, l'adhésion à un tel principe apparaît très largement *souhaitable* et se justifie en *opportunité*. Elle assurerait que les lois de police étrangères seront toujours, par principe, considérées devant des autorités n'appartenant pas à l'ordre juridique dont elles émanent. Elle limiterait l'effet produit par la saisine d'une autorité juridictionnelle sur leur impérativité internationale et réduirait largement l'attrait du *forum shopping*.

---

<sup>2141</sup> V. à cet égard, CJUE, 18 octobre 2016, Aff. C-135/15, *Republik Griechenland c/ Grigorios Nikiforidis*, JCP G, n° 43-44, 24 octobre 2016, p. 1150, obs. D. Berlin, et V. également, concl. av. gén. Szpunar du 20 avril 2016.

<sup>2142</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 107.

<sup>2143</sup> V. sur cette ouverture, *supra*, n° 19 et s.

<sup>2144</sup> V. en ce sens, en particulier, L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, RCADI 2005, t. 315, p. 1 et s., n° 137, p. 443.

<sup>2145</sup> V. not. en ce sens, P. Mayer, « L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publ. CCI n° 440/1, 1986, p. 31 et s. ; Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 255.

<sup>2146</sup> V. en ce sens, Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 396 à 398.

<sup>2147</sup> Une telle solution pourrait alors fonder la mise en place d'un mécanisme de coordination reposant sur un système « d'application présomptive généralisée » des impérativités étrangères. V. *in fine*, en faveur de la consécration d'un tel système, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 120.

S'agissant du respect des impérativités doublées d'un chef de compétence exclusif, elle assurerait une prise en considération des revendications de compétences juridictionnelles étrangères et pourrait éviter les incohérences et les difficultés qui résultent, en droit positif, du cloisonnement des ordres juridiques. Il paraît utile à la fois pour préserver les intérêts étatiques et éviter la création de situations boiteuses, contraire à l'intérêt des parties.

Une telle coopération apparaît, en droit positif, tout à fait possible. Elle nécessitera de lever les réticences et les difficultés pratiques qui limitent aujourd'hui la *concrétisation effective* du principe de prise en compte des lois de police étrangères, et impliquera la mise en place d'un système de coordination des systèmes *adéquat et réel* sur le plan de la compétence juridictionnelle<sup>2148</sup>. Le for devrait déceler l'applicabilité d'une loi de police étrangère ou l'existence d'une compétence juridictionnelle exclusive qui en découle, et admettre, *sur le principe*, de la respecter. Il en tirerait alors des conséquences sur la compétence qu'il se reconnaît pour déterminer le droit substantiel applicable ou trancher le différend.

**558.** La mise en place d'un chef de compétence juridictionnelle exclusif fondé sur l'applicabilité d'une loi de police, tout en rendant *plus nécessaire* la réalisation d'une telle coopération au regard de ses conséquences pratiques, apparaît également susceptible de la favoriser. Elle permet de fournir des *justifications* et des *moyens* supplémentaires pour fonder sa mise en œuvre.

Formulé par le biais d'un chef de compétence juridictionnelle exclusive de ses tribunaux, l'attachement de l'ordre juridique à voir respectées ses impérativités prend en effet une dimension *objective* et *concrète*, qui le rend plus facilement *délectable* devant l'autorité juridictionnelle saisie. Sa revendication de compétence juridictionnelle révèle le caractère *fondamental* que celui-ci confère à la réalisation de la politique législative poursuivie et pourrait inciter à davantage de considération depuis l'étranger. La prise en compte des impérativités étrangères devrait en effet logiquement varier en fonction de l'importance que l'ordre juridique dont elles émanent tend à leur conférer. Il devrait logiquement exister un lien entre l'ampleur des *moyens* mis en œuvre par un ordre juridique pour assurer le respect de ses lois de police et la *manière* dont elles pourraient être décelées et respectées depuis l'étranger. Sous cet angle, l'absence de prise en compte effective des lois de police étrangères dans le système actuel pourrait s'expliquer par la faiblesse de la revendication de compétence purement législative formulée par l'ordre juridique d'origine.

---

<sup>2148</sup> En l'absence de reconnaissance explicite de chefs de compétence juridictionnelle fondés sur la mise en cause d'une loi de police, une telle coopération n'apparaît consacrée, en droit positif, qu'à travers les hypothèses exceptionnelles de mise en œuvre spontanée et aléatoire de la théorie de l'*effet réflexe* des compétences exclusives, sur lequel V. *supra*, n° 537 et s.

Dans tous les cas, la collaboration au respect des impérativités étrangères à laquelle pourraient admettre de se livrer les autorités juridictionnelles saisies ne peut être réalisée automatiquement et les yeux fermés, du seul fait qu'un ordre juridique étranger revendique sa compétence juridictionnelle ou législative unilatérale pour assurer leur protection.

#### b) Conditions de la coopération du for

**559.** Dès lors qu'elle conduit le for à écarter les solutions consacrées dans son système juridique, la contribution apportée à la protection des impérativités étrangères ne peut être effectivement réalisée que dans la mesure où celui-ci y consent, et ne peut prendre la forme que d'une autolimitation librement consentie. La prise en compte des impérativités étrangères apparaîtrait ainsi plutôt comme « une manifestation qu'une atteinte à la souveraineté du for »<sup>2149</sup>. Concrètement, ceci implique à la fois que l'initiative de la mise en œuvre du mécanisme de coordination provienne du seul ordre juridique du for et qu'il apprécie lui-même, et en considération de son propre système normatif, les conséquences qu'il en tirera pour la résolution du litige concerné.

À cet égard, la contribution du for à la protection des impérativités étrangères ne peut être admise automatiquement et seulement parce qu'elle est attendue par l'ordre juridique étranger<sup>2150</sup>. Elle dépend de la manière dont le for *perçoit* le point de vue étranger exprimé à travers sa revendication de compétence législative ou juridictionnelle unilatérale, et implique que celui-ci reconnaisse l'*opportunité* d'en assurer le respect au cas concret. La prise en compte de ces impérativités n'apparaît envisageable que dans la mesure où celui-ci reconnaîtrait à la fois la *légitimité* de l'intérêt de l'État étranger à voir sa compétence respectée et sa politique législative non entravée<sup>2151</sup>. Elle implique qu'il reconnaisse la *vocation prépondérante* de l'ordre juridique étranger concerné à faire valoir son point de vue.

Dans l'hypothèse où les lois de police étrangères seront doublées d'un chef de compétence exclusif corrélé, l'évaluation du for devrait à la fois porter sur la disposition concernée, en tant que *fondement* de la compétence juridictionnelle revendiquée, et tenir

---

<sup>2149</sup> P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 442, p. 479.

<sup>2150</sup> V. cependant, P. Mayer, *art. préc.*, p. 277, qui considère que l'on devrait admettre une application généralisée de toutes les lois de police, du for et des ordres juridiques étrangers, simplement parce qu'elles ont cette qualité.

<sup>2151</sup> V. en ce sens, concernant la prise en compte de la compétence exclusive des ordres juridiques étrangers, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 394, p. 337 ; et concernant la prise en compte des lois de police, où cette exigence est très fréquemment et explicitement formulée en doctrine, not. P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., spéc., n° 58 et s. ; P. Deumier, « La prise en considération de la loi de police étrangère », RDC 2012, n° 4, note sous CA Poitiers, 29 avril 2011 ; L. d'Avout, *art. préc.*, p. 119 et s.

compte de considérations plus spécifiquement procédurales<sup>2152</sup>. Cette analyse devrait conditionner à la fois sa décision de respecter ou non la compétence étrangère et la *manière* dont il consentirait à le faire. Elle pourrait d'ailleurs conduire, vis-à-vis de la compétence juridictionnelle exclusive étrangère, à la consécration de solutions *intermédiaires*, dès lors que la compétence *globale* revendiquée pourrait tout à fait n'être respectée par le for que partiellement, sur le plan de la compétence législative<sup>2153</sup>.

**560.** Ces mêmes considérations devraient également présider à la mise en œuvre des lois de police devant l'arbitre, au regard d'un référentiel de *valeurs* et de *conceptions* à caractère général, et puisé dans une analyse de droit comparé. En l'absence de rattachement de l'institution arbitrale à un ordre juridique déterminé, la prise en compte des impérativités étatiques devrait ainsi pouvoir être admise dans la mesure où « selon les vues généralement acceptées dans la communauté juridique internationale des États, l'objectif poursuivi par ces dispositions, les moyens utilisés pour sa satisfaction, ainsi que les conséquences de l'application de ces dispositions, apparaissent légitimes »<sup>2154</sup>.

**561.** Concrètement, la *réception* du point de vue étranger dans l'ordre juridique du for dépendra à la fois de la vérification réalisée par ce dernier au regard de certaines *conditions objectives* déterminées dans son système juridique et d'une appréciation « d'opportunité politique »<sup>2155</sup>, ou « d'acceptabilité internationale »<sup>2156</sup>. Celle-ci serait alors réalisée au regard du *contenu normatif* de la disposition et de la compatibilité de la politique législative qu'elle poursuit avec les valeurs et les exigences du for, « telles qu'elles se formulent dans son ordre public international »<sup>2157</sup>, ou des valeurs et principes admis dans l'ordre international.

Ce système, consacré en substance, en droit positif, pour la mise en œuvre des lois de police étrangères, conduit ainsi en réalité à soumettre ces dispositions à des conditions d'application très proches de celles posées pour les lois étrangères de manière générale. Elles sont fondées sur la vérification de l'existence de liens *pertinents*, ici concrètement appréciés, entre la situation et la loi applicable, et de la conformité de la disposition avec les conceptions du for.

---

<sup>2152</sup> Dans ce cadre, il devrait être conduit indirectement à évaluer le caractère *proportionné* et *justifié* du choix de l'ordre juridique étranger de consacrer une solution aussi radicale que le maintien absolu de la compétence de ses tribunaux.

<sup>2153</sup> V. sur ce point, *infra*, n° 604 et s.

<sup>2154</sup> Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 899, p. 821.

<sup>2155</sup> P. Deumier, « La prise en considération de la loi de police étrangère », RDC 2012, n° 4, note sous CA Poitiers, 29 avril 2011.

<sup>2156</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 120.

<sup>2157</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., n° 62.

**562.** Dans la mesure où les impérativités étrangères répondraient à ces exigences, leur prise en compte effective impliquerait néanmoins encore que le for en reconnaisse *l'opportunité* au cas concret, en évaluant les conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application<sup>2158</sup>. Pour cela, il devrait prendre en considération les différents intérêts étatiques et privés mis en cause, en particulier pour évaluer si le respect de la compétence étrangère ne paraît incompatible ni avec les intérêts des parties, ni avec ses propres intérêts<sup>2159</sup>.

Dans ce cadre, certaines considérations extérieures pourraient également exercer une incidence sur l'évaluation réalisée par le for, en particulier l'existence d'un conflit de procédures avec le for étranger concerné, qui devrait pouvoir inciter le for à admettre plus facilement son effacement juridictionnel.

Le fondement conventionnel de la compétence juridictionnelle du for, d'autre part, devrait simplement apparaître comme un élément *incident* quant à l'appréciation de l'opportunité de respecter la compétence étrangère, et n'intervenir éventuellement que pour favoriser l'abstention du for au regard du comportement frauduleux des parties. Confrontée à la nécessité de mettre en balance un chef de compétence *fort*, donnant compétence à ses juridictions nationales<sup>2160</sup>, et un chef de compétence « incontournable »<sup>2161</sup> des juridictions étrangères, l'autorité saisie sur le fondement d'une clause attributive de juridiction qu'elle estime efficace devrait pouvoir admettre la prévalence de la compétence juridictionnelle exclusive étrangère fondée sur la mise en cause d'impérativités *respectables*<sup>2162</sup>. Il conviendrait, en effet, de reconnaître une différence de valeur de ces deux règles de compétence<sup>2163</sup>, et il est admis, de manière générale, que les compétences fondées sur la

---

<sup>2158</sup> V. la formulation des articles 7.1 de la convention de Rome et 9.3 du règlement Rome I.

<sup>2159</sup> V. considérant que le défaut de légitimité des impérativités étrangères pourrait résulter de l'atteinte qu'elle porterait aux intérêts du for, not. T. Vignal, *Droit international privé*, Dalloz-Sirey, 2<sup>e</sup> éd., 2011, n° 73 ; et en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 123.

<sup>2160</sup> La compétence juridictionnelle étatique fondée sur une telle clause est, en effet, généralement considérée comme étant exclusive. V. pour une vue d'ensemble des différentes solutions retenues en droit comparé, J.J. Fawcett (dir.), *Declining Jurisdiction in Private International Law, Reports to the XIV<sup>th</sup> Congress of the Academy of Comparative Law*, Athènes, 1994, Clarendon Press, Oxford, 1995. Une telle exclusivité est consacrée au niveau européen (V. art. 23.1 règl. B I, et art. 25.1 règl. B I bis). Dans le cadre de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de fors, la question a suscité de vifs débats et la solution finalement retenue semble être la même que celle consacrée par le droit européen (V. art. 3 b), qui admet le caractère exclusif de la compétence sauf précision expresse du contraire par les parties.

<sup>2161</sup> P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 1 et s., n° 106, p. 119.

<sup>2162</sup> Une telle obligation est d'ailleurs imposée dans le cadre européen, par l'art. 25.4 du règlement B I bis (reprenant la solution antérieure de l'art. 23.5 règl. B I), qui prévoit que les clauses attributives de juridictions attribuant compétence à la juridiction d'un État membre sont sans effet si elles dérogent à la compétence exclusive des juridictions d'un autre État membre, fondée sur l'art. 22 règl. B I ou 24 règl. B I bis du règlement.

<sup>2163</sup> La compétence exclusive fondée sur la volonté des parties ne bénéficie que d'une exclusivité assez imparfaite, en particulier parce qu'elle ne trouve pas toujours de prolongement au stade de l'instance indirecte. La violation de la compétence du for, fondée sur une clause attributive de juridiction, ne constitue un motif de refus de reconnaissance de la



protection d'intérêts étatiques fondamentaux de l'État ont une force supérieure aux compétences fondées sur la volonté des parties<sup>2164</sup>.

**563.** Sous l'angle de la prise en compte des intérêts du for, l'opportunité de respecter la compétence revendiquée à l'étranger devrait être déduite d'une mise en balance de l'importance que le for attache à la mise en œuvre de ses solutions et de l'intérêt que l'ordre juridique étranger éprouve à voir respecté son point de vue. Les impérativités étrangères devraient alors être respectées lorsqu'il serait possible d'établir que la réalisation des objectifs à laquelle participe le respect de la compétence étrangère revendiquée présente, pour celui-ci, une importance « primordiale »<sup>2165</sup>, et qu'elle peut justifier le sacrifice *raisonnable* d'une mise en retrait du point de vue du for.

Elle impliquerait que ce dernier admette que la réalisation des objectifs poursuivis par ses propres règles apparaît pour lui moins cruciale que ne l'est, aux yeux du juge étranger, la réalisation des objectifs poursuivis par ses règles<sup>2166</sup>. Celui-ci devrait alors admettre que « sa propre règle, bien que représentant selon sa vue initiale une solution meilleure, doit céder le pas à une règle étrangère, dont le rattachement [...] paraît faire valoir sur le plan des relations internationales une vocation plus forte [...] »<sup>2167</sup>, et admettre de s'effacer par esprit de coopération à la protection d'intérêts étatiques fondamentaux de l'ordre juridique étranger concerné, dont la *prépondérance* par rapport au for pourrait être admise.

---

décision étrangère ni dans le cadre européen (V. art. 35 Règl. B I et art. 45.1 e) Règl. B I bis), ni dans la convention de La Haye de 2005 (v. art. 9 f) et g). En France, la jurisprudence ne s'est pas clairement prononcée sur cette question et la doctrine est partagée sur ce point. V. se prononçant en faveur de cette exclusivité indirecte, not., B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 70§14, mais *contra*, N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ 1999, p. 201.

<sup>2164</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 352, p. 298.

<sup>2165</sup> A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003, n° 582, p. 833.

<sup>2166</sup> V. à cet égard, sur la question du conflit de lois de police ou de compétences exclusives qui pourraient apparaître et les méthodes de résolution envisageables, *supra*, n° 504 et s.

<sup>2167</sup> Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, Sirey, n° 64, p. 67. V. également, en ce sens, concernant le respect des compétences exclusives étrangères, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 360 et s.

Cette solidarité à la protection des intérêts étatiques pourrait, au-delà, être également confortée par une volonté du for de sanctionner le comportement frauduleux des parties.

## 2- Sanction du comportement frauduleux des parties

**564.** Dès lors que la saisine d'une autorité juridictionnelle étatique ou arbitrale pourrait être justifiée par le souhait des parties d'échapper à l'application des impérativités d'un ordre juridique étranger et de bénéficier des solutions consacrées par son système juridique, le refus de contribuer à la concrétisation d'une manœuvre frauduleuse pourrait apparaître comme le fondement potentiel d'un effacement consenti par le for au profit de cet ordre juridique. Le respect des impérativités étrangères pourrait dès lors résulter de la volonté du for de sanctionner les comportements frauduleux réalisés au détriment de ces impérativités (a). Il devrait alors reposer sur la prise en compte de l'*abus* de droit pratiqué par les parties (b).

### a) Prise en compte du contournement des impérativités étrangères

**565.** Dans le système actuel, caractérisé par l'unilatéralisme des conflits de juridictions et la relativité des solutions étatiques consacrées concernant la compétence de leurs tribunaux, le contournement des lois de police d'un ordre juridique est susceptible d'être réalisé par la saisine d'autorités juridictionnelles étrangères ou arbitrales, en dépit même de l'existence d'un chef de compétence exclusive corrélé à leur applicabilité, consacré en son sein<sup>2168</sup>. Rendu possible par le lien existant entre la mise en œuvre des lois de police et l'autorité juridictionnelle saisie, cet *évitement* des lois de police peut résulter, en l'absence d'harmonisation des points de vue juridictionnels des systèmes juridiques impliqués, de la saisine d'une autorité qui s'estimerait compétente. La conclusion d'une clause de prorogation de for par les parties et, de manière plus générale, l'exercice d'un droit d'option de compétence juridictionnelle, non soumis à l'appréciation du for exclusivement compétent ou autorisés par lui, apparaissent dès lors, toujours, comme un moyen de contournement de ses impérativités étatiques.

Devant le for saisi et compétent, la manœuvre des parties consiste alors à échapper à la compétence juridictionnelle exclusive d'un ordre juridique étranger ou à l'application de ses lois de police, en vue d'obtenir le prononcé d'une décision dégagée des impérativités normalement applicables, et qui n'aurait pu être obtenue en son sein. Elle prend dès lors la

---

<sup>2168</sup> V. cependant, sur *l'encouragement* au *forum shopping* auquel conduit le principe consacré en droit positif de licéité des clauses attributives de juridiction malgré l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige, *supra*, n° 94 et s.

forme d'un *forum shopping malus*<sup>2169</sup>, réalisé à l'encontre des impérativités édictées dans l'intérêt public d'un ordre juridique étranger<sup>2170</sup> et tendant à « déjouer l'appareil normatif que l'État a mis en place »<sup>2171</sup>. Il appelle ainsi incontestablement une sanction devant l'autorité juridictionnelle saisie, qu'il soit le fait du comportement de l'une des parties ou des deux.

**566.** S'agissant de sanctionner le contournement des impérativités d'un ordre juridique étranger recherché à travers sa saisine, le for devrait pouvoir décider d'appliquer la loi de police étrangère, en dépit des solutions qu'il retient sur le plan des conflits de lois, ou de s'abstenir d'exercer sa compétence juridictionnelle. Reconnaisant son incapacité à mettre en œuvre la loi de police normalement applicable, ou à le faire conformément à ce qui est attendu de l'ordre juridique étranger, il pourrait directement se dessaisir au profit des juridictions étrangères concernées. Dans ces deux hypothèses, il éviterait ainsi, de manière *préventive*, la consécration du contournement susceptible de découler de sa saisine ou assurerait directement le respect de la compétence exclusive étrangère fondée sur leur mise en cause.

Au stade de l'instance directe, une telle sanction du *forum shopping* depuis l'étranger apparaîtra la plupart du temps comme la seule susceptible d'être réalisée, dès lors que les tribunaux de l'ordre juridique dont les impérativités seraient mises en cause ne seront généralement pas saisis et n'auront souvent pas « la main » pour protéger leurs propres impérativités. Il devrait en être souvent ainsi, lorsque les parties auront d'un commun accord conclu une clause attributive de juridiction ou une clause compromissoire écartant sa saisine.

L'évitement du contournement des impérativités étrangères devant le for impliquera que celui-ci admette de *sanctionner* la transformation de l'option de compétence juridictionnelle, expressément admise par l'ordre juridique étranger ou *en pratique* existante, en une option de compétence législative que cet ordre juridique étranger ne reconnaît pas. Le for devrait en effet admettre que si l'État étranger a autorisé la licéité des clauses attributives de juridictions, il n'a pas, en revanche, voulu prolonger la liberté de choix des parties sur le plan de la loi applicable<sup>2172</sup>. Sous cet angle, le blocage des parties reposerait sur sa volonté de prendre en considération la violation de « l'autorité du système juridique et judiciaire »<sup>2173</sup> de l'ordre juridique étranger.

---

<sup>2169</sup> V. P. de Vareilles-Sommières, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », TCFDIP 1998-1999, p. 49 et s.

<sup>2170</sup> V. en ce sens, S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », TCFDIP 2010-2012, p. 255 et s., spéc., p. 261.

<sup>2171</sup> *Ibid.*

<sup>2172</sup> V. S. Clavel, *comm. préc.*, p. 265.

<sup>2173</sup> S. Clavel, *comm. préc.*, p. 271.

**567.** Ceci apparaît tout à fait envisageable, au regard de la contribution que le for pourrait admettre d'apporter à l'ordre juridique étranger pour assurer la protection de ses intérêts étatiques, et pourrait se justifier sous l'angle de la coopération internationale. Le caractère exclusif de la compétence juridictionnelle que l'ordre juridique concerné reconnaîtrait à ses tribunaux ferait apparaître, de manière évidente, le caractère *blâmable* du comportement des parties et la contrariété de la saisine du for par rapport aux solutions qu'il consacre, sans devoir être déduit du contournement de la loi de police qui pourrait résulter de l'exercice de sa compétence par l'autorité saisie.

La prise en compte du caractère frauduleux du comportement des parties pourrait favoriser la réalisation de la coordination, dès lors qu'elle permettrait d'asseoir l'effacement du for sur sa volonté de protéger *directement* certains intérêts qui lui sont propres. En déjouant « les manœuvres de ceux qui cherchent, en utilisant au maximum les possibilités de la théorie des conflits de lois et de l'autonomie de la volonté, à se jouer des ordres juridiques nationaux »<sup>2174</sup>, le for préserverait la crédibilité et la bonne administration de sa justice devant ses tribunaux. Il éviterait de laisser des manœuvres frauduleuses se réaliser *dans* son ordre juridique au détriment d'ordres juridiques étrangers. Il protégerait ainsi les intérêts du for, en assurant le caractère légitime des motifs qui fondent sa saisine et le caractère justifié de l'exercice de sa compétence juridictionnelle<sup>2175</sup>.

**568.** La possibilité de prendre en compte des comportements frauduleux réalisés à l'encontre des règles étrangères et destinés à produire leurs effets dans un ordre juridique étranger apparaît d'ailleurs de plus en plus largement reconnue en droit international privé contemporain. Admise en matière de fraude à la loi *stricto sensu*<sup>2176</sup>, elle semble se développer concernant les comportements frauduleux réalisés par la saisine d'une juridiction, à l'encontre des règles de compétence législative ou juridictionnelle d'un ordre juridique étranger. La pratique jurisprudentielle contemporaine semble en effet révéler qu'il existe en droit positif un « souci spontané du juge d'origine de priver d'efficacité une fraude à l'égard

---

<sup>2174</sup> P. Lagarde, « Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé », ASDI, 1979, p. 72 et s., spéc., p. 80.

<sup>2175</sup> V. sur ce point, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 454 et s.

<sup>2176</sup> V. not. CA Paris, 18 juin 1964, *Gunzbourg c/ dame Schrey*, Clunet 1964, p. 810, note J.-D. Bredin ; RCDIP 1967, p. 340, note Déprez, et sur ce point, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 305 et s. V. également, sur les solutions mises en place en droit français pour lutter contre les mariages de complaisance, not. E. Cornut, *thèse préc.*, n° 781 et s.

d'une compétence et d'une loi étrangère »<sup>2177</sup>, au moins en présence d'une modification de leur situation internationale de la part des parties<sup>2178</sup>.

Ainsi, les tribunaux français ont, à plusieurs reprises, refusé d'exercer leur compétence internationale et de se prêter ainsi au *forum shopping* des parties<sup>2179</sup>, en particulier lorsque leur compétence était fondée sur le privilège de juridiction par le rattachement à la nationalité française<sup>2180</sup>. De même, dans le cadre du droit de l'Union européenne, la Cour de justice a reconnu la possibilité de sanctionner le *forum shopping* réalisé grâce à une fraude à la compétence des juridictions étrangères, dans le cadre de la mise en œuvre des règlements européens<sup>2181</sup>. Concernant le contournement du droit substantiel applicable, réalisé par la saisine juridictionnelle, des exemples peuvent également être trouvés, dans lesquels les juridictions françaises ont accepté de se dessaisir pour sanctionner de manière préventive une fraude aux règles étrangères<sup>2182</sup>. En matière de faillites internationales<sup>2183</sup>, dans le cadre de la mise en œuvre du règlement CE n° 1346/2000, relatif aux procédures d'insolvabilité, la Cour de cassation a pu sanctionner une tentative de *forum shopping* caractérisé par le fait, pour une ressortissante allemande, de s'être placée frauduleusement sous le giron des procédures

---

<sup>2177</sup> S. Clavel, *communication préc.*, p. 273.

<sup>2178</sup> La manœuvre réalisée reposerait alors sur l'existence d'une réelle *fraude*, en ce sens que l'élément légal qui la caractérise serait réalisé.

<sup>2179</sup> V. sur ce point, B. Audit, *La fraude à la loi*, Dalloz 1974, n° 239 ; B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 307, p. 276 et s.

<sup>2180</sup> V. en particulier, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, *Sté Garrett*, RCDIP 1988, p. 364, note G. A. L. Droz ; Clunet 1988, p. 793, note E. Loquin ; JCP 1989. II. 21201, note Blondel et Cadiet. En l'espèce, alors que la compétence des juridictions françaises pouvait être fondée, la Cour de cassation refusa de reconnaître cette compétence, parce que la cession « n'avait d'autre but que de recourir au privilège de juridiction de l'article 14 du Code civil à raison de sa nationalité française et de créer ainsi volontairement un élément de rattachement artificiel destiné à soustraire le recouvrement de la créance et les droits qui y sont attachés [...] à ses juges naturels ».

<sup>2181</sup> V. not. CJCE, 27 septembre 1988, Aff. C-189/87, *Kalfelis c/ Banque et autres*, RCDIP 1989, p. 112, note H. Gaudemet-Tallon, Clunet 1989, p. 457, concl. Darmon ; CJCE, 4 juillet 1985, Aff. C-220/84, *AS Autoteile Service*, Rec. 2267, concl. Lenz ; RCDIP 1986, p. 142, note Mezger ; Clunet 1986, p. 449, obs. A. Huet ; CJCE, 20 février 1997, Aff. C-106/95, *M. S. G. c/ Les Gravières Rhénanes*, Rec. CJCE I-911 ; Dalloz 1997. IR. 69, et sur ce point, A. Nuyts, « Forum shopping et abus de *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 745 et s., n° 6 et s.

<sup>2182</sup> V. en matière d'état et de capacité des personnes, not., T. Seine, ord. prés., 28 septembre 1959, *Dawn Addams*, JCP G 1960, II, 11716, note P. Bellet ; RCDIP 1959, p. 587 ; CA Paris, 10 novembre 1959, Dalloz, 1960, p. 587 ; RCDIP 1960, p. 218. La Cour d'appel déclara que « le présent litige ne ressortit pas à la compétence des tribunaux français » et que la demanderesse s'était établie en France « dans l'intention évidente d'échapper à la règle italienne de l'indissolubilité du mariage ». V. également, en matière patrimoniale, TGI Paris, 12 novembre 1969, Clunet 1971, p. 816, note Ph. Malaurie, où les tribunaux français ont refusé d'exercer leur compétence sur le fondement de l'article 15 du Code civil, au motif que « la compétence exceptionnelle instituée par l'article 15 [...] ne saurait être invoquée par un étranger dans un but frauduleux ; qu'en l'espèce l'action de la demanderesse n'aurait pour résultat que de soustraire son compatriote [défendeur] à son juge naturel ainsi qu'elle-même en vue de frauder la législation édictée en matière de capitaux par sa législation nationale, sans aucun intérêt avouable ».

<sup>2183</sup> La matière se prête, en effet, de manière particulièrement importante au *forum shopping*. V. not. sur cette question, R. Damman, « Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridictions et de *forum shopping* », Dalloz 2005, p. 1779 et s.

collectives françaises en créant une résidence fictive en France<sup>2184</sup>, afin d'échapper au droit des procédures collectives allemand<sup>2185</sup>.

La possibilité, pour le for saisi, de sanctionner le comportement des parties à travers sa saisine apparaît, au demeurant, favorisée en droit positif par le déplacement progressif de l'autorité de contrôle des comportements frauduleux en faveur du for d'origine. Portée par le respect du principe de la reconnaissance mutuelle, dans les relations intra-européennes, une telle idée semble également se développer, dans le cadre de la mise en œuvre du droit commun<sup>2186</sup>.

Le fondement d'une telle prise en compte *indirecte* des impérativités étrangères doit, néanmoins, être précisé.

#### b) Fondement de la prise en compte

**569.** Si le *forum shopping* dont il est question s'apparente, quant à ses effets, à une fraude à la loi de police ou à la juridiction étrangère, l'absence de modification artificielle de la situation sur laquelle il repose empêche, néanmoins, de recourir à l'exception de fraude pour le sanctionner. Il est réalisé grâce à la simple exploitation de l'option de compétence que lui offre la concurrence des compétences juridictionnelles découlant de la situation internationale préexistante, et se rapproche pour cette raison davantage d'un abus commis dans l'exercice d'un droit : « Le demandeur ne dérobe pas une clef, il ne forge pas un double pour avoir accès à une juridiction à laquelle il ne pourrait normalement pas prétendre : il ne fait que se servir parmi les juridictions qui s'offrent à lui pour choisir celle qui lui sied le mieux. Il est susceptible de commettre certains abus dans l'exercice de cette faculté de choix, mais souvent, il n'aura commis aucune fraude pour y avoir droit. »<sup>2187</sup>

---

<sup>2184</sup> Il résulte en effet de l'article 3.1 du règlement que les juridictions compétentes sont celles de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur pour ouvrir une procédure d'insolvabilité principale.

<sup>2185</sup> V. Cass. Com. 15 février 2011, n° 10-13.832, 1<sup>re</sup> esp., *Schmitt*, Dalloz 2011, p. 1738, note R. Damman et A. Rapp ; Dalloz 2011, p. 1434, note L. d'Avout et S. Bollée ; Dalloz 2011, p. 589, obs. A. Lienhard ; JCP E 2011, p. 1298, note F. Mélin ; Gaz. Pal. 3 mars 2011, p. 27, obs. C. Berlaud.

<sup>2186</sup> V. not. en ce sens et sur ce point, H. Muir Watt, « Harcèlement sur harcèlement ne vaut, Des conceptions divergentes du droit fondamental à l'accès à la justice dans l'espace conventionnel européen », RGDP 1999, p. 747 et s. ; M. Raimon, « L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux », JCP 2000. I. 256 ; A. Nuyts, *art. préc.*

<sup>2187</sup> M. Raimon, « L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux », JCP G 2000, I, 256, n° 2, p. 1696. V. également H. Gaudemet-Tallon, « De l'abus de droit en droit international privé », in *Les relations privées internationales*, in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 383 et s.

**570.** Sauf à admettre, au stade direct, une extension du concept de *fraude* telle qu'elle a pu être admise dans le cadre du contentieux de l'*exequatur*<sup>2188</sup>, le *forum shopping* pratiqué dans le but de contourner les impérativités d'un ordre juridique étranger semblerait, dès lors, plutôt devoir être sanctionné grâce à la réserve de l'*abus de droit d'agir en justice*<sup>2189</sup>. Elle permet de sanctionner l'exercice d'un droit d'action en justice dans des conditions anormales<sup>2190</sup>.

S'agissant de sanctionner la saisine de juridictions étatiques, fondée sur la faculté laissée à un individu de choisir l'autorité qui tranchera leur différend, la notion d'abus de droit apparaît ici « à sa place, puisqu'elle affecte directement les limites de l'exercice des droits objectifs »<sup>2191</sup>. Plus spécifiquement, l'abus qui pourrait ici être caractérisé est celui qui a trait non pas directement au *droit d'action*, mais à l'exercice du droit conféré aux parties de choisir la juridiction qu'elles saisissent<sup>2192</sup>. Il a pour objet de sanctionner, dans les hypothèses de compétence concurrente, l'usage condamnable du droit de choisir le for, au regard du caractère *illégitime* ou *illicite* des motifs qui fondent la saisine de l'autorité juridictionnelle concernée. Dans de telles hypothèses, « l'abus ne réside pas tant dans la saisine elle-même que dans le choix de saisir un tribunal plutôt qu'un autre ordre juridique ou juridictionnel »<sup>2193</sup>. La saisine d'une autorité étatique n'apparaît pas comme un *but* pour le demandeur, mais comme le *moyen* de parvenir à un résultat différent de celui qu'il aurait obtenu s'il avait saisi une autre autorité parmi celles potentiellement compétentes.

**571.** Malgré les doutes qu'a pu susciter la reconnaissance de son existence et les incertitudes qui entourent sa mise en œuvre<sup>2194</sup>, le recours à ce concept pour sanctionner le *forum shopping*, blâmable quant à ses mobiles, semble aujourd'hui assez généralement admis en doctrine et parfois consacré dans la jurisprudence<sup>2195</sup>. En visant à sanctionner le

---

<sup>2188</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 138 et s.

<sup>2189</sup> V. sur ce type d'abus, not. J.-E. Callon, « L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ? », LPA, 28 mars 2000, p. 4 et s. ; E. Blary-Clément, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », JCP G 1991, I, 3534.

<sup>2190</sup> M. Raimon, *art. préc.*, n° 1.

<sup>2191</sup> Ph. Francescakis, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 avril 1959, RCDIP 1959, p. 495 et s., p. 500.

<sup>2192</sup> V. sur la distinction de cet abus avec celui qui pourrait être consacré dans l'exercice du droit d'action en justice, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 453 et s.

<sup>2193</sup> M. Raimon, *art. préc.*, n° 6.

<sup>2194</sup> V. sur ce point, E. Cornut, *thèse préc.*, n° 481 et les auteurs cités en note.

<sup>2195</sup> V. en droit français, sur l'utilisation qui a été faite de l'abus pour sanctionner le recours abusif à certaines règles de compétences juridictionnelles, en particulier celles fondées sur les articles 14 et 15 du Code civil, not. Cass. Soc., 8 novembre 1956, Bull. Civ. IV, n° 822, où la Cour a rappelé que « s'il est de principe que le défendeur étranger peut être cité devant le tribunal du domicile du demandeur français, c'est à la condition que l'exercice de ce droit ne constitue par un abus ». V. également, dans le même sens, Cass. Com., 19 mars 1979, Rev. Soc. 1979, p. 567, note Guyon ; RCDIP 1981, p. 524, note Lagarde. De même, la Cour de cassation a pu considérer que lorsque la compétence des juridictions françaises est fondée sur les articles 14 et 15 du Code civil, et que les parties n'ont, aucune des deux, leur résidence en France, le demandeur devrait pouvoir saisir à son choix une juridiction française à condition que ce choix ne soit *ni abusif ni frauduleux*. V. CA Colmar, 30 avril 1863, S. 1863, 2, 125 ; Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 12 juillet 1962, Clunet 1963, p. 1056, note Sialelli ; CA Douai, 9 mars 1965, RCDIP 1965, p. 715, 2<sup>e</sup> esp., note P. Lagarde ; Clunet 1966, p. 372, note Sialelli ; CA Paris, 22 février 2001, RTD com. 2002, p. 662, obs. E. Loquin.

détournement de la fonction économique ou sociale d'un droit<sup>2196</sup>, il permettrait d'éviter de transformer l'option de compétence internationale conférée aux parties en droit discrétionnaire<sup>2197</sup> et pourrait remédier aux effets néfastes que la pratique induit pour les parties et les États<sup>2198</sup>.

La notion d'abus de droit semble en particulier pouvoir trouver des fondements dans la jurisprudence « anti-contournement » développée par la Cour de justice de l'Union européenne<sup>2199</sup>. Cette jurisprudence a consacré la possibilité, pour les États, de limiter l'exercice des droits découlant des dispositions européennes, dans la mesure où ils seraient exercés de manière à se soustraire à des lois nationales plus contraignantes<sup>2200</sup>, ce qui devrait inclure les hypothèses d'exploitation abusive des options de compétences juridictionnelles offertes par les règlements en matière civile et commerciale<sup>2201</sup>.

Plus spécifiquement, la possibilité de recourir à la notion *d'abus de droit*, pour faire échec à l'efficacité d'une prorogation de compétence internationale, a d'ailleurs été mise en avant par H. Gaudemet-Tallon<sup>2202</sup>. Elle sera opportune « en premier lieu parce que les conséquences de l'acte abusif seront beaucoup plus graves si l'attribution de compétence a eu lieu au profit d'un tribunal étranger, en second lieu parce que l'incertitude des règles de compétence judiciaire internationale rend la prorogation abusive à la fois plus facile à réaliser et plus difficile à apprécier »<sup>2203</sup>.

**572.** Dans l'hypothèse envisagée, le recours à la notion d'abus pourrait ainsi fonder la reconnaissance de la logique blâmable sur laquelle reposerait la saisine des tribunaux du for. L'illégitimité des motifs du recours à sa juridiction devrait pouvoir être déduite de la volonté

---

<sup>2196</sup> V. en ce sens, Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2006/2007, n° 6864 ; L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'Abus de Droits*, Dalloz, Paris, 1939, n° 291 et s.

<sup>2197</sup> V. sur ce point et en ce sens, E. Cornut, *thèse préc.*, n° 485 et s., p. 387 et s. ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 454.

<sup>2198</sup> V. not. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 454 ; rappr. H. Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, RCADI 2005, t. 312, p. 9 et s., n° 424 et s.

<sup>2199</sup> V. sur le lien existant entre l'abus de droit et le recours à la fraude qui a été consacré dans ce cadre, M. Menjuq, note sous CJCE, 30 septembre 2003, *Inpsire Act, préc.*, Clunet 2004, p. 926 et s.

<sup>2200</sup> Ainsi, la Cour a souligné, de manière générale, que, « le droit communautaire n'interdit pas à un État membre d'adopter, en l'absence d'harmonisation, des mesures destinées à éviter que les facilités créées en vertu du traité soient utilisées de façon abusive et contraire à l'intérêt légitime de cet État », CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, Aff. C-19/92, Rec. I-1663, point 34. V. également, CJCE, 12 mars 1996, *Pafitis E. A.*, Aff. C-441/93, Rec. I. 1347 ; CJCE, 2 mai 1996, *Paletta*, Aff. C-206/94, Rec. p. I-2357, concl. Cosmas, point 24 ; CJCE, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, *Kefalas*, Rec. CJCE 1998, I, p. 2843, concl. G. Tesauro ; RTD com. 1998, p. 1000, obs. Luby ; Rev. sociétés 1998, p. 794, note Dana-Démaret ; Europe 1998, n° 225 et 247, obs. Lagodet, point 20 ; CJCE, 23 mars 2000, Aff. C-373/97, *Diamantis*, Rec., p. I-1705, concl. A. Saggio ; RTD com. 2000, p. 777, obs. Luby, point 34, où la Cour a déclaré que les « juridictions nationales peuvent [...] en se fondant sur des éléments objectifs, tenir compte du comportement abusif de l'intéressé pour lui refuser, le cas échéant, le bénéfice de la disposition communautaire invoquée ». V. sur ces affaires, not. E. Cornut, *thèse préc.*, n° 513 et s., p. 408 et s. ; A. Nuyts, *art. préc.*, p. 772 et s.

<sup>2201</sup> V. not. en ce sens, A. Nuyts, *art. préc.*, p. 775-776 ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 459.

<sup>2202</sup> V. H. Gaudemet-Tallon, « De l'abus de droit en droit international privé », in *Les relations privées internationales*, in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 383 et s.

<sup>2203</sup> H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz 1965, n° 327 et s. V. également, dans le même sens, E. Cornut, *thèse préc.*, n° 487, p. 389



des parties d'expatrier le contentieux en dehors des frontières d'un ordre juridique dont les impérativités sont mises en cause, afin de se soustraire à leur application.

Il devrait alors être détaché, quant à sa caractérisation, de la seule existence d'une atteinte portée aux intérêts procéduraux<sup>2204</sup> de l'un des plaideurs<sup>2205</sup>, et être admis en l'absence de toute existence de volonté de nuire. Ce faisant, la notion d'abus de droit semble appeler un recours au critère général du *détournement du droit* ou du *défaut d'intérêt légitime dans l'usage qui en est fait*<sup>2206</sup>, tel qu'il a pu être dégagé au niveau européen<sup>2207</sup>. Dans ce cadre, néanmoins, en l'absence de critères prédéterminés au regard desquels le for pourrait caractériser l'existence d'un comportement abusif<sup>2208</sup>, et du fait de la difficulté que présentera nécessairement l'identification des objectifs poursuivis par les parties à travers sa saisine<sup>2209</sup>, la caractérisation de l'abus sera faite « en fonction du contexte dans lequel il a été commis »<sup>2210</sup>, et ne pourra être qu'aléatoire et incertaine<sup>2211</sup>. Elle reposera en définitive, dans une large mesure, sur la volonté subjective de l'autorité saisie, et ne pourra reposer éventuellement que sur des données factuelles approximatives et non déterminantes<sup>2212</sup>. La découverte d'un abus dépendra alors en réalité de l'appréciation que portera cette autorité sur le contenu et les finalités de la norme étrangère fraudée par les parties et de sa volonté d'apporter sa contribution ou non à la protection des intérêts étatiques qu'elle met en cause.

---

<sup>2204</sup> V. considérant que l'abus du droit d'option de compétence internationale s'identifie à un abus purement processuel, lié à des considérations qui tiennent à l'accessibilité du for, et ne peut reposer sur une prise en compte des considérations de droit substantiel, A. Nuyts *thèse préc.*, n° 548

<sup>2205</sup> V. mettant en avant la distinction entre la fraude à la compétence, qui porterait atteinte aux intérêts de l'ordre juridique fraudé et les comportements abusifs, qui porteraient « avant tout » atteinte aux intérêts privés du plaideur victime, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 454.

<sup>2206</sup> V. également, sur le critère de la proportionnalité, utilisé également comme alternative à celui fondé sur le détournement du droit, en particulier dans le cadre européen, A. Nuyts, *art. préc.*, p. 780 et s. ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 459 et s. ; E. Cornut, *thèse préc.*, n° 648 et s.

<sup>2207</sup> V. CJCE, 23 mars 2000, Aff. C-373/97, *Diamantis*, *préc.* point 38. V. également, faisant référence à des avantages « illégitimes et manifestement étrangers à l'objectif de ladite disposition », CJCE, 12 mai 1998, Aff. C-367/96, *Kefalas*, *préc.* point 28, et V. également, CJCE, 14 décembre 2000, Aff. C-110/99, *Emsland*, Rec. I-11569, concl. Alber ; Europe 2001, n° 52, obs. Simon, où la Cour a rappelé que l'abus de droit supposait un ensemble de circonstances objectives, « d'où il résulte que, malgré le respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint » (point 52).

<sup>2208</sup> V. en ce sens, not. E. Cornut, *thèse préc.*, n° 482, p. 386.

<sup>2209</sup> Elle apparaîtra ici d'autant plus délicate et aléatoire qu'elle devrait être déduite au stade précontentieux, avant même que le for ait statué sur le fond du litige, mettant en avant le fait que la détermination de l'existence d'un abus dans l'exercice du droit de saisir la juridiction compétente implique « une appréciation décalée dans le temps » puisque la fin poursuivie par l'auteur de l'action se révélera ultérieurement à la saisine, E. Cornut, *thèse préc.*, n° 777, p. 586.

<sup>2210</sup> J. Prévault, « L'abus de droit », Ann. Clermont-Ferrand, 1991-1992, vol. 27/28, p. 129 et s., cité par E. Cornut, *thèse préc.*, n° 481.

<sup>2211</sup> Dans l'hypothèse où le for étranger consacrerait un chef de compétence juridictionnelle exclusive corrélée à l'application de sa loi de police, néanmoins, l'incompatibilité de cette saisine avec les solutions consacrées dans l'ordre juridique étranger pourrait apparaître à la fois *certaine* et *manifeste*. V. sur la limitation de la prise en compte de ces hypothèses d'abus aux hypothèses où celui-ci *est manifeste*, en droit anglais, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 456, et les arrêts cités.

<sup>2212</sup> Sur lesquelles, V. par ex. S. Clavel, *communication préc.*, p. 267.

**573.** Sous cet angle, la volonté du for de sanctionner le comportement frauduleux des parties à travers sa saisine n'apparaîtrait pas comme le *fondement autonome* d'une prise en compte des impérativités étrangères, mais pourrait seulement venir *l'inciter* à s'effacer, dans la mesure où il admettrait, sur le principe, de contribuer à la protection de ces impérativités et reconnaîtrait le caractère *légitime* de la compétence étrangère revendiquée.

Au cas concret, la constatation de l'intention illégitime des parties, lorsqu'elle existerait, viendrait ainsi confirmer, du point de vue du for, l'opportunité de s'abstenir d'exercer sa compétence juridictionnelle ou d'appliquer la loi de police étrangère. Elle permettrait de détacher cette abstention d'une attitude purement altruiste que devrait adopter le for en faveur des seuls intérêts étrangers, en permettant de la justifier également sous l'angle de la protection directe des intérêts du for, et apparaîtrait ainsi comme une raison *supplémentaire* d'admettre une prise en compte des impérativités étrangères.

La prise en compte des impérativités étrangères devrait également pouvoir être justifiée par d'autres considérations.

## **B) Incidence de considérations objectives**

**574.** L'effacement consenti par le for pour respecter la compétence d'un ordre juridique étranger, fondée sur la mise en cause d'une vraie loi de police, pourrait être justifié sous l'angle de considérations *objectives*. Elles apparaissent susceptibles d'entrer en jeu pour *inciter* le for à accepter de coopérer à la protection des impérativités étrangères.

Dès lors, néanmoins, qu'elles ne semblent réellement opérantes et exploitables que pour respecter la compétence juridictionnelle d'un ordre juridique étranger, leur analyse confirme l'opportunité de consacrer, dans l'ordre juridique dont les impérativités seraient mises en cause, un chef de compétence juridictionnelle exclusif corrélé à l'applicabilité des vraies lois de police. Celles-ci, bénéficiant d'une protection renforcée et efficace dans leur *for d'origine*, verraient, dans le for étranger, accroître les chances de leur prise en compte.

Ces justifications, dont la prise en compte est généralement admise en droit positif pour fonder les règles par principe applicables, interviennent d'ailleurs, de manière alternative ou cumulative, pour fonder la mise en retrait exceptionnelle des conceptions du système juridique du for, dans le cadre des mécanismes de coordination consacrés en droit positif ou envisagés par la doctrine, non directement rattachés à l'objectif de protection des intérêts

étatiques<sup>2213</sup>. Le respect des impérativités étatiques mises en cause à l'étranger pourrait ainsi se justifier sous l'angle du respect du *principe de proximité* (1) et de l'effectivité du jugement (2).

### 1-Liens étroits de la situation avec le for étranger

**575.** En droit international privé contemporain, le *principe de proximité*<sup>2214</sup> fonde habituellement les règles de compétence juridictionnelle et législative d'un ordre juridique, au regard des liens qu'il entretient objectivement avec le litige (a). Sous cet angle, la proximité que devrait présenter l'ordre juridique d'origine des lois de police avec la situation juridique devrait permettre de reconnaître le caractère *raisonnable* de sa compétence et de justifier sa prise en compte depuis l'étranger (b).

#### a) Contour du principe de proximité

**576.** Dans le *droit de rattachement* que constitue le droit international privé<sup>2215</sup>, le *principe de proximité* apparaît comme le fondement des règles de compétence internationale. Celles-ci sont établies en considération du lien devant exister entre une situation internationale et l'ordre juridique désigné. Ce principe apparaît comme une « exigence [...] qui doit être satisfaite à moins qu'un autre fondement ne permette de justifier la compétence [...] »<sup>2216</sup>. Il est pris en compte par la plupart des législations nationales dans la définition du régime de leur compétence<sup>2217</sup> et constitue le critère à l'aune duquel est déduit le caractère *raisonnable* de celle-ci.

Il est défini par P. Lagarde comme un principe commun à l'ensemble des domaines du droit international privé, exprimant « simplement 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 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 le rattachent à l'autorité qui l'a prise »<sup>2218</sup>.

---

<sup>2213</sup> V. *infra*, TITRE III, Chapitre 2.

<sup>2214</sup> V. P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986, t. 196, p. 9 et s.

<sup>2215</sup> P. Lagarde, *cours préc.*, n° 2, p. 26.

<sup>2216</sup> L. Usunier, *thèse préc.*, n° 223, p. 171.

<sup>2217</sup> A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003, n° 463.

<sup>2218</sup> P. Lagarde, *cours préc.*, p. 9-10.

**577.** Le principe de proximité a été systématisé en matière de compétence législative pour remédier à l'excès d'abstraction et de rigidité de la méthode bilatérale de Savigny<sup>2219</sup>. Il repose sur une démarche concrète, fondée sur l'analyse des différents éléments de rattachement de la situation et permettant de déduire l'ordre juridique avec lequel elle entretient *effectivement* les liens objectifs les plus étroits avec la situation<sup>2220</sup>.

Il est généralement considéré qu'il permet d'assurer l'uniformité des solutions et l'élimination des situations boiteuses, le respect des attentes légitimes des parties, l'équilibre entre les intérêts respectifs des États à régir la situation, et la « justice » de la solution du conflit de lois<sup>2221</sup>. À défaut de loi choisie par les parties, l'application de la loi avec laquelle le contrat entretient les liens les plus étroits apparaîtrait comme « une solution de remplacement apte à satisfaire les attentes inexprimées des parties aussi bien que les intérêts que défendent les États dont les lois sont en conflit »<sup>2222</sup>. Entendu de manière en quelque sorte *assouplie* en droit positif, sous la forme d'une exigence de liens simplement « étroits », entre la loi applicable et le rapport de droit en cause<sup>2223</sup>, il fonde ainsi, de manière directe ou indirecte, l'ensemble des solutions consacrées. Il inspire à la fois les règles de conflit de lois par principe applicables<sup>2224</sup> et les mécanismes *correcteurs* permettant d'écarter au cas concret les règles désignant une loi présentant des liens trop lâches avec le rapport de droit<sup>2225</sup>.

**578.** Ce même principe de proximité, sur le plan de la compétence juridictionnelle, est également considéré comme une *exigence minimale*<sup>2226</sup> dont dépendrait le caractère *raisonnable* de la compétence juridictionnelle des tribunaux d'un ordre juridique. Il est généralement considéré comme le seul critère suffisamment général pour constituer le droit commun de la compétence internationale<sup>2227</sup>. À cet égard, il constitue, d'ailleurs, le fondement de la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale dans la plupart

---

<sup>2219</sup> V. sur cette méthode, F.-C. von Savigny, *Traité de droit romain*, t. VIII, traduction Guenoux, 2<sup>e</sup> éd., 1860, Firmin-Didot, § 348.

<sup>2220</sup> P. Lagarde, *cours préc.*, n° 4, p. 30.

<sup>2221</sup> V. sur le détail de ces différentes justifications, P. Lagarde, *cours préc.*, spéc., n° 4, p. 29.

<sup>2222</sup> J.-M. Jacquet, *Rép. dr. int. Dalloz*, V° *Contrats*, n° 132.

<sup>2223</sup> L'application d'une disposition étatique apparaîtrait en effet de plus en plus fréquemment considérée comme étant justifiée et raisonnable à partir du moment où son rattachement avec le rapport apparaît effectivement caractérisé, alors même qu'une autre loi pourrait posséder des liens aussi forts avec lui. V. sur ce point et en ce sens, not. T. Ballarino, G. P. Romano, « Le principe de proximité chez Paul Lagarde », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 37 et s., spéc., p. 42.

<sup>2224</sup> V. not., les articles 4-3 et 4-4 du règlement Rome, I qui consacrent expressément ce principe. Il ne fait aucun doute, également, que l'article 4.1 qui prévoit des rattachements prédéterminés repose également sur ce principe.

<sup>2225</sup> Il se manifeste, sous cet angle, en particulier par le biais de la clause d'exception. V. not. sur ce point, D. Kokkini-Iatridou, « Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et conflits de juridictions ou le principe de la proximité », *Martinus Nijhoff*, Pub., 1994.

<sup>2226</sup> L. Usunier, *thèse préc.*, n° 223.

<sup>2227</sup> V. en ce sens, P. Lagarde, *cours préc.*, n° 182.

des règles étatiques et fonde les règles de compétence prévues dans les règlements européens<sup>2228</sup>.

Il trouve généralement deux types de justifications, fondées sur une approche privatiste et publiciste. Sous le premier angle, il est généralement avancé qu'il permettrait principalement de répondre, en matière de compétence juridictionnelle directe<sup>2229</sup>, à la satisfaction de l'intérêt des parties en assurant la bonne administration de la justice<sup>2230</sup>, et qu'il serait conforme, de manière générale, à l'efficacité de la justice<sup>2231</sup>. Ce faisant, la proximité d'une juridiction par rapport au litige assurerait également la *légitimité* de cette compétence, en garantissant son utilité et son intérêt<sup>2232</sup>, et pourrait inciter à sa prise en compte dans les ordres juridiques étrangers. Dans sa justification publiciste, d'autre part, il est considéré que l'existence de *contacts minimums* entre le juge saisi et la situation permettrait de préserver les relations harmonieuses entre les États, en évitant les compétences excessives ou exorbitantes, qui pourraient risquer de porter atteinte à la souveraineté des États étrangers.

**579.** Quant au contenu de l'exigence de *proximité*, il est admis que la localisation du litige s'apprécie au regard des éléments caractéristiques de la situation litigieuse<sup>2233</sup>, et recouvre à la fois la question des liens de l'objet du litige avec le juge et des liens qu'entretiennent les parties avec cette juridiction<sup>2234</sup>. L'intensité des liens requis n'implique pas que la juridiction désignée présente le rattachement *le plus étroit* avec la situation juridique, mais simplement que celle-ci entretienne un lien *significatif et réel* avec l'affaire<sup>2235</sup>. Ce faisant, il ne conduit donc pas, en principe, à conférer une compétence *exclusive* à une juridiction étatique, mais se satisfait de la concurrence potentielle des autorités juridictionnelles compétentes, en permettant de fonder la compétence de plusieurs juridictions qui toutes entretiennent un lien significatif avec le litige et dont la compétence apparaît, de ce fait, légitime. En réalité, il assurerait que les liens établis sont suffisamment étroits pour justifier raisonnablement la

---

<sup>2228</sup> V. en ce sens, concernant le règlement Bruxelles I, Rapport Jénard, JOCE n° C 59/1 du 5 mars 1979, p. 22, et sur ce point, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 225 et s.

<sup>2229</sup> Il semble également apparaître comme une exigence imposée à la reconnaissance de la compétence indirecte du juge étranger, telle qu'elle résulte de l'arrêt *Simitch* (*préc.*), en particulier à travers la référence faite au « lien caractérisé ». V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 226, p. 173.

<sup>2230</sup> V. en ce sens, P. Lagarde, *cours préc.*, p. 133.

<sup>2231</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 231 et s.

<sup>2232</sup> V. en ce sens et sur ce point, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 232 et 233.

<sup>2233</sup> Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, Étude de droit international privé*, Thèse Paris II, 1981, n° 601, p. 584.

<sup>2234</sup> V. not. en ce sens, A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003, n° 471 ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 236 et s.

<sup>2235</sup> V. P. Lagarde, *cours préc.*, n° 124, p. 130. En pratique, néanmoins, le recours à ce critère conduit la plupart du temps les tribunaux des États de *common law* à se dessaisir sur le fondement du *forum non conveniens* dès que l'affaire présente des liens *plus étroits* avec un tribunal étranger, même lorsque l'affaire présente un *lien étroit* avec le for.

compétence juridictionnelle et permettre de respecter cumulativement les exigences imposées par le respect des différents intérêts étatiques et privés mis en cause.

Il permettrait ainsi de préserver la commodité procédurale des parties et leur prévisibilité quant à la juridiction compétente, et garantirait, dans l'intérêt des États, à la fois une bonne administration de la justice, une limitation du *forum shopping* et le respect de la courtoisie internationale<sup>2236</sup>.

**580.** Le respect du *principe de proximité*, de manière générale, apparaîtrait ainsi comme le fondement de la désignation d'un ordre juridique pouvant raisonnablement et légitimement, compte tenu de l'ensemble des intérêts mis en cause, prétendre exercer un contrôle sur la résolution du litige, en le soumettant à la connaissance de ses juridictions et à son système de droit international privé. Sous ces angles législatif et juridictionnel, la compétence qu'un ordre juridique revendiquerait pour assurer le respect de ses lois de police semblerait pouvoir répondre à ces exigences imposées par le *principe de proximité*.

#### b) Conformité de la compétence étrangère au critère de la proximité

**581.** La conformité de la compétence législative revendiquée par un ordre juridique étranger à travers la mise en cause de ses lois de police avec le *principe de proximité* est très généralement considérée comme une condition de sa prise en compte depuis l'étranger.

Une telle exigence a pu, d'ailleurs, être explicitement formulée au niveau européen s'agissant de la mise en œuvre des « lois de police européennes »<sup>2237</sup>, et apparaît retenue pour celle des lois de police étatiques. Elle apparaissait dans la convention de Rome à travers la référence à l'existence d'un *lien étroit* entre l'État dont la loi de police serait applicable et la situation qu'elle vise<sup>2238</sup> et se retrouve renforcée, à travers la limitation drastique des lois de police étrangères susceptibles d'être mises en œuvre, posée dans le règlement Rome I. Restreignant désormais cette possibilité de prise en compte à celles « du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites

---

<sup>2236</sup> Rappr. L. Usunier, *thèse préc.*, n° 239.

<sup>2237</sup> V. en particulier, la directive européenne n° 93/13/CEE sur les clauses abusives, qui impose aux États membres de « prendre les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des États membres », et CJCE, 9 novembre 2000, C-381/98, *Ingmar (préc.)*, qui limite son application aux contrats ayant un « lien étroit » avec la Communauté.

<sup>2238</sup> V. art. 7.1 de la convention.

lois de police rendent l'exécution du contrat illégale »<sup>2239</sup>, le règlement Rome I impose la teneur des liens qui doivent être établis entre l'ordre juridique étranger concerné et la situation juridique.

**582.** D'une façon générale, il est unanimement admis que la mise en œuvre de la loi de police étrangère devrait impliquer que le for reconnaisse 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 »<sup>2240</sup>. La prise en compte des liens existants entre la situation et l'ordre juridique étranger concerné devrait également toujours intervenir dans l'analyse du for, même en l'absence de formulation expresse d'une telle condition<sup>2241</sup>, parce qu'elle apparaît comme un *vecteur de légitimité* de cette compétence.

**583.** Corrélativement, la conformité de la compétence étrangère revendiquée à ce principe, sur les plans législatif ou juridictionnel, pourrait apparaître dans le for comme un facteur incitant à tenir compte des impérativités étrangères mises en cause. Elle indiquerait que la compétence étrangère peut *a priori* être considérée comme étant *objectivement raisonnable* et peut être mise en œuvre sans risquer de porter atteinte, du moins de manière excessive, à la bonne administration de la justice et aux prévisions légitimes des parties.

À cet égard, la compétence juridictionnelle et législative qui résulterait de la mise en cause d'une vraie loi de police devrait en principe répondre à l'exigence de proximité. Mettant par principe directement en cause un intérêt étatique particulièrement fondamental, les dispositions de ce type ne devraient être applicables que dans les hypothèses où l'ordre juridique dont elles émanent serait réellement impliqué dans la résolution du litige<sup>2242</sup>.

Or, cette implication devrait, en pratique, nécessairement induire l'existence d'un lien étroit entre cet ordre juridique et la situation concernée, dès lors qu'il est évident que plus un litige est éloigné, *objectivement*, d'un ordre juridique donné, moins cet État est logiquement intéressé et fondé à vouloir faire prévaloir ses propres conceptions sur celles d'un ordre

---

<sup>2239</sup> V. art. 9.3 du règlement. V. également, sur la soumission des contrats de travail aux lois de police du lieu d'exécution, qui repose également sur des considérations de localisation objective, P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, préf. J.-M. Bischoff, 1994, LGDJ, n° 317, p. 454.

<sup>2240</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., n° 62.

<sup>2241</sup> V. sur ce point, concernant la prise en compte des lois de police dans le cadre de l'arbitrage, not. L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, RCADI 2005, t. 315, p. 1 et s., n° 137, p. 443.

<sup>2242</sup> V. sur la compatibilité et la superposition existant entre l'implication d'un État et la proximité objective avec le litige, qui permet d'envisager l'adaptation du mécanisme du *forum non conveniens* pour réaliser l'objectif de protection des impérativités étatiques poursuivi, *supra*, n° 575 et s.

juridique normalement compétent<sup>2243</sup>. Un rapprochement pourrait ainsi être fait entre l'intensité des liens unissant une situation juridique et un ordre juridique, et le degré de mise en cause des intérêts étatiques de celui-ci. Il apparaît, d'ailleurs, à travers les propositions qui ont été faites de résoudre les conflits de lois de police grâce à un recours au *principe de proximité*<sup>2244</sup>.

**584.** Pour cette raison, les lois de police, fondées sur des rattachements unilatéraux fixant leur champ d'application au regard du but qu'elles poursuivent, ne devraient en principe revendiquer à s'appliquer que dans des hypothèses où un lien étroit serait consacré entre la situation juridique et l'ordre juridique dont elles émanent, dès lors qu'il apparaîtrait en réalité *nécessaire* à la mise en cause des intérêts étatiques dont elles visent justement à assurer la protection<sup>2245</sup>.

S'agissant des lois de police de type *administratif*, l'étroitesse des liens de la situation avec l'ordre juridique étranger concerné serait d'autant plus assurée que leur application devrait la plupart du temps être liée à la réalisation de faits sur le territoire de l'État dont elles émanent, et pourrait même induire l'implication *conceptuelle* de cet État par l'intervention de ses organes judiciaires ou administratifs. Leur rattachement territorial<sup>2246</sup> devrait ainsi assurer non seulement l'existence d'un rattachement avec l'ordre juridique concerné, mais aussi l'*intensité* particulière de ce rattachement.

En fait, pour ces dispositions, il semblerait possible d'admettre que la mise en cause des intérêts étatiques *s'ajoute* à l'existence d'une proximité de l'ordre juridique concerné avec la situation, pour fonder la compétence revendiquée, dont les justifications reposeraient également sur l'existence de liens objectifs entre la situation et cet ordre juridique. Il a été dit, en ce sens, que « l'intérêt de l'État à réaliser concrètement sa politique dans une espèce déterminée est indépendant de la seule volonté qu'il pourrait avoir de la promouvoir, puisqu'un tel intérêt, qui revêt un sens objectif et non subjectif, est tributaire des liens qu'entretient cet État avec les individus ciblés par la règle de fond, lesquels doivent être évalués au regard des finalités de celle-ci »<sup>2247</sup>.

---

<sup>2243</sup> V. en ce sens, T. Ballarino, G. P. Romano, « Le principe de proximité chez Paul Lagarde », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz, Paris, 2005, p. 37 et s., spéc., p. 49.

<sup>2244</sup> V. en ce sens, P. Lagarde, intervention suite à la communication de M. Schultsz, « Les lois de police étrangères », TCFDIP 1982-1983, p. 38 et s. et sur ce point, également pour départager des compétences exclusives, *supra*, n° 518. V. aussi, de manière plus générale, sur la méthode *proximiste* utilisée pour évaluer le degré d'implication de l'État, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 582, p. 835.

<sup>2245</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 344 ; B. Rémy, *thèse préc.*, n° 558.

<sup>2246</sup> V. en ce sens, A. Nuyts, « L'application des lois de police dans l'espace », RCDIP 1999, p. 31 et s., n° 12.

<sup>2247</sup> H. Muir Watt, « L'internationalité et le droit de la famille », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2002, n° 46 et s., p. 51 et s.



**585.** À cet égard, l'incidence du *principe de proximité* sur la décision du for de tenir compte de la compétence étrangère fondée sur ces impérativités pourrait d'ailleurs apparaître d'autant plus importante lorsqu'elle prendrait la forme d'une revendication de compétence juridictionnelle. Il en est ainsi parce que sa conformité au principe de proximité, n'imposant toujours que l'existence de « liens étroits » et non pas « les plus étroits »<sup>2248</sup>, apparaîtrait plus parfaite<sup>2249</sup> et répondrait à coup sûr à l'intensité des liens exigés par le respect de ce principe.

À cette considération pourrait également s'ajouter celle relative à l'harmonie des solutions et au principe d'effectivité.

## 2-Réalisation de l'harmonie internationale des solutions

**586.** L'objectif d'harmonie internationale des solutions, assez généralement avancé en faveur de la prise en compte des lois de police étrangères, doit être précisé quant à ses contours. Il apparaît extrêmement général et recouvre d'autres arguments objectifs, en particulier celui tiré de *l'effectivité des jugements* (a). Envisagé sous cet angle, néanmoins, l'argument apparaît en réalité assez relatif et n'est susceptible d'apparaître opérant qu'à certaines conditions (b).

### a) Teneur de l'argument

**587.** La nécessité d'assurer *l'harmonie internationale des solutions* apparaît très généralement mise en avant pour justifier la prise en compte des lois de police étrangères<sup>2250</sup>. La mise en œuvre de ces dispositions, devant le for, s'imposerait pour répondre à des préoccupations de coordination des systèmes et serait nécessaire pour éviter que des solutions divergentes ou même incompatibles soient consacrées dans les différents ordres juridiques susceptibles d'être intéressés dans la résolution d'un différend.

---

<sup>2248</sup> V. sur la différence de degré d'exigence requise sur le plan de la compétence juridictionnelle et de la compétence législative, concernant ce lien de proximité, not. H. Batiffol, « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », in *De conflictu legum*, in *Mélanges R. Duco Kolléwijn et J. Offerhaus*, 1962, A.W. Sijthoff, p. 55 et s., p. 58.

<sup>2249</sup> Il se pourrait en effet, tout à fait, que la loi de police étrangère applicable n'apparaisse pas comme présentant « les liens les plus étroits ». Ceci, d'ailleurs, paraît hautement probable, sans quoi l'on peut penser qu'elle intégrerait la *lex causae*, désignée par la règle de conflit de lois applicable dans le for.

<sup>2250</sup> V. not. P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 31 : *art. préc.* Clunet 1981, n° 45, p. 320 ; *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 1 et s., n° 173, p. 186 ; K.-H. Neumayer, « L'autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », RCDIP 1958, p. 53 et s., p. 58 ; E.-A. Oprea, *Droit de l'Union européenne et lois de police*, L'Harmattan, 2015., n° 520 ; Y. Lequette, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, 1976, Dalloz, n° 201, p. 230.; P. Lagarde, « Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé », ASDI, 1979, p. 72 et s., p. 88 et « *Perpetuatio fori* et litispendance en matière internationale », TCFDIP 1971-1973, p. 237 et s. ; D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 563 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 127.

En fait, l'argument apparaît plus spécifiquement avancé sous l'angle de ses conséquences concrètes, relatives à la reconnaissance des jugements et à la prévisibilité des solutions qui lui sont liées, au regard de la possibilité d'assurer l'efficacité de la décision qui serait rendue dans le for. Il est généralement mis en avant que l'État dont émanent les lois de police applicables exige leur mise en œuvre et refusera de reconnaître les décisions qui consacreront leur violation.

Un tel argument est très largement invoqué pour justifier la prise en compte des lois de police en matière d'arbitrage. L'importance qu'il y aurait à ce que l'arbitre prononce une sentence susceptible de produire des effets est systématiquement rappelée, dans l'intérêt des parties et pour assurer la pérennité de l'institution arbitrale<sup>2251</sup>. Il est généralement admis, en effet, qu'une telle considération devrait le guider dans la mise en œuvre des lois de police étatiques<sup>2252</sup>, en particulier celles de l'ordre juridique du siège de l'arbitrage, compte tenu du risque d'annulation de la sentence qui en découlerait<sup>2253</sup>. Ainsi, L. G. Radicati di Brozolo a pu déclarer qu'« en faveur de l'application des lois des pays où serait demandé l'*exequatur*, ainsi que de ceux qui prétendraient exercer leur compétence juridictionnelle, on pourrait invoquer un principe d'effectivité, au vu duquel il serait inopportun de rendre une sentence non susceptible de produire des effets »<sup>2254</sup>.

**588.** Le respect de la compétence qu'un État étranger revendique du fait de la mise en cause de ses impérativités apparaît alors justifié sous l'angle du principe plus général de *l'effectivité de la justice*, tel qu'il est susceptible d'intervenir au stade de l'instance directe, devant l'autorité chargée de se prononcer sur la résolution d'un différend.

Ce principe apparaît, de manière générale, comme un « principe directeur non exprimé »<sup>2255</sup>, qui influence l'élaboration des règles de droit international privé, et vise à établir une *adéquation* entre la règle de droit et le fait<sup>2256</sup>. Il est susceptible d'être pris en compte, au stade de la constitution d'une situation juridique ou de la reconnaissance d'une

---

<sup>2251</sup> V. en ce sens, not. Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 392 et s.

<sup>2252</sup> V. en particulier, sur ce point et en ce sens, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 899 ; Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 370 et s.

<sup>2253</sup> V. sur ce point, L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, RCADI 2005, t. 315, p. 1 et s., n° 150, p. 461, qui déclare qu'« il est vrai que, dans la perspective considérée ici, cette loi doit être prise davantage en considération par les arbitres que la *lex causae*, puisqu'elle est la loi du pays dont les juges peuvent être amenés en premier lieu à contrôler la sentence, et qui peut compromettre de manière presque irrémédiable le sort de celle-ci par une annulation ».

<sup>2254</sup> L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 135, p. 441.

<sup>2255</sup> L. d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, thèse, 2006, *Economica*, n° 217, p. 307..

<sup>2256</sup> V. sur les difficultés que suscite la définition de la notion d'effectivité, qui évoque « la considération directe du fait par la règle de droit, l'influence du pur fait sur la constitution et le régime de situations juridiques », L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 15 et n° 217 et s.

situation juridique préexistante<sup>2257</sup>, pour pousser l'autorité saisie à « recevoir en son sein une règle de droit ou une solution juridique concrète en vigueur dans un ordre juridique étranger »<sup>2258</sup>. Il conduit à la consécration d'adaptations exceptionnelles des procédés habituellement utilisés, afin d'assurer la compatibilité des solutions juridiques obtenues avec une réalité concrète.

Au stade de la constitution d'une situation dans le for, la mise en œuvre du *principe d'effectivité* conduit à rechercher *l'efficacité de la justice* que le for s'apprête à rendre, c'est-à-dire la possibilité, pour sa décision tranchant le fond du litige, d'être mise concrètement à exécution dans les ordres juridiques étrangers. Il a pour but d'assurer une *compatibilité* des solutions retenues dans les différents systèmes juridiques dont les points de vue concernant le traitement d'une situation juridique pourraient être successivement exprimés, et semble ainsi lié à l'objectif d'harmonie des solutions, envisagée sous l'angle de ses dimensions concrètes concernant la résolution d'un litige international.

**589.** Le principe aurait ainsi pour fonction d'assurer la protection à la fois des intérêts privés et des intérêts étatiques, et pourrait même servir « des intérêts plus larges et plus abstraits, ceux des relations internationales »<sup>2259</sup>. Il trouverait sa justification, du point de vue des intérêts du for, dans le fait qu'« aucun État ne peut être intéressé à ce que ses tribunaux tranchent des litiges dont les décisions ne vont pas servir à régler les controverses »<sup>2260</sup> et assurerait, en ce qui concerne la question de « l'effet utile » des jugements, l'intérêt des parties à pouvoir obtenir une décision efficace et susceptible d'être reconnue. Il éviterait la création de situations boiteuses et permettrait de répondre aux attentes d'une personne privée, c'est-à-dire « de ne pas être concrètement prise en tenaille entre les normes contradictoires émanant des États avec lesquels elle a des attaches », et « que les normes qu'elle a prises pour base de prévision soient ultérieurement prises pour base de déduction par le juge saisi de concrétiser sa situation juridique »<sup>2261</sup>.

**590.** Concrètement, il pourrait pousser le for à prendre en compte l'inefficacité future de la décision qu'il s'apprête à rendre, au stade de la détermination de sa compétence

---

<sup>2257</sup> V. sur ce point, sous l'angle de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent proposée par P. Picone, *infra*, n° 928

<sup>2258</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 217, p. 308.

<sup>2259</sup> V. en ce sens, D. P. F. Arroyo, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI 2006, t. 323, p. 9 et s., n° 45, p. 65

<sup>2260</sup> D. P. F. Arroyo, *cours préc.*, n° 45, p. 65.

<sup>2261</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 258, p. 357, et les références citées.

juridictionnelle<sup>2262</sup>, et à en déduire l'opportunité de s'abstenir d'exercer cette compétence. Il pourrait également le conduire, au stade de la résolution du différend, à renoncer à appliquer les solutions consacrées dans son système juridique. Le principe fonderait alors, dans ces deux cas, une évaluation anticipée du sort qui serait réservé à la décision rendue dans les ordres juridiques étrangers où elle serait amenée, *en fait*, à produire des effets<sup>2263</sup>.

Dans l'hypothèse d'une revendication de compétence étrangère fondée sur la mise en cause de ses impérativités substantielles, le *principe d'effectivité* pourrait conduire le for, au regard de l'inefficacité future de la décision qu'il rendrait, par application des solutions consacrées dans son système juridique, en violation de la compétence juridictionnelle exclusive revendiquée ou de l'application des lois de police étrangères applicables, à admettre l'opportunité de respecter directement cette compétence et à mettre à l'écart son point de vue. Il permettrait ainsi d'atténuer les réserves susceptibles d'être émises à l'encontre d'une prise en compte des intérêts étatiques étrangers dans le for, en permettant de justifier son effacement sous l'angle de considérations pratiques et relatives à l'intérêt des parties.

Malgré son invocation assez fréquente, la capacité de ce principe à asseoir la mise en œuvre d'un procédé de coordination des systèmes dans l'hypothèse envisagée, et son efficacité pour assurer le respect des impérativités étrangères, apparaissent néanmoins incertaines et relatives.

#### b) Portée relative de l'argument

**591.** La prise en compte de ce principe devant le for chargé de se prononcer sur la résolution d'un différend apparaît opportune, dès lors que le prononcé d'une décision vouée à rester lettre morte paraît inutile et même néfaste pour la bonne administration de la justice. Il n'apparaît pourtant, en pratique, qu'exceptionnellement pris en compte en droit positif.

Il est généralement admis, dans les États de tradition civiliste, que les juges n'incluent pas les considérations relatives à l'effectivité des jugements dans la question de l'exercice de leur compétence, et que le for ne peut pas, par principe, renoncer à celle que lui confèrent ses règles, simplement parce qu'il apparaîtrait que son jugement serait privé d'effet à

---

<sup>2262</sup> V. considérant que « le souci que la justice soit effective incite également à tenir compte des perspectives d'exécution de la décision dans l'adoption d'une règle de compétence », B. Audit, *Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général*, RCADI 2001, t. 305, p. 9 et s., p. 378 ; et en ce sens, Niboyet, *Traité*, t. VI, p. 267 et 268, qui a pu affirmer que la notion d'effectivité est « nécessairement à la base de nombreuses règles de compétence, et, [...] doit aussi être un guide pour les demandeurs parce qu'ils s'efforceront toujours de s'adresser aux tribunaux du pays qui pourra faire la décision susceptible de conduire pour eux à un résultat pratique ».

<sup>2263</sup> V. E. Martin, *Principes de droit international privé, préc.*, T. I, §137, p. 336.

l'étranger<sup>2264</sup>. Le *principe d'effectivité* n'est ainsi pris en compte, au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle et de la résolution du litige, que de manière tout à fait exceptionnelle<sup>2265</sup>.

**592.** Il en est ainsi, principalement, du fait des difficultés pratiques que suscite en règle générale l'évaluation des chances d'efficacité future de la décision du for.

La mise en œuvre d'un *pronostic de reconnaissance* de la décision du for à l'étranger présente nécessairement une complexité, dès lors qu'elle implique une mise en œuvre  *fictive* des conditions de régularité des décisions consacrées dans un ordre juridique étranger. Ces difficultés résultent également, en droit positif, de l'impossibilité qu'il y aura, la plupart du temps, à déterminer, dès le stade direct, l'ordre juridique dans lequel le jugement ou la sentence arbitrale seront présentés pour y produire des effets<sup>2266</sup>. En l'absence de  *lieu d'exécution nécessaire* de cette décision, permettant de déduire le point de vue étatique étranger qui sera exprimé au stade du contentieux de l'*exequatur*, ces ordres juridiques apparaissent potentiellement multiples. Ils voient leur *intervention* dépendre de la saisine de leur juridiction par les parties, dont le choix est nécessairement aléatoire et susceptible de dépendre des considérations les plus diverses. Il s'ensuit nécessairement une impossibilité, pour le for, de connaître avec certitude l'ordre juridique étranger qui devra décider concrètement du sort à réserver à son jugement et dont il pourrait tenir compte.

Devant cette incertitude, c'est la possibilité même de savoir à l'avance si la décision du for pourra avoir une *efficacité* qui fait défaut, du fait de la relativité et de la divergence des solutions étatiques consacrées au stade de l'*exequatur*. Le for ne peut évaluer l'utilité de sa décision, dès lors que la solution pourrait varier selon les juridictions étatiques qui seraient saisies. Un jugement ou une sentence, considéré comme efficace ou valable dans un ordre juridique, pourrait au contraire faire l'objet d'un refus de reconnaissance ou d'une annulation devant un for étranger<sup>2267</sup>. Ainsi, le *principe d'effectivité* apparaît nécessairement lié à la

---

<sup>2264</sup> V. not. en France, Trib. Com. Lyon, 17 juin 1910, Clunet 1911, p. 584 ; Cass. Civ., 5 mai 1959, *Rougeron*, Dalloz 1959, p. 377 (1<sup>re</sup> esp.), note G. Holleaux ; RCDIP 1959, p. 501, note H. B. ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 avril 1995, *BCCI Overseas*, RCDIP 1995, p. 742, note B. Oppetit, où la Cour a déclaré, dans un litige relatif à une faillite, que « la portée [de la règle de compétence] est indépendante de l'exécution de la décision rendue en France », mais *contra*, admettant la prise en compte de l'efficacité future de la décision que les juges français rendraient pour écarter sa compétence à propos d'un litige opposant des époux français à leur compagnie d'assurance suite à un accident ayant eu lieu en Espagne, CA Paris, 13 mai 1970, *Nicolau et Cusi*, RCDIP 1971, p. 110, note P. Lagarde, et sur cet arrêt, Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 613 et s., p. 595 et s.

<sup>2265</sup> Il n'apparaît pris en compte, en pratique, qu'en matière de droits réels immobiliers. Il apparaît, cependant, mais dans un sens inversé, sous l'angle de l'efficacité future *du jugement étranger en France*, pris en compte dans le cadre de la mise en œuvre du mécanisme de la litispendance. V. sur ce point, *infra*, n° 784 et s..

<sup>2266</sup> V. en ce sens, not. L. Idot, « Les conflits de lois en droit de la concurrence », Clunet 1995, p. 321 et s., spéc., n° 36 ; L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, n° 136, p. 442.

<sup>2267</sup> Cette relativité est également renforcée, en matière d'arbitrage, par la possibilité reconnue en France d'admettre l'efficacité d'une sentence arbitrale pourtant annulée dans son État d'origine. V. not. en ce sens, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 octobre

possibilité d'identifier, depuis le for, un ordre juridique à prendre en *référence*, pour déterminer la solution à retenir vis-à-vis de la décision concernée<sup>2268</sup>, et qui « *de facto* est en position de force pour imposer internationalement ses vues »<sup>2269</sup>.

D'un point de vue concret, une telle position de force pourrait être envisagée sous l'angle d'une localisation matérielle et déduite de l'existence d'un *lieu d'exécution nécessaire* de la décision. Celui-ci, *identifiable* depuis le for et *unique*, permettrait d'admettre que le point de vue d'un ordre juridique étranger déterminé sera effectivement celui exprimé sur la question. Il paraîtrait alors opportun que le for tienne compte de ce point de vue, parce qu'il conditionnerait réellement l'utilité de son jugement. Cette conception semble être celle retenue en droit positif et explique que le *principe d'effectivité* n'apparaisse pris en compte, au stade de l'instance directe<sup>2270</sup>, que dans le domaine du contentieux réel immobilier<sup>2271</sup>, où cette localisation territoriale « unique » semble seule consacrée<sup>2272</sup>. L'ordre juridique étranger du lieu de situation de l'immeuble apparaît en effet comme le lieu de localisation matérielle<sup>2273</sup> exclusif de la situation juridique, en ce sens qu'il correspond au lieu où la chose mise en cause se trouve physiquement et au territoire sur lequel « l'exécution [...] des prérogatives du droit litigieux »<sup>2274</sup> sera effectuée. « L'action réelle immobilière exercée en tout autre pays que celui de situation de l'immeuble n'aboutira jamais à aucun résultat pratique, en dehors du pays de situation de l'immeuble, aux juridictions duquel elle finira nécessairement par revenir sous la forme d'une demande d'*exequatur* qui leur sera adressée par le gagnant ».<sup>2275</sup>

---

1984, *Norsolor*, Rev. arb., 1985, p. 341, note B. Goldman ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mars 1993, *Polish Ocean Line c. Jolasry*, Rev. arb., 1993, p. 255, note D. Hascher ; Cass., 23 mars 1994, *Hillmarton c. OTV*, Rev. arb., 1994, p. 329, note Ch. Jarosson ; CA Paris, 14 janvier 1997, *Chromalloy c. République arabe unie*, Rev. arb., 1997, p. 335, note Ph. Fouchard ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 octobre 2000, *Acesna c. N'Doye*, Rev. arb., 2000, p. 648 ; CA Paris, 10 juin 2004, *Bargues Agro Industries c. Young Pecan Company*, Rev. arb., 2004, p. 733 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia c. Sté Rena Holding et a.* (2 arrêts), Rev. arb., 2007, p. 507, rapport J.-P. Ancel ; note E. Gaillard ; Clunet 2007, p. 1236, note Th. Clay ; JCP G 2007, I, 216, n° 7 et s., obs. Ch. Seraglini ; RTD com. 2007, p. 682, obs. E. Loquin ; Dalloz 2008, p. 1429, note L. Degos ; RCDIP 2008, p. 109, note S. Bollée.

<sup>2268</sup> À cet égard, la méthode systématique de coordination proposée par P. Picone, qui repose sur l'idée qu'il existerait un ordre juridique globalement prépondérant dont le point de vue devrait unanimement être pris comme référence, confère au principe d'effectivité une portée *concrète* et une importance *déterminante* sur la mise en œuvre des solutions consacrées dans le for. Il pourrait même, à cet égard, laisser envisager la possibilité de l'envisager sous l'angle du déni de justice.

<sup>2269</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 217, p. 308. V. également, en ce sens, H. Muir Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse dactyl., Paris II, 1985, n° 217, p. 279.

<sup>2270</sup> Il semble en effet, au stade indirect, plus fréquemment constituer le fondement des solutions consacrées, en particulier à travers la méthode des droits acquis.

<sup>2271</sup> V. sur ce point, entre tous, L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 203, p. 286.

<sup>2272</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 262, p. 365-367 et n° 263, p. 368 ; Niboyet, *Traité*, t. VI, n° 1719, p. 267-268.

<sup>2273</sup> V. sur la notion de localisation en matière réelle immobilière, S. Billarant, *Le caractère substantiel de la réglementation des successions internationales, Réflexions sur la méthode conflictuelle*, thèse éd. Dalloz, 2004, n° 49-50, p. 50-54.

<sup>2274</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 262, p. 366.

<sup>2275</sup> E. Bartin, *Principes*, t. I, § 137, p. 336. V. également, en ce sens, not., Niboyet, *Traité*, t. VI, n° 1719, p. 266 et s.

**593.** La possibilité de trouver dans ce principe, à titre général, une justification de dimension *réelle*, pour fonder la prise en compte des lois de police étrangères qui seraient applicables, impliquerait en revanche de l'envisager indépendamment de la seule question de la localisation *factuelle* ou *matérielle* de la situation juridique. Il en est ainsi dès lors que l'ordre juridique dont les lois de police seraient en cause n'apparaîtra ni nécessairement comme le lieu où la chose matérielle se trouvera physiquement, ni comme le territoire où le jugement devra nécessairement produire ses effets.

Il faudrait admettre que la prise en compte de son point de vue comme une *référence* pour déduire l'efficacité de la décision du for peut être fondée sur l'idée qu'il est, du fait de la mise en cause de ses impérativités, le lieu de la *localisation juridique de la situation*<sup>2276</sup>. Il serait considéré, sous cet angle, comme le *seul ordre juridique compétent* ou celui qui apparaîtrait le *plus compétent* pour déterminer quel est « son régime juridique international »<sup>2277</sup>. Sa position de force dans la résolution du litige serait déduite de l'implication de ses intérêts étatiques fondamentaux, et pourrait justifier qu'il soit tenu compte de son point de vue en l'absence même de certitude quant à la saisine future de ses juridictions au stade du contentieux de l'*exequatur*.

**594.** Dans la mesure où une telle conception serait néanmoins admise, cet argument, tiré de l'absence d'efficacité de la décision du for dans l'ordre juridique étranger d'origine des lois de police, n'apparaîtrait susceptible d'être utilement invoqué que dans l'hypothèse où ce dernier revendiquerait sa compétence juridictionnelle exclusive. Il en est ainsi, dès lors que, dans le régime libéral consacré, l'absence de reconnaissance des décisions étrangères n'ayant pas mis en œuvre les lois de police du for n'apparaît en pratique qu'assez rarement consacrée. L'absence d'efficacité future de la décision du for apparaît alors dépourvue de portée pratique et n'est susceptible de revêtir qu'une incidence assez théorique sur l'effacement auquel il pourrait consentir.

L'existence d'un chef de compétence juridictionnelle exclusive, corrélé à l'applicabilité des lois de police étrangères, assure, en revanche, cette inefficacité dans le for concerné, dès lors que la violation de cette compétence le conduira à refuser *automatiquement* et *nécessairement* l'efficacité du jugement rendu par une autorité juridictionnelle

---

<sup>2276</sup> Une telle conception « dématérialisée » de la notion d'effectivité semble d'ailleurs être retenue dans le cadre de la théorie proposée par Monsieur Picone. V. sur ce point, *infra*, n° 928.

<sup>2277</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 262, p. 366.

étrangère<sup>2278</sup>. L'existence d'un conflit de systèmes futur devient non plus seulement hypothétique mais certaine avec cet ordre juridique, et pourrait ainsi potentiellement être anticipée dans le for et prise en compte par celui-ci au stade où il s'interroge sur sa propre compétence.

Sous ces réserves, l'argument tiré du principe d'effectivité pourrait alors éventuellement intervenir pour *inciter* le juge étranger à se dessaisir. Sans pouvoir fonder, à titre exclusif ou autonome, l'effacement du for, il pourrait venir en confirmer l'opportunité au regard de considérations pratiques et d'arguments d'ordre pratique et objectif.

### 3- Incidence d'une *anti-suit injunction* étrangère

**595.** Alors que l'unilatéralisme qui caractérise les conflits de juridictions conduit, en principe, à empêcher un ordre juridique d'assurer lui-même le respect de la compétence juridictionnelle exclusive qu'il se reconnaît au stade de l'instance directe, le prononcé d'une mesure *d'anti-suit injunction* peut permettre à un juge d'assurer la protection active et préventive de sa compétence. L'incidence d'une telle mesure, émanant du for étranger d'origine des lois de police, sur l'effacement auquel pourrait consentir le for dans l'hypothèse envisagée, doit être analysée. Ceci permettra, au-delà, de mettre en lumière, du point de vue de l'ordre juridique dont les impérativités seraient mises en cause, l'utilité éventuelle du mécanisme pour les faire respecter à l'étranger (a). Malgré l'efficacité apparente du procédé, son incidence sur l'effacement juridictionnel du for étranger apparaît néanmoins limitée (b).

Une telle constatation conduit à en déduire une insuffisance du procédé pour permettre à un ordre juridique de protéger la compétence juridictionnelle exclusive qu'il se reconnaît du fait de la mise en cause de ses lois de police à l'étranger.

#### a) Efficacité théorique des *anti-suit injunctions*

**596.** Admis dans les États de *common law*, le prononcé d'une *anti-suit injunction*<sup>2279</sup> permet à une juridiction étatique saisie et compétente d'empêcher une juridiction étrangère ou

---

<sup>2278</sup> En matière de sentences arbitrales, en revanche, l'existence d'un tel chef de compétence juridictionnelle exclusif n'induirait pas directement et en tant que telle l'absence de reconnaissance ou l'annulation de la sentence, mais pourrait également conduire, sous l'angle de la nullité de la convention d'arbitrage, à un blocage de celle-ci sur le fondement de l'article 1520-1 du CPC relative à la compétence de l'arbitre, du fait de l'inarbitrabilité du litige.

<sup>2279</sup> V. pour une étude d'ensemble du mécanisme, en langue française, not., W. Kennett, « Les injonctions *anti-suit* », in Caupain et De Leval (Dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, 2000, p. 133 et s. ; S. Clavel, *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse dactyl., Paris I, 1999 ; H. Muir Watt, « Droit judiciaire international », *Rev. gen. proc.*, 1999, p. 747 et s., spéc., p. 755 ; P. Wautelet, *Les conflits de procédure. Étude de droit international privé comparé*, thèse université catholique de Louvain, 2002, n° 207 et s., p. 238 et s.



arbitrale<sup>2280</sup> d'exercer sa compétence, en interdisant sa saisine ou en mettant fin à la procédure introduite devant elle<sup>2281</sup>. Une telle mesure prend la forme d'un ordre donné, à un plaideur, de renoncer à commencer ou à poursuivre une action devant un autre tribunal ou un arbitre<sup>2282</sup>, sous peine d'être sanctionné sur le fondement du *contempt of court*<sup>2283</sup>.

Ce faisant, le procédé apparaît comme « une résistance active de l'ordre juridique du for à l'ordre juridique étranger »<sup>2284</sup>. Il vise, du point de vue de l'ordre juridique dont elle émane, à neutraliser une juridiction étrangère en l'empêchant d'exercer sa compétence juridictionnelle et à l'obliger à écarter son point de vue pour lui imposer le sien. Il apparaît également susceptible de permettre de faire obstacle à une procédure arbitrale malgré l'existence d'une clause compromissoire conclue par les parties<sup>2285</sup>. Mis en œuvre à l'initiative de l'ordre juridique qui souhaite faire respecter son monopole quant à la résolution d'un différend<sup>2286</sup>, il apparaît particulièrement efficace pour permettre à celui-ci de faire respecter sa compétence juridictionnelle exclusive à l'étranger et pour lutter, de manière préventive, contre le *forum shopping* abusif<sup>2287</sup>. Il semble ainsi apparaître comme un mécanisme de protection des impérativités du for à l'étranger et d'évitement de leur contournement par les sujets.

**597.** L'utilisation du procédé à cette fin apparaît d'ailleurs tout à fait envisageable. À côté de son objectif lié à la sanction des comportements abusifs, il se voit, en droit positif, parfois

---

<sup>2280</sup> Certains auteurs parlent d'« *anti-arbitration injunctions* ». V. not. A. Mourre, J.-Cl. dr. int. Fasc. 1075 : *Arbitrage commercial international. Instance arbitrale. Intervention du juge étatique. Mesures provisoires et conservatoires*, n° 30 et s. V. en particulier, sur la mise en œuvre des *anti-suit injunctions* en matière d'arbitrage, A. de Fontmichel, « Les tentatives de paralysie de l'instance arbitrale devant le juge étatique », Cah. arb. 2010, vol. II, p. 421 et s. ; S. Clavel, « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », Rev. arb. 2001, p. 669 et s.

<sup>2281</sup> V. par ex. en droit américain, *Hull v. Norcom*, 750 F.2d 1547 (11<sup>th</sup> cir. 1985) ; *PaineWebber Inc. v. Fowler*, 791 F. Supp. 821 (D. Kan, 1992) ; *In re Y & A Group Sec. Lit.*, 38 F.3d 380 (8<sup>th</sup> cir. 1994). De telles mesures sont d'ailleurs parfois prononcées par un juge étatique en faveur de l'arbitrage, pour empêcher la poursuite d'une instance devant une autre juridiction étatique en violation d'une convention d'arbitrage. V. not. CJCE, 10 février 2009, Aff. C. 187/07, *Allianz Spa c. West Tankers Inc.*, RCDIP 2009, p. 373, note H. Muir Watt ; Rev. arb. 2009, p. 407, note S. Bollée ; JCP 2009, 226, note Callé ; RTD Civ. 2009, p. 357, obs. Ph. Théry ; Dalloz 2009, Jur. 981, note C. Kessedjian ; JCP 2009, 227, note P. Callé ; Clunet 2009, p. 1281, note B. Audit. Dans cette affaire, la Cour confirme le caractère général de ce rejet, en écartant l'utilisation du mécanisme des *anti-suit injunctions* dans une hypothèse où il avait été mis en œuvre pour assurer le respect d'une convention d'arbitrage, en étendant l'application des principes de l'Union européenne à cette matière.

<sup>2282</sup> L'injonction, en effet, peut viser indifféremment une procédure future ou déjà entamée. V. pour un exemple d'*anti-suit* prononcée à l'égard d'une procédure non encore introduite devant un for étranger, *Midland Bank c. Laker Airways* [1986] 1 All. E.R. 526 (CA) ; [1986] QB 689 (CA).

<sup>2283</sup> V. sur cette sanction, en droit français, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 360, p.478.

<sup>2284</sup> L. Usunier, *thèse préc.*, n° 515.

<sup>2285</sup> V. E. Gaillard, « Il est interdit d'interdire : Réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb., 2004, p. 47, n° 2, p. 48, note 3 ; P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 1 et s., n° 286, p. 296.

<sup>2286</sup> Dans ce cadre, le juge saisi possède toujours une marge de manœuvre assez large quant à sa mise en œuvre. Il a d'ailleurs, pour cette raison, pu être envisagé comme le mécanisme inverse du *forum non conveniens*. V. sur cette mise en parallèle des deux mécanismes, V. Moissinac-Massénat, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2007, n° 148 ; mais considérant que les mécanismes sont très différents, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 358, p. 473.

<sup>2287</sup> V. sur l'utilisation du procédé pour sanctionner l'abus de droit d'option de compétence, E. Cornut, *thèse préc.*, n° 819 et s.

affecté à la protection des intérêts étatiques. Il en est ainsi en particulier dans sa version américaine<sup>2288</sup>, où la prise en compte de tels intérêts est par principe admise<sup>2289</sup>. À côté de la vocation principale du procédé de sanctionner les comportements procéduraux abusifs<sup>2290</sup>, il est expressément admis que ce mécanisme peut servir à « contrecarrer la transgression des intérêts publics fondamentaux du for »<sup>2291</sup>, lorsqu'ils sont mis en cause sur les plans juridictionnel ou substantiel.

De manière générale, la prise en compte des intérêts étatiques, en particulier de ceux du for, apparaît toujours implicitement consacrée dans la jurisprudence des tribunaux anglo-américains, même sous l'angle de la prise en compte de critères d'essence *privatiste*. L'idée que l'implication d'un intérêt prépondérant de l'État du for puisse justifier l'émission d'un ordre d'abandonner une procédure introduite à l'étranger apparaît de plus en plus largement reconnue. Il est admis que de telles mesures sont nécessaires chaque fois qu'il paraît évident que le tribunal étranger statuera « au mépris des préoccupations essentielles du for »<sup>2292</sup>, et que la compétence de ce juge étranger, pour cette raison, paraît inadmissible ou intolérable à ses yeux.

Dans ce cadre, l'intérêt étatique du for de l'injonction à voir respecter la compétence de ses juridictions peut être pris en compte directement sur le plan de la compétence juridictionnelle de ses tribunaux en tant que telle, ou indirectement sous l'angle de l'importance que revêt, à ses yeux, l'application de ses dispositions substantielles. Il est ainsi admis que des mesures d'injonction peuvent être prononcées lorsque la compétence des juridictions du for est considérée comme étant d'une importance particulière, chaque fois que la procédure étrangère a pour seule finalité de neutraliser le résultat de la procédure intentée devant le for, ou lorsqu'elle constitue une menace pour cette compétence juridictionnelle<sup>2293</sup>.

---

<sup>2288</sup>V. not., sur la mise en œuvre du procédé aux États-Unis, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 521 et s., et sur l'évolution de la jurisprudence américaine vis-à-vis de l'*anti-suit injunction*, P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 232-244, p. 260-271.

<sup>2289</sup> En Angleterre et dans la plupart des États de *common law*, le procédé est en principe envisagé sous un angle privatiste. Il vise principalement à sanctionner un plaideur qui aurait saisi une juridiction étrangère de manière abusive (V. not. en droit anglais, *Mc Henry v. Lewis* [1882] LR 22 Ch D 397 [CA]), et est en principe détaché de toute volonté de protéger la compétence des juridictions du for ou d'assurer leur supériorité. V. en ce sens, not., *Turner v. Grovit* [2002] 1 WLR 107 (HL), où les juridictions anglaises ont rappelé qu'en prononçant une telle mesure, les juges anglais ne doivent pas effectuer un jugement de valeur sur la compétence du juge étranger ni sur la qualité de la justice étrangère. La prise en compte des intérêts publics est cependant expressément admise de manière exceptionnelle. V. not. *Midland Bank c. Laker Airways, préc.* ; *Barclays Bank v. Homan* [1993] BCLC 680 (CA) ; *Sokana Industries Inc. v. Feyre Co. Inc.* [1994] 2 Lloyd's Rép. 57 ; *Deaville v. Aeroflot Russian Int'l. Airlines* [1997] 2 Lloyd's Rép. 67.

<sup>2290</sup> Il servirait à éviter les procédures parallèles et les conflits de décisions et devrait dans ce cadre être mis en œuvre au regard du caractère vexatoire ou oppressif des poursuites introduites à l'étranger. V. par exemple, en ce sens, *In re Unterweser Reederei GmbH*, 428 F 2d 888 (5<sup>th</sup> Cir. 1970).

<sup>2291</sup> *Laker Airways Ltd. v. Sabena Belgium World Airways et Al.*, 731 F 2d 909 (DC Cir. 1984), spéc., p. 927 (à l'encontre du recours à l'arbitrage).

<sup>2292</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 367, p. 488.

<sup>2293</sup> Cette volonté de protéger la compétence des juridictions du for a pu également justifier le prononcé de « *contre-injonctions anti-suit* ». V. not., *Laker Airways Ltd. v. Pan American Airways et al.*, 559 F Sup. 1124, 1128 (D.D.C. 1983) ; *Laker Airways v. Sabena Belgium World Airways, préc.*

Il en est également ainsi, sous l'angle de la fraude à la loi, lorsqu'il apparaît que la saisine des juridictions étrangères conduirait à la violation d'une règle du for considérée comme essentielle et mettant en cause un intérêt étatique<sup>2294</sup>.

**598.** L'incidence que peuvent avoir ces deux types d'intérêts étatiques sur le prononcé d'une mesure d'*anti-suit injunction* apparaît d'ailleurs d'une manière particulièrement nette dans l'affaire *Lake Airways*<sup>2295</sup>. Les juridictions anglaises et américaines ont pu, chacune à leur tour<sup>2296</sup>, prononcer des injonctions destinées à protéger leur législation impérative<sup>2297</sup> ou pour assurer conjointement la mise en œuvre de leur droit impératif et le respect de la compétence juridictionnelle de leurs tribunaux en tant que telle<sup>2298</sup>. Le contentieux donna lieu à une surenchère de mesures et à l'existence d'un « bras de fer » entre les juridictions anglaises et américaines, fondé sur l'attachement de chacun des ordres juridiques à assurer la protection de leurs intérêts étatiques<sup>2299</sup>.

Malgré son efficacité théorique pour protéger les impérativités du for à l'étranger, le procédé des *anti-suit injunctions* paraît pourtant, en pratique, insusceptible d'exercer une incidence réelle sur la décision du for de la respecter.

---

<sup>2294</sup> V. not., en droit américain, *Verdier v. Verdier*, 203 Cal. Ap. 2d. 724, 22 Cal. Rptr. 93 (1953), et en droit anglais, *British Airways Board v. Laker Airways* [1984] Q.B. 142 (CA) ; *Midland Bank c. Laker Airways* [1986], *préc.*, et les références citées par P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 236, p. 263, note 1052.

<sup>2295</sup> *British Airways Board v. Laker Airways* [1984] Q.B. 142 (CA) ; *Laker Airways Ltd. v. Pan American Airways et al.*, *préc. Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgium World Airlines, préc.* ; *British Airways Board v. Laker Airways* [1985] A. C. 58, p. 95. V. sur cette affaire, not., T.C. Hartley, « Comity and the Use of Antisuit Injunctions in International Jurisdiction and Forum-Shopping: An Overview », in Sood (dir.), *Current Legal Issues in International Commercial Litigation*, Singapour, 1997, p. 3 et s., *spéc.*, p. 6 ; A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 359, p. 474 et s.

<sup>2296</sup> À l'origine du contentieux se trouvait une action, introduite par la compagnie anglaise *Lake Airways* suite à sa mise en liquidation devant les tribunaux américains, visant à obtenir le paiement de dommages et intérêts et fondée sur la violation des lois *anti-trust* américaines. *Laker Airways* incriminait les activités prétendument anticoncurrentielles de compagnies aériennes concurrentes. Celles-ci avaient en parallèle introduit une action devant les tribunaux anglais dans le but de faire dire qu'elles n'avaient pas mis en place de telles pratiques et d'obtenir une injonction ordonnant à *Laker Airways* de renoncer à son action aux États-Unis.

<sup>2297</sup> V. *British Airways Board v. Laker Airways* [1984], *préc.* Une injonction a été émise par la Cour d'appel de Londres au motif que la poursuite d'une procédure américaine aurait pour conséquence d'entraîner l'application des lois *anti-trust* américaines de manière extraterritoriale au détriment de sociétés anglaises. La mesure semblait ainsi reposer sur la volonté de faire prévaloir la politique législative anglaise relative à la concurrence économique.

<sup>2298</sup> Une contre-mesure fut prononcée par le juge américain pour imposer aux sociétés d'abandonner leur procédure devant les juridictions anglaises. V. *Laker Airways Ltd. v. Pan American Airways et Al.*, 559 F Sup. 1124, 1128 (D.D.C. 1983) puis, confirmée par *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgium World Airways et Al.*, *préc.*, dans lesquelles les juges américains invoquent le fait que l'injonction anglaise produisait une interférence directe dans la procédure américaine et que l'instance introduite en Angleterre conduisait à un contournement de la législation *anti-trust* américaine.

<sup>2299</sup> La Chambre des Lords mit finalement fin à ce bras de fer, en annulant la mesure d'injonction prononcée par la Cour d'appel de Londres au motif qu'elle paraissait injustifiée. V. *British Airways Board v. Laker Airways* [1985] A. C. 85, p. 95. Une autre *anti-suit injunction* fut néanmoins encore émise par les juridictions anglaises à la demande d'une banque anglaise tendant à prévenir toute action devant les tribunaux américains, au motif qu'elle constituait la seule solution possible pour éviter l'application extraterritoriale des lois *anti-trust* américaines. La mesure, en l'absence de compétence des juridictions anglaises sur le fond, apparaissait dès lors non pas fondée sur la protection d'un intérêt étatique anglais mais plutôt sur la volonté de limiter l'hégémonie américaine V. *Midland, Bank c. Laker Airways* [1986], 1 All. E.R. 526 (CA).

## b) Faiblesse de l'incidence effective des injonctions

**599.** Alors que le prononcé d'une mesure d'injonction pourrait apparaître, à première vue, comme un moyen efficace de protection des impérativités étatiques et de lutte contre le *forum shopping*, sa brutalité conduit paradoxalement à le desservir, dès lors qu'elle fait naître une réticence généralisée à l'égard du procédé et empêche en pratique son efficacité. Dans ce contexte, l'incidence qu'exerce le prononcé d'une telle mesure sur la décision du for de s'effacer au profit du for de l'injonction dont les impérativités seraient mises en cause apparaît extrêmement réduite.

**600.** Le prononcé d'une mesure d'*anti-suit injunction* conduit en pratique à ce qu'une juridiction étatique conteste la possibilité, pour une juridiction étrangère, d'exercer la compétence qu'elle se reconnaît<sup>2300</sup>. Il soulève, pour cette raison, des réserves assez générales du point de vue de sa conformité avec le principe du respect de la souveraineté<sup>2301</sup>. Il est généralement admis que, sans induire une interférence directe du for de l'injonction dans l'organisation du service public de la justice d'un ordre juridique étranger, il constitue néanmoins une ingérence *indirecte* du for dans la procédure étrangère<sup>2302</sup> et se trouve pour cette raison « aux frontières de l'interdit »<sup>2303</sup>.

De même, la question de sa licéité est également posée s'agissant des mesures visant à faire obstacle à la résolution du litige par voie d'arbitrage, vis-à-vis de sa conformité au principe *compétence-compétence* et de l'article II (3) de la convention de New York de 1958. Cet article impose aux juridictions nationales de renvoyer les parties devant les juridictions arbitrales dès lors que le différend est compris dans le domaine d'une convention d'arbitrage *valide*<sup>2304</sup>. De manière générale, une telle pratique est vue avec réticence et il a pu être

---

<sup>2300</sup> V. en ce sens, S. Clavel, *Le pouvoir d'injonction extraterritorial des juges pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse dactyl., Paris I, 1999, n° 410 et s.

<sup>2301</sup> Quant à l'existence d'une réelle *atteinte* portée à la souveraineté étrangère, il est aujourd'hui généralement admis que la mesure n'entraînerait aucun acte matériel de coercition du juge du for sur le territoire étranger, parce que la mesure ne s'adresserait qu'à la personne du défendeur et ne viserait pas le tribunal étranger. Elle semblerait alors ne produire ses effets que dans le for de l'injonction et pouvoir échapper, pour cette raison, au reproche de l'existence d'un exercice extraterritorial de la contrainte. V. sur cette question, not., H. Muir Watt, « Extraterritorialité des mesures conservatoires *un personam*, à propos de l'arrêt de la *Court of Appeal, Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi* », RCDIP 1998, p. 27 et s. ; P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 247-255, p. 272-281 ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 518.

<sup>2302</sup> Ceci semble d'ailleurs reconnu, tant dans les pays de tradition civiliste que dans ceux de *common law*. V. not., Dicey et Morris, 13<sup>e</sup> éd., p. 414 ; P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 247 et s., p. 250 et s. ; A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 364, p. 482 ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 518 ; P. Mayer, *cours préc.*, n° 286, p. 296. L'existence de cette interférence indirecte semble d'ailleurs reconnue par les tribunaux mêmes qui prononcent de telles mesures. V. not., en Angleterre, *Laker Airways Ltd. v. Pan American Airways et al.*, 559 F Sup. 1124, 1128 (D.D.C. 1983).

<sup>2303</sup> P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 259, p. 285.

<sup>2304</sup> Certains auteurs estiment qu'une injonction *anti-suit* pourrait dans certains cas être justifiée si le juge estime que la convention d'arbitrage est « caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée » au sens de la convention de New York. V. not. J. Lew, « Anti-Suit Injunctions Issued by National Courts To Prevent Arbitration Proceedings », in *Anti-Suits Injunctions in International Arbitration*, éd. Juris Publishing, 2005, p. 32 et s. ; et sur cette question, E. Gaillard, « Il est

considéré que « ces tentatives de s'opposer, au moyen d'*anti-suit injunctions*, au déroulement de l'arbitrage ou à la sentence qui en résulte sont évidemment très malsaines »<sup>2305</sup>.

**601.** Cette incertitude quant à la licéité du procédé induit une réticence assez générale des États à son égard. Traditionnellement purement et simplement rejeté par les États de tradition romano-germanique<sup>2306</sup>, qui y voient une ingérence insupportable dans la justice étrangère<sup>2307</sup>, il fait également l'objet d'une mise en œuvre limitée et circonscrite même dans les États de *common law*, qui n'y voient qu'un mécanisme subsidiaire et exceptionnel<sup>2308</sup>. Aussi bien, les tribunaux anglo-américains rappellent presque systématiquement l'existence d'un devoir de *prudence* découlant des nécessités de la *courtoisie internationale*, quant à l'utilisation du mécanisme<sup>2309</sup>, et les décisions relatives au procédé sont la plupart du temps des décisions de rejet des demandes d'injonction formulées par l'une des parties.

Cette réticence à l'encontre du prononcé de telles mesures se prolonge sur le plan de la *réception* ou de la *reconnaissance* des mesures de ce type émises depuis l'étranger, et conduit, *au minimum*<sup>2310</sup>, à un refus de *collaboration* des juridictions étrangères ou des arbitres pour leur mise en œuvre. Ceci empêche de trouver la contribution *extérieure* pourtant nécessaire à l'efficacité du procédé. L'existence de telles mesures conduit, en général, à un refus de reconnaissance des jugements étrangers prononçant de telles mesures au stade du contentieux de l'*exequatur* au titre de la violation de l'ordre public du for<sup>2311</sup>, et ne semble pouvoir exercer qu'une faible incidence sur la décision du for relative à *l'exercice de sa propre compétence*.

---

interdit d'interdire : réflexions sur l'utilisation des *anti-suit injunctions* dans l'arbitrage commercial international », Rev. arb. 2004, p. 47 et s.

<sup>2305</sup> E. Gaillard « *Anti-suit injunctions* et reconnaissance des sentences annulées au siège : une évolution remarquable de la jurisprudence américaine », Clunet 2003, n° 4, octobre 2003, var. 100034.

<sup>2306</sup> V. not., CJCE, 27 avril 2004, Aff. C-159/02, *Turner v. Grovit*, RCDIP 2004, p. 654, note H. Muir Watt ; Gaz. Pal., Janv.-févr. 2005, Som., 399 (2<sup>e</sup> esp.), note M.-L. Niboyet ; CJCE, 10 février 2009, Aff. C. 187/07, *Allianz Spa c. West Tankers Inc.*, préc. V. cependant, les décisions françaises qui seront citées juste après, qui reflètent une ouverture plus grande envers ce procédé en droit français.

<sup>2307</sup> V. not., S. Clavel, « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », Rev. arb. 2001, p. 669 et s., spéc., p. 677 ; J. J. Fawcett (dir.), *Declining jurisdiction in private international law, Declining Jurisdiction in Private International Law, Reports to the XIV th Congress of the Academy of Comparative Law*, Athènes, 1994, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 62-65.

<sup>2308</sup> V. not., en ce sens, *British Airways Board v. Laker Airways Ltd* [1985] AC 58 (HL), p. 95 ; *Seattle Totems Hockey Club v. The National Hockey League*, 652 F. 2d 852 (9th Cir.) ; *Laker Airways Ltd. v. Sabena, Belgian World Airlines et. Al.*, 731 F. 2d 909, 927 (D.C.Cir. 1984) ; *Airbus Industrie GIE v. Patel* [1998] 1 *Lloyd's Rep.* 637 ; *Philip v. Macri*, 261 F. 2d 945, 947 (9th Cir. 1958).

<sup>2309</sup> V., dans la jurisprudence américaine, *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak* [1987] AC 871 (PC) et en particulier, l'arrêt du 18 juin 2003 rendu par la Cour d'appel des États-Unis du 5<sup>e</sup> circuit dans l'affaire *KBC c/ Pertamina*, 335 F. 3d 357 (5<sup>th</sup> Cir. 2003).

<sup>2310</sup> Elle donne même parfois lieu, dans les États de *common law*, au prononcé de *ripostes* prenant la forme d'une mesure du même type et tendant à paralyser les mesures d'injonction prononcées à l'encontre d'une procédure introduite devant eux. Elles ont pour objet de mettre fin à la procédure intentée devant le for de l'injonction ou - ce que l'on dénomme généralement une « *anti anti-suit injunction* » - d'interdire au défendeur d'invoquer ou de solliciter une telle mesure à l'étranger, et peuvent conduire à une surenchère peu satisfaisante. À cet égard, d'ailleurs, l'affaire *Laker* offre un exemple particulièrement topique de la surenchère dans le prononcé des mesures à laquelle les juridictions sont susceptibles de se livrer. V. not., sur cette question, P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 283 et s., p. 305 et s.

<sup>2311</sup> V. à cet égard, les références citées par P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 273.

**602.** En l'absence d'effet juridique obligatoire vis-à-vis de l'autorité juridictionnelle saisie, l'*anti-suit injunction* d'un ordre juridique émise par un État étranger n'apparaît éventuellement susceptible d'exercer qu'une *pression indirecte* sur cette autorité. Elle ne peut que renforcer l'opportunité de respecter la compétence exclusive étrangère, et verra sa prise en considération toujours dépendre de la volonté du juge saisi.

Dans ce cadre, les réticences dont font l'objet les mesures d'*anti-suit injunction* semblent ainsi assez largement exclure qu'elles puissent constituer la base d'une réelle coopération interétatique. Elles ne peuvent pousser, en elles-mêmes, le for à s'abstenir au profit de l'ordre juridique d'émission. En fait, leur incidence sur la décision du for ne pourrait probablement apparaître qu'à travers la prise en compte de considérations plus générales, notamment des conséquences qui pourraient en résulter sur l'efficacité du jugement ou de la sentence qu'il s'apprête à prononcer dans l'ordre juridique concerné, sous l'angle du *principe d'effectivité*<sup>2312</sup>. La décision du for de s'effacer pour assurer la protection des impérativités étatiques étrangères ne devrait pas apparaître, en soi, *modifiée* du fait de l'existence d'une telle mesure, et reposera en définitive sur sa volonté plus générale de contribuer à la protection des intérêts étrangers.

En amont, l'isolement dans lequel se trouve placé l'ordre juridique dont émane l'injonction conduit également, en pratique, à paralyser les effets de la mesure prononcée sur les parties et rend la mesure insuffisante pour éviter la saisine des juridictions étrangères. Dès lors que la mise en œuvre de la sanction du *contempt of Court* nécessitera la plupart du temps une contribution des États étrangers<sup>2313</sup>, son inexistence empêchera en pratique de faire exécuter la sanction qui y est attachée et la rendra purement théorique, au mieux, simplement *dissuasive*.

**603.** Dans ce cadre, il est évident que la méfiance dont elle est susceptible de faire l'objet devrait varier en fonction de l'objectif poursuivi par la mesure d'injonction, et apparaître d'autant plus forte lorsqu'elle sera non pas affectée à la volonté de sanctionner un comportement abusif mais destinée à assurer le respect de la compétence que revendique le

---

<sup>2312</sup> V. sur ce principe et le caractère en réalité très relatif de cette considération en l'absence de lieu d'exécution nécessaire prédéterminable et unique, *supra*, n° 586 et s.

<sup>2313</sup> V. sur ce point, H. Muir Watt, « Harcèlement sur harcèlement ne vaut (des conceptions divergentes du droit fondamental d'accéder à la justice dans l'espace conventionnel européen », *Rev. gén. proc.* 1999, p. 747-763, spéc., p. 756. Il en sera ainsi, en effet, chaque fois que le défendeur ne se trouve pas lui-même sur ce territoire du for de l'injonction ou n'y possède pas de biens. Dans l'affaire *Airbus* précitée, par exemple, c'est justement parce que certains défendeurs anglais n'avaient aucun bien en Inde que, suite à une injonction des tribunaux indiens, l'entreprise française avait dû solliciter l'aide des tribunaux anglais pour faire exécuter la mesure.

for de l'injonction. Elle prendrait la forme d'un « outil de répartition de compétences juridictionnelles entre les diverses juridictions étatiques »<sup>2314</sup>, fondé sur les seules conceptions du for de l'injonction et lui offrant la possibilité d'« imposer extra-territorialement son point de vue sur le comportement du juge étranger lui-même »<sup>2315</sup>. L'évolution qui semble se dessiner en France, en faveur de son admission<sup>2316</sup>, ne permet d'ailleurs pas de tirer des conclusions différentes.

Les décisions qui ont pu ponctuellement être rendues en faveur de son admission ne concernaient en effet que le mécanisme pris dans sa forme *restrictive* et *privatiste*, sous l'angle de la protection de l'intérêt des parties et alors que l'injonction en question avait « une coloration particulière, invitant à porter sur elle une appréciation plus favorable »<sup>2317</sup>. Il en est ainsi de l'affaire *Banque Worms*<sup>2318</sup>, où la mesure semble avoir été justifiée pour des considérations absolument étrangères à une éventuelle incompétence des juridictions étrangères<sup>2319</sup> qui serait déduite de la compétence juridictionnelle française<sup>2320</sup>. La mesure semble en réalité avoir été justifiée parce qu'elle apparaissait en l'espèce comme « le seul moyen dont disposait le juge du fond pour empêcher efficacement un comportement déloyal, attentatoire à l'égalité des créanciers »<sup>2321</sup>. De la même manière, la reconnaissance d'une décision américaine prononçant une mesure d'injonction à l'encontre d'une procédure introduite en France<sup>2322</sup> semble avoir été justifiée par la seule nécessité de faire respecter la clause attributive de juridiction désignant les juridictions américaines et, partant, le principe

---

<sup>2314</sup> L. Usunier, *thèse préc.*, n° 521.

<sup>2315</sup> L. Usunier, *thèse préc.*, n° 519.

<sup>2316</sup> V. l'affaire *Vivendi*, TGI Paris, 13 janvier 2010, RG n° 09/15408, et l'arrêt de la Cour d'appel, CA Paris, 28 avril 2010, n° 10/01643, (V. *infra*, n° 830), où la Cour semble implicitement retenir que la reconnaissance de l'*anti-suit injunction* étrangère ne pourrait être prononcée qu'en cas d'abus de droit d'agir, lequel n'était pas constitué en l'espèce.

<sup>2317</sup> S. Bollée, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 octobre 2009, Dalloz 2010, p. 177 et s.

<sup>2318</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 2002, *Banque Worms c. Époux Brachot*, 2002, RCDIP 2003, p. 631, note H. Muir Watt ; Dalloz 2003, p. 797, note G. Khairallah ; JCP 2002. II. 10 201, note Chaillé de Néré ; Clunet 2003, p. 132, note Ph. Roussel-Galle ; Gaz. Pal., 25-26 juin 2003, note M.-L. Niboyet ; JCP (E), 2003, Jur. 1470, p. 1675, note M. Menjuq ; RTD com. 2003, p. 169, obs. J.-L. Vallens. V. également H. Muir Watt, « Le for naturel du litige : l'injonction *anti-suit* en droit international privé français (réflexion au sujet de l'arrêt *Brachot* de la Cour de cassation) », in *Mélanges C. Lombois*, Litec, 2004, p. 897 et s.

<sup>2319</sup> L'utilisation, en France, de ce mécanisme pour sanctionner le comportement abusif du défendeur a pu, d'ailleurs, être envisagée par P. de Vareilles-Sommières pour interdire, sous astreinte, la saisine du tribunal étranger « chaque fois qu'elle constituerait un trouble manifestement illicite au sens de l'art. 809 al. 1<sup>er</sup> du Code de procédure civile (violation claire d'une compétence exclusive, fraude à la compétence caractérisée) ». V. « *Le forum shopping* devant les juridictions françaises », TCFDIP 1998-2000, p. 49 et s., spéc., p. 64.

<sup>2320</sup> Il ne pouvait en être ainsi, d'ailleurs, dès lors que la saisine des tribunaux espagnols n'avait pas pour but de faire ouvrir une nouvelle procédure collective mais d'ouvrir une procédure de saisie immobilière, pour laquelle la compétence des juridictions espagnoles, concernant un bien situé en Espagne, était indiscutable. V. en ce sens, H. Muir Watt, « *Injunctive Relief in the French Courts : A case of Legal Borrowing* », CLJ 2003, p. 573 et s., spéc., p. 575 ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 537.

<sup>2321</sup> H. Muir Watt, *note préc.* RCDIP 2003, p. 634. Elle semble en réalité avoir été justifiée par la volonté d'assurer le respect des effets extraterritoriaux de la procédure d'insolvabilité qui avait été ouverte en France et le principe de la suspension des poursuites individuelles dans le cadre des procédures collectives. V. sur cette explication, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 538.

<sup>2322</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 octobre 2009, *Société In Beverage International et al. c. Société In Zone Brands Inc.*, Gaz. Pal., 2009, p. 332 note Niboyet ; Dalloz 2010, p. 177, note S. Bollée ; RCDIP 2010, p. 158, note H. Muir Watt ; JCP G 2009, n° 49, 505, note C. Legros.

de la force obligatoire du contrat<sup>2323</sup>. En dehors de ce cadre « privatiste », il apparaît en revanche certain que l'argument tiré de l'atteinte à la souveraineté<sup>2324</sup>, dont le risque a été très sérieusement pris en compte dans les décisions françaises<sup>2325</sup>, fera toujours obstacle au prononcé ou à la reconnaissance de telles mesures.

Sous cet angle, il convient d'admettre la faiblesse de l'incidence du procédé sur le respect des impérativités étatiques d'un ordre juridique à l'étranger et, corrélativement, l'absence d'efficacité du mécanisme pour assurer le respect international des vraies lois de police corrélées au système de compétence.

## **II-Décomposition du raisonnement**

**604.** Dans la mesure où le for accepterait de collaborer à la protection des impérativités étrangères mises en cause et d'en tirer des conséquences sur sa propre compétence, son effacement au profit de l'ordre juridique étranger se réalisera à travers deux étapes successives. Il impliquera à la fois que le for admette de mettre en retrait son point de vue (A) et de contribuer *positivement* à la réalisation du point de vue de l'ordre juridique étranger concerné (B).

---

<sup>2323</sup> La valeur de cette justification à l'utilisation du mécanisme de l'*anti-suit injunction* est d'ailleurs également très largement reconnue par la doctrine anglo-américaine. V. not., A. Briggs, *Agreements on Jurisdiction and choice of Law*, Oxford University Press, Private International Law Series, 2008, RCDIP 2008, p. 980. Une partie de la doctrine française, d'ailleurs, s'était déjà prononcée en faveur de cette relative tolérance vis-à-vis des mesures d'*anti-suit*, dans l'hypothèse où elles permettraient d'assurer l'efficacité des engagements contractuels des parties. V. en ce sens, not., S. Bollée, « Quelques remarques sur les injonctions *anti-suit* visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *Front Comor* de la Chambre des Lords) », *Rev. arb.* 2007, p. 223 et s., spéc., n° 6 ; S. Clavel, « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », *Rev. arb.* 2001, p. 669 et s. spéc., p. 678, mais *contra*, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 527 et s.

<sup>2324</sup> V. insistant sur les dangers des mesures *anti-suit* et mettant en avant l'atteinte qu'elles portent à la compétence étrangère, ce qui justifiait qu'elles soient exclues de manière générale en droit français, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 juin 2004, *Stolzenberg c. CIBC Mellon Trust Compagny*, RTD civ. 2004, p. 549, obs. Ph. Théry ; RCDIP 2004, p. 815 note H. Muir Watt ; Clunet 2005, p. 112, note G. Cuniberti ; *Gaz. Pal.* Janvier-février 2005, Som. 398, note M.-L. Niboyet ; Dalloz 2004, p. 2743, note N. Bouche, où la Cour a pris soin de préciser que l'injonction *Mareva* faite à une personne de disposer de ses biens en tout lieu « ne porte atteinte ni à un droit fondamental du débiteur [...], ni même indirectement à une prérogative de souveraineté étrangère, n'affectant pas notamment, à la différence des injonctions dites "*anti-suit*", la compétence juridictionnelle de l'État requis et peut être ainsi reçue dans l'ordre juridique français », et pouvait donc être reconnue sur le fondement du titre III de la convention de Bruxelles. V. également, déclarant que « l'injonction sollicitée serait impossible à ordonner sous peine de violer le principe de courtoisie internationale », TGI Paris, 1<sup>re</sup> Ch. 1<sup>re</sup> section, 13 janvier 2010, n° 09/15408, rendu dans le cadre de l'affaire *Vivendi*.

<sup>2325</sup> V. sur ce point et rappelant cette prudence des juridictions françaises dans ces deux affaires, H. Muir Watt, RCDIP 2010, p. 158, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2009, *préc.*



## A) Mise en retrait des conceptions du for

**605.** Face à la compétence revendiquée par l'ordre juridique dont les impérativités seraient mises en cause, la réaction du for est susceptible de varier en fonction de la prépondérance qu'il pourrait lui reconnaître. Le respect de la compétence juridictionnelle exclusive de tribunaux étrangers ou l'application de la loi de police étrangère ne s'impose pas directement au for, qui reste libre de l'ampleur et des modalités de son effacement. Il pourrait ainsi admettre de respecter pleinement la compétence revendiquée par l'ordre juridique étranger ou simplement de participer *partiellement* à la protection des impérativités de celui-ci. Dans ces différentes variantes, l'effacement du for pourrait s'exercer sur le plan juridictionnel (1) ou législatif (2).

### 1- Effacement sur le plan juridictionnel

**606.** L'abstention consentie par le for sur le plan juridictionnel conduirait celui-ci à reconnaître la *prépondérance globale* de l'ordre juridique étranger (a). Il conviendra de déterminer la forme que pourrait revêtir cette abstention (b).

#### a) Reconnaissance de la *prépondérance globale* de l'ordre juridique étranger

**607.** Confrontée à l'existence d'une compétence juridictionnelle exclusive étrangère fondée sur la mise en cause d'une vraie loi de police, l'autorité juridictionnelle saisie devrait idéalement pouvoir admettre de s'abstenir d'exercer sa compétence juridictionnelle. Ce faisant, elle consacrerait un *effacement absolu* de l'ordre juridique du for au profit de l'ordre juridique étranger pour la question mettant en cause ses lois de police, en laissant directement à celui-ci la charge de les mettre en œuvre.

Une telle solution paraît tout à fait envisageable. Le for qui accepterait de contribuer à la protection des intérêts étatiques étrangers, constatant que le but poursuivi à travers la compétence étrangère est d'assurer l'application des dispositions impératives concernées, pourrait très bien admettre son *incapacité* à faire une application de la loi de police conforme à ce qui est attendu par cet ordre juridique. Il pourrait craindre de mal appliquer cette disposition ou considérer en pratique que sa mise en œuvre satisfaisante présenterait des difficultés trop importantes.

Il pourrait en être ainsi en particulier parce que la loi de police mise en cause serait ici, par hypothèse, une vraie loi de police mettant directement en cause des intérêts étatiques

fondamentaux de l'ordre juridique étranger. L'importance et le particularisme de ces intérêts pourraient alors rendre son application à l'étranger particulièrement délicate ou nécessiter une expertise particulière pour la mettre en œuvre<sup>2326</sup>.

**608.** La reconnaissance de cet effacement sur le plan juridictionnel permettrait ainsi d'assurer le respect absolu des impérativités étrangères et une résolution pleinement satisfaisante du conflit de systèmes.

Résultant de la revendication unilatérale de compétence formulée par l'ordre juridique étranger sur les plans à la fois juridictionnel et législatif, le conflit prend ici, en effet, la forme d'une « contradiction irréductible »<sup>2327</sup> des points de vue retenus dans les systèmes juridiques mis en cause et apparaît comme une revendication concurrente de deux systèmes à faire valoir leurs conceptions sur la manière concrète de résoudre le rapport de droit considéré. Le conflit de systèmes apparaît entièrement *crystallisé* dans la concurrence des compétences des tribunaux de chacun des ordres juridiques concernés et ne renferme que de manière *sous-jacente* un conflit sur le plan du droit substantiel. La *compétence globale* que l'ordre juridique étranger se reconnaît est en effet ici exprimée à travers sa compétence juridictionnelle exclusive, qui *intègre* sa revendication de compétence sur le plan de la compétence législative et *concrétise* le conflit de systèmes.

Ce conflit peut dès lors être résolu de manière unitaire et conjointe sur le plan juridictionnel, par une prise en compte de la compétence juridictionnelle de cet ordre juridique par le for<sup>2328</sup>, et, idéalement, un *alignement* du point de vue juridictionnel qu'il retient sur le sien<sup>2329</sup>. Une telle solution assurerait ainsi conjointement un respect absolu du point de vue substantiel et juridictionnel de l'ordre juridique étranger et conduirait à l'ériger, du point de vue du for, en ordre juridique *globalement prépondérant*.

La coordination des systèmes appelle dès lors un recours à un mécanisme intervenant au stade où l'autorité saisie s'interrogerait sur sa compétence juridictionnelle. Il devrait lui permettre *d'écarter sa compétence* ou de *renoncer à l'exercer*, au regard de celle revendiquée par un

<sup>2326</sup> V. sur ce point et en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 375, qui justifie sous cet angle le caractère exclusif de la compétence exclusive consacrée en matière de baux d'immeubles.

<sup>2327</sup> F. Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé*, RCADI 1989, t. 213, p. 9 et s., p.127.

<sup>2328</sup> Dans l'absolu, il n'apparaîtrait pas absolument inenvisageable que, porté par un esprit de coopération très important, le for puisse admettre de s'abstenir d'exercer sa compétence juridictionnelle en l'absence même de revendication explicite de cette compétence sur le plan juridictionnel de la part de l'ordre juridique étranger. Constatant son incapacité à mettre en œuvre de manière satisfaisante la loi de police étrangère mise en cause et à répondre aux attentes de l'ordre juridique étranger de voir sa loi de police appliquée « comme il l'aurait fait », il pourrait directement s'abstenir de statuer. La solution semblerait, d'ailleurs, pouvoir résulter d'une interprétation quelque peu extensive de la version publiciste du *forum non conveniens*.

<sup>2329</sup> La solution, opportune, ne s'impose pas, en effet, et pourrait être écartée au profit d'une prise en compte du point de vue étranger sur le plan, seulement, de la compétence législative. V. *infra*, n° 616 et s.

autre ordre juridique du fait de la mise en cause de ses impérativités substantielles. La mise en place d'un tel mécanisme n'apparaît pas, cependant, absolument évidente. De tels conflits entre ordres juridiques, susceptibles de résulter en temps normal de la concurrence inévitable des règles de compétence juridictionnelle et de l'application de ses propres règles de conflit de lois par chaque juge saisi, sont généralement ignorés par le droit international privé<sup>2330</sup>. Ils n'apparaissent ponctuellement pris en compte<sup>2331</sup> que sous l'angle du droit substantiel et sont envisagés comme des « conflits de règles de conflit de lois »<sup>2332</sup>. La « situation de concurrence, sinon d'affrontement, entre les justices nationales »<sup>2333</sup> étant généralement considérée comme inéluctable et impossible à supprimer, les mécanismes s'accommodent de la diversité des points de vue retenus sur le plan de la compétence juridictionnelle et ne cherchent à assurer la coordination que sous l'angle d'un rapprochement des points de vue divergents retenus sur le plan de la compétence législative<sup>2334</sup>. Il est généralement admis, en effet, que « la discontinuité des ordres juridiques interdit a priori au juge du for de tenir compte de l'éventuelle compétence des juridictions étrangères lorsqu'il établit sa compétence internationale »<sup>2335</sup>, et que « le cloisonnement des ordres juridiques le prive [...] de la possibilité de savoir si d'autres juges s'estiment compétents pour statuer sur le litige dont il est saisi [...] »<sup>2336</sup>.

La consécration d'un tel mécanisme apparaîtra, au-delà, également délicate en dehors de tout instrument international, du fait des obstacles pratiques et théoriques susceptibles de résulter de l'unilatéralisme consacré dans ce cadre et des contraintes procédurales<sup>2337</sup>, en particulier sous l'angle de la protection de l'intérêt des parties et de la bonne administration de la justice.

<sup>2330</sup> V. en ce sens et sur les raisons de cette ignorance, en particulier, L. d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, 2006, *Economica*, n° 215, p. 305 ; P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste », *RCDIP* 1971, p. 415 et s., spéc., p. 431 et s. ; S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, 2004, n° 206 et s. ; Ph. Francescakis, *thèse préc.*, n° 56-57, p. 60-61.

<sup>2331</sup> Il en est ainsi, par exemple, dans l'hypothèse de conflits négatifs, à travers le mécanisme du renvoi. (V. pour une étude d'ensemble de ce mécanisme, en particulier, Ph. Francescakis, *thèse préc.*.)

<sup>2332</sup> P. Graulich, *Introduction à l'étude du droit international privé*, Liège, 1978, n° 86 et 87.

<sup>2333</sup> P. Mayer, « La notion de coordination et le conflit de juridictions », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p. 5.

<sup>2334</sup> V. déclarant que les remèdes envisagés n'interviennent en principe que sur « le premier élément à la source du conflit, à savoir l'application par chaque ordre juridique de ses propres règles de droit international privé », A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens. Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003, n° 591, p. 852, et sur ces différentes méthodes de coordination, not. P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé*, *RCADI* 2007, t. 327, p. 1 et s., n° 134 et s. ; H. Batiffol, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, *RCADI* 1967, t. 120, p. 179 et s. ; *Principes de droit international privé*, *RCADI* 1959, t.97, p. 445-466 et p. 467-497.

<sup>2335</sup> L. Usunier, *thèse préc.*, n° 360.

<sup>2336</sup> *Ibid.*

<sup>2337</sup> V. sur ce point, not. E. Jeuland, « Les internationalistes et les processualistes ont-ils une vision commune de la notion même de coordination des justices étatiques ? Étude de canardologie », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p. 11 et s.

A cet égard, il convient de déterminer la forme que pourrait prendre l'abstention juridictionnelle consentie par l'autorité juridictionnelle saisie.

#### b) Forme de l'abstention juridictionnelle

**609.** Le renoncement à trancher le différend auquel une autorité juridictionnelle saisie pourrait consentir est susceptible de prendre des formes variables selon la méthode de coordination consacrée<sup>2338</sup>. Il pourrait reposer sur une véritable règle d'incompétence prescrite dans le système juridique du for, ou découler de la mise en œuvre d'un mécanisme permettant à celui-ci de *décliner la compétence* qui lui est reconnue. L'effacement du for soulèverait alors la question de l'*existence* de sa compétence juridictionnelle ou de son *exercice*. Il devrait corrélativement produire des conséquences variables sur la procédure intentée devant lui, et plus généralement sur la résolution du litige.

En l'absence de règles répartitrices de compétence juridictionnelle entre les différentes juridictions étatiques préétablies au niveau supranational, ou d'une règle d'*incompétence* édictée dans l'ordre juridique du for qui ferait directement et définitivement obstacle à la résolution du contentieux, l'autolimitation juridictionnelle devrait prendre la forme d'une *renonciation* à la *mise en œuvre* de la règle qui fonderait sa compétence<sup>2339</sup>. Le respect de la compétence juridictionnelle étrangère serait ainsi fondé sur la marge de manœuvre conférée à l'autorité saisie pour apprécier l'opportunité d'exercer sa compétence, et ne produirait ses effets que sur la *réalisation* du point de vue retenu par l'ordre juridique du for.

**610.** Sous ces différentes formes, l'abstention est alors susceptible de prendre la forme d'un dessaisissement définitif ou d'un sursis à statuer.

Il se pourrait, en premier lieu, que le for, ayant constaté qu'il n'est pas compétent ou que la compétence de la juridiction étrangère est plus opportune, rejette purement et simplement l'action qui lui est présentée et se dessaisisse. Le demandeur serait alors débouté de sa demande et il serait mis fin, de manière définitive, à l'instance qui avait été ouverte.

D'un autre côté, en l'absence de véritable *incompétence* du for, celui-ci pourrait simplement surseoir à statuer en restant saisi de l'action pendant un temps déterminé, tout en suspendant néanmoins son traitement. Ce mode de dessaisissement pourrait alors constituer le fondement d'une vérification réalisée, au cas concret, de la possibilité *effective* de résoudre le

<sup>2338</sup> V. sur les différends mécanismes qui pourraient être utilisés dans ce cadre, *infra*, Chapitre 2.

<sup>2339</sup> V. sur cette hypothèse, qui serait celle consacrée s'agissant de la sanction de l'abus de droit, E. Cornut, *thèse préc.*, 764 et s., et sur cette question, M. Raimon, « L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux », JCP G 2000, I, 256, n° 2, p. 1696 et s. ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 457.

litige dans l'ordre juridique étranger<sup>2340</sup> et de son *opportunité*, tout en laissant la possibilité d'une reprise d'instance. Évitant le « saut dans l'inconnu »<sup>2341</sup> que constitue le dessaisissement du juge du for au profit d'un autre, il est très largement privilégié dans les mécanismes de coordination consacrés en droit positif.

Quant à la forme de l'abstention à privilégier dans l'hypothèse envisagée, le choix de l'une ou l'autre de ces solutions devrait dépendre de la certitude avec laquelle l'existence de la revendication de compétence juridictionnelle étrangère et de l'opportunité du soutien du for à la protection des impérativités étrangères pourrait être établie au cas concret. Elle pourrait ainsi varier en fonction de la méthode par laquelle serait identifié l'ordre juridique *prépondérant* et de l'efficacité des moyens consacrés pour faire connaître au for le contenu du point de vue étranger. Le dessaisissement définitif n'apparaîtrait envisageable, en dehors de l'hypothèse d'une réelle incompétence de l'autorité saisie, que dans la mesure où tout doute pourrait être levé à la fois quant à la possibilité pratique de résoudre concrètement le litige devant les tribunaux au profit desquels le for s'est abstenu et quant à la réalité de la *prépondérance* de l'ordre juridique étranger.

**611.** Dans la mesure où l'autorité juridictionnelle saisie consentirait à s'abstenir de trancher le différend, l'unilatéralisme qui caractérise les règles de compétence juridictionnelle conduit à ce que l'abstention juridictionnelle du for ne produise des effets que dans l'ordre juridique du for. Le for, à la suite de son dessaisissement, perd toute emprise sur la résolution du contentieux, et ne peut en principe ni intervenir dans la procédure étrangère, ni lui-même imposer à une juridiction étrangère de statuer. Son abstention ne conduit, en réalité, qu'à *inviter* les parties à saisir la juridiction étrangère au profit de laquelle elle a été prononcée. Celles-ci ne se voient en effet, du point de vue du for, contraintes d'aucune manière de saisir l'autorité juridictionnelle étrangère au profit de laquelle le for s'est dessaisi, et restent parfaitement libres de saisir celle de leur choix.

---

<sup>2340</sup> Les conditions auxquelles pourraient être subordonnés le dessaisissement ou le sursis à statuer sembleraient de toute manière insusceptibles de porter directement sur la conduite du procès à l'étranger, compte tenu de l'unilatéralité des règles de compétence internationale. V. sur cette question, à propos de la mise en œuvre du *forum non conveniens*, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 353, p. 468.

<sup>2341</sup> H. Batiffol, note sous Cass. Civ. 5 mai 1962, RCDIP 1963, p. 101 et s., spéc., p. 102.

Une telle solution, insatisfaisante du point de vue de l'intérêt des parties, qui pourraient saisir plusieurs juridictions étatiques avant de *trouver la bonne*, ou réaliser un *voyage inter-juridictionnel* coûteux et sans issue, apparaît également peu satisfaisante du point de vue de la protection des intérêts étatiques mis en cause. Dès lors, en effet, que le respect de ces intérêts implique *a priori* que le litige soit porté à la connaissance des juridictions de l'ordre juridique étranger concerné, la seule abstention consentie par le juge du for apparaît insuffisante, puisqu'elle n'assurera pas que le contentieux sera bien finalement tranché par ses tribunaux.

Pour assurer la réalisation de l'objectif poursuivi, le mécanisme de coordination devra donc pouvoir, directement ou à l'aide d'un mécanisme intervenant *a posteriori*, qui lui serait adjoint, assurer le déplacement de l'instance dans l'ordre juridique concerné. Il devrait permettre d'*acheminer le contentieux* jusque devant les juridictions exclusivement compétentes de celui-ci<sup>2342</sup>, éventuellement sous la forme d'une *proposition*<sup>2343</sup> faite par le for à ces juridictions, d'exercer leur compétence juridictionnelle et de trancher le différend<sup>2344</sup>.

**612.** Concernant l'étendue de cette abstention, d'autre part, le respect des intérêts étatiques de l'ordre juridique étranger ne semble imposer l'abstention du for que pour statuer sur la question du litige pour laquelle ils sont mis en cause. Une délimitation précise de l'abstention devra alors être effectuée, parce que la compétence du juge saisi, *a priori* légitime, ne devrait être écartée que dans la mesure où elle paraît nécessaire.

Elle s'imposera d'ailleurs d'autant plus dans l'hypothèse où elle trouvera son fondement dans une clause attributive de juridiction, parce qu'elle induira de contourner la volonté et les attentes des parties quant à l'autorité chargée de trancher leur différend. Le principe d'une abstention *partielle* devrait ainsi opportunément pouvoir être admis. Un tel type de dessaisissement a été envisagé par P. Schlosser dans le cadre de la mise en œuvre de la théorie du *forum non conveniens*<sup>2345</sup>, sous l'angle de la mise en œuvre d'une « gestion en

---

<sup>2342</sup> Il en serait également ainsi sous l'angle de la sanction de l'abus dans l'exercice du droit d'option de compétence, dès lors que ce transfert apparaîtrait comme un moyen de sanctionner le *forum shopping*. V. en ce sens, E. Cornut, *thèse préc.*, n° 803 et s.

<sup>2343</sup> Le procédé devra nécessairement revêtir un caractère facultatif pour échapper aux critiques fondées sur l'atteinte à la souveraineté étatique étrangère. L'autorité étrangère devrait en effet rester dans tous les cas libre de ne pas reconnaître sa compétence ou de ne pas l'exercer en définitive. Voir, sur ce point, not. F. Rigaux, *cours préc.*, p. 103 et s. ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 317 et s., p. 231 et s. ; P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », RCDIP 1979, p. 1 et s., spéc., n° 9, p. 12, et n° 54 et s., p. 134 et s.

<sup>2344</sup> Un tel procédé appelle alors idéalement la mise en place d'un mécanisme fondé sur la coopération interjuridictionnelle, permettant d'établir une communication entre les ordres juridiques concernés, en créant un lien entre les instances. V. sur ces procédés, *infra*, n° 825 et s.

<sup>2345</sup> V. P. Schlosser, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, RCADI 2000, t. 284, p. 9 et s., spéc., p. 402 et s.

commun de l'affaire » dans des cas exceptionnels<sup>2346</sup>. Il induirait néanmoins l'établissement de règles précises permettant d'assurer le respect de l'intérêt des parties<sup>2347</sup> et de fixer les modalités de la *jonction* des instances.

## 2- Effacement sur le plan substantiel

**613.** L'effacement auquel le for pourrait consentir sur le plan substantiel pourrait découler de la reconnaissance de la compétence législative de l'ordre juridique étranger (a) ou consacrer une reconnaissance seulement partielle de sa revendication globale de compétence sur les plans à la fois juridictionnel et législatif (b).

### a) Reconnaissance de la compétence législative revendiquée

**614.** Face à l'applicabilité d'une loi de police étrangère décorrélée du système de compétence juridictionnelle, le respect du point de vue de l'ordre juridique étranger auquel pourrait consentir l'autorité saisie n'implique *a priori* qu'une mise en œuvre de cette disposition. La compétence impérative de l'ordre juridique étranger n'est consacrée que sur le plan du droit substantiel et ne justifie pas qu'une prépondérance absolue soit reconnue à celui-ci. Cet ordre juridique indique, en effet, que le respect de ses intérêts ne nécessite pas, de son point de vue, de maintenir la résolution du contentieux devant ses seules juridictions, et qu'il estime que les autorités étrangères, étatiques ou arbitrales, sont en mesure de mettre en œuvre ses dispositions d'une manière conforme à ses attentes.

Une telle hypothèse, qui constitue celle dans laquelle se pose habituellement la question de la prise en compte des impérativités étrangères, apparaît néanmoins peu propice à sa réalisation effective, du fait de la faiblesse avec laquelle l'ordre juridique étranger *revendique* sa compétence. En l'absence de spécification d'une *exclusivité* permettant de *formaliser*, de manière objective, une telle revendication, la consécration d'une loi de police est réalisée sans qu'il soit tenu compte de la question du juge compétent. Elle n'indique en effet, en tant que telle, aucune *attente* particulière de la part du for quant à sa prise en compte par les fors étrangers, et n'a trait qu'à la question de sa mise en œuvre impérative *devant ses propres juridictions*.

La mise en cause des impérativités étatiques de cet ordre juridique ainsi que la volonté de celui-ci de les voir appliquées par d'autres fors apparaissent alors nécessairement

---

<sup>2346</sup> P. Schlosser, *cours préc.*, p. 402.

<sup>2347</sup> V. sur les solutions proposées par P. Schlosser à cet égard, *op. cit.*

difficilement perceptibles depuis l'étranger et ne peuvent qu'être *déduites* par l'autorité juridictionnelle saisie. Il s'ensuit ainsi que si la prise en compte des lois de police étrangères est admise par le for, celui-ci se trouve néanmoins confronté dans ce cadre à un « manque de référence formelle pour la déclaration d'applicabilité du système étranger »<sup>2348</sup>, qui explique assez largement la rareté avec laquelle la prise en compte des lois de police étrangères est réalisée en droit positif.

**615.** Dans la mesure où elle décèlerait l'existence d'une telle volonté et accepterait d'en tenir compte, l'autorité juridictionnelle saisie pourrait exercer normalement sa compétence juridictionnelle mais devrait admettre une *autolimitation* de son système normatif<sup>2349</sup>, lequel constitue en principe le modèle qui s'impose à elle. Elle devrait s'effacer sur le plan substantiel en renonçant à mettre en œuvre les solutions consacrées par son système juridique sur ce plan, du fait du caractère préférable qu'elle reconnaîtrait à l'autre système. La solution devrait être consacrée chaque fois que la disposition étrangère applicable en tant que telle apparaîtrait comme une vraie loi de police<sup>2350</sup> que l'ordre juridique étranger n'aurait pas pris la peine de doubler d'un chef de compétence juridictionnelle exclusif.

Dans ce cadre, néanmoins, l'absence de revendication *explicitement formulée* de la part de l'ordre juridique étranger en faveur de la mise en œuvre de ses lois de police laisse planer une incertitude quant à l'ampleur de la soumission *attendue* de l'ordre juridique du for au point de vue qu'il retient sur le plan substantiel<sup>2351</sup>.

Il en va en revanche différemment dans l'hypothèse où l'ordre juridique étranger formule cette revendication par la consécration de sa compétence juridictionnelle exclusive.

#### b) Reconnaissance partielle de la revendication de compétence *globale* revendiquée

**616.** Face à l'existence d'une revendication de compétence *globale* de l'ordre juridique étranger, fondée sur la mise en cause d'une vraie loi de police, l'appréciation portée par le for sur l'opportunité de respecter cette compétence étrangère pourrait le conduire à limiter son effacement à une mise à l'écart de son point de vue substantiel.

Celui-ci, analysant tant la légitimité de la disposition substantielle concernée au regard de son contenu normatif et de ses objectifs que les conséquences concrètes qui découleraient

---

<sup>2348</sup> Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, Sirey, n° 56-57, p. 60-61, qui explique, par cet argument, que la résolution des conflits positifs de compétence législative ne soit généralement pas envisagée en droit positif.

<sup>2349</sup> V. P. Mayer, *cours préc.*, n° 136, p. 149.

<sup>2350</sup> V. sur les contours que devrait avoir, à notre sens, cette notion, *supra*, n° 333 et s.

<sup>2351</sup> V. sur la variation des solutions qui sont susceptibles d'être consacrées dans ce cadre, *infra*, n° 604 et s.



de sa prise en compte, pourrait simplement adapter les solutions consacrées par son système juridique. Il admettrait ainsi de participer à la protection des intérêts étatiques étrangers mis en cause, mais refuserait de se conformer à la répartition globale de leur compétence<sup>2352</sup> telle que l'envisage le système étranger. Il ne prendrait dès lors que partiellement en compte le point de vue de l'ordre juridique étranger, en s'attachant à *l'objectif substantiel* poursuivi à travers sa revendication de compétence, mais refuserait de respecter l'exclusivité de la compétence qu'il en déduit sur le plan juridictionnel en s'abstenant de trancher le différend. Le for, exerçant normalement la compétence juridictionnelle qu'il se reconnaît, admettrait de tenir compte du point de vue étranger pour modifier sa manière de trancher le différend au fond.

**617.** La solution apparaîtrait alors comme un intermédiaire entre l'admission de la *prépondérance globale* de l'ordre juridique étranger et une ignorance pure et simple de la compétence qu'il se reconnaît. Elle présenterait un intérêt certain dès lors qu'elle permettrait au for de contribuer à la protection des impérativités étrangères même dans l'hypothèse où il n'admettrait pas de renoncer à toute emprise sur la résolution du contentieux, et pourrait ainsi favoriser la prise en compte des impérativités étrangères.

Elle pourrait en particulier être consacrée lorsque, les impérativités étrangères ayant passé le *test de légitimité* mis en œuvre dans le for<sup>2353</sup>, celui-ci constaterait, au cas concret, que son abstention sur le plan juridictionnel n'apparaîtrait pas opportune au regard des conséquences concrètes qui en résulteraient. Sous cet angle, il pourrait tenir compte, notamment, de l'intérêt qu'il aurait lui-même à exercer sa compétence juridictionnelle et des inconvénients qui pourraient en résulter pour les parties.

Il pourrait également admettre, indépendamment des inconvénients de son abstention, que si le contenu de la norme impérative mise en cause est *acceptable* et les objectifs qu'elle poursuit tout à fait *légitimes*, la fermeture totale envers les systèmes étrangers qu'en déduit l'ordre juridique étranger apparaît en revanche *excessive*, et qu'il est en mesure de mettre en œuvre la norme impérative concernée d'une manière conforme à ses attentes. Il reconnaîtrait dès lors le caractère raisonnable et le bien-fondé de la politique législative poursuivie par l'ordre juridique étranger et sa volonté de voir mise en œuvre sa disposition substantielle mais non le *moyen* utilisé par celui-ci pour en assurer le respect.

---

<sup>2352</sup> Voir, sur cette distinction entre les notions de coordination et de répartition, « Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques », Bibl. de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, Avant-propos, p. IX.

<sup>2353</sup> Sur lequel, V. *infra*, n° 703 et s.

**618.** Une telle solution permettrait de conserver la *maîtrise* du contenu normatif dans la résolution du litige, en déterminant également l'*ampleur* de l'abstention à laquelle il consentirait sur le plan du droit substantiel. Il pourrait en effet lui-même apprécier la manière de mettre en œuvre les dispositions étrangères pour que soit corrélativement assuré le respect de ses propres intérêts, et éventuellement limiter la prise en compte du point de vue étranger à une simple *articulation* des solutions consacrées dans son système juridique.

Pour être réellement *opportune*, néanmoins, une telle prise en compte des impérativités étrangères sur le seul plan du droit substantiel devrait être réalisée de manière à tenir compte de l'aspect juridictionnel de la revendication de compétence formulée par l'ordre juridique étranger. Elle devrait, en effet, pouvoir tenir compte de l'importance attachée par celui-ci à leur respect et de son sentiment apparemment exprimé, selon lequel les autorités juridictionnelles étrangères ne sont pas en mesure de mettre en œuvre ces dispositions conformément à ses attentes. L'autorité juridictionnelle saisie devrait alors faire preuve d'une rigueur particulière dans la mise en œuvre de la disposition, et chercher à le faire comme l'auraient fait les juridictions de cet ordre juridique étranger.

### 3- Effacement au stade du contentieux de l'*exequatur*

**619.** Devant les juridictions étatiques, la prise en compte des impérativités étrangères à laquelle consentirait le juge requis saisi d'une demande de reconnaissance ou d'exécution ne peut prendre la forme que d'une admission pleine et entière du point de vue étranger et d'un effacement parallèlement absolu de celui du for. Il en est ainsi, en raison de l'impossibilité qui existe, au stade du contentieux de l'*exequatur*, de consacrer des solutions de *compromis*. Le système et les solutions consacrés dans l'ordre juridique du for au stade du contentieux de l'*exequatur* apparaîtraient dès lors entièrement écartés pour que leur soient substituées les conceptions étrangères, cristallisées concrètement dans la décision prononcée et directement *importées* dans le for. À cet égard, la coordination des systèmes recherchée dans ce cadre se traduit d'ailleurs, en droit positif, par une restriction toujours plus grande des contrôles réalisés et conduit à admettre, la plupart du temps, l'efficacité des décisions étrangères.

**620.** Le respect des impérativités étrangères pourrait alors conduire le for à admettre plus facilement l'efficacité du jugement prononcé par les juridictions de l'ordre juridique étranger dont elles émanent. Celui-ci, constatant qu'il provient d'un ordre juridique étranger possédant une compétence *prépondérante* par rapport à celle du for, admettrait de l'intégrer, sinon de manière automatique, du moins plus facilement, dans l'ordre juridique du for.

Dans l'hypothèse où l'ordre juridique étranger estimerait ses juridictions exclusivement compétentes du fait de la mise en cause d'une loi de police, le respect de la compétence « globale » revendiquée pourrait conduire le for à admettre l'efficacité du jugement en considération de son *origine dans un ordre juridique*, ayant une vocation *prépondérante* à faire valoir son point de vue concret sur la résolution du différend<sup>2354</sup>.

Une telle solution a pu être consacrée historiquement en certaines matières dans lesquelles la règle de conflit de lois établie cristallisait les lois de police applicables et se caractérisait par l'existence d'une liaison systématique entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative<sup>2355</sup>. Elle apparaissait comme une mise en œuvre anticipée de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent proposée par P. Picone<sup>2356</sup>, et reposait sur l'idée d'une répartition globale de la compétence entre les ordres juridiques. Elle permettait ainsi de fonder la reconnaissance *automatique* des jugements émanant de l'ordre juridique de la nationalité des parties ou du lieu de situation de l'immeuble, chacun considéré, dans leur domaine respectif, comme *des ordres juridiques prépondérants*.

En l'absence de consécration d'une telle répartition *systématique* de la compétence entre les ordres juridiques, elle pourrait constituer une solution *ponctuelle* envisageable, dans les hypothèses de mise en cause d'impérativités étrangères doublées d'une règle de compétence juridictionnelle exclusive.

**621.** Dans le cas où un tel chef de compétence n'existerait pas, ou dans la mesure où le for n'admettrait de tenir compte que du point de vue substantiel de l'ordre juridique étranger, la prise en compte des impérativités substantielles étrangères par le for ne devrait produire aucune conséquence particulière sur le régime de la reconnaissance du jugement étranger. En l'absence de contrôle de la conformité à la loi appliquée, en effet, le contenu substantiel du

---

<sup>2354</sup> À cet égard, d'ailleurs, la compétence juridictionnelle exclusive indirecte des tribunaux étrangers concernés pourrait elle-même, en tant que telle, être admise en considération des conditions posées par l'arrêt *Simitch (préc.)*, dès lors que la proximité du litige avec l'ordre juridique dont les vraies lois de police seraient mises en cause devrait permettre de reconnaître l'existence du « lien caractérisé » requis. V. sur le lien entre ce critère de la proximité et l'implication étatique, *supra*, n° 575 et s.

<sup>2355</sup> V., en particulier, sur cette solution, B. Ancel, « Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères », *Riv. dir. int. pr. e proc.* 1992, p. 201 et s., spéc. p. 214 et s.

<sup>2356</sup> Sur laquelle, V. *infra*, n° 883 et s.

jugement étranger n'a, aux yeux du for, aucune incidence spécifique et positive sur son efficacité, et n'est envisagé que sous l'angle inverse de la vérification de la conformité du jugement à son ordre public substantiel.

À cet égard, une *atténuation* des exigences de cette condition, déjà particulièrement réduite en droit positif, en considération des intérêts étatiques étrangers mis en cause, n'apparaîtrait en réalité qu'assez peu envisageable, dès lors qu'elle est limitée à la protection des intérêts étatiques du for, dont la prévalence sera nécessairement toujours assurée par rapport aux intérêts étatiques étrangers.

**622.** La prise en compte des impérativités étrangères, en tout cas, ne devrait pas, *a priori*, pouvoir exercer d'incidence sur la reconnaissance et l'exécution des jugements provenant d'*États tiers*. En l'absence de méthode de coordination réellement *globale* et *systématique*, permettant d'admettre l'existence d'un ordre juridique de *référence*, dont le point de vue devrait être respecté de manière unanime par l'ensemble des ordres juridiques étrangers<sup>2357</sup>, une protection des intérêts étatiques d'un ordre juridique étranger, assurée par le for, dans le cadre de la reconnaissance d'un jugement provenant d'un État tiers, paraît en effet, en pratique, peu probable.

En particulier, la prise en compte de la compétence juridictionnelle exclusive étrangère pour apprécier la compétence juridictionnelle indirecte des tribunaux dont émane la décision à apprécier paraîtrait délicate<sup>2358</sup>. L'intégration des considérations d'ordre public étrangères dans la condition de conformité à l'ordre public posée dans ce cadre, d'autre part, semble assez peu envisageable en droit positif, dès lors que l'étendue du contrôle, déjà trop restreinte pour permettre une vérification du respect des lois de police *du for*, pourrait difficilement *intégrer* une vérification des lois de police *étrangères*. Il a ainsi pu être dit, s'agissant de la protection, dans le for, de l'ordre public d'un État étranger dans le cadre du contentieux de la reconnaissance d'une sentence arbitrale, que « l'exception d'ordre public qui, d'une part, est au service des seules conceptions de l'ordre juridique français et, d'autre part, ne peut intervenir que si la situation litigieuse intéresse directement la France, ne pourra servir à écarter une sentence qui aurait méconnu une loi étrangère de police »<sup>2359</sup>. La solution

---

<sup>2357</sup> V. sur une telle méthode, proposée par P. Picone, qui permettrait alors de consacrer une méthode de coordination *universelle*, n° 883 et s.

<sup>2358</sup> V. cependant, proposant une prise en considération de ces règles de compétence juridictionnelle exclusive, pour apprécier la compétence des tribunaux de l'État d'origine de la décision, E. Fohrer-Dedeurwaerder, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, 2008, n° 79.

<sup>2359</sup> P. Mayer, « L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français », in *Droit et Pratique de l'arbitrage international en France*, Feduci, 1984, p. 81 et s., spéc., n° 35, p. 97.

contraire, pourtant, est parfois retenue en la matière<sup>2360</sup>, mais uniquement dans la mesure où « le respect, par les parties et l'arbitre, d'une loi de police étrangère lui paraît nécessaire selon les propres conceptions du for »<sup>2361</sup>.

## **B) Réalisation du point de vue étranger**

**623.** La réalisation du point de vue de l'ordre juridique étranger qu'implique le respect des impérativités de celui-ci devra conduire le for à assurer, sous un angle positif, une mise en œuvre effective des dispositions substantielles impératives étrangères, dans le cadre de la résolution du litige concerné. À cet égard, néanmoins, l'appréciation qu'il portera sur la revendication de compétence unilatérale étrangère pourrait le conduire à faire varier l'étendue de la mise en œuvre du point de vue étranger. Il pourrait admettre de *substituer véritablement* les solutions consacrées par ce dernier à celles prescrites par son système juridique, ou simplement chercher à *articuler* ses solutions avec celles retenues à l'étranger, pour tenir compte du point de vue étranger, tout en donnant principalement effet à ses propres solutions.

Dans ce cadre, le respect effectif des lois de police étrangères devrait impliquer de privilégier une réelle *prise en compte* du point de vue étranger (1). De manière subsidiaire, au cas où une telle prise en compte n'apparaîtrait pas possible ou opportune, l'autorité juridictionnelle saisie devrait également pouvoir *prendre en considération* son point de vue (2).

### 1- Prise en compte du point de vue étranger

**624.** Le respect de la compétence juridictionnelle de l'ordre juridique étranger devrait assurer une mise en œuvre effective de ses lois de police, dès lors qu'elle serait réalisée directement en son sein. La coordination des systèmes reposerait ainsi sur une véritable *substitution* du point de vue étranger à celui du for (a). En l'absence d'une telle revendication de compétence sur le plan juridictionnel ou dans l'hypothèse où l'autorité juridictionnelle saisie refuserait de tenir compte de « la prépondérance strictement juridictionnelle »<sup>2362</sup> de l'ordre juridique étranger, la mise en œuvre des lois de police étrangères serait réalisée dans le for, et soulèverait la question du degré auquel ce point de vue devrait être pris en compte pour assurer effectivement le respect des intérêts étatiques étrangers (b).

---

<sup>2360</sup> V. en ce sens, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 898, p. 818 ; Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 347 et s.

<sup>2361</sup> Ch. Seraglini, *op. cit.*

<sup>2362</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 414, p. 281

a) Substitution du point de vue étranger à celui du for

**625.** L'effacement juridictionnel consenti par le for, en considération de la compétence juridictionnelle exclusive que l'ordre juridique étranger reconnaîtrait à ses tribunaux, assurerait un respect absolu de la revendication de compétence juridictionnelle expressément formulée par celui-ci. Il conduirait à *substituer intégralement* le point de vue de celui-ci à celui retenu dans le for quant à la manière de trancher le différend sur le fond.

Un tel effacement juridictionnel consacrerait alors une déférence absolue du for à l'égard de l'ordre juridique étranger, et reposerait sur l'adoption du point de vue de l'ordre juridique étranger sur les plans à la fois juridictionnel et substantiel. En respectant directement sa revendication de compétence juridictionnelle et en permettant à ses autorités de se prononcer elles-mêmes sur le rapport de droit considéré, l'ordre juridique du for permettrait en effet aux autorités étrangères de mettre elles-mêmes en œuvre les solutions qu'il retient sur le fond et se verrait privé de toute possibilité de faire valoir son point de vue. Celui-ci, acceptant de perdre toute emprise sur la résolution du litige, renonce ainsi à la mise en œuvre de ses solutions de droit substantiel et reconnaît parallèlement la prévalence globale et absolue du for étranger pour régler le rapport de droit considéré.

**626.** Corrélativement, la solution assure un respect absolu du point de vue non seulement abstrait, mais également concret de l'ordre juridique étranger. Le for « fait prévaloir le point de vue concret d'un ordre juridique étranger non seulement sur celui de son ordre juridique, mais aussi sur le point de vue abstrait de l'ordre juridique selon lui relevant »<sup>2363</sup>. Ce point de vue concret a trait à la manière dont un ordre juridique considère, dans une hypothèse particulière, qu'un rapport de droit doit être traité ou qu'un litige doit être résolu. Il intègre à la fois *la manière de raisonner* de celui-ci et ses règles de droit international privé, c'est-à-dire la solution que ce dernier retient quant à l'ordre juridique à qui doivent être empruntées *les règles de droit à appliquer* pour déduire la solution concrète à retenir. Le point de vue *concret* d'un ordre juridique inclut ainsi également la conception de celui-ci quant au point de vue *abstrait* dont il convient de tenir compte<sup>2364</sup>.

L'abstention consentie par le for sur le plan juridictionnel conduit dès lors celui-ci à reconnaître la prééminence du *point de vue concret* encore *virtuel* de l'ordre juridique étranger

<sup>2363</sup> P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 1 et s., n° 115, p. 125.

<sup>2364</sup> V. sur cette différence entre le point de vue *concret* et le point de vue *abstrait*, en particulier, P. Mayer, *cours préc.*, n° 106 et s., p. 119 et s.

sur la solution à apporter au rapport de droit considéré, en considération du caractère fondamental des intérêts étatiques et de l'importance qu'attache celui-ci à leur protection à travers sa revendication de compétence globale exclusive<sup>2365</sup>. L'effacement juridictionnel du for conduit ainsi à assurer le respect absolu des impérativités étrangères mises en cause, dès lors que ce dernier laisse les autorités juridictionnelles étrangères les mettre en œuvre en tant que *lois de police du for*. En permettant une *substitution totale* du point de vue étranger à celui du for, cet effacement permet d'assurer leur application par respect de la compétence *abstraite* de l'ordre juridique étranger, exprimée à travers l'applicabilité reconnue de ses lois de police, et leur mise en œuvre *telle qu'il la conçoit* par réalisation effective de son point de vue *concret* grâce à l'exercice de leur compétence par ses juridictions.

**627.** Cette même prévalence accordée conjointement au point de vue à la fois *abstrait* et *concret* de l'ordre juridique étranger, du fait de la mise en cause de ses impérativités, devrait également résulter de la reconnaissance du jugement rendu par celui-ci dans le for. Le respect de ses impérativités résulterait alors directement de *l'intégration* du point de vue *concret, déjà émis* par celui-ci, dans l'ordre juridique du for, par la reconnaissance de l'efficacité du jugement prononcé par ses autorités en application de ses lois de police.

#### b) Assimilation du point de vue étranger dans le for

**628.** Dans l'hypothèse où le for refuserait de s'abstenir d'exercer sa compétence juridictionnelle malgré la compétence juridictionnelle exclusive des tribunaux étrangers, ou en l'absence d'une telle revendication de compétence formulée de la part de l'ordre juridique étranger, la mise en œuvre des impérativités étrangères devrait être réalisée devant l'autorité saisie. À cet égard, bien que la question suscite des interrogations en droit positif<sup>2366</sup>, en l'absence de précision apportée quant à la manière de « donner effet » aux lois de police étrangères<sup>2367</sup>, leur respect *effectif* semble devoir appeler, lorsqu'elle est possible, leur réelle

---

<sup>2365</sup> A cela pourraient également s'ajouter des considérations relatives au fait que le point de vue *concret* de cet ordre juridique a pu constituer par le passé la base des prévisions des parties, ou que l'ordre juridique étranger est celui dont le point de vue *concret* est celui qui l'emportera en pratique nécessairement, au final, compte tenu de la localisation objective et juridique du contentieux en son sein. Cet argument est en particulier avancé en faveur du respect de la *prépondérance globale* de l'ordre juridique du lieu de situation de l'immeuble, sous l'angle du *principe d'effectivité*.

<sup>2366</sup> La question est celle de savoir si l'autorité saisie devrait faire une réelle application de cette loi de police ou simplement la prendre en considération. V. sur la distinction entre ces deux techniques, not. P. Kinsch, *Le fait du prince étranger*, LGDJ, 1994 ; E. Fohrer, *La prise en considération des normes étrangères*, thèse Paris II, 2004. V. également D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 450 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 139.

<sup>2367</sup> V. la formulation consacrée dans les instruments européens, qui distinguent l'application des lois de police du for et le fait de « donner effet » aux lois de police étrangères.

*application*, en tant que « règles juridiques »<sup>2368</sup>, à la place de la *lex causae*<sup>2369</sup>. L'autorité saisie devrait ainsi pouvoir faire directement produire des effets à la disposition concernée, et déduire les conséquences civiles de sa violation en écartant entièrement la solution résultant de la mise en œuvre de sa règle de conflit de lois.

**629.** Quant à la manière dont cette application devrait être réalisée, néanmoins, la seule transposition des solutions habituellement consacrées pour la mise en œuvre des dispositions substantielles étrangères semble insuffisante pour assurer un respect effectif des intérêts étrangers mis en cause.

En temps normal, l'application des lois étrangères repose sur une *intégration* de la règle étrangère dans le *raisonnement* du for, qui la met en œuvre après s'être informé ou s'être fait informer de son contenu par les parties. Tout en s'attachant à respecter le contenu de cette disposition, le juge saisi l'applique comme il appliquerait une règle du for, sans considération particulière pour la manière dont l'ordre juridique étranger concerné attend qu'elle soit appliquée ou l'aurait lui-même effectuée.

Une telle solution, justifiée, en temps normal, par l'absence d'intérêt spécifique éprouvé par l'État concerné à travers la mise en œuvre de ses dispositions substantielles, paraît insuffisante vis-à-vis des lois de police mettant directement en cause un intérêt étatique particulièrement fondamental.

Le respect *effectif* de ces intérêts implique ici nécessairement, en effet, « une phase préalable d'investigation dans l'ordre juridique auquel appartient la prétendue loi de police »<sup>2370</sup>. Ceci permet de déterminer « la fonction que remplit la loi étrangère dans le système auquel elle appartient »<sup>2371</sup> et d'établir la manière dont l'ordre juridique étranger attend qu'elle soit mise en œuvre. Leur mise en œuvre, en effet, n'apparaît satisfaisante et, finalement, *utile*, que dans la mesure où serait assurée la réalisation des *buts* et des *objectifs* qui ont fondé sa consécration. L'autorité saisie devrait alors non pas seulement *intégrer* la disposition étrangère dans son raisonnement pour lui donner l'application concrète estimée appropriée par l'ordre juridique étranger, mais *adopter le raisonnement du juge étranger*. Elle devrait chercher à respecter le point de vue *concret* de l'ordre juridique étranger, en s'approchant le plus possible de la manière dont ses juridictions en auraient fait application.

---

<sup>2368</sup> V. CJUE, 18 octobre 2016, Aff. C-135/15, *Grigorios Nikiforidis*, point 50.

<sup>2369</sup> V. not. en ce sens, P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., p. 307 et s. ; D. Bureau et L. d'Avout, note sous Cass. Com. 16 mars 2010, *JCP G*, n° 19-20, 10 mai 2010, p. 530 et s.

<sup>2370</sup> P. Mayer, *art. préc.*, n° 19, p. 294.

<sup>2371</sup> P. Mayer, *art. préc.*, n° 44, p. 319.



La coordination serait dès lors assurée non par intégration du point de vue étranger dans celui du for, mais par une réelle *assimilation* de celui-ci. Elle consacrerait alors en quelque sorte un *transfert global de compétence législative*, fondé sur la reconnaissance de la prépondérance du point de vue *concret* de l'ordre juridique étranger dont elle émane, pour la mettre en œuvre, par rapport à celui du for<sup>2372</sup>.

Une telle solution devrait être admise sans difficulté dans l'hypothèse où l'ordre juridique étranger aurait consacré un chef de compétence juridictionnelle exclusif de ses tribunaux fondé sur l'applicabilité de sa vraie loi de police, dès lors que l'aspect juridictionnel de sa compétence apparaîtrait de manière explicite. Sans admettre de respecter directement cette revendication de compétence sur le plan juridictionnel en se dessaisissant, l'autorité juridictionnelle saisie pourrait ainsi, malgré tout, tenir compte de la volonté exprimée par l'ordre juridique étranger de faire respecter son point de vue *concret* quant à sa mise en œuvre, et de sa crainte qu'elle soit mal ou différemment mise en œuvre devant des fors étrangers. L'assimilation du point de vue substantiel de l'ordre juridique étranger dans celui du for, dans la mesure où elle serait possible, permettrait ainsi de répondre aux *attentes* de l'ordre juridique étranger sur le plan substantiel, sans impliquer de transfert de compétence juridictionnelle.

Même en l'absence de revendication explicite de compétence juridictionnelle de la part de l'ordre juridique étranger, d'autre part, l'adoption d'une telle méthode pour mettre en œuvre les lois de police étrangères paraîtrait opportune, dès lors qu'elle permettrait de tenir compte du lien existant inévitablement entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative en matière de lois de police. Face à l'applicabilité d'une loi de police étrangère, le for devrait pouvoir admettre l'aspect juridictionnel *implicite* de la revendication de compétence de l'ordre juridique étranger. Il pourrait admettre, en effet, malgré l'absence de précaution ou de moyens mis en œuvre par l'ordre juridique étranger pour assurer un tel résultat, la volonté implicite évidente de celui-ci, de les voir appliquées comme l'auraient fait ses juridictions si elles avaient été saisies. Une telle solution pourrait, au demeurant, découler de la seule volonté de l'autorité du for d'apporter sa contribution *réelle et effective* à la protection des intérêts étatiques étrangers, laquelle implique davantage qu'une simple intégration de la disposition dans son raisonnement.

---

<sup>2372</sup> V. sur les méthodes de coordination de ce type qui ont été envisagées, notamment celle de la *foreign Court theory* et de la dissociation entre le for de jugement et le for de raisonnement, proposée par G. A. L. Droz, *infra*, n° 872 et s.

**630.** La solution reposerait, dans ces deux hypothèses, sur la constatation de la position *incommode* de l'autorité juridictionnelle du for pour appliquer ces dispositions de manière à assurer la protection des intérêts mis en cause, et de la compétence au contraire plus *adaptée* des juridictions de l'ordre juridique étranger dont elles émanent pour le faire. Sans admettre de perdre tout contrôle sur la résolution du contentieux, le juge du for pourrait alors accepter de se mettre *dans la peau* du juge étranger en adoptant sa manière de raisonner. Partant du présupposé de l'existence d'un lien entre l'application des lois de police et l'autorité juridictionnelle saisie, la solution viserait ainsi à en supprimer *les effets* concernant la mise en œuvre concrète de la disposition<sup>2373</sup>.

Dans la mesure où il pourrait être pratiquement mis en œuvre, un tel système pourrait ainsi éventuellement pallier l'absence de consécration d'un chef de compétence juridictionnelle corrélé à l'applicabilité des vraies lois de police en droit positif, en assurant opportunément leur application uniforme et conforme à celle qu'auraient assurée les juridictions de l'ordre juridique dont elles émanent, quelles que soient l'autorité juridictionnelle saisie et la réalisation de la politique législative qu'elles poursuivent.

D'un autre côté, la diminution de l'incidence de l'élément juridictionnel sur la mise en œuvre de ces dispositions devrait également conduire à réduire, voire à supprimer, tout l'intérêt du *forum shopping* et de ses effets sur le respect des lois de police. Une telle solution a notamment été proposée, en effet, par H. Gaudemet-Tallon, comme moyen de lutte contre le *forum shopping abusif* réalisé par la conclusion de clauses attributives de juridiction<sup>2374</sup>.

**631.** Elle n'apparaîtrait néanmoins nécessaire que s'agissant des vraies lois de police dont la mise en cause des intérêts étatiques fondamentaux particularistes conduit effectivement à rendre leur mise en œuvre délicate dans un for étranger et empêche *a priori* celui-ci de trouver dans ses conceptions la base d'un raisonnement qui soit parfaitement approprié pour assurer la réalisation de l'objectif poursuivi.

Pour les lois de police protectrices étrangères, en revanche, et dans la mesure où l'on admettrait qu'elles méritent d'être prises en compte en tant que telles depuis l'étranger, une telle prise en compte du point de vue concret de l'ordre juridique étranger pourra ne pas

---

<sup>2373</sup> Il n'est question en effet, pour l'instant, que de la manière dont la disposition serait elle-même mise en œuvre et des conséquences concrètes qui en découleraient. L'incidence de la compétence juridictionnelle pourrait néanmoins également se faire ressentir sur la question de la mise en œuvre du *procédé* de coordination, dès lors que le *déclenchement* du processus de coordination ne serait pas nécessairement automatique. La question sera envisagée, *infra*, n° 664 et s.

<sup>2374</sup> V. H. Gaudemet-Tallon, *thèse préc.*, n° 362, et sur la solution proposée par cet auteur, Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 474 et s., p. 453 et s. V. également, proposant une telle solution pour sanctionner, de manière générale, les choix de for abusifs, G. A. L. Droz, *Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé*, RCADI 1991, t. 229, p. 9 et s., n° 386 et s., p. 356 et s. ; E. Cornut, *thèse préc.*, n° 814 et s.

apparaître nécessaire. Visant à assurer prioritairement les intérêts de personnes privées<sup>2375</sup>, elles trouveront en effet la plupart du temps leur équivalent dans l'ordre juridique du for.

Leur simple intégration dans le raisonnement du for pourrait alors paraître suffisante, dans l'hypothèse où elles n'apparaîtraient pas, également, suffisamment respectées par application d'une disposition du for équivalente.

## 2- Prise en considération du point de vue étranger

**632.** La prise en considération du point de vue de l'ordre juridique étranger doit être envisagée sous l'angle de l'applicabilité de ses lois de police (a) et de sa revendication de compétence juridictionnelle exclusive (a).

### a) Prise en considération de la loi de police étrangère

**633.** En dehors des hypothèses dans lesquelles la prise en compte *réelle* du point de vue substantiel de l'ordre juridique étranger pourrait être réalisée et conduirait le for à *mettre à l'écart* les solutions qu'il retient, une simple prise en considération<sup>2376</sup> de ce point de vue devrait pouvoir être effectuée à titre *subsidaire*.

Insuffisante pour constituer une technique de mise en œuvre des impérativités étrangères qui serait utilisée par principe et à titre général<sup>2377</sup>, compte tenu des difficultés que présenterait sa mise en œuvre et des incohérences auxquelles elle pourrait conduire<sup>2378</sup>, elle apparaîtrait comme un *palliatif* à l'indifférence du for vis-à-vis des impérativités, qui serait susceptible d'être consacrée dans certaines hypothèses.

Cette technique permettrait, sous cet angle, non pas *d'assurer* positivement la contribution du for à la réalisation de la politique législative étrangère, mais *d'éviter* que le juge ou l'arbitre saisi ne rende un jugement ou une sentence allant fondamentalement à *l'encontre* de cette politique législative, et consacrerait ainsi une sorte de *coopération limitée*.

---

<sup>2375</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 324 et s.

<sup>2376</sup> V. sur cette technique, en particulier, P. Kinsch, *Le fait du prince étranger*, thèse LGDJ 1994, spéc., n° 240 et s. ; E. Fohrer-Dedeurwaerder, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, 2008.

<sup>2377</sup> V. sur l'incertitude existant pourtant dans ce cadre, du fait de l'imprécision des instruments européens quant à la manière dont il conviendrait, pour un juge, de *donner effet* aux lois de police étrangères, not. A. Nuyts, « Les lois de police et dispositions impératives dans le règlement Rome I », RDC/TBH 2009, p. 553 et s., spéc. 562. Les auteurs sont ainsi partagés sur cette question, bien qu'une majorité d'entre eux admette aujourd'hui que le juge saisi devrait faire, par principe, une réelle application des lois de police étrangères lorsqu'elle est possible. V. en ce sens, D. Bureau et L. d'Avout, « Les lois de police étrangères devant le juge du contrat international », note sous Cass. Com. 16 mars 2010, JCP G. 2010, p. 530 et s. À cet égard, néanmoins, la solution consacrée dans l'arrêt *Grigorios Nikiforidis (préc.)* semble, implicitement, reconnaître le principe d'une réelle *application* des lois de police étrangères répondant aux conditions posées par l'article 9.3 du règlement Rome I.

<sup>2378</sup> Sur lesquelles, V. en particulier, P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 44.

**634.** Concrètement, elle apparaîtrait comme une technique de *prise en compte indirecte* des impérativités étrangères, permettant à l'autorité du for de *nuancer* ou d'*adapter* le résultat auquel conduit normalement la mise en œuvre des solutions consacrées par son système juridique, en laissant la loi de police étrangère produire une influence sur l'application *matérielle* de la loi désignée par sa règle de conflit de lois.

La prise en considération d'une disposition étrangère conduit en effet à ce que celle-ci se trouve « emboîtée dans une norme tierce pour produire un effet qui n'est pas directement ou pas pleinement le sien »<sup>2379</sup>. « Le résultat spécifiquement produit par la technique de la prise en considération en droit international privé est alors celui d'une conjonction des effets de norme de provenances distinctes, obtenue par emboîtement des unes dans les autres. »<sup>2380</sup>

Cette disposition serait ainsi prise comme une donnée *factuelle* et *objective*, intervenant dans le raisonnement de l'autorité juridictionnelle saisie et entrant dans le présumé de la règle substantielle désignée par sa règle de conflit de lois, pour influencer les effets qui en sont déduits quant à la *manière* de mettre en œuvre les solutions qui en résultent.

**635.** Elle est principalement envisagée de manière formelle, comme étant susceptible de permettre à une norme étrangère d'intervenir comme un *pur fait* dans le cadre de l'appréciation d'une notion matérielle ou subjective, réalisée dans le for, ou comme une condition juridique de l'application des règles substantielles ou de droit international privé de celui-ci<sup>2381</sup>. Elle apparaît néanmoins susceptible d'être envisagée plus largement, indépendamment du seul « aspect matériel » de l'implication d'une disposition étrangère, dans le cadre du respect des impérativités étrangères comme un mécanisme « alternatif » de coordination des systèmes *atténuée*. Elle assurerait, de manière générale, que les lois de police étrangères non directement applicables ne seront pas totalement ignorées mais seront *considérées* depuis le for, au stade de la mise en œuvre de ses propres solutions. Elles pourraient éventuellement faire l'objet d'une mise en œuvre *indirecte* ou *partielle*, ou en tout cas le conduire à *adapter* la solution concrète qu'il apporterait à la résolution du litige.

Elle fonderait ainsi une coordination des deux systèmes juridiques impliqués, en permettant une *conjonction* de leur compétence législative respective, grâce à une mise en œuvre, de manière néanmoins *déséquilibrée*, *simultanée* et *associée* de leurs points de vue quant à la solution à apporter à une même question de droit.

---

<sup>2379</sup> L. d'Avout, note sous Cass. Soc., 24 février 2004, *République fédérative du Brésil c. Mme L. de Azevedo Werneck*, RCDIP 2005, p. 62 et s.

<sup>2380</sup> *Ibid.*

<sup>2381</sup> V. sur la classification tripartite des hypothèses dans lesquelles la prise en considération pourrait intervenir, E. Fohrer-Dedeurwaerder, *thèse préc.*, et sur ce point, L. d'Avout, *note préc.*

**636.** Dans un cadre général où le principe devrait idéalement être celui d'une *prise en compte effective* des impérativités étrangères lorsqu'elle répondrait aux exigences posées par le for, la seule constatation de l'implication des intérêts étatiques étrangers et de l'importance que celui-ci attache à leur respect devrait en revanche pouvoir justifier leur *prise en considération* indépendamment du respect de ces conditions<sup>2382</sup>.

En dehors de la seule volonté de tenir compte d'une *situation de fait*, découlant de l'applicabilité de la loi étrangère, la prise en considération pourrait ainsi avoir vocation à être utilisée pour éviter d'aller directement à l'encontre des conceptions étrangères contraires à celles du for ou d'empêcher absolument la réalisation d'une politique législative jugée cruciale par cet ordre juridique étranger. Elle pourrait être consacrée dans les hypothèses où il apparaîtrait au for, à la suite de l'appréciation qu'il aurait portée sur les lois de police étrangères mises en cause, que leur application ne peut être absolument admise parce que *a priori* peu opportune ou d'une opportunité douteuse.

Le for, refusant de faire *sien* le contenu de la disposition concernée en l'appliquant, pourrait néanmoins admettre de tenir compte de ces dispositions par esprit de coopération envers l'ordre juridique étranger. Il tiendrait ainsi compte, sans participer réellement à la réalisation de sa politique législative, de l'implication de celui-ci dans la résolution du litige, déduite de sa proximité réelle avec la situation juridique<sup>2383</sup> et de l'existence réelle de sa revendication de compétence<sup>2384</sup>.

---

<sup>2382</sup> La réserve serait néanmoins, comme toujours s'agissant de l'application d'une disposition étrangère, celle de sa conformité à l'ordre public du for.

<sup>2383</sup> Cette considération de proximité devrait, en effet, nécessairement intervenir pour fonder même la seule prise en considération des lois de police étrangères, dès lors qu'elle est une condition *sine qua non* à l'implication de l'État étranger et à la mise en cause de ses intérêts. V. *supra*, n° 581 et s.

<sup>2384</sup> Une telle condition impliquerait alors que le for s'assure du caractère de loi de police de la disposition concernée dans l'ordre juridique étranger.

**637.** Sur le plan du droit applicable, elle présenterait par exemple un intérêt certain dans l'hypothèse d'un *conflit de lois de police* mettant en cause les lois de police étrangères et celles du for, en permettant d'éviter l'ignorance absolue des impérativités étrangères qui devrait découler de la prévalence nécessairement accordée aux lois de police du for. Elle assurerait, malgré la mise en œuvre des dispositions du for, qui seraient seules directement appliquées, que la loi étrangère sera néanmoins considérée *dans le cadre de cette application*. Les lois de police du for pourraient alors faire l'objet d'atténuations ou d'adaptations quant à leurs effets, pour tenir compte de la solution, par hypothèse contraire, prescrite par la loi de police étrangère. L'opportunité d'une telle technique serait alors de permettre « de construire, en sur-mesure, des solutions du conflit de lois substantiellement justes et internationalement harmonieuses »<sup>2385</sup>, respectueuses des intérêts de chacun des États concernés. Elle éviterait en l'espèce à l'autorité juridictionnelle saisie de faire un *choix absolu* entre le respect de ses propres intérêts et ceux de l'ordre juridique étranger.

Elle pourrait également permettre une prise en compte des impérativités étrangères contraires à l'ordre public du for<sup>2386</sup> ou pour préserver les intérêts des parties, en particulier l'équité et la prévisibilité des solutions, dès lors que l'application réelle de la loi de police étrangère risquerait d'y porter atteinte. En préservant l'application de la loi normalement applicable selon les règles de conflit de lois du for, elle préserverait les données initiales sur lesquelles les parties pouvaient avoir fondé leurs prévisions, tout en assurant une considération pour les intérêts étatiques étrangers<sup>2387</sup>.

**638.** De manière plus générale, l'intérêt du recours à la prise en considération pourrait également apparaître dans les hypothèses où l'analyse portée par le for sur ces dispositions, sans le conduire à constater absolument l'incompatibilité de ces dispositions avec ses conceptions ou ses intérêts, ne lui permettrait pas d'être pleinement convaincu de l'*opportunité* d'en faire effectivement application.

La *prise en considération* apparaîtrait alors comme une technique alternative *de mise en œuvre atténuée* des lois de police étrangères, évitant que les doutes suscités dans le for ne conduisent à leur ignorance absolue. Une telle utilisation de cette technique semble pouvoir trouver appui sur la solution consacrée par la Cour d'appel de renvoi dans l'affaire *Viol*

---

<sup>2385</sup> L. d'Avout, *note préc.*, et V. également, R. de Nova, « Solution du conflit de lois et réglementation satisfaisante du rapport international », RCDIP 1948, p.179 et s., et H. E. Yntema, « Les objectifs du droit international privé », RCDIP 1959, p.1 et s., cités par l'auteur.

<sup>2386</sup> V. en ce sens, not., P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 41.

<sup>2387</sup> V. en ce sens, P. Kinsch, *Le fait du prince étranger*, thèse LGDJ 1994, spéc. n° 312.

*frères*<sup>2388</sup>, mettant en cause une loi d'embargo ghanéenne visant les viandes bovines françaises et faisant obstacle à l'exécution d'un contrat de transport de marchandises portant sur l'acheminement de la viande à destination du Ghana<sup>2389</sup>. La Cour d'appel de renvoi devant déterminer si les conditions d'application de la loi de police concernée étaient remplies en l'espèce<sup>2390</sup>, *prit en considération* la règle étrangère<sup>2391</sup>, sans faire référence à la question de sa *légitimité*, qui paraissait en l'espèce délicate et incertaine à admettre pour le juge français. Il en était ainsi à la fois « en raison de sa nature politique »<sup>2392</sup> et au regard de sa conformité avec les intérêts de l'État français<sup>2393</sup>.

La solution laisserait alors envisager que cette condition de légitimité ne s'impose pas s'agissant d'une simple *prise en considération*<sup>2394</sup>. Elle permettrait ainsi d'accueillir plus largement la mise en œuvre des impérativités étrangères, en consacrant la possibilité, pour le juge saisi, d'établir en quelque sorte un *degré* quant à la contribution qu'il apporterait à la protection des intérêts étatiques étrangers, et de tenir compte des lois de police étrangères dont il juge l'application peu ou pas opportune.

Une telle variabilité apparaît, en revanche, difficile à consacrer s'agissant de la prise en compte de la compétence juridictionnelle exclusive étrangère fondée sur de telles dispositions.

#### b) Prise en considération de la compétence juridictionnelle étrangère

**639.** Le recours à la technique de la prise en considération des règles étrangères est généralement considéré comme le seul autorisé concernant la compétence juridictionnelle, du fait de l'unilatéralisme consacré dans ce cadre. Elle est ainsi généralement considérée comme étant celle utilisée dans le cadre de la mise en œuvre du *forum non conveniens*, qui permet au

---

<sup>2388</sup> V. CA Poitiers, 2<sup>e</sup> Ch. Civ., 29 novembre 2011, n° 10-03500, RTD com. 2012, p. 217, obs. P. Delebecque ; DMF 2012, p. 738, note O. Cachard ; RDC 2012, p. 1335, note P. Deumier, sur renvoi après Cass. Com., 16 mars 2010, *Sté AP Moller Maersk c/ Sté Viol frères*, préc.

<sup>2389</sup> Alors que la marchandise avait dû revenir au point de départ et être vendue au sauvetage, l'expéditeur avait formulé une demande d'indemnisation et le transporteur invoquait la nullité du contrat de transport au motif que l'embargo rendait sa cause illicite au sens de la loi française.

<sup>2390</sup> La Cour de cassation, en effet, avait relevé l'obligation, pour les juges saisis, de s'interroger sur l'applicabilité de la loi de police étrangère mais ne tranchait pas la question de savoir si elle devait effectivement être mise en œuvre..

<sup>2391</sup> Celle-ci est prise en compte, en effet, en tant qu'élément factuel faisant obstacle à l'exécution du contrat. La Cour releva la nullité du contrat, non pour cause illicite, comme demandé par le transporteur, mais pour objet impossible.

<sup>2392</sup> M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de La Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 2009, n° 200.

<sup>2393</sup> V. sur la difficulté que revêtait en l'espèce l'appréciation de la légitimité de la disposition, puis, de manière générale, celle des lois d'embargo, P. Deumier, note sous CA Poitiers, 2<sup>e</sup> Ch. Civ., 29 novembre 2011, RDC 2012, p. 1335 et s. ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 127.

<sup>2394</sup> V. en ce sens, en particulier P. Deumier, *note préc.*, p. 1335 et s. ; S. Sana-Chaillé de Néré, *note préc.*, n° 714, qui considère que : « Lorsque, à l'issue de son évaluation, le juge estime l'application de la loi étrangère inopportune, il peut tout de même être contraint de la prendre en considération (et non de l'appliquer) si elle est une donnée à laquelle le contrat ne peut échapper. »

juge saisi d'analyser les règles de compétence juridictionnelle étrangères et d'en déduire son abstention quant à l'exercice de sa compétence<sup>2395</sup>.

Elle a pu être également envisagée pour coordonner les systèmes concernant l'appréciation de l'efficacité des clauses attributives de juridiction<sup>2396</sup>. La prise en compte des conflits de systèmes dans ce cadre<sup>2397</sup> a ainsi conduit à l'émergence de propositions doctrinales et législatives visant à uniformiser le traitement des clauses attributives de juridictions entre les différents ordres juridiques concernés. La prise en considération de la loi du tribunal exclu et normalement compétent a pu ainsi être envisagée pour régir la « fonction négative » de la prorogation volontaire de juridiction. Elle devrait permettre au juge saisi de tenir compte de la loi de l'État étranger dont la compétence juridictionnelle a été écartée, pour en faire une condition d'application de la loi du for<sup>2398</sup> et adapter en conséquence son jugement<sup>2399</sup>.

La proposition la plus aboutie à cet égard est celle de H. Gaudemet-Tallon, qui a proposé une *application*<sup>2400</sup> conjointe de la loi du tribunal exclu et *normalement compétent* et de celle du tribunal désigné par la clause<sup>2401</sup>. La « validité »<sup>2402</sup> de la dérogation devrait ainsi être déduite en application de la loi du *tribunal désigné*, mais *en considération* de la loi du juge dont la compétence a été écartée. Le système conduisait dès lors à faire dépendre la « validité » de la clause attributive de juridiction de l'application cumulative de la loi du tribunal élu et de la loi du tribunal exclu<sup>2403</sup>.

---

<sup>2395</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 365 et s.

<sup>2396</sup> Les conflits de systèmes risquent en effet de résulter dans ce cadre de l'applicabilité reconnue de la *lex fori*. V. not. sur cette solution, G. Kaufmann-Kohler, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Bâle, 1980, Helbing & Lichtenhahn, p. 41 et s. ; Ph. Guez, *L'élection de for en droit international privé*, thèse, Paris X-Nanterre, 2000, n° 306 et s.

<sup>2397</sup> Le conflit « positif » de compétences dans cette hypothèse, en réalité, n'est généralement pas pris en compte. Il est considéré comme « gênant mais banal », et devrait être résolu simplement par le choix qu'exercera le demandeur. V. en ce sens, not. P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 301, p. 221.

<sup>2398</sup> N. Coipel-Cordonnier, *thèse préc.*, n° 41, p. 41.

<sup>2399</sup> Cette solution a en particulier été proposée pour éviter les risques de conflits négatifs pouvant conduire à des dénis de justice. V. en ce sens, not. C. N. Fragistas, *La compétence internationale en droit international privé*, 1961, t. 104, p. 238 et s. ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 301, p. 221 ; N. Coipel-Cordonnier, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ 1999, n° 41 et 59 ; H. Bauer, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemand. Étude comparative*, Dalloz, 1965, n° 196 ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 424.

<sup>2400</sup> V. précisant qu'il ne peut s'agir d'une réelle application de la loi étrangère relative à la compétence juridictionnelle par le juge du for, D. Holleaux, *thèse préc.*, n° 83 et s., et n° 197.

<sup>2401</sup> V. sur les différentes critiques adressées à cette méthode, not. A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-41 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Clauses attributives de juridiction*, n° 8 et 9.

<sup>2402</sup> Alors que les questions de la validité et des effets sont aujourd'hui envisagées de manière indépendante, Madame Gaudemet-Tallon envisage ces deux questions de manière unitaire et emploie le terme de validité pour ces deux questions. Voir, *thèse préc.*, n° 33 et s., p. 21 et s.

<sup>2403</sup> Voir, ayant exceptionnellement retenu cette solution, CA Paris, 27 janvier 1955, *Société Jansen c. Société Heurtey*, RCDIP 1955, p. 330, note Motulsky ; CA Paris, 10 octobre 1990, *Soc. Belle Vue Mauricia SE Harel Frères Limited c. Société Canmaga Trade Corporation*, RCDIP 1991, p. 605 et s. ; Dalloz, 1990, IR p. 274. Gaudemet-Tallon.



**640.** Une telle proposition, pourtant, par ses difficultés pratiques insurmontables de mise en œuvre<sup>2404</sup>, fait également apparaître l'absence de réalité du mécanisme de la prise en considération quant à ses effets sur le plan juridictionnel. La décision de l'autorité juridictionnelle de tenir compte de la revendication de compétence étrangère n'apparaît en effet, quelle que soit la technique d'analyse des règles de compétences étrangères utilisées, susceptible d'aucune variabilité et se résume en réalité à un choix entre le maintien de sa compétence pour trancher le différend et son abstention au profit du for étranger.

Le for se trouve nécessairement placé face à cette seule alternative, et le respect du point de vue étranger ne peut conduire le juge qu'à *écarter* ses règles de compétence pour leur substituer, de manière catégorique, les règles étrangères, et non simplement à les *articuler* avec celles de l'ordre juridique étranger ou à *nuancer* leurs effets.

**641.** La technique de la *prise en considération*, par *intégration* de la norme étrangère dans le présupposé de la règle du for, laquelle décide, seule, de la compétence ou de l'incompétence de ses tribunaux<sup>2405</sup>, n'apparaît consacrée que d'un point de vue purement *technique*, sans autoriser le caractère mesuré ou intermédiaire de la solution finale consacrée quant à la prise en compte du point de vue étranger. Elle conduit, en effet, directement à priver le juge du for de toute compétence et se traduit, en pratique, par une mise à l'écart des règles qui fondent sa compétence juridictionnelle.

La consécration de cette technique ne résulte alors que de l'impossibilité, pour des règles étrangères, de faire l'objet d'une application<sup>2406</sup>, au sens strict, et de régir l'activité juridictionnelle d'un État étranger<sup>2407</sup>. Elle s'impose parce que les règles de droit international privé, dans ce cadre, ne s'adressent jamais qu'aux organes de cet État<sup>2408</sup>. « En matière de conflit de juridictions, le mécanisme permet au juge du for de renoncer à sa compétence lorsqu'un juge étranger s'estime compétent et qu'il semble opportun de faire prévaloir la

---

<sup>2404</sup> Les difficultés induites par l'articulation des règles de compétence juridictionnelle étrangères avec celles du for semblent en effet extrêmement importantes, et conduisent en réalité à condamner l'utilisation d'une telle méthode de manière générale. En particulier, ces difficultés paraîtraient insurmontables lorsque le juge saisi par les parties ne serait ni celui dont la compétence avait été prorogée, ni celui « normalement compétent ». Dans ce cas, en effet, le système aboutirait à ce que le juge d'un État A saisi d'un litige doive apprécier la « validité » de la clause en application des règles de compétence de l'État B dont la juridiction aurait été désignée par les parties et de l'État C, dont la compétence juridictionnelle serait reconnue par les règles de l'État B et dont les juridictions, pour cette raison, apparaîtraient comme « normalement compétentes ». V. sur ce point, H. Gaudemet-Tallon, *thèse préc.*, n° 132. En plus de la complexité du système qui imposerait au juge d'appliquer deux lois étrangères, il risquerait également de conduire le juge à se déclarer incompétent, à l'encontre de sa propre loi, dès lors que celle-ci serait totalement exclue du raisonnement. V. sur la critique adressée au mécanisme à cet égard, en particulier, A. Huet, J.-Cl. dr. int. Dalloz, Fasc. 581-41, *préc.*, n° 9.

<sup>2405</sup> V. L. Usunier, *thèse préc.*, n° 365 ; P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », RCDIP 1979, p. 349 et s., n° 49, p. 368.

<sup>2406</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 366.

<sup>2407</sup> V. sur le fait que celui-ci possède une compétence exclusive pour fixer la compétence de ses tribunaux, not. P. Mayer, *art. préc.*, n° 54.

<sup>2408</sup> S. Bollée, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, 2004, n° 209 et s.

compétence de ce dernier. »<sup>2409</sup> Elle apparaît comme la seule technique permettant de tenir compte du point de vue étranger sur le plan de la compétence juridictionnelle résultant de l'impossibilité d'appliquer la norme étrangère dans le for, et non comme une technique de mise à l'écart *atténuée* du point de vue du for.

Sous cet angle, la seule variation de l'ampleur de la soumission du for au point de vue étranger semble être celle du *report* de la prise en compte de la compétence juridictionnelle étrangère sur le plan de la compétence législative, dans le cadre de laquelle le for pourrait encore décider d'en assurer une réelle application ou une simple prise en considération.

## **SECTION II : RÉALISATION DE LA COORDINATION**

**642.** Dans la mesure où le principe même d'une coopération à la protection des impérativités d'ordre juridiques étrangers serait admis, leur respect ne pourra résulter que de la mise en œuvre d'un mécanisme de coordination consacré dans le système juridique du for.

Il convient dès lors de déterminer la manière dont la coordination des systèmes pourrait ici être réalisée dans le for, grâce à la prise en compte de la prépondérance de l'ordre juridique étranger dont les impérativités seraient mises en cause (I). Dans ce cadre, l'identification de l'ordre juridique prépondérant apparaît fondamentale, dès lors qu'elle se révèle à la fois comme la *condition* et le *fondement* de la réalisation de la coordination des systèmes envisagée (II).

### **I- Prise en compte de la prépondérance de l'ordre juridique étranger**

**643.** La prise en compte de la compétence unilatérale qu'un ordre juridique revendique du fait de la mise en cause de ses impérativités impliquera à la fois que l'autorité saisie admette de tenir compte de son existence dans le cadre de la résolution du litige qui lui est soumis, en déclenchant le processus de coordination, et qu'elle accepte, ensuite, de la respecter en mettant à l'écart son propre point de vue. Dans ces deux cadres, l'efficacité du mécanisme de coordination consacré dépendra dans une large mesure de la marge de manœuvre qui sera laissée à l'autorité juridictionnelle saisie et de la manière dont il pourrait lui être imposé, par les règles consacrées dans son système juridique, de réaliser cette coordination avec le for étranger.

---

<sup>2409</sup> L. Usunier, *thèse préc.*, n° 366, p. 313.

Il convient, sous ces deux angles, de déterminer le type de procédé de coordination des systèmes qui pourrait être utilisé pour réaliser cette coordination (A) et de préciser les modalités de sa mise en œuvre (B).

### **A) Méthodes de coordination envisageables**

**644.** Selon l'importance attachée par le for à l'objectif de coordination des systèmes, la méthode de coordination consacrée pourrait prendre une forme variable. Elle pourrait être réalisée par le biais d'un procédé souple, fondé sur l'appréciation réalisée par l'autorité juridictionnelle saisie, et reposerait ainsi sur un principe de prise en compte *facultative* des impérativités étrangères (1). Dans la mesure où le système juridique du for ferait de la coordination des systèmes l'un des objectifs poursuivis par ses règles de droit international privé, elle pourrait également reposer sur un système de coordination *obligatoire*, dictant directement à l'autorité saisie la solution à retenir vis-à-vis des impérativités mises en cause et lui imposant le respect de la compétence revendiquée à l'étranger (2).

#### **1-Système de prise en compte *facultative* des impérativités étrangères**

**645.** Il convient de déterminer les caractéristiques que présenterait le mécanisme de coordination consacrant un système de prise en compte *facultative* des impérativités étrangères (a). Son efficacité pour assurer la coordination des systèmes dans l'hypothèse envisagée apparaît, néanmoins, conditionnée au respect de certaines conditions (b).

##### **a) Caractéristiques du mécanisme de coordination**

**646.** Le mécanisme de coordination consacré pourrait reposer sur un système de coordination *souple* ou *flexible*, fondée sur la marge de manœuvre et la latitude qui seraient conférées à l'autorité juridictionnelle saisie. La prise en compte des impérativités étrangères apparaîtrait dès lors toujours *facultative* et dépendrait en *dernier lieu* de l'appréciation de l'autorité saisie. Celle-ci, encadrée de manière plus ou moins importante dans son analyse, par des directives ou des critères préétablis, resterait néanmoins libre de décider d'apporter sa coopération à l'ordre juridique étranger et de mettre à l'écart les solutions consacrées dans son système juridique.

La coordination serait ainsi réalisée par la voie d'une *abstention consentie* sur le plan de l'*exercice* ou de la *mise en œuvre* des règles de compétence préétablies dans le for. Ces

règles seraient, *au cas concret*, considérées par l'autorité saisie comme ayant une vocation moins forte à trouver application que celles de l'ordre juridique étranger. Le procédé de coordination prendrait alors la forme d'une *clause d'exception*, permettant de déroger aux règles établies dans le système juridique du for lorsqu'elle apparaîtrait opportune<sup>2410</sup>. Il apparaît, devant l'arbitre, comme le seul procédé de coordination envisageable, du fait de l'absence de système de référence susceptible de lui imposer une réelle obligation quant à la mise en œuvre des impérativités étrangères.

**647.** Il pourrait reposer sur des règles explicites, d'origine légale ou jurisprudentielle, qui fonderaient la *possibilité*, pour l'autorité saisie, de prendre en compte la compétence étrangère fondée sur la mise en cause de ses impérativités, au stade où elle statuerait sur sa propre compétence juridictionnelle ou s'interrogerait sur le droit applicable pour trancher le différend.

Un tel procédé correspond à celui consacré en droit français à travers l'évocation abstraite de la possibilité reconnue aux juges de faire application des lois de police étrangères<sup>2411</sup>, et apparaissait explicitement retenu dans la convention de Rome, à travers les dispositions relatives à la mise en œuvre de ces dispositions<sup>2412</sup>. Le principe était celui d'une « application facultative généralisée »<sup>2413</sup> des lois de police étrangères, auxquelles le juge *peut*, sous certaines conditions, décider de « donner effet », dans la mesure où leur nature, leur objet et les conséquences de leur application ou de leur non-application le conduiraient à la juger opportune.

En l'absence de mécanisme fondant expressément une telle possibilité sur le plan de la compétence juridictionnelle, le respect des impérativités étrangères devrait appeler la consécration d'un procédé *nouveau*. Il pourrait également reposer sur une *adaptation* de mécanismes de coordination préexistants, qui reconnaissent au juge saisi une marge de manœuvre quant à la mise en œuvre de ses règles de compétence juridictionnelle et lui confèrent la possibilité de l'écarter sur décision d'opportunité.

La possibilité, pour le for, de s'abstenir d'exercer sa compétence juridictionnelle, pour respecter les lois de police étrangères ou la compétence juridictionnelle exclusive fondée sur leur application, devrait alors être envisagée en particulier à travers son *intégration* dans le

---

<sup>2410</sup> V. envisageant ce type de procédé comme l'une des solutions envisageables pour la mise en œuvre des lois de police étrangères, L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 106.

<sup>2411</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., n° 58.

<sup>2412</sup> V. art. 7.1 de la convention.

<sup>2413</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 106.

mécanisme du *forum non conveniens* consacré dans les États de *common law*<sup>2414</sup>. Il consacre, en effet, un pouvoir discrétionnaire de dessaisissement permettant au juge de refuser de trancher le litige dont il est saisi s'il estime qu'un autre juge possède une compétence plus appropriée pour le faire. Il repose, à titre général, sur l'appréciation subjective réalisée par le juge saisi quant à l'opportunité d'exercer sa compétence.

**648.** S'il trouvait une mise en œuvre effective malgré son caractère facultatif<sup>2415</sup>, ce procédé présenterait en premier lieu l'avantage d'être adaptable aux circonstances spécifiques de chaque espèce.

S'appuyant sur une évaluation réalisée au cas par cas, il permettrait en effet de faire reposer la prise en compte des impérativités étrangères sur une mise en balance ou une pondération des différents intérêts mis en cause dans l'hypothèse considérée. Il pourrait ainsi permettre à l'autorité saisie de *moduler* l'ampleur de la mise en retrait de ses conceptions<sup>2416</sup>, en fonction du degré d'importance des intérêts étrangers mis en cause. Ainsi, la détermination du plan – législatif ou juridictionnel – sur lequel l'abstention serait consentie, et la manière dont serait adopté le point de vue étranger, pourraient varier en fonction des circonstances concrètes de chaque espèce. Il pourrait également permettre de tenir compte de considérations dont la mise en cause n'apparaissait pas prévisible et ne pouvait être anticipée, en assurant *a priori* la possibilité à l'autorité saisie de prendre la décision la plus opportune pour la satisfaction des différents intérêts mis en cause.

Sur le plan de la consécration même du mécanisme de coordination envisagé, en particulier dans des textes internationaux, une telle marge de manœuvre laissée à l'autorité saisie pourrait également apparaître comme une condition nécessaire pour assurer une adhésion de la part des ordres juridiques nationaux<sup>2417</sup>. En assurant à l'autorité saisie une maîtrise absolue de la prise en compte des impérativités étrangères et en lui laissant la possibilité de la refuser au cas concret, sans justifications particulières<sup>2418</sup>, elle pourrait, en effet, rassurer quant au respect des conceptions du for et apparaît plus conforme à la prévalence reconnue par principe aux solutions consacrées dans le système juridique du for.

---

<sup>2414</sup> V. sur ce mécanisme, *infra*, n° 744 et s.

<sup>2415</sup> V. sur la nécessité de consacrer un système de *mise en œuvre imposée* du mécanisme, même lorsque leur prise en compte effective apparaîtrait en revanche facultative, *infra*, n° 664 et s.

<sup>2416</sup> Voir, sur la variabilité de l'abstention consentie, *supra*, n° 604 et s.

<sup>2417</sup> C'est ce que pourraient laisser penser les difficultés induites par la consécration de l'article 9.3 du règlement Rome I, et les réserves formulées antérieurement vis-à-vis de l'article 7.1 de la convention de Rome. Ces réticences semblent d'ailleurs être la cause des restrictions consacrées dans l'article 9.3 du règlement Rome I. V. not. sur les débats qu'a pu susciter l'article 8.3 de la proposition de règlement, E.-A. Oprea, *thèse préc.*, n° 532 et s., p. 386 et s.

<sup>2418</sup> V. en comparaison, l'obligation de motivation qui serait imposée à l'autorité dans le cadre de la vérification réalisée lors de la mise en œuvre d'un mécanisme de coordination fondé sur un principe de prise en compte obligatoire, *infra*, n° 653 et s.

Malgré ses avantages théoriques, le mécanisme présente intrinsèquement, de par sa souplesse, des difficultés de mise en œuvre pratique qui imposent certaines précautions.

#### b) Efficacité conditionnée du mécanisme

**649.** Le mécanisme de coordination des systèmes faisant reposer la prise en compte des impérativités étrangères sur une appréciation subjective de l'autorité saisie ne pourrait être efficace que dans la mesure où celle-ci ne se verrait pas conférer une liberté totale quant à sa mise en œuvre. Il en est ainsi dès lors qu'une telle solution conduirait à faire dépendre le respect des impérativités étrangères de son analyse purement discrétionnaire, et le rendrait à la fois aléatoire et susceptible de varier en fonction de l'autorité juridictionnelle saisie. Le système apparaîtrait alors non seulement insatisfaisant pour la protection des intérêts étatiques, parce qu'il maintiendrait la possibilité et l'utilité du *forum shopping*, mais également incompatible avec le respect de l'intérêt des parties qui impose une certaine prévisibilité des solutions.

**650.** Sous ce rapport, l'utilisation d'un système de coordination *souple* implique nécessairement la mise en place d'un *carcan rigide*, fondé sur des règles fixes et préétablies, qui permettrait de guider et d'encadrer l'autorité saisie dans sa mise en œuvre.

Sans remettre en cause le caractère *facultatif* de la coordination, cet encadrement devrait venir fournir à l'autorité saisie des *points de repères* pour apprécier l'opportunité de prendre en compte la compétence étrangère, et il permettrait d'instaurer, à l'égard de cette autorité, un principe de *mise en œuvre obligatoire du procédé* de coordination<sup>2419</sup>. Il devrait reposer, *au minimum*, sur la formulation de *directives* suffisamment précises pour permettre d'*identifier* des impérativités susceptibles d'être prises en compte<sup>2420</sup> et de déterminer les modalités de mise en œuvre du mécanisme. Il pourrait reposer, en particulier, sur l'élaboration de règles procédurales spécifiques permettant de préserver les intérêts procéduraux des parties lors de la *jonction* des instances.

Le système serait alors celui d'une *prise en compte facultative encadrée* des impérativités étrangères, fondée sur des directives précises. Concernant la mise en place de *correctifs* visant à assurer l'efficacité et la mise en œuvre réelle du mécanisme consacré en droit positif vis-à-vis des lois de police étrangères, une telle considération devrait dès lors

---

<sup>2419</sup> V. sur ce point, *infra*, n° 652 et s.

<sup>2420</sup> V. sur cette nécessité et la méthode d'identification des ordres juridiques étrangers prépondérants qui pourrait être retenue et devrait, idéalement, reposer sur l'énonciation de critères d'appréciation des impérativités étrangères et une prédétermination des impérativités *respectables*, *infra*, n°687 et s.

conduire à lever l'imprécision des directives formulées dans l'article 9.3 du règlement Rome I et à formuler de telles directives dans le cadre du droit commun<sup>2421</sup>.

**651.** En plus de ces précautions, l'efficacité d'un tel système de coordination impliquera en amont, nécessairement, le développement de l'esprit de coopération des autorités juridictionnelles concernant la protection des intérêts étatiques, éventuellement par le biais d'un système plus général de communication et d'entraide interjuridictionnelle instauré<sup>2422</sup>, pour favoriser la prise en compte effective des impérativités étrangères malgré son caractère purement volontaire. Ceci s'impose au regard de l'existence de la tendance naturelle inévitable des autorités juridictionnelles, en particulier étatiques, à ignorer les intérêts des États étrangers, et à reconnaître par principe la vocation prépondérante des solutions consacrées dans leur système juridique.

Il devrait idéalement conduire à admettre une mise à l'écart de la distinction aujourd'hui nettement consacrée, quant à l'attention portée aux impérativités mises en cause, en fonction de leur origine nationale ou étrangère, et qui conduit l'autorité saisie à faire preuve d'une certaine négligence vis-à-vis des lois de police étrangères. L'adoption d'une telle conception, à titre général, pourrait ainsi conduire à consacrer un « principe d'application facultative généralisée »<sup>2423</sup>, valant pareillement pour toutes les lois de police quel que soit le système juridique dont elles émanent, et fondé sur l'idée d'une mise en œuvre, par principe jamais imposée, des lois de police étatiques, qu'elles appartiennent au for ou à un ordre juridique étranger.

Une telle solution, qui supprimerait les effets de l'expatriation du contentieux sur leur impérativité, pourrait être consacrée en droit positif, à condition d'une *concrétisation* du système de prise en compte *facultatif* existant, et moyennant l'instauration d'un *frein* à l'attitude expansionniste des autorités étatiques vis-à-vis des lois de police issues du système juridique du for<sup>2424</sup>.

Elle pourrait être admise, s'agissant des lois de police corrélées au système de compétence juridictionnelle, dans la mesure où serait toléré un assouplissement des règles de compétence juridictionnelle dans les États de tradition civiliste. Elle impliquerait, en effet,

---

<sup>2421</sup> V. sur les imprécisions et les difficultés d'interprétations que suscite la référence faite aux « lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées », not. S. Francq, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Règlement Rome I (Obligations contractuelles)*, n° 205 et s.

<sup>2422</sup> V. sur la mise en place de tels systèmes de coopération interétatique, *infra*, n° 805 et s.

<sup>2423</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 106.

<sup>2424</sup> V. sur cette tendance en droit international privé contemporain, en particulier concernant les lois de police protectrices, *supra*, n° 323 et s.

qu'une certaine *flexibilisation* soit reconnue dans ce cadre, pour admettre une possibilité pour l'autorité saisie de porter une appréciation subjective sur l'opportunité d'exercer la compétence qui lui est reconnue.

Une autre méthode de coordination, néanmoins, qui lierait l'autorité saisie quant au respect des impérativités étrangères, paraît envisageable.

## 2-Système de prise en compte *obligatoire* des impérativités étrangères

**652.** La coordination des systèmes pourrait être fondée sur un système de prise en compte obligatoire des impérativités étrangères (a). Bien que plus délicate à consacrer à titre général, cette solution pourrait assurer une protection particulièrement efficace des impérativités étatiques dans les rapports internationaux (b).

### a) Caractéristiques de la méthode de coordination

**653.** Le procédé de coordination qui serait fondé sur l'existence d'une réelle *obligation* de respecter les impérativités étrangères mises en cause devrait reposer sur une norme préétablie dans le système juridique du for, qui le lierait quant à la prise en compte du point de vue étranger.

Sa consécration en droit positif apparaît envisageable et compatible avec la réalisation d'une coordination *volontairement consentie* par l'ordre juridique du for. Bien qu'imposée à l'autorité juridictionnelle saisie, l'abstention ne serait néanmoins dictée d'aucune manière par l'ordre juridique étranger<sup>2425</sup> et résulterait de la seule initiative du for. Ainsi, la coordination apparaîtrait plutôt comme « une manifestation qu'une atteinte à la souveraineté du for »<sup>2426</sup>. Le caractère *volontaire* de la coordination<sup>2427</sup> réalisée n'empêche pas, en effet, qu'elle puisse être prescrite au juge du for par des normes d'origine nationale ou conventionnelle, applicables en son sein et ayant une force contraignante.

**654.** Il pourrait être consacré sous la forme d'une règle générale de facture classique, qui intégrerait directement le point de vue de l'ordre juridique étranger et serait applicable *par principe* dans le système juridique du for, ou reposer sur des dispositions *dérogatoires* qui interviendraient en parallèle du système normatif existant. Ces dispositions viendraient alors

---

<sup>2425</sup> V. à cet égard, les critiques formulées à l'encontre du mécanisme des *anti-suit injunctions*, *supra*, n° 599 et s.

<sup>2426</sup> P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 442, p. 479.

<sup>2427</sup> V. sur ce point, P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 1 et s., n° 111, p. 121.



compléter l'arsenal des règles préétablies et normalement applicables, pour en conditionner l'application et se substituer exceptionnellement à elles ou simplement modifier leur mise en œuvre. Ce faisant, elles fixeraient des hypothèses particulières, dans lesquelles la compétence du for serait conditionnée ou supprimée, du fait de la prépondérance d'un ordre juridique étranger, ou poseraient une directive générale de soumission du for au point de vue de l'ordre juridique dont les impérativités seraient mises en cause.

Concrètement, une telle coordination apparaîtrait alors, sur le plan du droit applicable, sous la forme d'une intégration de la loi de police étrangère dans la règle de conflit de lois du for ou sur une règle imposant le respect de cette disposition. Sur le plan de la compétence juridictionnelle, sa consécration devrait conduire à établir une règle qui énoncerait exceptionnellement une *incompétence* des tribunaux du for ou obligerait le juge à respecter la compétence juridictionnelle étrangère et le conduirait à se dessaisir.

**655.** Une telle méthode de coordination impliquerait alors de définir et d'évaluer à l'avance, au stade de l'élaboration de la règle de coordination, l'opportunité de faire prévaloir le point de vue étranger sur celui du for à titre *systématique* ou dans certaines hypothèses particulières, et éventuellement de fixer l'ampleur de la mise en retrait des conceptions du for qui devrait être consacrée<sup>2428</sup>. Corrélativement, la *légitimité* des intérêts étatiques étrangers mis en cause et le caractère *raisonnable* de la revendication de compétence législative ou juridictionnelle seraient également présumés. La tâche de l'autorité saisie au stade de la mise en œuvre de la coordination serait alors supprimée ou limitée, puisqu'elle se verrait dispensée de se livrer à une analyse poussée pour déterminer l'opportunité de les prendre en compte au cas concret.

Le système pourrait alors être celui du *respect imposé de toute* compétence étrangère fondée sur la mise en cause de ses impérativités, supposée *respectable* par cela seul que l'ordre juridique étranger la revendique<sup>2429</sup>, ou de certaines compétences, précisément identifiées et correspondant à des hypothèses particulières<sup>2430</sup>.

**656.** Dans ce cadre, le mécanisme de coordination mis en place pourrait revêtir un degré de *rigidité* variable.

Dans sa forme la plus *rigide*, qui impliquerait qu'une *certitude* puisse être retenue quant à la mise en cause et quant à la possibilité de prendre en compte les impérativités

---

<sup>2428</sup> V. sur la variation possible de l'effacement consenti par le for pour contribuer à la protection des intérêts étrangers, *supra*, n° 604 et s.

<sup>2429</sup> V. retenant ce principe de solution pour la prise en compte des lois de police étrangères, P. Mayer, *art. préc.* n° 34 et s.

<sup>2430</sup> V. sur l'opportunité qu'il y aurait, cependant, de réaliser une véritable prédétermination explicite des ordres juridiques étrangers dont les impérativités pourraient ou devraient être respectées par le for, *infra*, n° 689 et s.

étrangères, le juge pourrait se voir privé de toute marge de manœuvre dans la mise en œuvre de la coordination. Elle pourrait alors être réalisée et imposée par application normale des règles du for, sous la seule réserve de la conformité de la solution à son ordre public. Ce type de coordination apparaît aujourd'hui consacré au niveau européen dans les *règles de conflit de lois spéciales, bilatéralisant* ou *crystallisant* des lois de police applicables dans certaines hypothèses<sup>2431</sup> et à travers les règles de compétence juridictionnelle exclusives bilatérales, qui reposent, comme nous l'avons vu, sur la mise en cause *massive* des lois de police des ordres juridiques désignés. L'applicabilité des impérativités étrangères apparaît en effet directement présumée, de même que l'opportunité de les appliquer au cas d'espèce, ce qui conduit à assurer leur respect par application des règles normales du juge saisi<sup>2432</sup>.

**657.** De manière moins *rigide* et sous la forme d'un mécanisme *déroatoire*, d'autre part, il apparaît également envisageable que la coordination repose sur une règle qui, bien que consacrant une solution établie et obligatoire quant à l'adoption du point de vue étranger, réserve néanmoins une possibilité, pour le for, de *vérifier* son acceptabilité au cas concret. Un tel système, dans la mesure où ses modalités de mise en œuvre seraient rigoureusement fixées, paraît envisageable, tant pour la prise en compte des lois de police étrangères<sup>2433</sup> que pour le respect des compétences exclusives étrangères<sup>2434</sup>.

---

<sup>2431</sup> V. sur ces différentes hypothèses, en particulier dans le domaine contractuel lorsque sont mises en cause des parties faibles, *supra*, n° 307 et s.

<sup>2432</sup> Un système similaire découle également, mais avec un caractère simplement facultatif, de la bilatéralisation implicitement admise des règles de compétence juridictionnelle exclusive du for par le biais de la théorie de l'effet réflexe.

<sup>2433</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 106, qui évoque la possibilité, pour l'application des lois de police étrangères, de mettre en place un système *d'application présomptive généralisée* susceptible d'être écartée par décision motivée du for.

<sup>2434</sup> V. proposant une telle solution pour corriger la bilatéralisation abstraite des règles de compétence juridictionnelle résultant de la mise en œuvre de la théorie de l'effet réflexe, en particulier, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 394, p. 337.

Le système de coordination reposerait alors sur le principe d'une *prise en compte obligatoire présumée* du point de vue étranger, mais *atténuée* par une possibilité reconnue au juge d'écarter cette prise en compte par une *décision motivée*, lorsqu'elle apparaîtrait finalement inopportune au cas concret. L'autorité juridictionnelle saisie serait, par principe, tenue de respecter la compétence unilatérale étrangère, fondée sur la mise en cause d'une loi de police, mais pourrait exceptionnellement refuser d'y consentir en justifiant précisément son refus de coopérer à la protection des intérêts étatiques mis en cause.

Tout en restant fondé sur le principe d'une prise en compte *obligatoire*, le mécanisme paraîtrait néanmoins plus souple que dans l'hypothèse précédente, dès lors que la solution consacrée ne serait pas définitivement *crystallisée* au stade de l'élaboration de la norme fondant la coordination du for. Elle pourrait également voir sa mise en place facilitée, dès lors qu'elle n'induirait pas qu'une certitude absolue puisse être éprouvée quant à l'existence d'une revendication unilatérale de compétence étrangère et l'opportunité de la respecter<sup>2435</sup>.

En dehors des hypothèses exceptionnelles où l'intégration directe du point de vue étranger dans celui du for serait envisageable<sup>2436</sup>, une telle vérification apparaît en effet nécessaire pour assurer une *concrétisation* de la solution préétablie. Elle éviterait les dangers qui résulteraient de l'établissement d'une présomption irréfragable et abstraitement déduite de la prépondérance d'un ordre juridique étranger, dont la compétence serait susceptible de s'avérer, au cas concret, excessive ou inadaptée.

**658.** L'assouplissement du mécanisme consacré à travers la possibilité de vérification devrait néanmoins prendre la forme d'une *appréciation concrète fermement encadrée*, pour conserver le caractère obligatoire du mécanisme et éviter de faire dépendre la solution définitive de la seule appréciation du juge saisi. Elle devrait être limitée à la vérification de conditions explicitement et limitativement formulées, portant sur l'existence et la légitimité de la compétence étrangère<sup>2437</sup>.

Une telle solution, sous l'angle des règles consacrées dans le for, obligerait en tout cas à maintenir les règles de compétence normales ou à instaurer des règles de compétence subsidiaires, susceptibles de s'appliquer dans l'hypothèse où l'ordre juridique étranger déclinerait celle que le for lui reconnaît. Elles viendraient alors *relayer* l'application des

---

<sup>2435</sup> V. à cet égard, le rapport et la dépendance qui existent entre la rigueur dont il devrait être fait preuve au stade de l'identification *abstraite* de l'ordre juridique prépondérant et l'ampleur de la marge de manœuvre conférée à l'autorité saisie au stade de l'appréciation *concrète* de la situation, *infra*, n° 697 et s.

<sup>2436</sup> V. sur ces hypothèses, *infra*, n° 705 et s.

<sup>2437</sup> V. sur la détermination de ces critères, *infra*, n° 711 et s.

règles prévoyant l'abstention du for, et fonder sa compétence alternative sur des rattachements habituellement admis.

Une telle méthode de coordination, malgré les difficultés pratiques que risquerait de présenter sa consécration, pourrait permettre d'assurer efficacement la protection des impérativités étrangères.

#### b) Efficacité de la méthode

**659.** Le caractère *obligatoire* de la prise en compte de la compétence unilatérale étrangère fondée sur la mise en cause de ses impérativités pourrait apparaître opportun, à différents égards. Son principal intérêt résulterait de toute évidence, même dans l'hypothèse du maintien d'une vérification concrète réalisée par l'autorité saisie au stade de sa mise en œuvre, de la certitude et de la *systematicité* avec laquelle il permettrait d'assurer le respect des intérêts étatiques fondamentaux mis en cause à travers les vraies lois de police.

**660.** Il en est ainsi, en particulier, du fait du changement de conception que consacrerait une telle méthode de coordination des systèmes, vis-à-vis de la supériorité reconnue à l'ordre juridique étranger. Celle-ci apparaîtrait renforcée dans le for et conduirait à asseoir une soumission *permanente* de celui-ci devant le point de vue étranger.

La *présomption* de prépondérance de l'ordre juridique étranger qui serait ici consacrée exprimerait en effet, en parallèle, la reconnaissance de principe de la position d'infériorité systématique du for par rapport à l'ordre juridique, identifié ou non, dont les impérativités seraient mises en cause. Elle reflèterait l'idée d'une adhésion du for au point de vue de celui-ci, dont les conceptions, en quelque sorte initiales, en viendraient à disparaître complètement et n'auraient vocation à être exprimées que de manière exceptionnelle et à titre subsidiaire. Par voie de conséquence, son abstention n'apparaîtrait plus comme un *correctif* permettant d'aboutir à la solution la plus adéquate, au cas concret, dans un cas donné, mais constituerait une solution de principe établie.

Corrélativement, cet ordre juridique pourrait alors ne plus seulement apparaître comme un ordre juridique *prépondérant*, dont les intérêts seraient mis en cause de manière ponctuellement *plus intense* que ceux du for dans un cas donné, mais comme un ordre juridique à prendre en *référence*, pour le traitement de la situation considérée.

Consacrée comme une solution à retenir de manière systématique et vis-à-vis d'un ordre juridique étranger identifié et prédéterminé, elle appellerait alors l'utilisation d'un

procédé de coordination global et systématique, à l'image de celui proposé par P. Picone, dans sa méthode de la référence à l'ordre juridique étranger compétent.

**661.** En pratique, l'instauration d'un tel principe de coordination obligatoire conduirait non seulement à réduire, *au minimum*, l'incidence que pourraient avoir des considérations extérieures, nécessairement contingentes et aléatoires, sur la solution finalement consacrée quant à l'abstention du for, mais également à un recentrage de l'analyse sur la prise en compte des seuls intérêts étatiques étrangers mis en cause. Alors que la prépondérance de l'ordre juridique étranger, admise au stade de l'élaboration de la norme, devrait nécessairement être établie indépendamment de ce type de considérations, leur intervention dans le cadre de l'appréciation portée par l'autorité juridictionnelle saisie serait également limitée.

La concurrence existant entre son point de vue et celui de l'ordre juridique étranger considéré apparaîtrait, en quelque sorte, supprimée pour la question concernée, au profit d'une *vision unique*, communément adoptée par les deux ordres juridiques concernés, et conduirait à supprimer, dès l'origine, la concurrence des compétences. Alors que la mise en œuvre d'une méthode souple de coordination, en laissant subsister les points de vue divergents des deux ordres juridiques concernés, faisait dépendre leur alignement de l'appréciation discrétionnaire de son opportunité par le juge saisi, la *réception* de la solution étrangère dans le for empêcherait ici toute évaluation de l'opportunité de la solution et rendrait inutile toute mise en balance et analyse comparative des solutions retenues dans chacun des ordres juridiques concernés.

**662.** Un tel système conduirait, corrélativement, à assurer conjointement le respect des intérêts étatiques mis en cause et ceux des parties. La solution consacrée dans le for, à la fois générale et *par principe* systématique, pourrait en effet être facilement anticipée de la part des parties, qui pourraient ainsi bénéficier d'une certaine sécurité juridique. En assurant une harmonisation du traitement des lois de police devant leur for d'origine et devant un for étranger, où elles seraient toujours de mise en œuvre *par principe* obligatoire, il permettrait également de supprimer l'impact de l'expatriation du contentieux orchestré par les parties sur le respect des impérativités étrangères. L'utilité du *forum shopping* se trouverait ainsi singulièrement réduite.

**663.** Dans une perspective positive et globale, enfin, la consécration d'un tel système de coordination pourrait laisser envisager la possibilité de consacrer un procédé de *forme* et de *résultat* unique à vocation *universelle*. L'unité consacrée serait alors non pas seulement *verticale*, en assurant un traitement identique des lois de police du for et des lois de police étrangères devant une même juridiction, mais également *horizontale*, et, partant, *transversale* et *globale*, en ce sens que la solution serait identique quelle que soit l'autorité saisie.

Dès lors, en effet, que la supériorité de l'ordre juridique étranger désigné serait recherchée *pour elle-même*, de manière autonome et détachée de toutes les spécificités normatives des ordres juridiques dont les juridictions seraient éventuellement saisies, le mécanisme envisagé pourrait trouver ses fondements dans une solution universellement admise, éventuellement consacrée à un niveau en quelque sorte *extra-étatique*<sup>2438</sup>.

## **B) Mise en œuvre de la coordination**

**664.** La prise en compte de la prépondérance étrangère dépendra toujours et nécessairement, *en amont*, de la mise en œuvre du procédé de coordination prévu dans le système juridique de référence de l'autorité saisie. La réalisation de la coordination soulève ainsi la question de l'autorité qui pourrait être conférée à cette règle d'origine légale ou jurisprudentielle qui consacre l'existence de ce procédé, et dépend de l'office conféré à l'autorité saisie et aux parties dans le cadre de son application. A cet égard, le déclenchement systématique du procédé, nécessaire à l'instauration d'un système de prise en compte obligatoire des impérativités étrangères, apparaîtrait également opportun même dans l'hypothèse où la prise en compte effective des impérativités étrangères n'apparaîtrait que facultative pour l'autorité saisie. La possibilité d'assurer l'application systématique de la règle de coordination doit ainsi être envisagée sous l'angle du rapport entre le comportement procédural des parties et sa mise en œuvre (1), et au regard de la possibilité d'imposer sa mise en œuvre, de manière générale, à l'autorité juridictionnelle saisie (2).

### **1- Incidence du comportement procédural des parties**

**665.** Si l'existence d'une demande formulée en ce sens de la part des parties, apparaît susceptible d'intervenir positivement en faveur d'une mise en œuvre du procédé de coordination dans le for (a), l'efficacité du mécanisme de coordination implique néanmoins

---

<sup>2438</sup> V. sur ce point, sous l'angle de la méthode proposée par P. Picone, *infra*, n° 916 et s.

que son déclenchement puisse ne pas exclusivement dépendre de leur comportement procédural (b). La contribution des parties dans la mise en œuvre de la coordination apparaîtrait ainsi opportune mais insuffisante.

#### a) Contribution possible au respect des impérativités étrangères

**666.** Devant l'autorité juridictionnelle saisie, le respect de la compétence étrangère fondée sur la mise en cause de ses lois de police pourrait être invoqué par l'une des parties comme un moyen de défense, visant à écarter l'application de la loi normalement applicable ou la compétence juridictionnelle qu'elle se reconnaît. Il pourrait en être ainsi même dans l'hypothèse où la saisine du for résulterait d'un contournement communément recherché par les parties, dès lors que l'une d'entre elles pourrait par la suite vouloir exploiter son comportement frauduleux pour se délier de ses engagements.

Une telle demande conduirait ainsi à introduire dans le débat cette compétence, en portant son existence à la connaissance du for, et en l'obligeant à analyser la possibilité de la prendre en compte. Les parties ou l'une d'entre elles interviendraient ainsi éventuellement *en faveur* du respect international des lois de police étrangères, en assurant, au minimum, que son existence ne sera pas totalement ignorée.

**667.** Il est incontestablement admis, en France, que le juge a l'*obligation* de mettre en œuvre la règle de conflit de lois lorsque l'une des parties, au moins, invoque la compétence de la loi étrangère<sup>2439</sup>. De même, il ne fait pas de doute que le juge doit nécessairement statuer sur sa compétence, lorsqu'une exception d'incompétence recevable est formulée devant lui. La transposition de cette solution vis-à-vis de la coordination envisagée pourrait, dès lors, conduire à admettre que l'invocation de l'application d'une loi de police étrangère ou de la compétence juridictionnelle exclusive étrangère qui en résulterait, de la part des parties, devrait imposer à l'autorité saisie de s'interroger au moins sur la possibilité de la mettre en œuvre ou de s'abstenir de trancher le différend pour la respecter.

Cette solution a été consacrée par les juridictions françaises, dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 7.1 de la convention de Rome, lorsque la loi de police étrangère répond aux conditions posées par cet article. La décision, en réalité, venait préciser le régime de la prise en compte des lois de police étrangères, gouverné par un principe de mise en œuvre

---

<sup>2439</sup> V. not. en ce sens, mais la règle est absolument établie, par ex., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, *Clunet* 2005, p. 124, 2<sup>e</sup> esp., note Légier ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 mai 2005, *Pourcet / cons. Decoville et autres*, RCDIP 2005, p. 465, note P. Lagarde, RDC 2005/4, p. 1185, obs. D. Bureau ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 février 2009, n° 07-13.088, JCP 2009. IV. 1432.

*facultative*. La formulation consacrée, de par sa généralité, semblait en effet toujours laisser le juge entièrement libre *d'envisager ou non* de prendre en compte une loi de police étrangère se voulant applicable, quel que soit le comportement procédural des parties.

Dans l'arrêt *Sté Viol frères* précité, du 16 mars 2010<sup>2440</sup>, la Cour de cassation censura en effet les juges du fond d'avoir écarté la loi d'embargo ghanéenne invoquée en faisant valoir que cette loi ne liait pas les parties et n'était donc pas applicable. Elle a relevé que le juge aurait dû déterminer l'effet pouvant être donné à cette loi. Ce faisant, elle a posé ainsi le principe selon lequel, lorsque l'applicabilité d'une loi de police au fond du litige est soulevée par les parties, « le juge doit discuter de l'applicabilité et motiver, au regard des indications données par l'article 7 de la convention (ou demain, 9 du règlement) et du contenu de la loi de police étrangère, sa décision d'appliquer ou de rejeter cette dernière »<sup>2441</sup>.

La solution semble ainsi avoir fait émerger une nouvelle mission du juge, consistant en l'obligation de prendre en considération les lois de police étrangères invoquées par les parties<sup>2442</sup>, et laisse envisager, sous l'angle de l'efficacité du mécanisme de coordination envisagé, certaines perspectives. « Dotées d'un tel statut procédural, on peut penser que les lois de police étrangères franchiront demain plus facilement les frontières ; ce qui est une bonne chose si l'on rappelle que ce statut procédural ne saurait jamais confiner à l'obligation d'appliquer la loi de police étrangère injuste. »<sup>2443</sup> Elle paraît, au-delà, également conforme à celle retenue dans le cadre de l'article 17 du règlement Rome II, qui fait *obligation* au juge saisi de prendre en considération les règles de sécurité et de comportement en vigueur de l'État où s'est produit le fait générateur lorsque les parties l'ont invoqué<sup>2444</sup>.

**668.** Les parties pourraient venir apporter une *contribution utile* à la protection des impérativités étrangères devant l'autorité juridictionnelle saisie, en assurant la mise en œuvre du procédé de coordination des systèmes. L'invocation de la compétence étrangère résultant de leur mise en cause pourrait ne pas simplement résulter *par hasard* de la correspondance de

---

<sup>2440</sup> Cass. com., 16 mars 2010, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères*, Dalloz 2010. 824 ; *ibid.* 2323, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *ibid.* 2011. 1374, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2010, p. 457, obs. P. Delebecque, Clunet 2011. 98, note A. Marchand, JCP G 2010, n° 530, p. 996, note D. Bureau et L. d'Avout ; DMF 2010, n° 714, note S. Sana-Chaillé de Néré et rapp. A. Potocki (extrait) ; RD transp. 2010. Comm. 131, note P. Delebecque ; RDC 2010. 1385, note P. Deumier, Clunet 2011, p. 2, note A. Marchand ; JCP E 2010, 1438, note D. Bureau et L. d'Avout.

<sup>2441</sup> D. Bureau et L. d'Avout, *note préc.*

<sup>2442</sup> V. S. Clavel, « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p. 57 et s., spéc., p. 68.

<sup>2443</sup> D. Bureau et L. d'Avout, *note préc.*

<sup>2444</sup> L'article énonce : « Pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin, des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité ».



leurs intérêts avec ceux de l'ordre juridique étranger à voir respecter cette compétence, mais être éventuellement recherchée, en ce qu'elle apparaît comme un *moyen* efficace de protection internationale des impérativités étatiques en *forçant* leur prise en considération de la part de l'autorité saisie.

En invoquant l'application d'une loi de police étrangère ou la compétence juridictionnelle exclusive des tribunaux étrangers, les parties permettent de réaliser une présélection des impérativités devant être analysées par le for, et facilitent la mise en œuvre de la coordination des systèmes. Elles peuvent *orienter indirectement* le for quant à la législation étrangère à analyser<sup>2445</sup>, et éviter la diversité des ordres juridiques potentiellement impliqués face à laquelle il se trouve, ce qui rend délicate la formulation d'une véritable obligation de prendre en considération les points de vue étrangers. Cette conséquence, évidente concernant l'invocation d'une loi de police étrangère, devrait également résulter du système consacré sur le plan de la compétence juridictionnelle, dès lors qu'il est admis, en droit commun français, que l'incompétence des tribunaux français, soulevée *in limine litis*<sup>2446</sup>, par les parties<sup>2447</sup>, n'est recevable que dans la mesure où celles-ci désignent l'ordre juridique ou les ordres juridiques dont les juridictions pourraient être compétentes<sup>2448</sup>.

Sous cet angle, l'invocation de la compétence d'un ordre juridique dont les impérativités seraient mises en cause de la part des parties pourrait être envisagée comme un *instrument exploitable pour assurer* le respect des impérativités étrangères, et conduire à favoriser l'invocation de ces impérativités devant l'autorité juridictionnelle saisie de la part des parties ou des tiers<sup>2449</sup>. Cette participation des parties au respect des impérativités du for pourrait d'ailleurs fonder la consécration d'un système de licéité conditionnée des clauses de prorogation de for : l'ordre juridique étranger n'admettrait leur licéité que dans la mesure où

---

<sup>2445</sup> V. sur la participation également *active* que pourraient assurer les parties pour l'identification de l'ordre juridique prépondérant, *supra*, n° 665 et s.

<sup>2446</sup> L'article 74 CPC, applicable dans l'ordre juridique international (V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 1991, Dalloz 1991, IR, p. 212 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2012, n° 10-26188), énonce en effet que le déclinatoire de compétence doit être présenté avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir et simultanément avec les autres exceptions. V. sur la mise en œuvre de cette exception, not. A. Huet, J.-Cl. dr. int. Fasc. 581-42 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Règlements des incidents de compétence. Incompétence internationale des juridictions françaises*, n° 3 et s.

<sup>2447</sup> V. sur l'action déclaratoire en incompétence des tribunaux français qui a pu être admise dans le cadre particulier de la mise en œuvre du mécanisme du *forum non conveniens* par des tribunaux américains dans l'affaire *Vivendi*, *infra*, n° 830.

<sup>2448</sup> La solution repose, concernant la compétence de droit interne, sur l'article 75 CPC mais implique dans ce cadre une obligation beaucoup plus stricte de désignation de la juridiction étrangère compétente. V. sur les raisons de l'assouplissement consacré pour sa mise en œuvre dans l'ordre international, not. B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 442, p. 393. Il est admis, dans ce cadre, que le demandeur peut désigner les juridictions de plusieurs États, et les identifier de manière globale. V. en ce sens, not. Cass. Soc. 17 mars 1998, JCP 1998. II. 10127, note Kerckhove ; CA Paris, 14 décembre 2007, RCDIP 2008, p. 311, note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>2449</sup> V. en faveur d'une telle solution, concernant la sanction du *forum shopping* visant à assurer un contournement des lois de police étrangères, S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », TCFDIP 2010-2012, p. 255 et s., spéc., p. 275.

les parties s'engageraient ou se verraient imposer d'invoquer l'application de sa loi de police devant le for étranger.

L'intervention des parties, pour assurer le respect des impérativités étrangères, paraît néanmoins insuffisante, dès lors que le *caractère obligatoire* de la mise en œuvre du procédé serait limité aux impérativités étrangères que les parties invoqueraient.

#### b) Autonomie nécessaire de la mise en œuvre du procédé

**669.** La possibilité *d'imposer* la mise en œuvre du mécanisme de coordination aux parties apparaît absolument nécessaire. Elle s'impose pour éviter de faire entièrement dépendre le respect des intérêts étatiques étrangers de leur seule volonté<sup>2450</sup> et assurer l'utilité même du mécanisme de coordination envisagé.

Concrètement, elle implique de reconnaître la possibilité, pour l'autorité juridictionnelle saisie, de prendre *spontanément* l'initiative de s'interroger sur l'existence d'une revendication de compétence unilatérale étrangère fondée sur la mise en cause de ses impérativités. Elle devrait imposer d'admettre sa capacité à pouvoir soulever d'office l'application du droit étranger internationalement impératif ou son abstention juridictionnelle, indépendamment du comportement procédural des parties et de l'invocation, par l'une d'elles, de cette compétence étrangère.

**670.** Une telle solution paraît nécessaire du fait de la rareté probable avec laquelle au moins l'une des parties serait susceptible de formuler spontanément une demande en ce sens devant l'autorité juridictionnelle saisie.

Il devrait en être d'autant plus ainsi vis-à-vis de vraies lois de police étrangères, visant prioritairement à assurer la protection d'un intérêt étatique fondamental de l'ordre juridique dont elles émanent. Celles-ci, en effet, affectées à la réalisation d'un objectif intervenant à un niveau *macroéconomique*, ne devraient qu'assez rarement intéresser ou présenter un avantage direct pour au moins l'une des parties<sup>2451</sup>. L'invocation de la compétence exclusive étrangère ou de l'applicabilité de ses dispositions devrait également être assez rare, lorsque la compétence de l'autorité saisie aura justement été exploitée dans le but de contourner ces impérativités étrangères par réalisation d'un *forum shopping*, et qu'elle reposera sur une clause de prorogation de for à laquelle les parties auront communément consenti.

---

<sup>2450</sup> Elles conserveront d'ailleurs, dans tous les cas, nécessairement une certaine emprise, au moins indirecte, sur la prise en compte des impérativités étrangères devant le for, en particulier sur le plan substantiel, dès lors qu'elles pourront toujours écarter du débat les éléments d'extranéité fondant l'application éventuelle de la loi de police étrangère.

<sup>2451</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 336 et s.

Dans l'hypothèse même où cette invocation pourrait être réalisée, le conditionnement de déclenchement du procédé de coordination à l'existence d'une demande formulée en ce sens de la part des parties apparaît, dans tous les cas, nécessairement beaucoup trop aléatoire pour constituer un fondement *suffisant* de la mise en œuvre du procédé de coordination. Elle ferait dépendre le respect des impérativités étrangères de considérations purement contingentes et paraît incompatible avec l'importance des intérêts étatiques qui seraient mis en cause.

**671.** Dans la mesure où l'autorité saisie pourrait identifier les impérativités étrangères concernées, la reconnaissance d'une *possibilité*, pour celle-ci, de tenir compte de la compétence étrangère fondée sur leur mise en cause en cas de silence des parties paraît envisageable.

Il en est ainsi sur le plan du droit substantiel, où le juge saisi devrait pouvoir relever d'office l'applicabilité d'une loi de police étrangère<sup>2452</sup>. Ceci apparaît conforme aux solutions établies, à titre général, pour l'application du droit étranger désigné par une règle de conflit de lois du for<sup>2453</sup>. Cette solution paraît, au-delà, également cohérente avec la possibilité reconnue aux juges du fond de relever d'office la fraude réalisée à l'encontre de la loi étrangère<sup>2454</sup>. Dans l'instance arbitrale, également, malgré certaines hésitations doctrinales<sup>2455</sup>, la possibilité, pour l'arbitre, de relever d'office l'application des lois de police au fond du litige est très généralement admise<sup>2456</sup> et expressément reconnue dans la jurisprudence étatique<sup>2457</sup> et arbitrale<sup>2458</sup>. Elle est, la plupart du temps, envisagée à la fois comme une contrepartie à l'ouverture de l'arbitrabilité des litiges et une nécessité imposée par le respect du principe d'efficacité de la sentence arbitrale<sup>2459</sup>. Les *Recommandations de l'Association de droit international sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage*

<sup>2452</sup> V. en ce sens, not. P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 52.

<sup>2453</sup> Il est admis, en effet, que l'application d'une loi étrangère peut toujours être relevée d'office par le juge saisi, sous réserve du respect des exigences du contradictoire. V. en ce sens, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 1978, RCDIP 1979, p. 88, 2<sup>e</sup> esp., note P. Hébraud ; RTD civ. 1979, p. 419, obs. J. Normand ; et dans le même sens, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 2005, Bull. Civ. I, n° 469.

<sup>2454</sup> V. sur ce point, not. B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 244 et s., p. 211 et s., et en ce sens, CA Paris, 18 juin 1964, *Gunzburg*, RCDIP, 1967, p. 340, note Deprez ; Clunet 1964, p. 810, note Bredin ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, *Giroux*, RCDIP 1978, p. 149, note B. Audit ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, *Favreau*, RCDIP 1986, p. 91, note M.-N. Jobard-Bachelier ; Clunet 1985, p. 495, note B. Audit.

<sup>2455</sup> V. sur les débats que suscite la question, not. J.-B. Racine, *thèse préc.*, n° 247 et s. ; Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 1026 et s.

<sup>2456</sup> V. en ce sens, not. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 113 et 900. Elle apparaît, au demeurant, conforme à la possibilité reconnue à l'arbitre de rechercher, de manière générale, le droit applicable en l'absence de choix des parties. V. art. 1511 CPC, et sur ce point, not. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 885. V. cependant, sur la possibilité, pour les parties, d'interdire à l'arbitre de statuer sur les règles d'ordre public applicables, *supra*, n° 92 et s.

<sup>2457</sup> V. not. CA Paris, 16 mars 1996, Rev. arb. 1996, p. 146, obs. Y. Derains.

<sup>2458</sup> V. not. concernant l'application du droit européen de la concurrence, Sent. CCI, Aff. n° 7181, 1992, Bulletin de la Cour internationale d'arbitrage de la CCI, vol. 6, n° 1, mai 1995.

<sup>2459</sup> V. not. en ce sens, P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 55 ; Ch. Seraglini, *thèse préc.*, n° 175, p. 85.

*commercial international*, adoptées en 2008<sup>2460</sup>, prévoient d'ailleurs, en ce sens, que si le tribunal arbitral doit en principe s'abstenir de relever d'office des moyens de droit non soulevés par les parties<sup>2461</sup>, ceci ne vaut que sous réserve de la mise en cause, dans le litige, de règles d'ordre public international et autres règles auxquelles les parties ne peuvent valablement déroger<sup>2462</sup>.

**672.** S'agissant de la possibilité de relever d'office la compétence étrangère fondée sur ces dispositions, elle semble également pouvoir être admise ou déduite des solutions retenues pour la mise en œuvre des mécanismes de coordination existant en droit positif. Elle apparaît consacrée dans les États de tradition civiliste, pour la mise en œuvre de l'exception de litispendance internationale où le juge second saisi se voit toujours reconnaître, au minimum<sup>2463</sup>, la *possibilité de relever d'office* son abstention juridictionnelle temporaire ou définitive au profit de la juridiction première saisie malgré le silence des parties<sup>2464</sup>. Elle est également admise dans la version américaine publiciste du *forum non conveniens*<sup>2465</sup>, lorsqu'il s'agit de prendre en compte des considérations relatives à l'encombrement des juridictions du for ou à la mise en cause d'un intérêt étatique étranger<sup>2466</sup>. Elle pourrait, également, être reconnue en droit français, dans l'hypothèse où la compétence exclusive étrangère conduirait directement à fonder une incompétence du for, dès lors qu'il semble admis, sur le fondement de l'article 92 du Code de procédure civile<sup>2467</sup>, que le juge peut toujours soulever d'office son

---

<sup>2460</sup> V. le texte de ces Recommandations, not. Rev. arb. 2009, p. 451 et s. et sur celui-ci, not. F.-X. Train, Cah. arb. Vol. V, éd. Pedone, 2011, p. 155 et s. V. également, sur ce point, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 884.

<sup>2461</sup> V. Recommandation n° 6.

<sup>2462</sup> V. Recommandation n° 13.

<sup>2463</sup> Les dispositions européennes font, en revanche, une véritable *obligation* au juge saisi de relever d'office son abstention au profit des juridictions antérieurement saisies dans le cadre des relations entre États membres. V. art. 19.1 du règlement Bruxelles II bis et l'article 29.1 du règlement Bruxelles I bis, qui reprend presque à l'identique l'ancien article 27.1 du règlement Bruxelles I.

<sup>2464</sup> V. not. dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception de litispendance prévue en droit français. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 novembre 1974, *Sté Miniera di Fragne* RCDIP 1975, p. 491, note D. Holleaux ; Clunet 1975, p. 108, note A. Ponsard ; Rép. Commaile 1976, p. 78, obs. G. Droz ; GA n° 54, et consacrant cette possibilité dans le cadre européen, dans les rapports des États membres avec les États tiers, V. art. 33 du règlement Bruxelles I bis, qui prévoit que le juge d'un État membre qui serait saisi alors qu'une procédure serait déjà pendante, pour le même litige, devant une juridiction d'un État tiers, *peut* surseoir à statuer. V. *infra*, n° 784.

<sup>2465</sup> Il semble en revanche admis, en droit anglais, que le *forum non conveniens* ne peut être invoqué que par les parties et que le juge ne peut relever d'office sa mise en œuvre. V. W. Kennett, « *Forum non conveniens* in Europe » [1995] 54 C.L.J. 552, spéc., p. 555 et la note 13. V. sur ce mécanisme, *infra*, n° 745 et s.

<sup>2466</sup> V. sur ce point, P. Blair, « The doctrine of *forum non conveniens* in Anglo-American law », 29 Col. L. rev. 380 (1929), spéc., p. 2 ; J. J. Fawcett, *Declining jurisdiction in Private International Law*, *préc.*, rapport général, p. 16, et sur cet aspect du mécanisme dans la version américaine, V. *infra*, 763.

<sup>2467</sup> Modifié par décret n° 76-1236, 28 décembre 1976. V. sur cet article et les incertitudes existant quant à sa portée, not. A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-42 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Règlements des incidents de compétence. Incompétence internationale des juridictions françaises*, n° 26 et s.

incompétence internationale à tous les stades de la procédure, indépendamment du caractère d'ordre public ou non de la règle de compétence internationale méconnue<sup>2468</sup>.

En matière d'arbitrage, la possibilité, pour l'arbitre, de s'abstenir d'exercer sa compétence juridictionnelle au regard de la mise en cause des impérativités étrangères, devrait être envisagée sous l'angle de l'appréciation de l'arbitrabilité du litige et à travers l'effet positif du principe *compétence-compétence*<sup>2469</sup>, qui permet à l'arbitre d'apprécier lui-même sa compétence et de connaître des contestations qui y sont relatives. Dans la mesure où la prise en compte des impérativités étatiques apparaîtrait, dans ce cadre, envisageable<sup>2470</sup>, la possibilité d'invoquer d'office son incompetence, en cas de silence des parties, devrait également pouvoir être admise<sup>2471</sup>, au moins s'agissant des vraies lois de police<sup>2472</sup>.

La reconnaissance de cette simple *possibilité* de mise en œuvre d'office du procédé de coordination apparaît, néanmoins, encore insuffisante.

## 2- Office de l'autorité juridictionnelle saisie

**673.** L'efficacité du mécanisme de coordination devrait impliquer que le déclenchement de sa mise en œuvre puisse réellement être imposé à l'autorité juridictionnelle saisie, indépendamment du comportement procédural des parties (a). Il convient, sous cet angle, d'envisager la possibilité de consacrer une obligation de relever d'office l'applicabilité d'une vraie loi de police étrangère qui serait applicable (b), et l'existence d'une compétence juridictionnelle exclusive étrangère qui pourrait en découler (c).

---

<sup>2468</sup> V. not., en ce sens, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 février 1982, JCP G 1982, IV, p. 139 ; Dalloz 1983, IR, p. 149, obs. B. Audit ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 1986, *Spechtmeyer*, RCDIP 1987, p. 401, note P. Lagarde, JCP 1987, IV, 67.

<sup>2469</sup> Le principe est consacré à l'article 1465 CPC par renvoi à l'article 1506-3 CPC. V. sur l'évolution qui s'est dessinée quant à la reconnaissance de ce principe, en France, not. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 670 et s.

<sup>2470</sup> V. sur cette question, et concluant à une impossibilité, L. G. Radicati di Brozolo, *cours préc.*, p. 441 et s.

<sup>2471</sup> Elle ne peut, en revanche, jamais lui être imposée. À cet égard, d'ailleurs, il est admis, en droit français, qu'« aucune annulation de la sentence n'est encourue simplement parce que les arbitres n'ont pas soulevé d'office les questions de droit communautaire de la concurrence que l'absence ». V. CA Paris, 18 novembre 2004, *Thalès Air Defense c. GIE Euromissile*, *préc.*

<sup>2472</sup> Il a été suggéré, en effet, que l'office de l'arbitre devrait varier en fonction de la place et de la valeur qu'il conviendrait d'attribuer au silence des parties et de leur faculté à couvrir les causes d'incompétence de l'arbitre. V. en particulier, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 165, p. 188, et concernant en particulier la question de l'arbitrabilité du litige, n° 113, p. 123 et s. (arbitrage interne) et n° 677, p. 595 (arbitrage international).

#### a) Opportunité d'une mise en œuvre imposée

**674.** Le caractère *systématique* que devrait idéalement présenter la mise en œuvre du procédé de coordination des systèmes envisagé conduit à admettre l'insuffisance d'une simple *possibilité* qui serait conférée à l'autorité saisie de s'interroger spontanément sur l'existence d'une compétence étrangère exclusive ou d'une loi de police applicable lorsqu'elle statue pour trancher le différend qui lui est soumis. Une telle solution conduirait à faire dépendre le respect des impérativités étrangères du bon vouloir de cette autorité, et le rendrait en pratique peu probable.

En droit positif, les autorités juridictionnelles saisies, en particulier les juges étatiques, ne semblent spontanément prendre en compte que les intérêts des parties et de l'État au nom duquel elles statuent, et se désintéressent la plupart du temps des intérêts étatiques étrangers. Par souci de simplicité ou par ignorance, elles risqueraient alors, la plupart du temps, de faire comme si ces impérativités étrangères n'existaient pas, et n'envisageraient même pas leur mise en cause. En fait, la revendication unilatérale de compétence juridictionnelle étrangère, fondée sur l'applicabilité de ses lois de police, risquerait de n'être prise en considération que *par hasard*, dans la mesure où elle reposerait également sur des intérêts ou la réalisation d'objectifs qui sont habituellement pris en compte par l'autorité juridictionnelle saisie. L'insuffisance d'un tel système, au demeurant, existerait malgré le développement d'un esprit de coopération internationale poussée entre les systèmes juridiques, dès lors qu'il fait encore varier la solution en fonction de la propension des autorités saisies à y consentir, et rendrait la mise en œuvre du procédé aléatoire. Ceci, corrélativement, maintiendrait tout l'intérêt du *forum shopping*.

**675.** L'efficacité du mécanisme devrait dès lors induire qu'il puisse être mis en œuvre de manière systématique, pour assurer que la revendication de compétence étrangère ne sera pas totalement ignorée par l'autorité saisie dans le silence des parties, et donner un minimum de *chances* aux impérativités étrangères de pouvoir être respectées devant un for étranger.

Une telle solution, malgré son efficacité pour la protection des intérêts étatiques étrangers, n'est cependant généralement pas admise en droit positif. Le procédé de coordination retenu pour la prise en compte des lois de police étrangères revêt toujours, en effet, une dimension doublement facultative pour le juge : « En amont, en l'absence de texte lui imposant de procéder à la prise en considération, le juge [peut] être considéré comme libre de décider de recourir ou non à la méthode de la prise en considération ; en aval, s'il [a] choisi

de prendre en considération la loi étrangère, le juge [reste] libre d'attacher ou non un effet à cette loi. »<sup>2473</sup> Le caractère *facultatif* de la *mise en œuvre effective* des lois de police étrangères se double, en amont, d'une absence de toute obligation pour le juge de tenir compte de leur mise en cause.

Elle apparaît d'ailleurs comme la seule solution envisageable devant l'arbitre, en l'absence de système juridique de référence susceptible de constituer la base d'une véritable obligation à son égard. Celui-ci, face aux lois de police étatiques, se trouve nécessairement livré à lui-même, et ne peut trouver appui sur aucune règle lui prescrivant la solution à retenir<sup>2474</sup>.

**676.** À l'égard des autorités juridictionnelles étatiques, en revanche, une telle solution apparaît tout à fait envisageable. Si l'idée d'une prise en compte *automatique* des impérativités étrangères, déduite du seul fait que l'ordre juridique étranger la revendique, paraît exclue à titre de principe, la possibilité d'imposer une mise en œuvre systématique *du procédé de coordination* apparaît en revanche tout à fait envisageable<sup>2475</sup>. Le juge saisi, tout en restant entièrement libre d'apprécier l'opportunité de respecter les impérativités étrangères, dans le cadre d'un mécanisme de coordination facultative, ou de vérifier, au cas concret, le caractère adéquat de leur prise en compte *a priori* obligatoire, pourrait néanmoins se voir imposer de prendre systématiquement en considération l'existence d'une revendication de compétence étrangère fondée sur la mise en cause de ses impérativités. Le système serait alors celui d'une coordination de *mise en œuvre* imposée mais de *réalisation* facultative ou présumée obligatoire<sup>2476</sup>.

Elle impliquera néanmoins qu'une *identification* ou une *sélection* suffisamment précise des hypothèses de compétence étrangère, dont le juge devrait obligatoirement *envisager* de tenir compte, puisse être réalisée<sup>2477</sup>. Face à une multitude d'ordres juridiques potentiellement impliqués, « ce serait [...] trop exiger [du juge] que de lui imposer de

---

<sup>2473</sup> S. Clavel, « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p. 57 et s., p. 68.

<sup>2474</sup> V. en ce sens, *in fine*, L. G. Radicati di Brozolo, *Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, RCADI 2005, t. 315, p. 1 et s., spéc., p. 438 et s.

<sup>2475</sup> V. en ce sens, P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., n° 53.

<sup>2476</sup> Rappr. R. Freitag, cité par D. Bureau et L. d'Avout, note, *JCP*, n° 19-20, 10 mai 2010, p. 530 et s., qui a pu déclarer, s'agissant de la mise en œuvre des lois de police étrangères dans le règlement Rome I, que « le juge doit obligatoirement considérer les critères de l'article 9§3, deuxième phrase du règlement Rome I, s'agissant de décider du principe de la prise en compte des lois de police étrangères ; il dispose en revanche, une fois cette obligation accomplie, d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation quant à leur mise en application, au regard du critère de compatibilité des lois de police étrangères avec les valeurs internes du for ». (Trad. libre des auteurs), *IPRax* 2/2009, 109, p. 111.

<sup>2477</sup> V. sur la réalisation d'une telle *présélection*, *infra*, n° 689 et s.

rechercher systématiquement les lois de police susceptibles d'exister dans chacune des législations qui présentent un point de contact significatif avec la relation litigieuse »<sup>2478</sup>. Sous cette réserve, la consécration d'un principe de mise en œuvre imposée du mécanisme de coordination doit dès lors être envisagée.

#### b) Hypothèse de mise en cause d'impérativités substantielles étrangères

**677.** Dans le droit positif, la mise en œuvre des lois de police étrangères apparaît seulement « abstraitement reconnue »<sup>2479</sup> et revêt un caractère purement *facultatif*. La possibilité de conférer un caractère obligatoire à l'analyse des lois de police étrangères applicables, réalisée par le juge saisi, ne peut être envisagée qu'au regard des solutions consacrées, de manière générale, pour la prise en compte des lois étrangères. S'agissant de l'autorité de la règle, idéalement d'origine légale, qui fonderait la mise en œuvre *dérogoire* des lois de police étrangères applicables *en tant que telles*, la question ne semble pouvoir être envisagée que sous l'angle d'une transposition ou d'une inspiration éventuelle de certaines solutions dégagées ou proposées dans le cadre de l'utilisation de méthodes *concurrentes* à celle bilatérale classique<sup>2480</sup>. Celles-ci prescrivent parfois au juge saisi de mettre en œuvre une loi étrangère pour résoudre le litige dont il est saisi.

Elle appelle, en effet, une analyse des décisions consacrées concernant l'autorité des règles *laissant intervenir* la loi étrangère parce que telle est sa volonté, ou pour *conditionner* l'application de la loi française. Le mécanisme de coordination envisagée présenterait une certaine parenté avec ces solutions. La règle de coordination, tout en prescrivant la prise en considération du point de vue étranger, subordonnerait en pratique sa prise en compte *effective* à une vérification de l'effectivité de la revendication de compétence étrangère et de sa légitimité, et laisserait s'appliquer les règles du for dans l'hypothèse où elles ne seraient pas établies. L'existence ou l'inexistence d'une loi de police étrangère *légitime*, applicable dans l'hypothèse considérée, apparaîtrait ainsi comme une *condition* de la mise en œuvre des solutions consacrées dans le for.

**678.** À cet égard, la possibilité de reconnaître une obligation de relever d'office l'application de la loi de police étrangère pourrait, éventuellement, être déduite du caractère

---

<sup>2478</sup> P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 52.

<sup>2479</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., n° 58.

<sup>2480</sup> La désignation, par le biais d'une règle de conflit de lois classique, de cette loi de police étrangère, conduirait, en effet, à faire entrer cette dernière dans la *lex causae*, et dépendrait, sous l'angle de l'office de l'autorité saisie, des solutions généralement consacrées dans ce cadre.



obligatoire qui semble avoir été reconnu à ces règles spécifiques, indépendamment des solutions traditionnellement retenues pour la mise en œuvre des règles de conflits de lois bilatérales classiques.

Alors qu'il est aujourd'hui admis<sup>2481</sup> que le juge français n'est tenu de relever d'office la règle de conflit de lois que dans les litiges mettant en cause des droits dont les parties n'ont pas la libre disposition<sup>2482</sup>, le caractère obligatoire de la mise en œuvre des lois étrangères semble avoir été parfois détaché de cette solution traditionnelle. À la distinction fondée, au regard de l'article 3 du Code civil, sur la nature des droits en cause, semble avoir été substitué un recours à l'article 12 al. 1 du Code de procédure civile<sup>2483</sup>, qui a permis de déplacer l'analyse sur la nature de la *règle* invoquée.

**679.** Il en est ainsi de la règle de conflit unilatérale de l'article 309 al. 3 du Code civil, qui soumet, en matière de divorce, l'application de la loi française à l'absence de revendication d'application d'une loi étrangère, lorsque les époux ne sont pas tous deux de nationalité française ou n'ont pas l'un et l'autre leur domicile en France. Elle conduit, en pratique, à conditionner la mise en œuvre de la loi française au refus d'application des lois étrangères, et implique, pour le juge saisi, de procéder à une analyse du droit étranger applicable.

Or, dans ce cadre, il a été proposé que l'obligation faite au juge de relever d'office son application, malgré le silence des parties, puisse être déduite non pas du fait du caractère indisponible des droits en cause<sup>2484</sup>, mais de la *structure particulière* de la règle de conflit de

---

<sup>2481</sup> La question a été dégagée à la suite d'une longue évolution jurisprudentielle, caractérisée par des revirements jurisprudentiels successifs. V. consacrant initialement le caractère facultatif général des règles de conflit de lois, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, *Bisbal*, Clunet 1960, p. 810, note J.-B. Sialelli ; RCDIP 1960, p. 62, note H. Batiffol ; Dalloz 1960, p. 610, note Ph. Malaurie ; JCP G 1960, II, 11733, note H. Motulsky ; GA, n° 32, puis écartant cette solution, pour consacrer, au visa de l'article 12 al. 1<sup>er</sup> du CPC, une obligation, pour le juge, de mettre en œuvre la règle de conflit de lois, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1988, *Rebouh*, RCDIP 1989, p. 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; Clunet 1989, p. 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; Defrénois 1989, p. 310, obs. Massip ; GA n° 74 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 octobre 1988, *Schule*, RCDIP 1989, p. 368 et chron. Y. Lequette, p. 277 ; Clunet 1989, p. 349, note D. Alexandre et chron. D. Bureau, 1990, p. 317 ; JCP 1989, II, 21259, et revenant, enfin, à la solution de la jurisprudence *Bisbal*, mais l'assortissant d'exceptions, lorsque « les parties n'ont pas invoqué d'autres lois que celles spécialement tirées du droit français en une matière qui n'est soumise à aucune convention internationale et où elles ont la libre disposition de leurs droits », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 1990, *Coveco*, RCDIP 1991, p. 558, note M.-L. Niboyet-Hoegy ; Clunet 1991, p. 371, note D. Bureau ; GA n° 76.

<sup>2482</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, *Sté Mutuelle du Mans*, RCDIP 1999, p. 707, 1<sup>re</sup> esp., note H. Muir Watt ; Gaz. Pal. 2000, n° 61 et 62, p. 39, obs. M.-L. Niboyet-Hoegy ; GA n° 77 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, *Belaid A.*, RCDIP 1999, p. 707, 2<sup>e</sup> esp., note H. Muir Watt ; JCP G 1999, II, 10192, note F. Melin ; Defrénois 1999, p. 1261, obs. Massip ; GA, n° 78. La Cour déclara qu'aux termes de l'article 3 du Code civil, « il incombe au juge français, pour les droits indisponibles, de mettre en application la règle de conflit de lois et de rechercher le droit étranger compétent ». Il est généralement admis que cette appréciation du caractère disponible doit être réalisée au regard de la conception française. V. en ce sens, not. H. Batiffol, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 mai 1959, *Bisbal*, RCDIP 1960, p. 62 et s., p. 62.

<sup>2483</sup> Il énonce, en effet, que « le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables ».

<sup>2484</sup> V. considérant que la solution fondée sur cette distinction devrait s'appliquer identiquement quelle que soit la structure de la règle de conflit mise en cause, not. B. Audit et L. D'Avout, *ouvrage préc.*, n° 683 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 579, p. 440.

lois<sup>2485</sup>. Une telle solution semble, également, pouvoir être déduite de certains arrêts rendus par la Cour de cassation. Alors qu'elle avait admis le caractère obligatoire de cette règle à une époque où régnait encore le principe du caractère facultatif général des règles de conflit de lois<sup>2486</sup>, elle a, également, reconnu le caractère obligatoire de cette règle en l'absence de toute référence à l'article 3 du Code civil<sup>2487</sup>. Il en est ainsi dans un arrêt du 4 juin 2009, où la Cour de cassation a pu casser, au seul visa de l'article 309 du Code civil, l'arrêt de la Cour d'appel ayant conclu à l'application de la loi française<sup>2488</sup>.

Le caractère obligatoire de la prise en compte de l'existence d'une loi étrangère applicable apparaîtrait, dès lors, comme une solution propre à la spécificité de la règle de conflit de lois en cause, et découlerait de son caractère unilatéral<sup>2489</sup> ou de l'utilisation de la technique de la prise en considération<sup>2490</sup>, conduisant à conditionner l'application de la loi française à l'absence de revendication de compétence d'une loi étrangère.

**680.** La possibilité de déduire le caractère obligatoire de la prise en considération des lois de police étrangères sur ce fondement, d'autre part, semblerait également pouvoir reposer sur une transposition des solutions consacrées concernant la mise en œuvre des règles de conflits à coloration matérielle, qui, pour aboutir à l'obtention d'un résultat déterminé, subordonnent leur effet juridique au contenu d'une ou de plusieurs lois étrangères<sup>2491</sup>. L'obligation reconnue au juge saisi de relever d'office l'application de la règle étrangère et de l'analyser a pu en

---

<sup>2485</sup> V. considérant que sa mise en œuvre obligatoire serait évidente compte tenu de l'impossibilité, pour le juge, de faire autrement que de rechercher lui-même la ou les règles de conflit étrangères susceptibles de donner compétence à leur droit interne, P. Mayer, « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », TCFDIP 1975-1977, p. 232 et s., spéc., p. 241 ; et dans le même sens, H. Motulsky, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France », in *Mélanges R. Savatier*, Paris, Dalloz 1965, p. 682 et s.

<sup>2486</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1987, *Perez*, Clunet 1987, p. 927, note H. Gaudemet-Tallon ; RCDIP 1988, p. 60, note Y. Lequette ; JCP G 1988, II, 20976, obs. P. Courbe, où la Cour de cassation jugea que « le divorce d'époux étrangers dont un seul est domicilié en France est régi par la loi étrangère qui se reconnaît compétence et que le juge français ne pouvait s'abstenir » d'appliquer. Une telle affirmation semblait laisser entendre que l'article 309 du Code civil (à l'époque, 310), devait toujours obligatoirement être mis en œuvre, et que les juges du fond se voyaient corrélativement toujours imposer de vérifier si une loi étrangère se voulait applicable ou non en cas d'incompétence de la loi française. (V. en ce sens, not. Y. Lequette, *note préc.*, RCDIP 1988, p. 60 et s.).

<sup>2487</sup> V. cependant, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 mars 2010, Dalloz 2011, p. 1374, obs. F. Jault-Seseke, où la Cour a expressément visé ensemble les articles 3 et 309 du Code civil, et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 novembre 2011, Dalloz 2012, p. 638, note Vassallo.

<sup>2488</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 juin 2009, RCDIP 2010, p. 353 ; Dalloz. 2009, p. 1695, obs. I. Gallmeister ; Clunet 2010, p. 485, note E. Fohrer-Dedeurwaerder.

<sup>2489</sup> V. en ce sens, I. Gallmeister, *obs. préc.*, et déjà, H. Gaudemet-Tallon, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1987, Clunet 1987, p. 927 et s., spéc., p. 932.

<sup>2490</sup> V. considérant que l'article 309 al. 3 du Code civil repose sur un tel système de prise en considération de la loi étrangère, E. Fohrer-Dedeurwaerder, note Clunet 2010, *préc.*, spéc. p. 491 et 492.

<sup>2491</sup> V. en ce sens, et sur ce point, not. B. Ancel et Y. Lequette, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 novembre 1986, *Ameur*, RCDIP 1987, p. 383, spéc. p. 390 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 139 et s., p. 106 et s. ; E. Fohrer-Dedeurwaerder, *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, 2008, n° 506 et s., p. 347 et s. qui suggère de désigner ces règles comme des « règles ordonnant la prise en considération ».

effet, dans ce cadre, également être déduite de l'article 12 al. 1 du Code civil<sup>2492</sup>, au seul regard de la structure de la règle de conflit concernée<sup>2493</sup>.

L'application d'office de la règle résulterait ainsi de son obligation de consulter les lois auxquelles elle se réfère, dans la mesure où ces dernières constitueraient la condition d'application de sa règle de conflit<sup>2494</sup>. Le caractère obligatoire de la règle pourrait ainsi être déduit de la subordination de sa mise en œuvre au contenu d'un ou de plusieurs droits étrangers, et fonder, par transposition, l'obligation pour le juge de mettre en œuvre d'office la règle prescrivant la prise en compte de l'existence des lois de police étrangères dans le cadre de la coordination des systèmes envisagée<sup>2495</sup>.

Une telle solution semble également pouvoir être envisagée s'agissant de la mise en œuvre du procédé de coordination sur le plan de la compétence juridictionnelle.

### c) Hypothèse d'une compétence juridictionnelle exclusive étrangère.

**681.** Dans l'hypothèse où la mise en cause de ses impérativités substantielles aurait conduit l'ordre juridique étranger à reconnaître la compétence juridictionnelle exclusive de ses juridictions, le caractère obligatoire de la mise en œuvre du mécanisme de coordination devrait obliger le juge saisi à s'interroger systématiquement sur l'opportunité d'exercer sa compétence ou à relever d'office son incompétence indépendamment des demandes formulées par les parties.

La consécration d'une telle solution, s'agissant de la mise en œuvre d'un mécanisme de prise en compte facultative de la compétence étrangère, n'apparaît pas d'évidence. Les mécanismes de coordination de ce type, consacrés en droit positif, semblent en effet toujours fondés sur un principe de mise en œuvre *volontaire* de la part du juge saisi dans le silence des parties. Il en est ainsi à la fois des procédés visant à régler les conflits de procédure dans les

---

<sup>2492</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 novembre 1986, *Ameur*, RCDIP 1987, p. 383, note B. Ancel et Y. Lequette ; JCP G 1988, II, 20967, note P. Courbe ; Defrénois 1987, p. 772, obs. Massip ; Dalloz 1987, somm. comm. p. 351, obs. B. Audit. Adde, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 avril 2010, Dalloz 2010, p. 1076 ; AJF 2010, p. 281 et 282, note A. Boiché ; Procédures 2010, comm. 235, M. Douchy-Oudot.

<sup>2493</sup> V. en ce sens, not. B. Ancel et Y. Lequette, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 novembre 1986, *Ameur*, RCDIP 1987, p. 383, spéc. p. 390.

<sup>2494</sup> V. sur la possibilité de transposer cette solution également aux règles ordonnant la prise en considération d'une loi étrangère pour en conditionner l'application de la *lex causae*, A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-10 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Généralités*, n° 78 et s., qui relève que, « à ce jour, la jurisprudence n'offre aucune réponse à cette question ». Tous les arrêts rendus par la Cour de cassation, à propos de cet article, ont donné lieu, en effet, à une prise en considération d'office de la loi nationale de l'enfant. V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 octobre 2006, Clunet 2007, p. 564, note C. Brière ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 juillet 2008, Clunet 2009, p. 154, note E. Fongaro.

<sup>2495</sup> La solution de l'arrêt *Ameur* (*préc.*), cependant, ne permet pas de trancher définitivement la question, et pourrait être interprétée également sous l'angle du caractère disponible ou indisponible des droits en cause. V. sur ce point, not. B. Ancel et Y. Lequette, RCDIP 1987, p. 383 et s., spéc., p. 389. V. également, concernant l'arrêt du 14 avril 2010 précité, A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-10, *préc.*, n° 71, qui conclut d'ailleurs qu'il semble que « l'explication conflictualiste doit être privilégiée aujourd'hui ».

États de tradition civiliste, et de celui du *forum non conveniens*. Il n'en va autrement que pour la mise en œuvre de l'exception de litispendance prévue dans les instruments européens, dans le cadre des relations entre États membres<sup>2496</sup>.

**682.** S'agissant de la mise en œuvre d'un procédé de coordination fondé sur une *règle d'incompétence juridictionnelle explicite* et consacrant un système de prise en compte obligatoire de la compétence étrangère, en revanche, la reconnaissance du caractère obligatoire de sa mise en œuvre pourrait paraître envisageable, moyennant une exportation de certaines solutions consacrées en droit français ou européen.

Alors qu'il est de principe que le juge n'a pas, en droit commun français, normalement, une obligation de relever d'office son incompétence internationale<sup>2497</sup>, les particularités des fondements du chef d'incompétence qui serait consacré et la nature des intérêts étrangers mis en cause pourraient conduire à imposer au juge saisi de la respecter<sup>2498</sup>. Elle pourrait présenter, en effet, une similitude avec les hypothèses pour lesquelles paraissent habituellement justifiées des exceptions au principe de l'absence d'obligation de les relever d'office, sous l'angle du *défaut de pouvoir juridictionnel*<sup>2499</sup>. Il semblerait pouvoir en être ainsi, en particulier, concernant les hypothèses dans lesquelles la mise en cause des impérativités étrangères au fond du litige se double d'une mise en cause directe de sa souveraineté sur le plan de la compétence juridictionnelle, et conduit à la consécration d'une liaison absolue entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative<sup>2500</sup>.

---

<sup>2496</sup> V. l'art. 29 du règlement Bruxelles I bis, qui oblige le juge saisi à surseoir à statuer en cas de litispendance internationale. Sur ce point, *infra*, n° 784.

<sup>2497</sup> V. cep. en faveur de la reconnaissance d'une telle obligation en matière de divorce, Ph. Francescakis, note sous. Cass. Civ. 30 octobre 1962, RCDIP 1963, p. 393 et s., afin « de mettre un barrage aux divorces d'accord obtenus par des étrangers sans attache avec la France », H. Bauer, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands*, Dalloz, 1965, n° 165 ; A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 155 et s. ; concernant les hypothèses où le défendeur ne comparait pas, Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 606 et s. ; et en faveur de cette obligation dans tous les cas, H. Gaudemet-Tallon, note, RCDIP 1977, p. 45 et s.

<sup>2498</sup> V. considérant que la nature des intérêts en jeu doit être le critère à l'aune duquel la possibilité pour le juge de relever d'office son incompétence doit être apprécié et non celui de la nature de la règle de compétence, Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 525 et s., p. 500 et s.

<sup>2499</sup> Il est admis qu'une telle obligation existe lorsqu'une personne bénéficie de l'immunité de juridiction (V. Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 4 février 1986, RCDIP 1986, p. 718, note P. Mayer ; Clunet 1987, p. 112, note J.-M. Jacquet), ou dans certains domaines particuliers, lorsque des textes de droit interne le prévoient. Il en serait ainsi, par exemple, en matière d'injonction de payer (v. art. 1406 du CPC), ou pour l'autorisation des mesures conservatoires (v. art. 211 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution ; TGI Nîmes, JEX, 9 juin 1998, Dalloz 1999, p. 301, note G. Cuniberti). V. sur ce point, A. Huet, J.-Cl. dr. int. Fasc. 581-42 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Règlements des incidents de compétence. Incompétence internationale des juridictions françaises*, n° 34, mais *contra*, considérant que ces textes ne devraient pas être applicables dans l'ordre international, H. Gaudemet-Tallon, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Compétence internationale : matière civile et commerciale*, n° 199.

<sup>2500</sup> V. sur ce hypothèses, *supra*, n° 423 et s.

**683.** L'absence de pouvoir juridictionnel des tribunaux français résulterait alors du respect dû à la compétence exclusive étrangère, considérée comme la manifestation du « pouvoir général de statuer qui, découlant de la souveraineté étatique, a été conféré par l'État à ses tribunaux »<sup>2501</sup>. Ce pouvoir de juridiction a trait à la question de savoir si *l'intervention judiciaire* est possible, et « se place à la charnière des règles de fond, qui vont conditionner son étendue, et des règles de compétence et de procédure qui ont pour objet d'en assurer la mise en œuvre »<sup>2502</sup>. La reconnaissance de ce pouvoir de l'ordre juridique étranger justifierait ainsi la reconnaissance, dans le for, d'un véritable « principe d'abstention » l'empêchant radicalement de connaître de l'affaire et l'obligeant à relever d'office son incompétence<sup>2503</sup>.

Ph. Théry envisage sous cet angle, en effet, l'abstention à laquelle consentirait une juridiction étatique pour la résolution du contentieux relatif au fonctionnement des services publics étrangers<sup>2504</sup> et exclut dans ce cadre toute notion d'incompétence. L'auteur associe ainsi directement les compétences exclusives édictées au pouvoir de juridiction<sup>2505</sup> et en déduit l'abstention automatique et globale de toute juridiction étrangère.

**684.** Retenant une solution moins extrême, susceptible d'être plus facilement admise vis-à-vis des compétences juridictionnelles exclusives *ponctuelles*, fondées sur la mise en cause de vraies lois de police, E. Pataut envisage l'existence d'une « zone intermédiaire » située entre pouvoir de juridiction et règles de compétence juridictionnelle, dans laquelle seraient placées les compétences mettant en cause un intérêt étatique. L'auteur déclare que « si l'on considère que des considérations tenant à un “*principe de souveraineté*”, à l'existence d'un “pouvoir physique”, ou “d'un lien d'allégeance” peuvent fonder une compétence des tribunaux, on est nécessairement conduit à se demander si, entre pouvoir de juridiction et compétence purement juridictionnelle ne pourrait être découverte l'existence d'une zone intermédiaire, une zone qui inciterait à découvrir derrière une simple règle de compétence juridictionnelle l'affirmation d'un véritable pouvoir étatique »<sup>2506</sup>.

---

<sup>2501</sup> H. Bauer, *thèse préc.*, n° 6, p. 4, citant B. G. H., 24 septembre 1957 (J. Z. 1958, 241, note Steindorf, B. B. 1957, 1120, M. D. R. 1958, 154, note Braga, N. J. W. 1958, 17), et sur la différence du pouvoir de juridiction et de la compétence juridictionnelle en droit français et allemand, n° 6-7, p. 3-7. Cette distinction semble d'ailleurs avoir été dégagée pour la première fois par cet auteur. V. également, E. Pataut, *thèse préc.*, n° 5, p. 4 et pour une étude d'ensemble, Ph. Théry, *thèse préc.*

<sup>2502</sup> Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 83, p. 88.

<sup>2503</sup> V. sur la distinction de l'incompétence et de « l'abstention », Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 230 et s., p. 208 et s., et rattachant l'abstention à la mise en cause de la souveraineté étatique étrangère, n° 243 et s., p. 221 et s.

<sup>2504</sup> V. Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 171 et s., p. 159 et s.

<sup>2505</sup> Il en est ainsi, not., de la compétence reconnue au tribunal du lieu de dépôt ou d'enregistrement pour les litiges en matière de validité des brevets, dessins et modèles ou encore de la compétence reconnue au tribunal du lieu d'exécution pour le contentieux relatif aux mesures d'exécution forcée. Ph. Théry, *thèse préc.*, n° 173, p. 161 et n° 175, p. 162.

<sup>2506</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 8, p. 5.

Or, énumérant des cas dans lesquels cette « zone intermédiaire » pourrait être découverte, l'auteur prend l'exemple des compétences exclusives, pour lesquelles il considère qu'on serait « à la charnière du pouvoir de juridiction », et que l'implication de l'État devrait conduire à refuser de reconnaître à tout autre État le pouvoir de s'immiscer dans la solution à donner au litige<sup>2507</sup>.

**685.** Sans pouvoir être directement déduit d'un véritable *principe d'abstention* fondé sur la mise en cause de la souveraineté étrangère, le caractère obligatoire de la mise en œuvre du procédé de coordination semblerait à notre sens, néanmoins, pouvoir trouver ses fondements, au nom de la coopération interétatique, dans la prise en compte de l'importance attachée par l'ordre juridique étranger au respect des impérativités mises en cause, révélée en l'espèce explicitement par la revendication de la compétence exclusive de ses tribunaux.

Sans limiter ses effets aux seules hypothèses dans lesquelles la souveraineté étatique apparaîtrait *directement* mise en cause sur le plan de la compétence juridictionnelle, une telle conception pourrait fonder, de manière transversale, la prise en considération obligatoire de toutes les compétences exclusives étrangères, ponctuellement fondées sur l'implication de l'ordre juridique concerné. Cette solution apparaît d'ailleurs consacrée, dans le cadre européen, par le biais des règles de compétences juridictionnelles exclusives bilatérales établies, et l'obligation faite au juge étranger saisi de relever d'office son incompétence pour en tenir compte<sup>2508</sup>. Le rattachement de ces chefs de compétence à la souveraineté étatique apparaît inégalement consacré et ne semble parfois fondé que sur l'implication des intérêts étatiques sur le plan substantiel<sup>2509</sup>.

**686.** Face à l'incertitude et aux difficultés qu'est susceptible de susciter la reconnaissance d'une possibilité d'assurer une mise en œuvre obligatoire du mécanisme de coordination, une rigueur quant à *l'identification* et à la *détermination* des impérativités étrangères et une restriction des hypothèses dans lesquelles leur prise en compte serait envisagée pourraient conduire à un résultat plus satisfaisant, susceptible d'inciter plus largement les autorités juridictionnelles à prendre en considération les impérativités étrangères même en l'absence d'obligation explicitement consacrée en ce sens.

---

<sup>2507</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 10, p. 6.

<sup>2508</sup> V. art. 27 du règlement Bruxelles I bis (art. 25 règl. B I).

<sup>2509</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 423 et s.

## **II- Identification de l'ordre juridique prépondérant**

**687.** La question de l'identification de l'ordre juridique dont le for reconnaîtrait la vocation prépondérante à faire valoir ses solutions dans une hypothèse considérée revêt une importance fondamentale.

Elle met à la fois en cause la problématique de la *détection* d'une telle revendication depuis le for et celle de l'admission effective de sa supériorité de la part de celui-ci. Elle apparaît ainsi comme une condition de la mise en œuvre de la coordination des systèmes et comme le fondement de sa réalisation concrète. Dès lors qu'elle dépend de la manière dont le for *perçoit* les solutions consacrées dans l'ordre juridique étranger, elle met conjointement en cause les conceptions retenues par chacun des deux ordres juridiques concernés. Sous cet angle, il convient de préciser la méthode par laquelle l'ordre juridique étranger prépondérant pourrait être identifié dans l'ordre juridique du for (A), et de dégager des directives susceptibles d'être opérantes pour fonder cette identification (B).

### **A) Méthode de l'identification**

**688.** L'identification de l'ordre juridique étranger prépondérant devrait nécessairement reposer à la fois sur la détermination de directives abstraitement définies et fixées dans des normes d'origine légale ou jurisprudentielle appartenant au système juridique du for (1) et une appréciation réalisée par cette autorité au cas concret (2). Dès lors que l'importance conférée à chacune de ces composantes de l'identification est susceptible de varier assez largement, il conviendra de déterminer la nature de leurs rapports et le rôle qui pourrait leur être respectivement confié dans la réalisation de la coordination (3).

#### **1- Prédétermination de l'ordre juridique étranger prépondérant**

**689.** La possibilité, pour l'autorité juridictionnelle saisie, de pouvoir trouver, dans le système juridique auquel elle se réfère, des éléments susceptibles de la guider dans l'identification des impérativités étrangères dont elle pourrait ou devrait tenir compte, apparaît comme une condition *sine qua non* de l'efficacité du mécanisme de coordination envisagé, quelle que soit sa nature<sup>2510</sup>. Elle apparaît nécessaire pour encadrer l'autorité saisie dans la réalisation de sa coordination avec le for étranger en lui indiquant les hypothèses dans

---

<sup>2510</sup> V. sur cette différence, *infra*, n° 644 et s.

lesquelles elle peut ou doit être réalisée et assurer le caractère satisfaisant de la solution consacrée.

Elle devrait être effectuée grâce à des *directives* élaborées à destination de l'autorité saisie, prenant la forme de dispositions légales explicites rigoureusement établies et suffisamment précises, pour limiter l'impact de son appréciation subjective sur le respect effectif des lois de police étrangères. En dehors des hypothèses où la désignation du for étranger prépondérant reposerait directement sur le critère de rattachement retenu dans les règles par principe applicables dans le for<sup>2511</sup>, l'identification de ces impérativités étrangères *respectables* ou à *respecter* devrait reposer sur la formulation de directives *spécifiques*, adaptées à la nature des intérêts mis en cause et au caractère unilatéral de la revendication de compétence étrangère.

**690.** De telles directives prendraient ainsi concrètement la forme *d'indices objectifs*, venant conditionner la prise en compte des impérativités étrangères au regard de leur *acceptabilité* théorique. Elles fixeraient des *points d'appuis* pour fonder l'analyse de l'opportunité concrète qu'il y aurait de les respecter.

L'identification *abstraite* des impérativités étrangères réaliserait, sous cet angle, un premier *tri objectif* des revendications de compétence *respectables*, dont la prise en compte effective apparaîtrait au moins théoriquement *envisageable*. Une telle présélection permettrait de fonder le principe d'une *mise en œuvre imposée* du procédé de coordination, dès lors qu'elle éviterait de laisser l'autorité juridictionnelle *sans repère* face à une pluralité d'ordres juridiques potentiellement impliqués dans la résolution du litige, et dont elle ne pourrait analyser tous les points de vue. Elle conduirait à désigner, même dans le cadre d'un système de prise en compte *facultative* des impérativités étrangères, celles que l'autorité saisie *devrait* au moins envisager de respecter et dont elle ne pourrait totalement se désintéresser.

**691.** Dès lors qu'elle serait possible, cette présélection pourrait ne pas seulement reposer sur la formulation d'un ou de plusieurs critères vagues *d'identification* des impérativités étrangères *acceptables*, devant faire l'objet d'une appréciation de la part de l'autorité saisie. Elle pourrait prendre la forme d'une désignation *explicite*, unique ou multiple, d'impérativités déterminées, grâce à l'élaboration de critères de rattachement géographiques et fonctionnels

---

<sup>2511</sup> Ces hypothèses correspondraient à celles, précédemment envisagées, où la prise en compte de la compétence de l'ordre juridique étranger serait directement intégrée dans la règle de conflit de lois ou de juridiction applicable dans le for, telle qu'elle résulte de la mise en œuvre de certaines règles consacrées au niveau européen ou découle de la mise en œuvre de la théorie de *l'effet réflexe*.



précis. L'autorité saisie serait alors directement orientée dans la recherche des impérativités dont elle pourrait ou devrait tenir compte sans devoir elle-même les identifier.

L'article 9.3 du règlement Rome I a d'ailleurs consacré, dans le cadre européen, le passage d'un mode de présélection à l'autre, pour la mise en œuvre des lois de police étrangères. Il a permis de substituer une *délimitation explicite* des impérativités *respectables* au critère unique et *transversal* du *lien étroit*, retenu par la convention de Rome. En limitant la prise en compte des lois de police à celles « 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 du contrat illégale », en effet, il ne vient plus seulement poser la condition de l'existence *d'un* lien entre l'ordre juridique étranger et la situation juridique en laissant l'autorité identifier les lois de police qui répondent à ce critère. Il fixe *également* la *nature* du lien devant être établi et le *rôle* que devraient avoir les lois de police étrangères, dans l'hypothèse considérée, pour être prises en compte, et oriente directement l'autorité saisie quant à leur identification.

**692.** Une telle prédétermination, néanmoins, présente nécessairement des difficultés assez importantes en raison à la fois du caractère unilatéral de la compétence étrangère revendiquée et du particularisme des intérêts qui fondent son existence.

Dès lors que la mise à l'écart du point de vue du for n'apparaît justifiée que du fait de l'existence *réelle* de la revendication de compétence unilatérale de l'ordre juridique étranger, la détermination des hypothèses dans lesquelles elle devrait être réalisée ne peut être fondée qu'en considération du point de vue juridictionnel ou législatif *concret* de celui-ci, c'est-à-dire celui que retiendraient ses autorités juridictionnelles si elles étaient directement saisies. Or, établie au stade de l'élaboration de la règle qui fonde la mise en œuvre du procédé de coordination, la présélection des impérativités respectables impose une prise en compte du *point de vue concret encore virtuel* des ordres juridiques étrangers dont les juridictions n'auront, en principe<sup>2512</sup>, pas encore statué. Cette sélection doit être réalisée à un moment où le contentieux, lui-même, n'est pas encore concrétisé. Elle implique alors à la fois une déduction anticipée de la solution *future* que retiendrait le juge étranger s'il était lui-même saisi, et une estimation de la configuration internationale potentielle du contentieux.

Elle devrait pourtant être réalisée avec une rigueur particulière dans le cadre d'un système de prise en compte obligatoire, dans la mesure où elle cristalliserait *par principe une solution définitive*. Elle devrait alors désigner les hypothèses de compétence étrangères qui

---

<sup>2512</sup> Il pourra en être autrement, en revanche, dans l'hypothèse d'un conflit de procédures.

auraient effectivement des chances importantes de pouvoir être respectées et impliquerait que « la situation laisse fortement présumer qu'il existe une loi de police étrangère ayant un intérêt à s'appliquer »<sup>2513</sup>.

De telles considérations expliquent, corrélativement, l'utilité et l'importance de l'appréciation concrète réalisée par l'autorité saisie.

## 2- Appréciation concrète de la prépondérance de l'ordre juridique étranger

**693.** L'appréciation, portée par l'autorité saisie sur les impérativités étrangères, devrait permettre de déterminer, dans l'hypothèse considérée, si la prise en compte des impérativités étrangères apparaît justifiée. Elle permettrait de fonder une application concrète des critères d'identification des impérativités étrangères respectables et de vérifier la réalisation effective des suppositions ou présomptions formulées au stade de l'élaboration abstraite par l'auteur de la norme fondant la coordination des systèmes. Elle serait ainsi réalisée, au stade de la *résolution du contentieux*, lorsque l'autorité saisie s'interroge sur sa compétence juridictionnelle ou la loi applicable, au regard de la configuration concrète du litige et des différents intérêts mis en cause dans l'espèce considérée.

En pratique, elle permettrait à celle-ci d'apprécier l'acceptabilité du contenu normatif de la disposition au regard des valeurs du for ou qui sont généralement admises au plan international. Elle permettrait également de déterminer le caractère justifié de la revendication de compétence étrangère qui en découle, et, par ailleurs, d'évaluer la prépondérance effective de l'ordre juridique étranger par rapport au for. Ce faisant, elle fonderait une analyse de l'autorité saisie sur le point de vue concret de l'ordre juridique étranger, pour déterminer la possibilité et les conséquences de sa *réception* dans l'ordre juridique du for. Elle s'impose absolument compte tenu des difficultés et des incertitudes qu'induit nécessairement la détermination de ce point de vue au stade précontentieux.

**694.** Elle apparaît nécessaire, en premier lieu, pour préciser les solutions abstraitement consacrées au stade de la prédétermination, du fait de la généralité qui devrait nécessairement être retenue dans ce cadre. Les critères retenus devraient nécessairement être suffisamment généraux pour englober la plus grande partie des hypothèses dans lesquelles les ordres juridiques étrangers seraient susceptibles de revendiquer leur compétence, du fait de la mise en cause de leurs intérêts étatiques. Ces solutions devraient dès lors nécessairement être

---

<sup>2513</sup> P. Mayer, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police*, n° 52. L'auteur considère qu'il pourrait en être ainsi, « en présence d'un accord manifestement anticoncurrentiel destiné à s'exécuter dans un pays étranger ».

vérifiées pour éviter de conduire à un effacement injustifié du for, qui, alors qu'il aurait été prévu, ne serait pas nécessaire au cas concret. Elle s'impose, sous cet angle, au nom du caractère dérogoire du procédé de coordination et du caractère exceptionnel que devrait revêtir la mise en retrait de son point de vue par le for.

Sous ce rapport, elle s'impose également pour réaliser un *correctif* des solutions éventuellement inopportunes, auxquelles pourraient conduire, au cas concret, la mise en œuvre automatique des directives abstraitement définies. Il serait toujours possible que des lois de police poursuivant *théoriquement* un but légitime et digne de protection soient d'application finalement inopportune dans l'hypothèse considérée.

Il pourrait en être ainsi, en particulier, s'agissant du respect de la compétence juridictionnelle étrangère corrélée à l'applicabilité des lois de police, dès lors que des considérations d'ordre procédural pourraient venir, au cas d'espèce, rendre le transfert du litige devant les juridictions étrangères incompatible avec le respect des intérêts des parties.

**695.** La nécessité de maintenir une telle appréciation concrète s'impose, au demeurant, également en sens inverse, même dans le cadre d'un mécanisme de prise en compte obligatoire, pour rendre possible ou faciliter la mise en place de directives d'identification opérantes. Il existe nécessairement une dépendance entre, d'une part, la précision nécessaire et le caractère parfaitement adapté du critère d'identification des impérativités étrangères à respecter qui serait formulé et, d'autre part, la marge de manœuvre laissée à l'autorité saisie au stade de la mise en œuvre effective du processus de coordination.

En permettant une *concrétisation* des directives préétablies, elle dispense en effet, au stade de l'élaboration de la norme, de rechercher à consacrer des solutions absolument conformes à la réalité concrète et susceptibles d'être, à coup sûr, opportunes. Ce faisant, elle autorise un assouplissement des exigences et de la rigueur qui devraient être retenues à ce stade, et permet la formulation d'hypothèses multiples, que le for peut par la suite départager.

**696.** Dans le cadre d'un mécanisme de prise en compte obligatoire, son inexistence imposerait en effet de restreindre la désignation des impérativités à respecter aux hypothèses où la certitude de l'existence d'une revendication de compétence et l'opportunité de la respecter pourraient être établies dans l'abstrait, et sans difficulté *depuis l'extérieur*. La teneur du point de vue concret de l'ordre juridique étranger devrait pouvoir être anticipée et

présumée indépendamment des circonstances particulières du contentieux qui viendrait à émerger.

Or, à cet égard, la prédétermination des impérativités risquerait en définitive de n'apparaître possible que vis-à-vis de certaines hypothèses, dont la mise en cause serait à la fois *évidente et unanimement admise*, et ne pourrait être réalisée que dans les hypothèses de conflits de systèmes les plus évidentes en laissant sans solution une majorité d'entre eux, dont la configuration et l'émergence n'apparaissent pas absolument prévisibles. Elle devrait en pratique être limitée aux hypothèses d'intervention massive de lois de police, dans lesquelles la souveraineté étatique apparaîtrait également directement mise en cause, ou celles de mise en cause de lois de police protectrices, dont l'intervention est généralement unanimement admise et respectée en droit positif.

La reconnaissance de cette marge de manœuvre apparaît également nécessaire pour assurer au for qu'il conserve au moins, dans le contentieux, une certaine maîtrise sur « l'application » des impérativités étrangères, et le rassurer quant à la mise en œuvre de la coordination.

Dans ce cadre, le rôle de cette appréciation est néanmoins susceptible de revêtir une importance plus ou moins fondamentale selon le type de méthode de coordination utilisé.

### 3- Rapports des deux composantes de l'identification

**697.** L'importance respectivement conférée à la prédétermination des impérativités *respectables* et de l'appréciation concrète réalisée par l'autorité saisie, dans la mise en œuvre du procédé de coordination des systèmes, est susceptible de varier assez largement en fonction du type de méthode qui serait consacrée. Dès lors, en effet, que le caractère obligatoire ou facultatif du mécanisme dépend de la marge de manœuvre laissée à l'autorité saisie quant au prononcé de son effacement, il conduit à conférer un rôle plus ou moins déterminant aux prescriptions légales préétablies dans le système juridique du for, et une importance inversement proportionnelle à l'analyse réalisée par le for.

Le choix d'avoir recours à tel ou tel type de mécanisme cristallise ainsi une variation *des rapports* établis entre l'importance pratique des prescriptions légales et celle conférée en parallèle à l'appréciation réalisée concrètement par l'autorité juridictionnelle saisie.

**698.** Dans ce cadre, la consécration d'un mécanisme de prise en compte facultative de la compétence revendiquée à l'étranger devrait conduire à conférer à cette prédétermination des

impérativités *respectables* le caractère d'une simple *indication* pour l'autorité juridictionnelle, qui serait toujours libre de contribuer effectivement à leur protection. Elle fonderait une délimitation des impérativités dont la prise en compte apparaîtrait *possible et opportune*, mais l'appréciation concrète réalisée par l'autorité occuperait une place déterminante dans la réalisation de la coordination. Elle serait d'exercice obligatoire, avant chaque décision de prendre en compte la compétence étrangère<sup>2514</sup>, et permettrait directement de justifier le respect de la compétence étrangère malgré son caractère facultatif.

**699.** Dans l'hypothèse où la mise en œuvre du procédé de coordination serait idéalement *obligatoire*, elle apparaîtrait alors comme une présélection des hypothèses de revendication de compétence étrangère *généralement formulées et théoriquement légitimes*, que le for ne pourrait ignorer mais devrait envisager de respecter. Celui-ci devrait s'interroger sur leur mise en cause, mais apprécierait librement leur caractère légitime et respectable au cas concret, au regard des critères d'identification formulés.

La marge de manœuvre laissée à l'autorité juridictionnelle saisie dispenserait ainsi d'obtenir la certitude de l'opportunité de leur respect dans l'ordre juridique du for, et pourrait conduire à mentionner des hypothèses multiples de prépondérance étrangère potentielle. La présélection réalisée devrait néanmoins rester limitée à la désignation d'impérativités dont la mise en cause serait *fortement probable*, pour maintenir la tâche de l'autorité qui les analyserait dans des limites raisonnables.

**700.** Lorsque la prise en compte des impérativités étrangères serait en revanche, par principe, *obligatoire*, et ne pourrait être qu'exceptionnellement écartée par l'autorité saisie, la prédétermination des impérativités devrait permettre de désigner les impérativités que l'autorité juridictionnelle saisie *devrait par principe respecter*. Sous cet angle *positif*, la présélection des impérativités réalisée prendrait alors une forme non plus *sélective* mais *directive*, et fonderait la base d'une véritable *présomption de prépondérance* d'un ordre juridique étranger par rapport au for. Le for se verrait par principe imposer de les respecter, parce que leur *légitimité* et l'opportunité de les prendre en compte seraient présumées, et il ne pourrait refuser d'y consentir que grâce à la preuve apportée d'une absence de réalisation de cette présomption au cas concret.

Dans un tel cadre, la prédétermination abstraite des impérativités *à respecter* revêtirait alors un rôle fondamental, dès lors qu'elle fonderait *a priori* directement la solution finale qui

---

<sup>2514</sup> V. s'agissant de la prise en compte des lois de police étrangères, L. d'Avout, *art préc.*, p. 107.

devrait être retenue dans le for, quant au respect de la compétence étrangère. L'appréciation de l'autorité saisie serait, en revanche, limitée à un rôle secondaire. Elle ne permettrait que de procéder à une *vérification* de la compatibilité des prescriptions légales ou jurisprudentielles préexistantes avec la réalité concrète et n'instituerait un assouplissement que sur le plan de l'*applicabilité* de la solution établie. Elle n'interviendrait ainsi que comme un « frein d'urgence »<sup>2515</sup> à la prise en compte des impérativités étrangères, en permettant de justifier exceptionnellement la levée de la présomption d'applicabilité établie<sup>2516</sup>, et de fonder sa décision motivée de ne pas respecter la compétence étrangère.

**701.** Dans ces deux cas, le rôle de la prédétermination abstraite réalisée dans le for pourrait encore varier assez largement selon qu'elle fixerait de manière exhaustive ou non les impérativités étrangères pouvant ou devant être respectées. Il semble, en effet, tout à fait envisageable que celle-ci n'apparaisse que comme une *présélection minimale* ou un *noyau dur* d'impérativités qui ne pourraient être ignorées, et laisse à l'autorité juridictionnelle saisie la possibilité de prendre en compte *également* les impérativités non désignées d'ordres juridiques étrangers. Plutôt qu'un repli immédiat vers la mise en œuvre des solutions consacrées dans le for, en l'absence de prise en compte des impérativités désignées, un tel système conduirait alors à ce que l'autorité juridictionnelle saisie puisse admettre de prendre en compte, de manière *subsidaire*, le point de vue d'autres ordres juridiques étrangers, dans la mesure où elle lui apparaîtrait opportune au cas concret. La présélection réalisée consacrerait alors une liste des impérativités étatiques étrangères devant, *au minimum*, être considérées depuis le for, mais serait complétée par un autre mécanisme, purement facultatif, de coordination des systèmes.

**702.** La consécration d'une telle solution a pu être envisagée dans la mise en œuvre de l'article 9.3 du règlement Rome I. Alors, en effet, que l'article 7.1 de la convention conférerait au juge du for la possibilité de mettre en œuvre les lois de police étrangères, sous condition de leur *acceptabilité*, déduite des liens étroits de l'ordre juridique étranger avec la situation juridique, la formulation retenue par le règlement inverse l'approche retenue en délimitant les impérativités dont la prise en compte apparaîtrait possible.

---

<sup>2515</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 119.

<sup>2516</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 120.

À cet égard, la question a pu être posée de savoir si la formulation de l'article serait exhaustive et limiterait une telle possibilité à celles restrictivement énumérées dans l'article, ou si elle laisserait ouverte la possibilité d'une prise en compte des lois de police étrangères n'appartenant pas à l'ordre juridique dans lequel le contrat serait exécuté et ne rendant pas l'exécution du contrat illégale. Le système consacré serait alors soit celui d'un *principe d'inapplicabilité des lois de police étrangères sous réserve des conditions posées*, conduisant à considérer par principe la prise en compte interdite sauf si elle est expressément prévue<sup>2517</sup>, soit celui, inverse, d'un *principe d'applicabilité des lois de police*, ayant une force obligatoire variable, selon qu'elles seraient expressément désignées ou non. Cette seconde solution paraissait, jusqu'à récemment, envisageable<sup>2518</sup>, en l'absence d'indication explicite venant préciser que le juge du for ne pouvait déroger à l'application de la disposition désignée par la règle de conflit de lois *que si* la loi de police remplissait les conditions énumérées par ce texte<sup>2519</sup>.

Elle semble, néanmoins, avoir été partiellement écartée par la Cour de justice, dans le cadre de la résolution d'un litige survenu à propos de l'exécution d'un contrat de travail en Allemagne, et mettant en cause un salarié grec travaillant dans une école élémentaire gérée par la République hellénique<sup>2520</sup>. La question se posait en l'espèce de savoir si l'application d'une loi de police grecque revendiquant de s'appliquer à tous les employés des services publics grecs, quel que soit le lieu d'exécution du travail, était possible ou obligatoire pour les juges allemands, alors qu'elle ne répondait pas aux conditions prévues par l'article 9.3 du règlement. La Cour fédérale allemande demanda à la Cour de justice si cet article devait être interprété restrictivement, comme interdisant la mise en œuvre directe ou indirecte de lois de police d'autres États membres en vertu du droit applicable au contrat, et si l'obligation de coopération loyale posée par l'article 4§3 du TUE pourrait lui imposer de s'y soumettre, sous l'angle d'une obligation de soutien due à l'État grec quant à la poursuite de ses engagements internationaux à l'origine de ces dispositions.

---

<sup>2517</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 107.

<sup>2518</sup> Elle paraissait, néanmoins, incompatible avec celle qui résulterait d'une transposition de la solution retenue en Angleterre, et dont a été inspirée celle consacrée dans le règlement. V. sur cette solution anglaise, not., *Ralli Bros V. Compania Niviera Sota y Aznar* [1920] 2 K.B. 287, CA ; *Regazzoni v. KC Sethia* (1944) Ltd [1958] AC 301, Clunet 1961, p. 1141, et sur les incohérences de la solution retenue dans cet arrêt, not. P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s., n° 66.

<sup>2519</sup> V. en ce sens, not. P. de Vareilles-Sommières, *art. préc.*, n° 65 et s., et plutôt favorables à une telle solution, S. Francq S. et F. Jault-Seseke, « 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 la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 357 et s., spéc., p. 391.

<sup>2520</sup> V. CJUE, 18 octobre 2016, Aff. C-135/15, *Republik Griechenland c/ Grigorios Nikiforidis* : JurisData n° 2016-021191, JCP G, n° 43-44, 24 octobre 2016, p. 1150, obs. D. Berlin, et V. également, concl. av. gén. Szpunar du 20 avril 2016, disponibles sur le site *europa*.

La Cour répondit, au nom du respect de l'objectif de prévisibilité des solutions et de sécurité juridique, du caractère exceptionnel que devrait revêtir le recours au mécanisme des lois de police, et de l'objectif visant à assurer le respect des dispositions protectrices des travailleurs<sup>2521</sup> poursuivis par le règlement, que l'énumération de l'article 9.3 était exhaustive et empêchait de faire application, en tant que règles juridiques, des lois de police autres que celles énumérées<sup>2522</sup>. Les juges étatiques devraient, dès lors, se limiter à faire application des lois de police désignées et ne pourraient faire application d'autres dispositions<sup>2523</sup>.

En revanche, elle reconnaît la possibilité de *prendre en considération* ces dispositions, en tant qu'éléments de faits, dans la mesure où une règle matérielle du droit applicable au contrat le prévoirait<sup>2524</sup>, et interprète le principe de coopération loyale en ce sens.

## **B) Fondements de l'identification**

**703.** Dans chacune des étapes nécessaires à la réalisation de l'identification de l'ordre juridique prépondérant, il convient de dégager des directives susceptibles d'apparaître opérantes et de conduire à une solution *satisfaisante* quant au respect des lois de police étrangères. Celles-ci, établies à titre prospectif, devraient néanmoins pouvoir puiser certaines caractéristiques dans les solutions consacrées en droit positif. Il convient, sous cet angle, de formuler des propositions pour l'identification abstraite des impérativités étrangères respectables ou à respecter (1), et pour l'appréciation concrète de la prépondérance étrangère (2).

### **1- Directives d'identification abstraite**

**704.** La détermination de fondements adéquats pour réaliser l'identification abstraite des impérativités étrangères dont la prise en compte pourrait ou devrait être envisagée devant l'autorité saisie doit être envisagée à la fois sous l'angle de la présélection explicite qui pourrait être effectuée (a) et de l'élaboration de critères autonomes susceptibles de fonder l'appréciation de l'autorité saisie sur l'opportunité de les prendre en compte (b).

---

<sup>2521</sup> V. points 43 à 48 de l'arrêt.

<sup>2522</sup> V. point 49.

<sup>2523</sup> C'est une telle interprétation restrictive qui était d'ailleurs déjà retenue par les juges français. V. en ce sens, not. CA Paris, 25 février 2015, n° 12/23757, Dalloz 2015, p. 1260, note M. Winkler et A. Lacombe ; p. 2031, obs. L. d'Avout ; Dalloz 2016, p. 1046, obs. H. Gaudemet-Tallon, où la Cour d'appel de Paris a appliqué à la lettre l'article 9.3 et constaté que n'avaient vocation à jouer en France que les lois de police françaises, ou les lois de police étrangères iraniennes du lieu d'exécution. Elle refusa ainsi, au contraire, de tenir compte de la loi de police américaine qui n'était ni la loi du for, ni la loi du lieu d'exécution.

<sup>2524</sup> V. point 52.





#### a) Fondements d'une présélection des impérativités

**705.** En l'absence de critère de référence absolue, susceptible de déterminer, *dans l'abstrait*, un ordre juridique devant être considéré comme *prépondérant*, ou de fonder une hiérarchisation des ordres juridiques quant à leur vocation à faire valoir leur point de vue concret pour le traitement d'une situation donnée, l'identification des impérativités étrangères *respectables* pourrait s'appuyer sur une prise en compte des solutions *préexistantes* et par principe admises dans l'ordre juridique du for.

Elle serait ainsi susceptible de pouvoir fonder, devant l'autorité juridictionnelle saisie, une sorte de *présélection objective* d'hypothèses dans lesquelles l'existence d'une revendication de compétence étatique fondée sur la mise en cause des lois de police pourrait être supposée et *par principe* considérée comme légitime. Elle pourrait permettre d'établir un premier *filtre* d'impérativités respectables, et fonder la base d'une *présomption* en faveur de la *possibilité* de prendre en compte certaines impérativités étrangères présentant un certain rattachement avec la situation juridique, du fait de la préexistence d'une telle solution en droit positif.

**706.** En dehors des solutions que l'ordre juridique du for retient lui-même pour le respect de ses propres lois de police, une telle présomption pourrait être fondée sur une analyse de droit comparé. Elle serait alors déduite de l'existence d'une unanimité ou d'une tendance très large des ordres juridiques nationaux présentant toujours un même rattachement identique avec la situation juridique à revendiquer leur compétence unilatérale pour assurer le respect de certaines dispositions de droit substantiel dans certaines hypothèses particulières. Le présumé de leur *légitimité* et de leur mise en cause serait alors fondé sur la redondance d'une solution consacrée en droit comparé, qui révélerait une adhésion et une reconnaissance implicite du caractère *respectable* des impérativités mises en cause.

Un tel référentiel apparaîtrait, devant l'arbitre, comme le seul envisageable, en raison du détachement de celui-ci de tout ordre juridique et de l'impossibilité devant laquelle il se trouve de puiser dans un système juridique étatique déterminé, un fondement *suffisant* pour déduire les solutions *acceptables*.

Une telle prise en compte des solutions généralement admises en droit comparé pourrait, au-delà, également être réalisée pour consacrer des solutions au niveau international. Elle apparaît particulièrement favorisée en droit européen, du fait du rapprochement des législations auquel il conduit, et de l'existence d'un cadre institutionnalisé, qui permet de

consacrer des solutions uniformes et applicables dans tous les États membres. Ce cadre permet, en effet, de faire une analyse comparative des différentes conceptions étatiques et d'en faire la synthèse, pour déterminer l'*origine probable* des revendications de compétence qui pourraient être formulées dans l'hypothèse considérée et l'objectif qui est généralement poursuivi à travers cette revendication.

**707.** C'est une telle convergence des solutions retenues par les États membres, et la certitude qu'elle a pu faire naître quant à la reconnaissance du caractère légitime et raisonnable d'une compétence législative unilatérale, qui ont pu fonder, dans ce cadre, l'intégration directe de certaines impérativités dans des règles de compétence uniformes, et dispenser ainsi du recours à un mécanisme dérogatoire de coordination des systèmes pour en assurer le respect. La solution est consacrée, dans le cadre européen, à travers les règles de conflit de lois spécifiques retenues pour les contrats mettant en cause des parties faibles, qui *bilatéralisent* et *crystallisent* les lois de police applicables, et certaines règles de conflit de lois *adaptées*<sup>2525</sup>.

Elle peut également être découverte dans les règles de compétence exclusive consacrées, qui apparaissent fondées, comme nous l'avons vu, sur la mise en cause des lois de police de l'ordre juridique dont les tribunaux sont désignés. Le rattachement retenu à travers ces règles adaptées apparaît alors fondé sur la présomption, en l'espèce *irréfragable*, du caractère légitime et respectable des impérativités de l'ordre juridique désigné, dont l'application ne peut être écartée que dans l'hypothèse où elle apparaîtrait contraire à l'ordre public du for.

Cette idée a également été retenue en droit français, par les auteurs favorables à l'édition de *règles de conflit de lois spéciales*, fondées sur des rattachements bilatéraux, inspirés de ceux utilisés pour l'application des lois de police du for. L'intégration des impérativités étrangères dans les règles de compétence normalement applicables et non dérogatoires est généralement justifiée parce qu'elle éviterait les interrogations et les difficultés suscitées par l'identification et la détermination des lois de police étrangères applicables et permettrait d'assurer leur respect effectif<sup>2526</sup>. Elle reposerait sur une exportation du point de vue du for, par présomption de l'identité probable des conceptions étrangères.

C'est sur cette solution que repose, comme on l'a vu, la théorie de l'*effet réflexe*, telle qu'elle apparaît envisagée et implicitement consacrée en droit positif, en l'absence de

---

<sup>2525</sup> V. sur celles-ci, *supra*, n° 302 et s.

<sup>2526</sup> V. not. A. Toubiana, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, 1972, Dalloz, n° 286 et s. ; F. Déby-Gérard, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, 1973, Dalloz, n° 35 et s.

mécanisme de coordination fondant la possibilité ou l'obligation de tenir compte des compétences juridictionnelles exclusives étrangères. Le respect de ces compétences est envisagé à l'aune des solutions que l'ordre juridique du for retient pour ses propres tribunaux et conduit à une *bilatéralisation implicite* de ses règles de compétence juridictionnelle.

**708.** Elle devrait d'ailleurs pouvoir être établie, de manière générale, pour la prise en compte des lois de police étrangères, même en l'absence de consécration explicite d'une telle solution, du fait de la tendance spontanée des juridictions à se référer aux solutions qu'il connaît et consacre pour lui-même. Celles-ci apparaissent en effet comme le seul *point de référence* réellement fixé et connu, à sa disposition, pour procéder, dans l'abstrait, à une sélection des revendications de compétences étrangères respectables.

Elle pourrait apparaître opportune, à certaines conditions, en particulier dans les hypothèses où la mise en cause des intérêts du for le conduirait à revendiquer sa *compétence globale* exclusive. Elle pourrait ainsi fonder un principe de *prise en compte obligatoire* des impérativités étrangères, au regard de l'importance fondamentale qu'il attache lui-même au respect de ses conceptions dans l'hypothèse considérée. Les solutions du for constitueraient ainsi le fondement d'une présélection abstraite des hypothèses de compétence étrangères *respectables*, en considération de la possibilité de présumer de leur caractère légitime et raisonnable.

**709.** Une telle solution a également pu être proposée s'agissant de la prise en compte de la compétence exclusive des États tiers à l'Union européenne, sur le fondement des règles de compétence consacrées dans le règlement. L'absence de précision apportée sur ce point<sup>2527</sup> a maintenu pendant longtemps la question de savoir s'il était possible de tenir compte de la compétence juridictionnelle exclusive de ces ordres juridiques, et quelles devraient être les règles prises en référence pour *détecter* puis *apprécier* ces hypothèses de revendications de compétence<sup>2528</sup>. Il est aujourd'hui généralement admis<sup>2529</sup> que les cas dans lesquels le juge

---

<sup>2527</sup> À cet égard, le règlement Bruxelles I bis n'apporte aucune solution générale au problème, mais s'est contenté de reconnaître l'*effet réflexe* des règles relatives à la résolution des conflits de procédures (V. art. 33 et 34). La Cour de justice, également, ne s'est pas directement prononcée sur la question. V. cependant, sous l'angle de la mise en œuvre de la doctrine du *forum non conveniens*, CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, Aff. C-281/02, *Owusu c/ Jackson*, Gaz. Pal. mai-juin 2005, somm. p. 1958, note M.-L. Niboyet ; RCDIP 2005, p. 698, note C. Chalas ; Clunet 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. M. Winkler.

<sup>2528</sup> V. sur ce point, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 405 et s.

<sup>2529</sup> Les tribunaux français et la doctrine ont eu initialement tendance à considérer que la question devrait être réglée par référence aux solutions consacrées en droit commun. V. not. admettant de se dessaisir pour respecter une clause attributive de juridiction conclue en faveur des juridictions d'un État tiers, dans la mesure où la clause était valable au regard du droit français, Cass. Com. 19 décembre 1978, *Europa-Carton*, RCDIP 1979, p. 617, note A. Huet ; Clunet 1979, p. 366, note H. Gaudemet-Tallon, et V. se prononçant en faveur d'un recours au droit commun pour régler la question du dessaisissement du

d'un État membre pourrait décliner la compétence que lui confère une règle européenne pour tenir compte de la compétence exclusive des juridictions d'un État tiers devraient être ceux dans lesquels les règles européennes confèrent une compétence exclusive aux juridictions des États membres<sup>2530</sup>. La présélection des compétences exclusives étrangères respectables serait alors assurée par le biais des règles de l'article 24 du règlement Bruxelles I bis, qui fonderaient une présomption des hypothèses de revendication de compétence respectable des États tiers.

**710.** Une telle exportation des conceptions du for, susceptible de constituer la base d'une *présélection abstraite* des impérativités étrangères *présumées respectables*, apparaît cependant en elle-même insuffisante pour fonder par principe et de manière générale la prise en compte des hypothèses de compétences étrangères fondées sur la mise en cause de lois de police. Elle conduit à ne faire reposer la solution que sur le point de vue de l'ordre juridique du for et ignore celui concrètement retenu à l'étranger<sup>2531</sup>.

Elle implique ainsi nécessairement la réalisation d'une vérification concrète, pour éviter de transposer directement les conceptions du for et permettre à l'autorité saisie de s'assurer de la réalisation de la présomption établie<sup>2532</sup>. Elle permettrait de vérifier qu'il existe une identité entre les conceptions étrangères et celles du for et que la solution supposée apparaît bien concrètement opportune en considération des conséquences résultant de sa mise en œuvre<sup>2533</sup>. Une telle déduction tirée des règles retenues dans le for devrait, au-delà, ne permettre que de déterminer un *minimum* concernant les impérativités étrangères susceptibles d'être prises en compte, pour ne pas restreindre les compétences étrangères susceptibles d'être respectées à celles qui trouveraient leur équivalent dans le système juridique du for ou seraient revendiquées par une majorité d'États dans le cadre international<sup>2534</sup>.

---

juge français compétent au regard des règles européennes, en faveur des tribunaux d'un État tiers, dans l'hypothèse d'un conflit de procédures, not. G. A. L. Droz, *thèse préc.*, n° 329 ; C. Chalas, *thèse préc.*, n° 623 ; A. Nuyts, *thèse préc.*, p. 272.

<sup>2530</sup> Une telle solution est également admise dans le cadre européen, pour assurer une plus grande sécurité juridique et pour préserver l'application uniforme des règles européennes. La solution apparaîtrait, d'ailleurs, conforme à la solution retenue en matière de conflit de procédures dans le règlement Bruxelles I bis, et consacre un véritable *effet réflexe* aux règles de compétence européennes. V. sur ce point, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 405 et s.

<sup>2531</sup> V. sur les critiques avancées à l'encontre de cette solution, not. I. Fadlallah, *La famille légitime en droit international privé*, Paris, 1977, Dalloz, n° 127 et s. ; P. Mayer, « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s., n° 18. Et en ce sens, Ph. Francescakis, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP* 1966, p. 1 et s., spéc., p. 16 ; P. Gothot, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *RCDIP* 1971, p. 209 et s., spéc., p. 232 ; Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 302.

<sup>2532</sup> V. en ce sens, s'agissant de la prise en compte des compétences exclusives étrangères, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 394.

<sup>2533</sup> Dans le cadre de l'*effet réflexe* des règles de compétence européennes, une telle vérification de la réalité et de l'opportunité de cette compétence devrait être réalisée au regard non pas du seul recours au droit européen, mais par un « retour limité » au droit commun des États membres. V. L. Usunier, *thèse préc.*, n° 407 et s., et dans le même sens, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 189, p. 271.

<sup>2534</sup> V. sur le caractère exhaustif ou non de la désignation des impérativités étrangères, *supra*, n° 701 et s.

Sous cet angle, la détermination des critères d'identification autonomes, et dont la réalisation serait analysée par l'autorité juridictionnelle saisie, s'impose pour les hypothèses dans lesquelles une telle présélection objective des impérativités étrangères n'apparaîtrait pas possible ou réalisée, pour fonder leur prise en compte en dehors de ce seul cadre et l'appréciation effectuée concrètement sur les dispositions mises en cause.

#### b) Détermination de critères d'identification opérants

**711.** La mise en place de critères généraux et autonomes permettant d'identifier l'ordre juridique étranger *prépondérant* devrait globalement reposer sur la directive d'une délimitation à la fois restrictive et rigoureuse des hypothèses de lois de police étatiques susceptibles d'être prises en compte à l'étranger, pour assurer, en contrepartie, le respect effectif de celles qui doivent absolument l'être au regard de l'importance des intérêts mis en cause. Par rapport au système consacré en droit positif pour la mise en œuvre des lois de police étrangères, le principe serait alors celui d'une délimitation *plus étroite* des impérativités étrangères *respectables* mais mieux définies, et pour cette raison plus susceptibles de faire l'objet d'un respect effectif<sup>2535</sup>.

L'impact de la rigueur retenue pour l'identification des impérativités sur leur prise en compte a en effet été mis en avant par certains auteurs, qui ont relevé que « la qualification de loi de police, effectuée avec rigueur à partir de leur teneur et des motifs indiscutés de leur édicition, plaide en faveur de leur respect international, quelle que soit leur origine, quel que soit l'organe saisi de leur application »<sup>2536</sup>. La possibilité d'identifier aisément les impérativités étrangères susceptibles d'être prises en compte apparaît comme une condition de l'effectivité du mécanisme de coordination, parce qu'elle permet de limiter à une ampleur *raisonnable* la tâche de l'autorité saisie et d'apaiser les craintes que fait surgir l'admission du principe même d'une prise en compte des impérativités étrangères.

Elle apparaît, au demeurant, à la fois nécessaire à la reconnaissance du caractère obligatoire de la mise en œuvre du procédé et susceptible de dispenser d'un tel caractère, en favorisant sa mise en œuvre spontanée de la part de l'autorité juridictionnelle saisie.

---

<sup>2535</sup> Rapp. L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 115, qui souhaiterait un système caractérisé par « moins de lois de police mais alors mieux détectées et par principe respectées ! ».

<sup>2536</sup> D. Bureau et L. d'Avout, « Les lois de police étrangères devant le juge du contrat international », note sous Cass. Com. 16 mars 2010, JCP G. 2010, p. 530 et s.

**712.** Sous cet angle, la rareté avec laquelle les lois de police étrangères ont pu trouver application sous l'empire de la convention de Rome semble, dans une large mesure, pouvoir s'expliquer par l'imprécision des critères établis<sup>2537</sup>. La délimitation plus stricte et plus précise de ces hypothèses dans le règlement Rome I pourrait ainsi, à l'avenir, favoriser une meilleure mise en œuvre des lois de police étrangères. En ce sens, il a été relevé que « la limitation [des lois de police étrangères applicables] visée à l'article 9, paragraphe 3, en raison de leur origine géographique et de leur rôle punitif dans l'exécution du contrat, pourrait bien se révéler – paradoxalement – favorable à leur meilleure application juridictionnelle : la circonscription rassurante de leur domaine faciliterait en quelque sorte l'attention que le juge du for accepterait de leur porter »<sup>2538</sup>.

Dans ce cadre, la délimitation restrictive des compétences étrangères susceptibles d'être respectées dans l'ordre juridique du for devrait conduire à formuler des critères à la fois suffisamment étroits pour limiter les hypothèses de mise en cause d'intérêts étatiques étrangers fondamentaux et à dégager des indices d'identification précis et objectifs, facilement identifiables et vérifiables par l'autorité saisie.

**713.** Globalement, ces directives d'identification, mises en lumière en particulier par L. d'Avout<sup>2539</sup>, pourraient s'inspirer de celles dégagées au niveau européen dans l'ancien article 7.1 de la convention de Rome, qui fondait globalement « un test combiné d'acceptabilité normative, de proximité et d'équité »<sup>2540</sup>. Elles apparaissent en effet, dans la mesure où elles seraient précisées, susceptibles de fournir la trame d'une appréciation de la légitimité des impérativités étrangères et de constituer les fondements de la détermination de critères opérants et généralisables. Elles pourraient également être pertinentes s'agissant de respecter la compétence juridictionnelle fondée sur la mise en cause de ces impérativités, sous réserve d'adaptations et d'ajouts permettant de tenir compte de l'aspect juridictionnel de la compétence revendiquée et des considérations procédurales.

Le degré d'exigence requis pour leur réalisation pourrait alors varier en fonction de l'ampleur de l'effacement auquel consentirait le for, alors que la variabilité avec laquelle elles

---

<sup>2537</sup> V. sur ce point, not. H. Gaudemet-Tallon, J.-Cl. dr. int., Fasc. 3201 : *Convention de Rome du 19 juin 1980 et règlement Rome I du 17 juin 2008. Détermination de la loi applicable. Domaine de la loi applicable*, n° 100.

<sup>2538</sup> D. Bureau et L. d'Avout, *note préc.*

<sup>2539</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., spéc., p. 120.

<sup>2540</sup> *Ibid.*

apparaîtraient remplies pourrait également induire une mise en retrait plus restreinte de son point de vue<sup>2541</sup>.

**714.** Elles devraient permettre, en premier lieu, de déterminer le caractère *acceptable* de la compétence revendiquée sous l'angle de son *origine*, et en particulier de la *proximité* de l'ordre juridique dont elle émane avec la situation juridique.

Dans ce cadre, des critères de rattachement précis, fixés éventuellement par matière, pourraient apparaître préférables à l'utilisation d'un critère unique qui, pour être transversal, devrait nécessairement être extrêmement large. À cet égard, la seule référence à un critère tel que celui des *liens étroits*, antérieurement retenu dans la convention de Rome, paraît trop vague, dès lors qu'il conduit à la désignation d'un nombre important d'ordres juridiques que l'autorité doit partager<sup>2542</sup>. Les critères utilisés devraient apparaître suffisamment précis pour assurer une vérification de l'implication réelle d'un ordre juridique étranger. Ils pourraient, de manière générale, être inspirés des critères utilisés en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions, pour fonder la compétence *normale* des ordres juridiques dans ces deux cadres<sup>2543</sup>. Ils devraient néanmoins être appréciés ici non pas *abstraitement*, au regard de la localisation du rapport de droit, mais des rattachements concrets qui sont susceptibles de fonder la mise en cause des intérêts fondamentaux d'un État. Au-delà, s'agissant de la revendication de compétence formulée sur le plan juridictionnel, ils devraient permettre de tenir compte également des considérations d'ordre procédural relatives à l'intérêt des parties, pour ne pas risquer de remettre en cause leurs attentes ou leurs prévisibilités<sup>2544</sup>.

---

<sup>2541</sup> V. sur cette interaction réciproque des exigences requises et de l'ampleur de l'effacement consenti par le for, *supra*, n° 604 et s.

<sup>2542</sup> V. considérant cependant que « cette indication devrait éviter que le juge ne soit trop souvent confronté à une application éventuelle de plusieurs lois de police étrangères émanant d'États différents présentant tous des liens, mais non des liens étroits avec le contrat », H. Gaudemet-Tallon, J.-Cl. dr. int., Fasc. 3201, *préc.*, n° 97.

<sup>2543</sup> V. considérant, concernant le critère de rattachement au lieu d'exécution du contrat, que « l'explication de la localisation objective demeure tout de même en arrière-plan », not. P. Kinsch, *Le fait du Prince étranger*, préf. J.-M. Bischoff, 1994, LGDJ, p. 454, n° 317.

<sup>2544</sup> À cet égard, le lien requis pour permettre une prise en compte des impérativités de l'ordre juridique étranger devrait être consacré non pas seulement vis-à-vis de la seule question concernée par la mise en cause de ces impérativités, mais de l'ensemble de la situation juridique, pour éviter de conduire à un morcellement du contrat et à l'application de lois impératives, non prévisibles pour les parties.



715. L'appréciation portée sur la disposition concernée, pour apprécier le caractère *acceptable* de son contenu normatif et des objectifs de politique législative qu'elle poursuit, devrait rester, « longtemps encore, [réservée] à l'évaluation des lois de police n'émanant pas de l'ordre juridique de l'autorité saisie »<sup>2545</sup>. Il devrait permettre d'évaluer sa conformité avec les conceptions ou les valeurs défendues par le for et avec celles, plus généralement, qui sont unanimement ou communément retenues dans l'ordre juridique international. Indépendamment même de sa conformité avec des principes fondamentaux, la légitimité de la compétence étrangère pourrait en effet être déduite de l'unanimité ou de la tendance des systèmes juridiques à poursuivre la même politique législative<sup>2546</sup>. Le « caractère exportable dans d'autres systèmes juridiques »<sup>2547</sup> de la revendication de compétence révélerait ainsi l'existence d'un accord général quant à la pertinence de l'objectif poursuivi, et devrait pousser le for à admettre de collaborer en faveur de sa réalisation pour « promouvoir une valeur partagée par la communauté des États »<sup>2548</sup>.

De manière générale, il est admis, en effet, que le caractère *légitime* des intérêts étatiques mis en cause et le respect des lois de police étrangères pourraient ainsi être reconnus dans le for lorsqu'il s'agirait d'intérêts communs aux États<sup>2549</sup>. Un tel critère apparaîtrait alors susceptible de favoriser la prise en compte des impérativités étrangères, en particulier en matière de régulation économique, où il existe une tendance des États à consacrer des lois de police visant à assurer la protection d'un ordre public de direction et à admettre de coopérer pour en assurer, de manière réciproque, la protection<sup>2550</sup>. Une telle appréciation de *l'acceptabilité internationale* de la compétence revendiquée devrait ainsi permettre de refuser la *prise en compte* des lois de police étrangères édictées dans le cadre de politiques législatives discriminatoires<sup>2551</sup>, celles qui seraient consacrées à des fins « agressives » ou « révolutionnaires », et celles qui consacraient une prééminence excessive de l'État sur les individus ou nuiraient aux intérêts d'autres États<sup>2552</sup>. Il en serait ainsi, par exemple, en matière

---

<sup>2545</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 120.

<sup>2546</sup> Ainsi, il avait pu être proposé, en ce sens, s'agissant de la mise en œuvre des lois de police étrangères, prévue dans la convention de Rome, que la prise en compte de la nature et de l'objet des dispositions étrangères pourrait être réalisée selon des critères admis sur le plan international, comme par exemple le fait que des lois analogues existeraient dans d'autres pays ou le fait que la disposition servirait un intérêt largement reconnu au plan international. V. sur ce point, Rapp. Giuliano-Lagarde, p. 27.

<sup>2547</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 120.

<sup>2548</sup> V. en ce sens, not. D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 563.

<sup>2549</sup> *Ibid.*

<sup>2550</sup> V. en ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 563, p. 663 et les références citées.

<sup>2551</sup> V. pour un exemple en ce sens, not. Tribunal fédéral suisse, 1<sup>re</sup> sect. Civ., 20 juillet 1992, *Banco Nacional de Cuba c/ Banco Central de Chile*, ATF 118. II. 348 (353), cité par P. de Vareilles-Sommières, *art. préc.*, note 136.

<sup>2552</sup> V. en ce sens, P. Mayer, *art. préc.*, n° 41, p. 314 ; P. Lagarde, « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 », RCDIP 1991, p. 287 et s. V. aussi, considérant qu'il en serait ainsi, également, d'une loi étrangère qui se considérerait comme « impérativement applicable sur son territoire à tous les faits

de concurrence, dès lors qu'un État déclarerait applicables ses lois de police, chaque fois qu'un accord restrictif de concurrence produirait ses effets, même de manière indirecte et secondaire, sur son territoire, parce que cette disposition réaliserait une ingérence dans la vie économique de l'État sur le territoire duquel l'accord aurait été conclu et aurait ses effets essentiels<sup>2553</sup>. L'objectif également purement *politique*, poursuivi à travers la consécration d'une loi de police, pourrait faire douter de son caractère *commun* ou exportable, pour n'autoriser éventuellement qu'une *prise en considération*<sup>2554</sup>.

**716.** D'un autre côté, l'évaluation portée par le for sur l'opportunité de respecter cette compétence, au regard « des conséquences qui découleraient de leur application ou de leur non-application »<sup>2555</sup>, devrait être précisée et fonder la réalisation d'une mise en balance des différents intérêts étatiques et privés.

Dans ce cadre, les directives formulées devraient pouvoir lui permettre de tenir compte de l'importance et de la nature de l'intérêt dont la loi de police concernée à assurer le respect dans l'ordre juridique étranger concerné, et devraient permettre d'évaluer le caractère *raisonnable* et proportionné de la compétence revendiquée par l'ordre juridique étranger dans l'hypothèse d'une revendication de compétence sur le plan juridictionnel. L'autorité saisie devrait prendre en considération la distinction préalablement proposée entre les lois de police *protectrices*, rattachées principalement à la sauvegarde d'intérêts privés pris en charge par l'organisation étatique, et les vraies lois de police, de type administratif, mettant directement en cause un intérêt étatique fondamental<sup>2556</sup>, dès lors qu'elle apparaît susceptible d'apporter une *réponse* sur l'importance que revêt le respect de la compétence consacrée pour l'ordre juridique étranger. Reposant sur l'idée d'une distinction nécessaire des dispositions déjà qualifiées de lois de police dans l'ordre juridique dont elles émanent, pour départager celles dont la consécration paraît justifiée au regard de l'importance des intérêts en cause, ou qui consacre un mécanisme dérogatoire fondé sur l'expression d'un *lex forisme* injustifié<sup>2557</sup>, elle devrait également pouvoir influencer la question de leur prise en compte à l'étranger. L'évaluation de la nature et du contenu des dispositions mises en cause devrait conduire en

---

qui y surviennent, quand cette loi déborde de façon manifeste la notion de lois de police que le for admet », H. Batiffol, *Problèmes des contrats privés internationaux*, Cours IHEI 1961-1962, p. 164.

<sup>2553</sup> V. en ce sens, not. P. Mayer, *art. préc.*, n° 48, p. 323 ; B. Goldman, *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI 1969, t. 128, p. 630 et s., p. 724 ; P. Mayer, « Droit international privé et Droit international public sous l'angle de la notion de compétence », RCDIP 1979, p. 349 et s., spéc., p. 575.

<sup>2554</sup> V. sur les interrogations qu'est susceptible de soulever, pour cette raison, une mesure d'embargo, P. Deumier, « La prise en considération de la loi de police étrangère », RDC 2012, n° 4, note sous CA Poitiers, 29 avril 2011 ; M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de La Pradelle, *ouvrage préc.*, n° 200 ; P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 127.

<sup>2555</sup> V. art. 7.1 de la convention de Rome et 9.3 du règlement Rome I.

<sup>2556</sup> V. sur cette distinction *supra*, n° 333 et s.

<sup>2557</sup> V. *supra*, n° 323 et s.

effet à juger, depuis l'étranger, *injustifiée* ou *excessive* la revendication de compétence législative fondée sur la mise en cause d'une loi de police protectrice, et en tout cas insusceptible de justifier une mise à l'écart des solutions consacrées dans le for. Le caractère de vraie loi de police de la disposition étrangère concernée devrait dès lors apparaître comme une condition préalable à la *prise en compte* de la compétence du for<sup>2558</sup>.

Sous cet angle, la détermination des impérativités susceptibles d'être respectées depuis l'étranger pourrait, dès lors qu'elle serait possible devant le for, reposer sur une analyse des critères et indices concrets et objectifs précédemment dégagés pour l'identification des vraies *lois de police*. Ils apparaîtraient comme des critères généraux susceptibles d'application transversale et quel que soit l'ordre juridique du for ou étranger dont elle émane, permettant d'identifier les hypothèses dans lesquelles la mise en place d'une compétence impérative dérogatoire peut paraître *justifiée*.

**717.** La prise en compte des impérativités étrangères devrait également être conditionnée à son caractère équitable pour les parties et à sa conformité aux exigences d'une bonne administration de la justice et de sécurité juridique. Elle pourrait alors induire une prise en considération de la possibilité d'exécution future de la décision sous l'angle du *principe d'effectivité*<sup>2559</sup>.

De manière générale, d'autre part, les intérêts particuliers devraient toujours être pris en compte par l'autorité juridictionnelle saisie, pour évaluer l'opportunité de prendre en compte les impérativités étrangères, et devraient en aval induire certaines précautions quant à la mise en œuvre du procédé de coordination. L'autorité saisie devra s'assurer que le respect de la compétence étrangère ne viendra pas déstabiliser de manière trop importante les attentes des parties et porter atteinte à leurs prévisions légitimes. S'agissant de la prise en compte de la compétence exclusive étrangère, elle devra également tenir compte de certaines conditions d'ordre procédural, en particulier lorsqu'elle sera saisie sur le fondement d'une désignation conventionnelle. Il en est ainsi dès lors que la prise en compte de cette compétence étrangère conduirait à écarter directement la compétence souhaitée par les parties pour en substituer une autre. L'intention frauduleuse des parties pourrait néanmoins conduire à atténuer les exigences relatives à cette condition.

---

<sup>2558</sup> À cet égard, la définition restrictive et publiciste des lois de police, consacrée dans l'article 9.1 du règlement Rome I (V. également le considérant 37), devrait conduire à une telle solution dans le cadre de la mise en œuvre du règlement, dès lors qu'il a vocation à s'appliquer à la fois à l'égard des lois de police du for et des lois de police étrangères.

<sup>2559</sup> V. sur ce principe, et son incidence dans le cadre envisagé, *supra*, n° 587 et s.

## 2- Réalisation de l'appréciation concrète

**718.** La mise en œuvre des directives abstraitement établies dans l'ordre juridique du for impliquera nécessairement que le for puisse déterminer et évaluer la teneur du point de vue que retient l'ordre juridique étranger concerné pour la mise en œuvre de ses impérativités. Dans ce cadre, la connaissance des solutions qu'il retient pourrait alors résulter d'une analyse réalisée de manière purement unilatérale dans le for (a) ou reposer sur leur *extériorisation* de la part de l'ordre juridique étranger concerné (b).

### a) Appréciation unilatérale du point de vue étranger

**719.** Le caractère satisfaisant de la solution qui serait consacrée dans l'ordre juridique du for quant au respect des impérativités étrangères implique que l'autorité juridictionnelle saisie puisse obtenir une connaissance la plus certaine possible de la solution que retiendraient les juridictions de l'ordre juridique étranger si elles étaient effectivement saisies. Dans la mesure où l'existence d'une revendication de compétence *effective* et *légitime* de l'ordre juridique étranger devrait apparaître comme la justification fondamentale de la coordination réalisée, cette exigence s'impose à la fois pour limiter sa réalisation aux hypothèses où elle apparaît réellement *justifiée* et pour assurer le caractère *satisfaisant* de la décision prise par le for.

La prise en compte du point de vue étranger permet, en effet, de vérifier l'existence effective de sa revendication de compétence unilatérale et de fonder l'appréciation portée par le for sur l'opportunité de respecter cette compétence au cas concret, en considération de la prépondérance qui peut effectivement être reconnue à cet ordre juridique par rapport au for. Une telle connaissance du point de vue étranger pour la mise en œuvre du procédé de coordination revêt une importance fondamentale, du fait du caractère exceptionnel et dérogoratoire qu'elle doit endosser et de la « règle doute »<sup>2560</sup> qui devrait en principe être déduite d'une incertitude, dans ce cadre. Alors qu'une absence de certitude quant à la volonté du for étranger de revendiquer sa compétence juridictionnelle ou législative unilatérale devrait logiquement conduire à un retour du for vers une application *normale* des règles consacrées dans son système juridique, un doute persistant quant à l'opportunité de faire prévaloir le point de vue étranger pourrait induire l'adoption d'une solution *intermédiaire* fondée sur une simple prise en considération de ses solutions.

---

<sup>2560</sup> V. D. Bureau et L. d'Avout, note sous Cass. com. 13 juillet 2010, JCP 2010, p. 972 et s.

**720.** Réalisée de manière purement unilatérale, par un procédé dont la mise en œuvre ne reposerait que sur une action de l'ordre juridique du for et maintiendrait la passivité habituellement consacrée de l'ordre juridique avec lequel la coordination est recherchée, cette détermination du point de vue de l'ordre juridique étranger apparaîtra néanmoins forcément délicate et ne pourra conférer à l'autorité saisie qu'une idée *approximative* et *incertaine* des solutions étrangères. Elle impliquera que celle-ci évalue la solution *probable* ou *éventuelle* que retiendrait l'ordre juridique étranger et se livre à un *pronostic* de la solution *future* qui serait retenue par ses juridictions si elles étaient saisies.

Cette prise en compte du point de vue étranger devrait dès lors pouvoir être appuyée sur des indices concrets et objectifs, qui seraient mis à la disposition du for, et permettrait d'asseoir son analyse sur des preuves concrètes du contenu du droit étranger. Ces éléments, dans la mesure où ils seraient *accessibles*, pourraient alors être obtenus avec, ou non, le concours des parties.

**721.** À cet égard, une transposition éventuelle du système probatoire consacré pour la question de la détermination du contenu du droit étranger applicable au fond du litige pourrait être envisagée.

Il apparaîtrait, en premier lieu, envisageable que le juge s'informe, seul, sur le droit étranger. Il est aujourd'hui reconnu, en effet, qu'il revient au juge saisi de déterminer le contenu du droit étranger, pour donner à la question litigieuse une solution conforme au droit étranger, et qu'il exerce dans ce cadre un rôle central et autonome<sup>2561</sup> sous le contrôle de la Cour de cassation<sup>2562</sup>. La solution, consacrée pour la loi étrangère désignée par une règle de conflit de lois bilatérale<sup>2563</sup>, devrait également être admise pour l'*application* de la loi de police étrangère<sup>2564</sup>. S'agissant d'établir la preuve du contenu du droit étranger, l'emprunt au

---

<sup>2561</sup> V. sur ce point, concernant l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois, E. Fohrer-Dedeurwaerder, J.-Cl. dr. int. Fasc. 539-20 : *Conflit de lois. La loi étrangère devant les juridictions françaises. Établissement du contenu de la loi étrangère*, n° 20 ; et en ce sens, reconnaissant le pouvoir des juges de vérifier le sens et la portée de la loi étrangère sans être liés par les allégations des parties, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, *Clunet* 2002, p. 171, note M. Raimon ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 novembre 2004, *Dalloz* 2005, somm. p. 1199, obs. P.C., et consacrant une impossibilité, pour le juge, de se décharger de son rôle, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janvier 2007, *Lamore*, RCDIP 2007, p. 769 et s., note T. Azzi.

<sup>2562</sup> V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1998, *Lavazza*, RCDIP 1999, p. 88, note B. A. ; *Dalloz* 1999, p. 337, note M. Menjucq.

<sup>2563</sup> Il est admis, en effet, qu'il « incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger, d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur, avec le concours des parties et personnellement qu'il y a lieu, et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger ». V. not. Cass. Com. 28 juin 2005, *Itraco*, RCDIP 2005, p. 645, 1<sup>re</sup> esp., note B. Ancel et H. Muir Watt ; *Dalloz* 2005, Pan. 2755, obs. Kenfack ; LPA 28 décembre 2005, note Mahinga ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, *Aubin*, RCDIP 2005, p. 645, 2<sup>e</sup> esp., note B. Ancel et H. Muir Watt ; *Dalloz* 2005, p. 2853, note N. Bouche ; *Dalloz* 2006, Pan. 1495 et 1498, obs. P. Courbe ; Cass. Com., 24 juin 2014, *Dalloz* 2014, p. 1451 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 2016, *Dalloz* 2016, p. 1262.

<sup>2564</sup> V. en ce sens, E. Fohrer-Dedeurwaerder, J.-Cl. dr. int. Fasc. 539-20, *préc.*, n° 29 et s. La solution est consacrée en effet, à titre général, indépendamment du caractère disponible ou non des droits litigieux, parce que l'*impact de la nature du*

régime probatoire des faits du procès pourrait conduire à autoriser le juge à procéder lui-même à des recherches, dans le respect du principe du contradictoire, en ayant recours à des mesures d'instruction. Il pourrait par exemple faire appel à un expert ou à des consultants désignés par le tribunal<sup>2565</sup> ou avoir recours à un *amicus curiae*, lesquels seraient chargés de lui faire connaître la teneur du droit étranger. Il devrait également pouvoir disposer de moyens de preuve spécifiques, notamment la possibilité d'avoir recours à ses connaissances personnelles<sup>2566</sup>, ou faire état de présomptions concernant la teneur de la loi étrangère<sup>2567</sup>.

**722.** Dans le cadre de l'arbitrage, les Recommandations de l'Association de droit international sur la détermination du contenu du droit applicable en matière d'arbitrage commercial international, adoptées en 2008, fournissent quelques indications quant à l'office de l'arbitre en matière de détermination du contenu de la loi applicable<sup>2568</sup>. Celui-ci, auquel est confié un rôle principal dans ce cadre<sup>2569</sup>, peut effectuer des recherches indépendantes ou faire usage de sa propre connaissance à l'égard de ces règles<sup>2570</sup>, et avoir recours à toute source fiable d'information qu'il jugerait appropriée<sup>2571</sup>. Il peut ainsi avoir recours à des consultations, interroger des experts ou réaliser une analyse de la doctrine ou des textes de lois et de la jurisprudence<sup>2572</sup>, dans la mesure où il respecte le principe du contradictoire<sup>2573</sup>.

---

*contentieux s'efface une fois l'applicabilité de la loi étrangère mise dans le débat.* V. en ce sens, H. Muir Watt, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 2006, *Enfant Mikhaïl*, RCDIP 2007, p. 575 et s., spéc. p. 577.

<sup>2565</sup> V. autorisant les expertises et les consultations dans certaines circonstances particulières en droit positif, not. art. 10, 143 et 200 du CPC, et V. pour un exemple de mise en œuvre d'un recours à une expertise, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1971, 2<sup>e</sup> esp., Dalloz 1972, p. 633, note Ph. Malaurie, RCDIP 1973, p. 70, note M. Simon-Depitre, Clunet 1972, p. 828, note M. Nisard.

<sup>2566</sup> V. sur ce type de preuves, not. J. Chevallier, « Remarques sur l'utilisation par le juge de ses informations personnelles », RTD civ. 1962, p. 5 et s.

<sup>2567</sup> V. sur ce point, H. Muir Watt, Rép. dr. int. Dalloz, V<sup>o</sup> *Loi étrangère*, n<sup>o</sup> 110.

<sup>2568</sup> V. sur ce point, not. F.-X. Train, Cah. arb. Vol. V., éd. Pedone, 2011, p. 155 et s. ; Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n<sup>o</sup> 884.

<sup>2569</sup> V. Recommandation n<sup>o</sup> 1. V. également, la Recommandation n<sup>o</sup> 13 qui énonce que « dans les litiges impliquant des règles d'ordre public, international et d'autres règles auxquelles les parties ne peuvent déroger, les arbitres peuvent être fondés à prendre toute mesure appropriée pour déterminer l'applicabilité et le contenu de ces règles, y compris en procédant à des recherches indépendantes, en soulevant de nouvelles questions (de fait ou de droit) auprès des parties, et en donnant les instructions ou en ordonnant toutes mesures appropriées qu'ils estiment nécessaires pour respecter ces règles ou protéger la sentence en cours ».

<sup>2570</sup> V. Recommandations n<sup>o</sup> 7 et 8.

<sup>2571</sup> V. également, établissant que l'arbitre a une entière liberté pour déterminer le contenu du droit applicable lorsque les modalités prévues par les Recommandations n'ont pas permis de l'identifier, Recommandation n<sup>o</sup> 15.

<sup>2572</sup> V. Recommandation n<sup>o</sup> 9.

<sup>2573</sup> V. Recommandation n<sup>o</sup> 2.

**723.** Sans se décharger de son rôle quant à l'établissement de la nature et de la teneur de la loi de police étrangère applicable sur les parties, l'autorité juridictionnelle pourrait néanmoins solliciter leur aide dans ce cadre<sup>2574</sup>, en l'absence même de toute initiative de leur part. L'établissement de la teneur du point de vue étranger reposerait alors sur une *collaboration* entre l'autorité saisie et les parties<sup>2575</sup>.

Elles pourraient spontanément tenter d'y procéder ou pourraient se voir imposer d'y contribuer, sous le contrôle de l'autorité juridictionnelle du for<sup>2576</sup>. Les parties, susceptibles d'intervenir indirectement dans la détermination de l'ordre juridique étranger dont les impérativités pourraient être respectées<sup>2577</sup>, contribueraient alors également, spontanément ou sur demande de l'autorité saisie, à cette détermination de manière *active* et *directe*, par la voie probatoire.

**724.** Une telle preuve devrait alors pouvoir être apportée par tous moyens<sup>2578</sup> et reposer sur les instruments dont l'utilisation est admise en droit positif, pour établir le contenu du droit étranger.

Il apparaîtrait en premier lieu possible que les parties fournissent au juge des versions officielles d'un texte de loi ou d'une décision de justice étrangère. Établies indépendamment du contentieux mis en cause, elles permettraient d'apporter une preuve *a priori* impartiale de la teneur du point de vue étranger, mais devraient être étayées de décisions judiciaires ou de textes doctrinaux, pour assurer « qu'elle[s] présente[nt] l'exact reflet du droit positif étranger »<sup>2579</sup>. De même, le recours à des ouvrages de doctrine récents pourrait également être utilisé pour conforter la pertinence du texte invoqué par les parties ou de manière indépendante, en l'absence de précédent jurisprudentiel ayant une portée indiscutable.

---

<sup>2574</sup> V. sur cette possibilité, not. E. Fohrer-Dedeurwaerder, J.-Cl. dr. int. Fasc. 539-20, *préc.*, n° 19 et s., et sur la différence qu'il y aurait quant à l'office des juges et des parties dans l'hypothèse d'une simple prise en considération de la loi de police étrangère, n° 34 et s.

<sup>2575</sup> V. reconnaissant que les parties ayant une large maîtrise du contentieux dans le cadre de l'arbitrage, il leur appartient d'apporter au tribunal arbitral l'information nécessaire sur le contenu du droit applicable, la Recommandation n° 5.

<sup>2576</sup> V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janvier 2007, Bull. civ. I, n° 44 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 décembre 2008, RCDIP 2009, p. 53, 2<sup>e</sup> esp., note H. Muir Watt. Il est admis que celui-ci a en outre l'obligation de vérifier les sources invoquées par les parties, quand bien même celle qui n'a pas fourni la preuve n'émettrait aucune contestation « sur l'actualité ou l'exactitude de la représentation du droit positif étranger », V. H. Muir Watt et D. Bureau, *ouvrage préc.*, n° 442, p. 473.

<sup>2577</sup> Il en est ainsi, en effet, comme nous l'avons vu, lorsqu'elles invoquent l'application de la loi de police étrangère ou la compétence des tribunaux étrangers, dès lors qu'elles peuvent imposer au juge saisi d'en tenir compte et réalisent par ce biais une sorte de présélection qui oriente l'autorité saisie quant aux points de vue étrangers à considérer.

<sup>2578</sup> V. réaffirmant que la recherche de la loi étrangère se fait par tous moyens, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 novembre 2003, Clunet 2004, p. 520, note F. Mélin, Gaz. Pal. 2004, p. 1937, note E. du Rusquec, RCDIP 2004, p. 95, note B. Ancel.

<sup>2579</sup> V. en ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 442, p. 473.

L'autorité saisie, d'autre part, pourrait prononcer une injonction à l'égard des parties, leur demandant de produire un *certificat de coutume*<sup>2580</sup> faisant état de la teneur du droit étranger. Il apparaît comme un mode privé d'information de nature contractuelle, produit sur demande des parties par une autorité publique ou consulaire<sup>2581</sup>, et est généralement établi par un praticien du droit ou un professionnel spécialisé choisi et rémunéré par le plaideur. Il prend la forme d'une attestation écrite concernant la teneur du droit étranger et rédigée en fonction des circonstances de faits, pour être produit à l'instance en cours. Il comprend en principe une interprétation des textes, étayée par des citations de jurisprudence, et tentant souvent d'appliquer le droit étranger aux faits de l'espèce. En pratique, néanmoins, ces certificats de coutume ne prennent généralement la forme que d'*avis* sur le « droit étranger, tel qu'il doit être appliqué au cas concret »<sup>2582</sup>, et n'apparaissent que comme des modes de preuve sommaires, ne fournissant que des renseignements *généraux* concernant le droit étranger, tels que le contenu du texte applicable ou une décision de justice. Pour cette raison, leur utilité semble en pratique assez limitée<sup>2583</sup> et ils ne lient pas l'autorité saisie<sup>2584</sup>.

**725.** L'intérêt de tels instruments probatoires, dans l'hypothèse envisagée, serait, quel que soit leur degré de précision, de permettre de fournir à l'autorité saisie des éléments *objectifs* d'appréciation du point de vue étranger.

Leur utilité impliquerait néanmoins de prendre d'importantes précautions et d'établir des règles spécifiques permettant d'assurer qu'ils contiendront une description détaillée de la manière dont la solution est généralement appliquée pour pouvoir fonder une *certitude suffisante* quant au point de vue de l'ordre juridique étranger.

Il en est ainsi dès lors qu'ils ne permettent en règle générale que d'apporter des précisions sur le *contenu* de la solution *abstraite* consacrée par la règle établie dans un ordre juridique étranger, et ils restent insuffisants pour conduire à une réelle connaissance de la solution que retiendrait, par application de cette règle, le juge de cet ordre juridique s'il était effectivement saisi. Il faudrait, également, pouvoir limiter le pouvoir souverain habituellement reconnu au

---

<sup>2580</sup> Voir, sur cet instrument, P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 182, p. 139 ; n° 188, et 189, p. 142, et sur son origine, C. David, « La loi étrangère devant le juge du fond », *Dalloz* 1965, p. 226 et s.

<sup>2581</sup> V. not. CA Dijon, 7 juin 1967, *Clunet* 1969, p. 87, note A. Ponsard (consulat) ; CA Grenoble, 23 février 1987, *Gaz. Pal.* 1989, 1, somm. p. 103 (ambassade).

<sup>2582</sup> M.-L. Niboyet et G. de Geouffre de La Pradelle, *ouvrage préc.*, n° 586, p. 481.

<sup>2583</sup> V. en ce sens, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 333.

<sup>2584</sup> V. not. en ce sens, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 janvier 2007, *Lamore, préc.*



juge saisi pour apprécier la force probante des éléments de preuve et assurer l'impartialité et l'objectivité de ces éléments<sup>2585</sup>.

Compte tenu de l'impossibilité, pour l'autorité saisie, d'avoir une certitude absolue quant à la teneur du point de vue étranger par ce biais, la mise en place d'un système reposant sur une *participation réelle* de l'ordre juridique étranger dans la mise en œuvre du processus de coordination pourrait paraître préférable.

#### b) Extériorisation du point de vue étranger

**726.** En dépit de l'unilatéralisme sur lequel repose en principe la mise en œuvre des mécanismes de coordination, les développements récents du droit international privé contemporain pourraient laisser envisager la possibilité de fonder la connaissance des solutions étrangères dans le for sur un système de *communication* entre les deux systèmes juridiques concernés. L'ordre juridique étranger interviendrait alors, par l'intermédiaire de ses autorités, pour faire connaître au for le point de vue qu'il retient. La connaissance du point de vue concret étranger serait dès lors assurée grâce à son *extériorisation directe ou indirecte* et s'insérerait dans un procédé de coordination fondé sur une réelle *coopération entre ordres juridiques*. Elle apparaît, en droit international privé contemporain, de plus en plus recherchée, non seulement sous l'angle de la connaissance des droits étrangers, mais de manière générale pour assurer la résolution satisfaisante des différends également sous l'angle procédural.

**727.** Concrètement, cet échange devrait idéalement pouvoir être assuré par la voie d'un dialogue écrit ou verbal *direct*, instauré, dans le cadre de la résolution d'un litige déterminé entre les autorités juridictionnelles des deux ordres juridiques concernés. Il pourrait, également, être assurée par la voie indirecte d'une communication réalisée par l'intermédiaire d'autorités qui seraient spécifiquement nommées et affectées à une telle fonction.

Le juge étatique ou l'arbitre saisi, qui relèverait l'existence d'une compétence étrangère fondée sur la mise en cause de ses impérativités, pourrait ainsi surseoir à statuer et charger les parties d'interroger ou interroger lui-même directement l'ordre juridique étranger, pour connaître la solution qu'il retient concrètement dans l'hypothèse concernée. Celui-ci apporterait alors une « réponse » afin de faire connaître sa position, qui permettrait de lever toute incertitude quant à la teneur de son point de vue de la part du for, et assurerait que celui-

---

<sup>2585</sup> Une solution pourrait éventuellement être trouvée dans une obligation qui serait faite aux intervenants de comparaître dans le cadre de la procédure engagée. V. en ce sens, P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 188, p. 142.

ci prendra la décision de s'effacer ou non en considération des conceptions *effectivement retenues* à l'étranger.

**728.** La connaissance du point de vue concret retenu par un ordre juridique étranger reposerait ainsi sur un *dialogue interjuridictionnel* initié par le for, et découlerait d'un procédé en quelque sorte *bilatéral*, associant réellement, au cas concret, l'ordre juridique étranger au processus de coordination. Celui-ci interviendrait activement dans le processus de coordination et répondrait aux interrogations du for. Son action *positive* pourrait alors se limiter à une transmission de documents ou d'informations verbales, ou pourrait le conduire à procéder à un jugement anticipé ou *fictif*, permettant d'apporter la preuve concrète du point de vue qu'il retiendrait si ses juridictions étaient directement saisies<sup>2586</sup>.

**729.** Le recours à un tel procédé pourrait être ponctuel ou s'insérer dans le contexte d'un système institutionnalisé de coopération interétatique, mise en place à titre général pour la résolution des litiges transfrontières, et instaurant un système de communication *permanente* entre les systèmes juridiques<sup>2587</sup>. Il pourrait ainsi fonder, en amont, une connaissance *générale* et *continue* du droit positif des États étrangers<sup>2588</sup> et paraîtrait particulièrement utile pour la consécration des directives abstraites et préétablies ou la formulation de présomptions concernant les impérativités étrangères à considérer ou à respecter.

La *coopération* interétatique, instaurée quant à l'établissement du contenu de leurs droits respectifs, pourrait alors reposer sur la mise en place d'un cadre global d'échanges d'informations, permettant aux autorités de transmettre des documents à celles des ordres juridiques étrangers et aux arbitres, et de faire connaître l'état des solutions légales et jurisprudentielles consacrées dans leur système juridique. Concrètement, ces échanges pourraient être réalisés grâce à la tenue régulière de réunions et de séminaires ou à des transmissions écrites ou électroniques permanentes.

Un tel système permettrait ainsi à la fois d'assurer une communication du point de vue *abstrait* de l'ordre juridique étranger, grâce à l'échange permanent institué, et une connaissance de son point de vue concret, grâce au mécanisme de concertation mis en œuvre ponctuellement lors de la résolution d'un différend. Les autorités juridictionnelles étatiques ou arbitrales, informées à *titre général* des solutions retenues dans l'ordre juridique étranger,

<sup>2586</sup> V. sur ces deux hypothèses de procédés fondés sur la coopération, *infra*, n° 805 et s.

<sup>2587</sup> V. sur le développement des réseaux judiciaires, formels ou informels, not. A. Potocki, « Les réseaux juridictionnels en Europe », in *Liber Amicorum en l'honneur de B. Vesterdorf*, 2007, Bruylant, p. 141 et s.

<sup>2588</sup> V. à cet égard, le *Centre d'information et de renseignements juridiques internationaux de Poitiers*, et le *Service de législation étrangère du ministère de la Justice*, sur lesquels, not. P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 189, p. 143.

pourraient également disposer d'éléments concrets pour fonder leur décision au cas d'espèce, et prendre cette décision avec une parfaite connaissance du point de vue étranger.

**730.** Une telle extériorisation du point de vue étranger pourrait notamment être réalisée dans le cadre du *Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale* institué au sein de l'espace judiciaire européen<sup>2589</sup>, qui consacre une « structure permanente d'information sur le droit des États membres et de coopération pour la bonne application de ce droit »<sup>2590</sup>, et qui pourrait constituer « le cadre privilégié d'un dialogue transfrontière de juge judiciaire à juge judiciaire, permettant d'établir au mieux la teneur du droit étatique applicable à un litige privé européen »<sup>2591</sup>.

Un système d'échanges visant à assurer la connaissance du droit étranger a été consacré, en particulier, dans la *convention de Londres relative à l'information sur les droits étrangers*, signée le 7 juin 1968<sup>2592</sup> sous l'égide du Conseil de l'Europe. Il devrait pouvoir être exploité dans l'hypothèse considérée, dans la mesure où il serait effectivement mis en œuvre en droit positif<sup>2593</sup>, et ferait l'objet de correctifs visant à atténuer la lourdeur du dispositif de transmission d'informations<sup>2594</sup> et à éviter les difficultés liées au caractère purement facultatif de sa mise en œuvre<sup>2595</sup>. Le mécanisme consacré a pour but de permettre à une autorité judiciaire d'obtenir une réponse précise concernant les règles applicables dans une hypothèse concrète déterminée<sup>2596</sup> et à l'occasion d'une instance déjà engagée<sup>2597</sup>. Elle permet à l'autorité du for de formuler elle-même, ou par le biais d'une autorité désignée par elle, une demande précise à une autorité étrangère, concernant la teneur du droit étranger applicable et l'état des solutions positives à partir d'un exposé des faits litigieux<sup>2598</sup>. Cette demande peut être formulée directement auprès de l'autorité juridictionnelle concernée ou acheminée jusqu'à

---

<sup>2589</sup> V. Cons. UE, déc. n° 2001/470/CE, 28 mai 2001, JOCE n° L 174, 27 juin 2001, p. 25.

<sup>2590</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 276, p. 249.

<sup>2591</sup> *Ibid.*

<sup>2592</sup> Elle est applicable en France depuis le décret n° 72-947 du 11 octobre 1972, RCDIP 1972, p. 758, JCP 193. III. 39805. V. G. Brulliard, *La Convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger, et l'influence qu'elle peut avoir sur l'application de la loi étrangère dans la nouvelle procédure civile*, JCP G 1973, I, 2580.

<sup>2593</sup> V. sur la rareté d'utilisation de ce système en droit international privé contemporain, not. F. Mélin, « La convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger : constat d'un échec », LPA 27 septembre 1999, n° 192, p. 9 et s.

<sup>2594</sup> Pour cette raison, d'ailleurs, la conférence de La Haye a mis à l'étude un nouveau mécanisme coopératif destiné à optimiser l'échange électronique de données et à faciliter l'accès à la loi étrangère par les parties. (V. *Bureau permanent, Étude de faisabilité sur l'administration du droit étranger*, Doc. préliminaire n° 9 A, mars 2008).

<sup>2595</sup> V. proposant, pour cette raison, de rendre le recours à la convention obligatoire, not., P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 189, p. 143 ; F. Mélin, *art. préc.*, n° 66.

<sup>2596</sup> La demande formulée doit indiquer la nature de l'affaire et préciser, « d'une façon aussi exacte que possible », les points sur lesquels l'information concernant le droit de l'État requis est demandée (art. 4).

<sup>2597</sup> V. art. 3.

<sup>2598</sup> L'article 1 de la convention prévoit, en effet, que les États signataires s'engagent à se fournir des renseignements concernant leur droit, au minimum dans le domaine civil et commercial, et dans le domaine de la procédure civile et commerciale et de l'organisation judiciaire.

elle par un organe de transmission désigné à cet effet<sup>2599</sup>, et doit donner lieu à une réponse fournissant des informations *objectives* et *impartiales*, accompagnée des documents nécessaires. Elle tend exclusivement à fournir des informations d'ordre objectif, sans fonder une base de résolution directe de la question de droit soumise au tribunal requérant<sup>2600</sup>, et ne lie pas le juge du for.

**731.** Quelle que soit la forme de l'échange réalisé, l'intérêt d'un tel système serait de permettre d'assurer la *justesse* de la solution consacrée dans le for, à la fois du point de vue de la protection des intérêts étatiques étrangers, dont la mise en cause et le caractère fondamental seraient vérifiés au cas concret, et de leur évaluation au regard des solutions consacrées dans le for. Ce faisant, il favoriserait la consécration de solutions adaptées à la nature des intérêts mis en cause et à l'importance attachée à leur protection par l'ordre juridique étranger, tout en limitant l'effacement du for aux hypothèses dans lesquelles il apparaît réellement justifié. Corrélativement, il pourrait également assurer une meilleure satisfaction des différents intérêts mis en cause, en favorisant la détermination de solutions de *compromis* et en facilitant leur mise en œuvre concrète sous l'angle du respect des exigences procédurales.

Il devrait idéalement, s'agissant de la coordination réalisée sur le plan juridictionnel, se voir doublé d'une coopération assurée sur le plan procédural, qui faciliterait le *renvoi d'instance* et permettrait d'assurer une *articulation* satisfaisante des règles procédurales applicables devant chacune des autorités juridictionnelles concernées, nécessaire pour assurer le respect de l'intérêt des parties<sup>2601</sup>.

---

<sup>2599</sup> En France, il s'agit du Bureau de droit européen et international du ministère de la Justice.

<sup>2600</sup> V. art. 7.

<sup>2601</sup> V. sur ce point, et les procédés qui pourraient être utilisés, *infra*, n° 844 et s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**732.** L'étude réalisée dans ce chapitre a eu pour objet de déterminer les contours de la méthode de coordination des systèmes susceptible d'assurer, devant les autorités juridictionnelles étrangères, le respect de la compétence qu'un ordre juridique se reconnaît du fait de la mise en cause de ses impérativités substantielles. Cette analyse a permis de dégager des directives générales dans l'optique de la consécration et de la mise en œuvre d'un mécanisme de coordination susceptible d'être efficace dans l'hypothèse où l'ordre juridique d'origine des lois de police mises en cause aurait opportunément doublé l'applicabilité de ses dispositions d'un chef de compétence juridictionnelle exclusif de ses juridictions. Elle a également permis de mettre en lumière certains correctifs qui pourraient être apportés au système actuel, pour assurer une prise en compte effective des lois de police étrangères décorréées du système de compétence juridictionnelle.

**733.** À cet égard, la recherche des fondements sur lesquels pourrait reposer l'effacement du for pour assurer le respect de la compétence de l'ordre juridique étranger a fait apparaître que cette mise en retrait devrait pouvoir être admise, dans la mesure de son caractère légitime et raisonnable apprécié par l'autorité saisie, compte tenu de la *prépondérance* qu'il conviendrait de reconnaître à l'ordre juridique étranger. Dès lors que la compétence de celui-ci serait fondée sur l'applicabilité d'une loi de police mettant en cause ses intérêts étatiques et poursuivant une politique législative à laquelle il attache une importance réellement fondamentale, le for devrait pouvoir admettre la *vocation plus forte* de l'ordre juridique étranger à faire valoir son point de vue vis-à-vis de la résolution du litige et s'abstenir d'exercer la compétence qui lui est reconnue.

L'effacement du for devrait alors pouvoir se justifier, compte tenu de l'importance des considérations mises en cause, par la volonté d'instaurer une coopération et une entraide mutuelle entre les systèmes juridiques, s'agissant de la protection des intérêts étatiques, et pourrait prendre la forme d'un acte de *courtoisie internationale*. Il pourrait, au-delà, également résulter de la volonté du for de sanctionner le comportement frauduleux adopté par les parties en le saisissant, et pourrait ainsi être justifié sous l'angle de la défense de certains intérêts du for, liés au maintien de la crédibilité et de la bonne administration de sa justice devant ses tribunaux.

**734.** L'analyse a également permis de démontrer que le respect de la compétence globale de l'ordre juridique étranger, prise en compte sous son aspect juridictionnel, pourrait également trouver des justifications dans des considérations objectives, liées à la proximité du litige avec l'ordre juridique prépondérant ou encore à l'effectivité de la justice. Alors que le caractère forcément volontaire et consenti de l'effacement du for rend nécessairement incertaine et aléatoire la contribution qu'un ordre juridique accepterait d'apporter à la protection des intérêts étatiques d'un autre ordre juridique, ces considérations viendraient ainsi favoriser la réalisation de la coordination des systèmes recherchée en confirmant l'opportunité de l'effacement du for au regard de justifications qui sont généralement prises en compte pour fonder les règles de compétence juridictionnelle.

**735.** Il a été démontré que la réalisation d'une coordination des systèmes assurant le respect des impérativités étatiques pourrait être favorisée dans la mesure où l'on admettrait que la forme et l'intensité de l'effacement auquel pourrait consentir le for pour respecter la compétence de l'ordre juridique étranger pourraient varier en fonction de l'appréciation que porterait l'autorité saisie sur cette compétence et des considérations qui entreraient en jeu pour justifier sa propre compétence.

Face à la revendication de compétence globale de l'ordre juridique étranger, l'autorité juridictionnelle saisie pourrait admettre de tenir compte de cette compétence globale en s'abstenant directement d'exercer sa compétence juridictionnelle. Elle respecterait ainsi la compétence juridictionnelle de l'ordre juridique étranger, en admettant indirectement la *substitution* de son point de vue substantiel à celui qu'elle retient. Son abstention assurerait alors le respect des impérativités substantielles mises en cause, grâce au maintien d'une liaison entre le *forum* et le *jus*.

Cette solution, idéale, pourrait néanmoins être écartée au profit d'une solution en quelque sorte intermédiaire, ne consacrant qu'un *effacement partiel* du for devant la compétence globale de l'ordre juridique étranger. Le for, attachant une importance particulière au respect de sa compétence juridictionnelle ou tenant compte des intérêts procéduraux des parties justifiant le maintien du contentieux devant ses juridictions, pourrait n'admettre de s'effacer que sur le plan de la compétence législative. Il tiendrait alors compte de l'importance attachée, par l'ordre juridique étranger, à la mise en œuvre de ses impérativités substantielles en faisant application de sa loi de police au fond du litige, mais maintiendrait sa compétence juridictionnelle.

**736.** Sur ce plan substantiel, l'importance des intérêts étatiques mis en cause à travers la vraie loi de police applicable devrait conduire à privilégier une méthode de mise en œuvre approfondie de la loi de police, conduisant à ce que l'autorité saisie adopte *le raisonnement* que retiendraient les juridictions du for d'origine de cette disposition pour la mettre en œuvre. L'importance du lien existant entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative, compte tenu du particularisme des intérêts mis en cause à travers ces dispositions, devrait conduire le juge saisi à tenir compte de *l'aspect juridictionnel* de la compétence revendiquée par l'ordre juridique étranger même en l'absence de revendication explicite de compétence juridictionnelle exclusive de celui-ci. Une telle solution reposerait sur la prise en compte de la position incommode dans laquelle se trouverait le juge saisi faire application de cette disposition. Elle permettrait de diminuer les effets de la décorrélation des compétences juridictionnelle et législative sur la mise en œuvre des lois de police et supprimerait l'intérêt du *forum shopping*.

La technique de la *prise en considération*, d'autre part, pourrait permettre au for, à titre subsidiaire, de tenir compte des lois de police étrangères dès lors qu'un doute subsisterait sur l'opportunité d'en faire application, ou lorsque, une loi de police du for étant également applicable, l'autorité saisie se trouverait face à un conflit de lois de police. Cette disposition serait alors simplement prise en compte comme une donnée *factuelle et objective*, intervenant dans le raisonnement de l'autorité saisie, qui mettrait en œuvre ses solutions habituelles du conflit de lois. Cette technique pourrait alors éviter une ignorance absolue de la loi de police étrangère, qui, sans être en elle-même réellement appliquée, pourrait venir influencer ou nuancer le résultat auquel conduirait l'application de la loi applicable devant le for. Elle assurerait ainsi, non pas la réalisation de la politique législative impérative poursuivie par l'ordre juridique étranger, mais au moins que la décision prononcée dans le for n'ira pas directement à l'encontre des conceptions du for.

**737.** Sur le plan de la mise en œuvre de la méthode de coordination des systèmes devant les autorités juridictionnelles étrangères, il a été démontré que son efficacité devrait impliquer qu'elle puisse être obligatoirement mise en œuvre, indépendamment du comportement procédural des parties. Celles-ci, susceptibles de contribuer positivement à la mise en œuvre du procédé de coordination en invoquant la compétence juridictionnelle étrangère ou l'application de la loi de police de celui-ci, ne devraient pas avoir une maîtrise totale du respect des impérativités étrangères dans le for. Pour cette raison, la possibilité d'admettre que l'autorité saisie puisse se voir imposer une réelle obligation de soulever d'office la mise en

cause des impérativités étrangères a été envisagée à la lueur des solutions consacrées en droit positif.

La consécration d'une telle solution a semblé possible à l'analyse de certaines règles de compétence législative spéciales, qui sont obligatoirement applicables pour le juge saisi et présentent certaines similitudes avec la méthode de coordination envisagée. Ce constat a été fait, notamment, au regard de certaines règles qui conduisent à conditionner l'application de la loi française à l'absence de revendication d'application d'une loi étrangère, ou de certaines règles à coloration matérielle, qui subordonnent l'effet juridique de la loi française au contenu d'une ou de plusieurs lois étrangères. Elle pourrait également être déduite, de manière moins évidente, dès lors qu'il s'agirait de tenir compte de la compétence juridictionnelle exclusive de l'ordre juridique étranger, dans la mesure où l'on admettrait que la question de la compétence juridictionnelle soulevée ici puisse être rapprochée de celle du *pouvoir de juridiction*.

**738.** Sur ce fondement, il a été démontré que la méthode de coordination envisageable pourrait prendre la forme d'une méthode de *prise en compte facultative* des impérativités étrangères, fondée sur la marge de manœuvre qui serait reconnue à l'autorité saisie. Celle-ci serait toujours libre de respecter ou non la compétence étrangère et d'apprécier son opportunité au cas concret. Le mécanisme de coordination prendrait ainsi la forme d'une clause d'exception, permettant ponctuellement au for d'écarter la mise en œuvre des règles normalement applicables dans son système juridique. L'utilité d'une telle méthode, seule envisageable devant l'arbitre, serait de permettre d'adapter la solution aux circonstances concrètes et aux spécificités de l'espèce. Elle devrait néanmoins être assortie de règles venant encadrer sa mise en œuvre pour éviter de faire dépendre la prise en compte des impérativités étrangères de l'appréciation purement discrétionnaire de l'autorité saisie.

D'un autre côté, la méthode de coordination pourrait également reposer sur un système de *prise en compte présomptive obligatoire* des impérativités étrangères, imposant par principe à l'autorité saisie de les respecter mais permettant à celle-ci de l'écarter exceptionnellement, à la suite d'une vérification concrète, lors qu'elle n'apparaîtrait pas concrètement revendiquée par l'ordre juridique désigné. Ce système consacrerait ainsi un principe de soumission *permanente* du for, devant le point de vue de l'ordre juridique étranger désigné, dont la prépondérance serait présumée dans l'hypothèse considérée.



**739.** Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, l'identification de l'ordre juridique prépondérant devrait être réalisée selon deux phases successives, de *prédétermination abstraite* de cet ordre juridique et *d'appréciation concrète* de cette prépondérance, dont l'importance respective devrait varier en fonction du type de méthode de coordination consacrée.

À cet égard, la phase de prédétermination abstraite devrait opportunément reposer, lorsque ceci serait possible, sur la formulation d'un ou de plusieurs critères précis d'identification de l'ordre juridique prépondérant ou la désignation explicite d'un ou de plusieurs ordres juridiques identifiés. Elle permettrait ainsi de réaliser un premier *tri objectif*, pour déterminer les impérativités *respectables* (méthode de prise en compte facultative) ou à *respecter* (méthode de prise en compte obligatoire). Elle établirait des hypothèses d'impérativités dont le juge saisi ne pourrait pas ignorer l'existence, mais devrait au moins en envisager la prise en compte. Cette présélection pourrait être réalisée au regard des solutions admises dans l'ordre juridique du for pour assurer le respect de ses propres impérativités, ou déduite d'une analyse de droit comparé, et devrait être réalisée avec une rigueur particulière dès lors qu'elle fonderait la mise en œuvre d'une méthode de prise en compte obligatoire des impérativités. Une telle méthode de désignation, apparentée à celle formellement consacrée dans l'article 9.3 du règlement Rome I, ou implicitement retenue pour la mise en œuvre de l'effet réflexe des compétences exclusives, permettrait d'identifier des impérativités dont la légitimité pourrait, du point de vue du for, par principe être reconnue.

Elle devrait être complétée de la formulation de critères restrictifs et précis, fondés sur la prise en compte de l'origine des lois de police et du contenu de ces dispositions, inspirés de ceux précédemment dégagés pour l'identification des vraies lois de police. S'agissant d'identifier l'ordre juridique globalement prépondérant, dont les juridictions seraient exclusivement compétentes du fait de la mise en cause d'une vraie loi de police, ces critères devraient être transposés sur le plan de la compétence juridictionnelle, et complétés de critères permettant de tenir compte de considérations d'ordre procédural.

Au stade où l'autorité juridictionnelle saisie mettrait concrètement en œuvre les critères d'identification préétablis, phase primordiale pour la mise en œuvre d'un mécanisme de prise en compte facultative des impérativités étrangères, celle-ci pourrait évaluer l'opportunité de son effacement au profit de l'ordre juridique prépondérant en appréciant unilatéralement le point de vue concret de l'ordre juridique étranger, ou avec le recours à un procédé de coopération unilatéral consacré en droit positif.

Il convient, désormais, de déterminer les procédés par le biais desquels pourrait être mise en œuvre cette méthode de coordination des systèmes.

## **CHAPITRE II : VARIÉTÉ DES PROCÉDÉS D'EFFACEMENT**

**740.** Après avoir déterminé les contours de la méthode de coordination des systèmes qui permettrait d'assurer le respect international de la compétence prépondérante de l'ordre juridique d'origine des vraies lois de police, il convient d'identifier les procédés qui pourraient asseoir concrètement sa mise en œuvre devant les fors étrangers. Il s'agit d'identifier les mécanismes de coordination qui, consacrés dans le système juridique de référence de l'autorité juridictionnelle saisie, pourraient la conduire à mettre à l'écart son point de vue pour respecter celui de l'ordre juridique étranger dont les impérativités substantielles seraient mises en cause.

À cet égard, la détermination des procédés susceptibles de fonder la réalisation de la coordination des systèmes recherchée doit être faite également au regard de la solution ici proposée, consistant à fonder un chef de compétence juridictionnelle exclusif sur l'applicabilité d'une loi de police. Ils devraient permettre d'assurer le respect de la compétence globale que l'ordre juridique étranger se reconnaîtrait sur les plans à la fois juridictionnel et législatif, et fonder un effacement absolu de l'autorité juridictionnelle saisie, quant à l'exercice de sa compétence. La recherche de ces procédés présente également un intérêt sous l'angle de la mise en place d'un mécanisme de coordination des systèmes qui puisse permettre à l'autorité juridictionnelle étrangère de tenir compte du lien existant *de facto* entre l'application des lois de police et la compétence juridictionnelle, même en l'absence de consécration explicite d'un chef de compétence juridictionnelle exclusif. Sous cet angle, l'analyse pourrait ainsi permettre de déceler des procédés susceptibles de remplacer le mécanisme de prise en compte des lois de police étrangères, inefficace en droit positif.

**741.** Dans ces différentes hypothèses, les procédés susceptibles d'assurer efficacement la coordination des systèmes devraient ainsi permettre au for de consacrer son effacement pour assurer le respect de la prépondérance globale de l'ordre juridique étranger. Ils devraient permettre de tenir compte de l'aspect juridictionnel du conflit de systèmes envisagé et idéalement intervenir sur le plan des conflits de juridictions pour fonder l'abstention juridictionnelle de l'autorité saisie.

À cet égard, la question doit être étudiée sous l'angle de la possibilité qu'il y aurait d'exploiter, à cette fin, certains procédés de coordination préexistants ou envisagés en doctrine, non spécifiquement affectés à la protection des impérativités étatiques étrangères.

Leur possible utilisation dans ce cadre nécessitera qu'ils puissent être adaptés sans dénaturation, quant à leur objectif et leur mise en œuvre, pour assurer la coordination des systèmes recherchée.

Dans un contexte où les conflits entre ordres juridiques sont généralement ignorés en droit international privé et où la coordination des systèmes n'est généralement envisagée que sous l'angle d'un rapprochement des points de vue divergents retenus sur le plan de la compétence législative par les ordres juridiques impliqués, les mécanismes de coordination disponibles à cet égard apparaissent assez limités. D'un autre côté, la mise en œuvre d'un mécanisme de coordination des systèmes sur le plan de la compétence juridictionnelle, admise dans les États de *common law*, apparaît en principe exclue dans les États de tradition civiliste, et considérée comme étant incompatible avec la rigidité qui caractérise les règles de compétence juridictionnelle. Elle n'est envisagée que dans les hypothèses rares et étroitement limitées des conflits de procédures, et n'apparaît, même dans ces hypothèses, jamais explicitement fondée sur une prise en compte de la compétence des tribunaux étrangers.

La mise en œuvre d'une telle coordination des systèmes, à titre général, paraît néanmoins envisageable au regard des évolutions récentes que connaît le droit positif, en particulier sous l'influence du droit européen.

**742.** À cet égard, la réalisation de la coordination des systèmes recherchée semble pouvoir être assurée grâce à un procédé inspiré du mécanisme du *forum non conveniens* consacré dans les États de *common law* (SECTION I). Les procédés multilatéraux de coopération, de plus en plus en plus fréquemment consacrés, en particulier sous l'influence du droit de l'Union européenne, semblent également constituer des instruments efficaces pour assurer le respect international des impérativités étatiques (SECTION II). Certaines propositions doctrinales, au-delà, fondées sur la détermination d'un ordre juridique de référence, pourraient également fonder la mise en place d'un mécanisme de coordination opérant (SECTION III).

**743.** L'exploitation de ces procédés envisagés ou consacrés en droit positif, dans le cadre de l'exercice de la justice étatique, pourrait éventuellement faire l'objet d'une transposition dans la cadre de la justice arbitrale. Elle apparaît néanmoins plus difficilement envisageable, du fait de la nature conventionnelle de la compétence et des fonctions conférées à l'arbitre, et impliquerait le développement préalable d'un esprit de coopération suffisamment poussé de celui-ci, à la protection des intérêts étatiques, pour le conduire à admettre d'écarter, une fois saisi, les solutions découlant de l'exercice de la volonté individuelle des parties.

À cet égard, la voie d'une coopération instituée avec des juges étatiques apparaît *a priori* comme la plus envisageable, en raison de la préexistence de certains procédés consacrant une telle interaction entre ces autorités et des solutions relatives et de compromis qu'elle permet de consacrer.

## **SECTION I : PROCÉDÉ UNILATÉRAL FONDÉ SUR LE *FORUM NON CONVENIENS***

**744.** Initialement consacré dans le seul droit écossais, le *forum non conveniens* a progressivement conquis les États de *common law*, pour progressivement constituer l'élément central de leur système de compétence juridictionnelle internationale<sup>2602</sup>. Conférant au juge saisi le pouvoir discrétionnaire général de décliner sa compétence juridictionnelle au profit d'une juridiction étrangère qu'il estime mieux placée, il apparaît comme un procédé de coordination des systèmes *facultatif*, intervenant sur le plan de la compétence. Il apparaît, *a priori*, susceptible de constituer le fondement d'un mécanisme de coordination des systèmes permettant d'assurer le respect des impérativités étrangères (I). Son utilisation à cette fin, analysée sous l'angle de son adaptation pour réaliser l'objectif poursuivi, doit dès lors être envisagée (II).

### **I- Utilité théorique du *forum non conveniens***

**745.** L'utilité théorique du *forum non conveniens* pour assurer la réalisation de la coordination envisagée semble pouvoir résulter à la fois de sa capacité à fonder une prise en compte de la compétence juridictionnelle exclusive revendiquée par un ordre juridique étranger dans le for (A) et de la compatibilité de ses objectifs avec la protection des impérativités étrangères (B).

---

<sup>2602</sup> V. sur l'admission générale de ce mécanisme dans ces États, not. B. Schneider, « *Le forum conveniens et le forum non conveniens* (en droit écossais, anglais et américain) », RIDC 1975, p. 608 et s.

## A) Compatibilité des fondements du mécanisme

**746.** La compatibilité des fondements sur lesquels repose le mécanisme avec la méthode de coordination recherchée peut être déduite de la fonction qui lui est assignée dans la version *libérale* sous laquelle il apparaît aujourd'hui dans les droits anglais et américain. Il fonde en effet, dans ce cadre, la possibilité, pour le juge, de s'abstenir d'exercer sa compétence pour des considérations d'opportunité (1), et permet d'assurer une prise en compte de la compétence juridictionnelle étrangère dans l'ordre juridique du for (2).

### 1- Pouvoir discrétionnaire général de dessaisissement du juge du for

**747.** La doctrine du *forum non conveniens* a originellement été consacrée dans une version *subjective*, en droits anglais et américain, pour remédier aux injustices susceptibles de résulter de la mise en œuvre des chefs de compétence juridictionnelle<sup>2603</sup>. Elle était envisagée comme un moyen permettant au défendeur d'obtenir le dessaisissement du juge saisi au regard du caractère inapproprié de sa compétence pour statuer sur le différend<sup>2604</sup>. Le mécanisme du *forum non conveniens* n'avait alors vocation à intervenir que dans l'hypothèse d'un *abus de procédure*<sup>2605</sup>, et voyait sa mise en œuvre soumise à l'existence d'une action « vexatoire ou oppressive ». Corrélativement, il apparaissait comme le fondement d'un pouvoir discrétionnaire *limité* du juge saisi, destiné à sanctionner le comportement abusif des parties et fondé à titre principal sur une analyse des mobiles et de l'intention des parties.

**748.** Le mécanisme a néanmoins connu une évolution assez lente, en droit anglais et en droit américain<sup>2606</sup>, qui a permis l'émergence du mécanisme dans sa forme *libérale* et *objective*, tel qu'il se présente en droit positif.

Aux États-Unis, la forme *libérale* du *forum non conveniens* a été consacrée par l'arrêt *Piper Aircraft Co. v. Reyno*<sup>2607</sup>. La Cour envisagea pour la première fois le mécanisme comme étant susceptible d'être mis en œuvre à *titre général*, pour assurer que le procès ait

<sup>2603</sup> V. sur ce point, en particulier, A. Nuyts, *L'exception de forum non conveniens, Étude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003, *Première Partie*.

<sup>2604</sup> Il résultait alors d'une interprétation restrictive du mécanisme tel qu'il était conçu en Écosse. V. P. Herzog, « La théorie du *forum non conveniens* en droit anglo-américain : un aperçu », RCDIP 1976, p. 1 et s.

<sup>2605</sup> V. *Mc Henry v. Lewis*, 22 Ch. D. 397, 407 (CA, 1882), spéc., p. 407-408, et en droit américain, *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U. S. 501 (1947).

<sup>2606</sup> V. not., sur cette évolution, C. Chalas, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000, n° 64-72, p. 80-88 ; A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 111 et s., p. 164 et s. ; P. Wautelet, *Les conflits de procédure, Étude de droit international privé comparé*, thèse, Université catholique de Louvain, 2002, n° 407 et s., p.445 et s.

<sup>2607</sup> *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981). V. également, écartant expressément la version restrictive du *forum non conveniens*, *Allstate Life Ins. Co. v. Linter Group*, 994 F.2d 996 (2<sup>d</sup> Cir.), spéc., p. 1000-1001.

lieu devant le tribunal « le plus approprié »<sup>2608</sup>, et non plus comme un instrument exceptionnel de correction des règles de compétence. Le dessaisissement du for ne dépendait alors plus du caractère inapproprié de la saisine du for, mais pouvait être admis dès qu'il y avait lieu d'estimer que le tribunal étranger était plus approprié pour connaître de la cause. Le *forum non conveniens* fondait ainsi une possibilité reconnue aux juges américains d'apprécier l'opportunité d'exercer leur compétence juridictionnelle, et consacrait le caractère flexible des règles de compétence juridictionnelle établies<sup>2609</sup>.

**749.** En Angleterre, la libéralisation du mécanisme fut amorcée par les tribunaux grâce à un abandon progressif de l'exigence de poursuites oppressives ou vexatoires<sup>2610</sup>, au profit d'une analyse fondée sur la recherche du « for naturel »<sup>2611</sup> et visant à déterminer le juge avec lequel « la contestation présent[ait] les liens les plus étroits »<sup>2612</sup>. Le Cour posa un principe de dessaisissement du for au profit du tribunal étranger le *plus approprié*, susceptible de n'être écarté que dans la mesure où le demandeur prouverait que le dessaisissement risquait de le priver d'un *avantage personnel ou juridique légitime*<sup>2613</sup>.

L'évolution de l'exception de *forum non conveniens* fut achevée avec l'arrêt *Spiliada Maritime Corp v. Cansulex Ltd*,<sup>2614</sup> dans lequel la Chambre des Lords a posé les règles générales applicables au *forum non conveniens*<sup>2615</sup> et qui fondent aujourd'hui la version moderne du mécanisme. Les Lords déclarèrent expressément que la question posée dans la mise en œuvre du *forum non conveniens* devait être « fondamentalement d'identifier le for où la contestation pourra[it] être jugée de la façon la plus adéquate au regard des intérêts de toutes les parties et des fins de la justice »<sup>2616</sup>. Le principe de base du *forum non conveniens* était ainsi posé, selon lequel le juge ne pouvait se dessaisir que lorsqu'il était convaincu qu'un

---

<sup>2608</sup> V. également, dégageant le critère du tribunal le plus « qualifié », *Bhatnagar v. Surrenda Overseas Ltd*, 52 F. 3d 1220 (3<sup>th</sup> Cir. 1995) ; *Mercier v. Sheraton Int'l, Inc.*, 935 F 2d 419 (1<sup>st</sup> Cir. 1991), spéc., p. 424.

<sup>2609</sup> V. sur cet arrêt et sa portée, en particulier, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 112 et s.

<sup>2610</sup> V. en ce sens, *The Atlantic Star (owners) v. Bona Spes* [1974] AC 436 (HL), et sur l'arrêt, H. Gaudemet-Tallon et D. Tallon, « L'incompétence internationale discrétionnaire du juge anglais et ses limites », RCDIP 1974, p. 40 et s. V. également, dans le même sens, *MacShannon v. Rockware Glass Ltd* [1978] AC 795 (HL), et sur l'arrêt, H. Gaudemet-Tallon et D. Tallon, « Compétence internationale et dettes de monnaie étrangère devant la Chambre des Lords-Nouveaux développements », RCDIP 1979, p. 697 et s.

<sup>2611</sup> *The Abidin Daver* [1984], 1 A.C. 398 (HL), spéc., p. 411-412.

<sup>2612</sup> *Ibid.*, p. 415.

<sup>2613</sup> Cet *avantage légitime* était alors interprété restrictivement, en particulier lorsqu'une instance était pendante à l'étranger, dès lors que le demandeur devait prouver que le fait d'être privé de la compétence du for l'exposerait à une véritable injustice. V. *The Abidin Daver*, *préc.*, p. 411-412.

<sup>2614</sup> *Spiliada Maritime Corp v. Cansulex Ltd* [1987], AC 460 (HL).

<sup>2615</sup> En fait, bien que l'affaire ait mis en cause la question du *forum conveniens*, les solutions consacrées ont vocation à s'appliquer également au *forum non conveniens*.

<sup>2616</sup> *Ibid.*, p. 480. V. également, reprenant fidèlement cette idée, *Connelly v. R.T.Z. Corporation Plc.* [1998] A.C. 854, spéc., p. 871 ; *Lubbe v. Cape Plc.* [2000] 1 W.L.R.1545 (H.L.).

tribunal étranger était « clairement et distinctement plus approprié »<sup>2617</sup>. Le défendeur devait alors rapporter la preuve que celui-ci était le « for naturel » pour trancher la contestation<sup>2618</sup>.

Dans la mesure où cette preuve était apportée, le dessaisissement du juge anglais était admis par principe, sauf pour le demandeur, à apporter la preuve que le dessaisissement du for serait, au regard des circonstances de l'espèce, contraire *aux exigences de la justice*. Le système conduisait ainsi à reconnaître un véritable principe d'abstention au profit de la juridiction étrangère *mieux placée*, limité simplement par le biais d'une sorte *d'exception d'ordre public*, visant à assurer que le résultat de ce dessaisissement ne conduirait pas à un résultat intolérable<sup>2619</sup>.

**750.** Cette évolution des droits anglais et américain a ainsi permis de faire du *forum non conveniens* le fondement d'un pouvoir discrétionnaire de dessaisissement général, applicable quel que soit le fondement de sa compétence juridictionnelle, et dont la mise en œuvre dépend de considérations *objectives* et « moralement neutres »<sup>2620</sup>. Il vise à assurer que le litige sera résolu par le for<sup>2621</sup> le plus à même de trancher la contestation de *manière satisfaisante* au regard des différents intérêts mis en cause. Il peut, sous cet angle, être affecté à la réalisation d'objectifs assez variables, en raison de l'imprécision des contours de la notion de *caractère approprié*, et ne vise plus à sanctionner les hypothèses d'exploitation abusive des règles de compétence juridictionnelle que sous cet angle. Il apparaît, dans cette version *libérale* et *objective*, comme un instrument au service du respect de l'équité procédurale et des fins de la justice, fondé sur le *principe de proximité*<sup>2622</sup> et de lutte contre le *forum shopping*<sup>2623</sup>.

La théorie du *forum non conveniens* fonde ainsi aujourd'hui le caractère souple et *facultatif* des règles de compétence établies dans les États de *common law*, en permettant de *corriger* les solutions inadaptées auxquelles elles pourraient conduire au cas concret<sup>2624</sup>. Il consacre une « clause d'exception » générale, applicable en matière de compétence juridictionnelle<sup>2625</sup>. Corrélativement, il confère au juge saisi une liberté quant à l'exercice de

---

<sup>2617</sup> *Spiliada Maritime Corp v. Cansulex Ltd*, préc., p. 477 (c).

<sup>2618</sup> Si le for étranger n'apparaissait pas, en revanche, *plus* approprié que le juge anglais mais *aussi* approprié que lui, celui-ci devait rester saisi. V. en ce sens, not. *European Asian Bank AG v. Punjal and Sinf Bank* [1982] 2 *Lloyd's Rép.* 356 (CA), p. 363.

<sup>2619</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008, n° 148.

<sup>2620</sup> C. Chalas, *thèse préc.*, n° 184, p. 184.

<sup>2621</sup> V. *Spiliada Maritime Corp v. Cansulex Ltd*, préc., p. 476.

<sup>2622</sup> V. sur ce point, P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986, t. 196, p. 9 et s., n° 146.

<sup>2623</sup> V. en ce sens, not. L. Usunier, *thèse préc.*, n° 437 et s. ; G. Goldstein, « Le *forum non conveniens* en droit civil », RCDIP 2016, p. 51 et s.

<sup>2624</sup> V. en ce sens, P. Lagarde, *cours préc.*, p. 135.

<sup>2625</sup> V. P. Lagarde, *cours préc.*, n° 141 et s., p. 142 et s.



sa compétence juridictionnelle et la possibilité d'y renoncer lorsqu'il estime cela justifié. Dans cette évaluation, le for possède une marge de manœuvre assez importante, malgré l'existence de critères d'analyse fixés par la jurisprudence des tribunaux de *common law*. Ceux-ci, compte tenu de leur caractère imprécis et extrêmement large, ne viennent que faiblement structurer son appréciation discrétionnaire. Ils laissent l'autorité saisie libre de tenir compte de considérations les plus diverses et de leur conférer une importance plus ou moins déterminante. Son abstention n'apparaît pas, en effet, comme une nécessité logique, mais comme une simple option retenue par l'ordre juridique du for dans la mesure où elle lui paraît opportune<sup>2626</sup>.

Sous cet angle *libéral*, le *forum non conveniens* fonde, lorsqu'il est mis en œuvre et *accueilli* comme une exception à l'exercice de la compétence du for, une prise en compte de la compétence juridictionnelle étrangère de la part du juge saisi.

## 2- Prise en compte de la compétence juridictionnelle étrangère

**751.** Quant aux conséquences de sa mise en œuvre, l'exception de *forum non conveniens* apparaît tout à fait conforme au mécanisme de coordination des systèmes recherché, dès lors qu'elle conduit le for à s'effacer sur le plan juridictionnel, pour laisser la juridiction étrangère concurrentement compétente exercer celle qu'elle se reconnaît pour trancher le différend. Le mécanisme apparaît, en effet, dans sa version libérale, ouvertement fondé sur la prise en considération de la compétence juridictionnelle étrangère de la part de l'ordre juridique du for<sup>2627</sup>.

L'abstention du juge du for n'est ici déduite ni du caractère en lui-même inapproprié de sa compétence<sup>2628</sup>, ni simplement de l'existence de la compétence concurrente des juridictions étrangères, mais résulte de la *prévalence* qu'il reconnaît à cette compétence étrangère sur celle qui lui est reconnue par l'État au nom duquel il rend la justice. Elle implique une *consultation* objective de ces règles étrangères et de la possibilité concrète d'une

---

<sup>2626</sup> V. P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 221.

<sup>2627</sup> V. sur ce point, et la particularité de cette technique de mise en œuvre du droit étranger lorsqu'elle concerne les règles de compétence juridictionnelle, n° 639 et s.

<sup>2628</sup> Dans le cadre de la version restrictive du *forum non conveniens*, néanmoins, telle qu'elle est consacrée en droit australien par exemple, la démonstration du caractère manifestement inapproprié du for est également imposée pour permettre l'abstention du for. Celle-ci apparaît alors davantage fondée sur la volonté de remédier au caractère inadapté ou injustifié de la saisine du for que sur la volonté de tenir compte de la compétence du juge étranger. La compétence étrangère est une condition nécessaire du dessaisissement, mais non suffisante. Il repose sur l'exigence du caractère « clairement inapproprié du for », et implique de centrer l'analyse sur les avantages et inconvénients que présenterait la poursuite du procès devant la juridiction du for. V. en ce sens, not. l'arrêt rendu par la Cour suprême d'Australie, *Oceanic Sun-Line Special Shipping Co Inc. v. Fay* (1988) 165 CLR 197 (HC), spéc., p. 249.

résolution du litige concerné devant le for étranger<sup>2629</sup>. La mise à l'écart de la compétence du for semble, en effet, toujours préalablement<sup>2630</sup> conditionnée à la vérification de l'existence d'un for étranger alternatif compétent et effectivement susceptible de trancher le différend<sup>2631</sup>. La jurisprudence américaine impose à cet égard, d'une part, que le défendeur soit « justiciable » d'un autre tribunal<sup>2632</sup>, et d'autre part, qu'il constitue une alternative « adéquate » à la résolution du procès aux États-Unis<sup>2633</sup>.

**752.** Le *forum non conveniens* apparaît ainsi fondé sur la prise en considération *objective* du point de vue que l'ordre juridique étranger retient sur le plan juridictionnel. La compétence étrangère est considérée depuis le for à la fois sous l'angle abstrait de son existence, telle qu'elle est consacrée par les règles du système juridique étranger, et sous l'angle de la volonté de ses juridictions de l'exercer effectivement au cas concret. Le mécanisme repose sur la prise en compte du point de vue *concret*, éventuellement encore *virtuel*, de l'ordre juridique étranger. En l'absence de condition relative à la saisine préalable des juridictions étatiques de ce dernier, qui fonderait un conflit de procédures<sup>2634</sup>, le *forum non conveniens* permet une

---

<sup>2629</sup> V. not., aux États-Unis, *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, préc., p. 247 ; en Angleterre, not., *MacShannon v. Rockware Glass Ltd*, préc. V. sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 215 et s., p. 310 et s.

<sup>2630</sup> À cet égard, les droits anglais et américain se différencient quant au stade auquel le for *le plus approprié* doit être déterminé. Les tribunaux anglais procèdent directement à la détermination du « for naturel » et apprécient si ce for étranger est plus qualifié que le for pour connaître de la cause, immédiatement après le constat de l'existence d'un tribunal alternatif, en laissant ensuite le soin au demandeur de prouver qu'il ne pourra pas faire valoir sa demande de manière « effective » devant le for étranger. Ce n'est qu'à ce stade que le juge du for devra alors vérifier que le for étranger offre les « garanties essentielles d'un jugement équitable ». Les tribunaux américains, en revanche, une fois la compétence du juge étranger alternatif établie, commencent par déterminer si ce tribunal étranger constitue une alternative « adéquate » à la poursuite du procès aux États-Unis, c'est-à-dire si le demandeur pourra faire valoir sa demande de manière effective et équitable devant le tribunal étranger, et déterminent seulement, dans un second temps, si cette condition est remplie, quel est le for le plus approprié pour connaître du litige. V. sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 211, p. 304.

<sup>2631</sup> Cette condition est reconnue de manière unanime en droit anglais et en droit américain. V. not., rappelant expressément l'existence de cette condition, aux États-Unis, *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, préc., p. 506 ; *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, préc., p. 254, note 22, et en Angleterre, *Spiliada Maritime Corp v. Cansulex Ltd*, préc., p. 474. V. cep., *Islamic Republic of Iran v. Mohammed Reza Pahlavi et al.*, 62 NY 2d 474, 467 NE 2d 245, 478 NYS 2d 597 (1984), cert. den. 105 S. Ct. 783 (1985), où la Cour d'appel de New York déclara que « bien que l'existence d'un for alternatif accessible soit un facteur de première importance à prendre en considération dans l'application de la doctrine du forum non conveniens, l'absence prétendue d'un tel for n'oblige pas le tribunal à retenir sa compétence... », p. 483-484, et critiquant cet arrêt, P. Lagarde, *cours préc.*, p. 149 ; C. Chalas, *thèse préc.*, n° 718. 1. En droit américain, néanmoins, la possibilité, pour le défendeur, de saisir un autre tribunal, semble parfois être posée comme un élément d'appréciation dans la balance des intérêts, et non comme une condition absolue du dessaisissement. V. d'ailleurs, *Islamic Republic of Iran v. Mohammed Reza Pahlavi et al.*, 62 NY 2d 474, 467 NE 2d 245, 478 NYS 2d 597 (1984), cert. den. 105 S. Ct. 783 (1985), où la Cour d'appel de New York déclara que « bien que l'existence d'un for alternatif accessible soit un facteur de première importance à prendre en considération dans l'application de la doctrine du forum non conveniens, l'absence prétendue d'un tel for n'oblige pas le tribunal à retenir sa compétence... », p. 483-484, et critiquant cet arrêt, P. Lagarde, *cours préc.*, p. 149 ; C. Chalas, *thèse préc.*, n° 718.

<sup>2632</sup> V. *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, préc. Ceci implique que le tribunal étranger soit compétent, selon ses conceptions, pour connaître du différend.

<sup>2633</sup> V. *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, préc., p. 254, note 22. Ceci signifie que le demandeur doit avoir la possibilité de faire valoir sa demande de façon effective et équitable devant ce juge étranger.

<sup>2634</sup> L'existence d'une procédure parallèle à l'étranger, néanmoins, peut être prise en compte dans le cadre de la mise en œuvre du mécanisme, comme un élément d'appréciation du caractère approprié de la compétence du for. Elle intervient, en effet, comme un élément *favorable* au dessaisissement du juge saisi. V. par ex. aux États-Unis, *Blanco v. Banco Indus. De Venezuela*, 997 F. 2d 974 (2<sup>d</sup> Cir. 1993) ; *Contact Lumber Co v. PT Moges Shipping Co*, 918 F. 2d 1446 (9<sup>th</sup> Cir. 1990), spéc., p. 1452, et en droit anglais, *Cleveland Museum of Art v. Capricorn Art International SA* [1990] 2 *Lloyd's Rép.* 166 ; *Spiliada*, préc., p. 484.

prise en considération de la compétence étrangère, *pour elle-même*, au regard de sa seule *existence théorique* et indépendamment de toute déclaration *explicite* formulée en ce sens par ses tribunaux.

**753.** Dans un second temps, l'accueil de l'exception de *forum non conveniens* entraîne l'abstention juridictionnelle de l'autorité saisie au profit de la compétence du tribunal étranger mieux placé, et devrait normalement conduire à ce que ce dernier tranche la contestation. Le *forum non conveniens* apparaît alors comme un mécanisme susceptible de fonder une *prise en compte effective* de cette compétence étrangère dans l'ordre juridique du for.

Il reflète le consentement de celui-ci à se soumettre entièrement au point de vue *global* de l'ordre juridique étranger concerné et à substituer ses conceptions à celles qu'il retient lui-même. Le renoncement du for s'exprime en effet, nécessairement, sur les plans à la fois juridictionnel et normatif, puisque son dessaisissement conduit à écarter également la mise en œuvre des solutions qu'il retient sur le plan des conflits de lois. Le mécanisme du *forum non conveniens* prend ainsi la forme d'un instrument de *répartition de la compétence entre les ordres juridiques*, fondé sur la prévalence accordée au juge *le plus approprié*.

Il permet de s'adresser « au cœur du problème » du *forum shopping* et de lutter efficacement contre cette pratique<sup>2635</sup>, au regard de ses aspects à la fois procéduraux et substantiels<sup>2636</sup>. Il permet, en outre, de limiter « les risques de confrontation entre ordres juridiques, en assurant un respect maximal des compétences étrangères et des intérêts des États étrangers »<sup>2637</sup>, et apparaît comme un instrument susceptible de tenir compte des attentes de ceux-ci à voir leurs seules juridictions nationales résoudre le contentieux<sup>2638</sup>. Il semble alors pouvoir être rattaché à une certaine forme de *coopération internationale* et apparaît d'ailleurs par principe rattaché à la *courtoisie internationale* par les États de *common law*, sous l'angle de la référence à la *Comity*<sup>2639</sup>.

Il apparaît, de ce point de vue, au moins *théoriquement*, susceptible d'asseoir une prise en compte des compétences juridictionnelles exclusives étrangères fondées sur la mise en cause de lois de police, et d'être utilisé pour assurer la résolution du conflit de systèmes dans notre hypothèse.

---

<sup>2635</sup> V. sur le lien établi entre la notion de *forum shopping* et la saisine du *for naturel* dans les États de *common law*, not. *Boys v. Chaplin* [1971] AC 356 (HL), p. 401.

<sup>2636</sup> V. A. Briggs, « In Praise and Defence of Renvoi », 47 I. C. L. Q. 877 (1998), spéc., p. 879 et 881.

<sup>2637</sup> L. Usunier, *thèse préc.*, n° 442.

<sup>2638</sup> C'est d'ailleurs justement l'absence de ce type de règles aux États-Unis, où le concept de compétences exclusives n'existe pas, qui explique l'utilisation du mécanisme, notamment en matière de droit de la concurrence, et qui révèle la capacité du mécanisme à permettre d'assurer le respect des compétences juridictionnelles exclusives. V. not., *Capital Currency Exchange v. National Westminster Bank Plc*, *préc.*

<sup>2639</sup> V. not. *The Abidin Daver*, *préc.*, p. 415.

## **B) Compatibilité des objectifs du mécanisme**

**754.** La compatibilité des objectifs poursuivis à travers la mise en œuvre du *forum non conveniens* avec celui qui devrait fonder la mise en œuvre du mécanisme de coordination des systèmes recherché implique une analyse des critères qui ont pu être dégagés pour délimiter les contours de la notion de « for le plus approprié ». La marge de manœuvre du juge saisi pour apprécier l'opportunité d'exercer sa compétence juridictionnelle en fonction des circonstances de chaque espèce se voit en effet, au moins théoriquement, *encadrée* ou *structurée* par des facteurs visant à fixer le seuil au-delà duquel l'atteinte au *caractère approprié du for* peut conduire le for à prononcer son abstention. Ils établissent des motifs pertinents de mise en œuvre du mécanisme du *forum non conveniens* et fixent l'objectif et la fonction exacte qui lui sont assignés.

**755.** À cet égard, l'analyse de ces facteurs, globalement envisagés et répartis en fonction de l'intérêt dont ils visent à assurer la prise en compte<sup>2640</sup>, laisse envisager la possibilité d'inclure la compétence exclusive d'un juge étatique, qui serait fondée sur la mise en cause de ses impérativités substantielles, dans la définition du « for le plus approprié ».

Il semble pouvoir en être ainsi, en premier lieu, du fait de l'absence d'incompatibilité existant entre les facteurs *d'intérêts privés* qui fondent par principe la mise en œuvre du mécanisme, avec l'objectif de protection des intérêts étatiques étrangers (1). Cet objectif, d'autre part, semble également pouvoir être directement intégré dans la prise en compte des facteurs *d'intérêts publics* qui est parfois admise (b). De manière générale, la possibilité d'assurer le respect de la compétence de l'ordre juridique d'origine des vraies lois de police à l'étranger par le biais du mécanisme du *forum non conveniens* semble envisageable grâce à la souplesse du mécanisme et à l'absence de limite absolue dans laquelle semble enfermé le juge saisi pour apprécier l'opportunité de s'abstenir d'exercer sa compétence.

---

<sup>2640</sup> V. sur la classification de ces critères, au regard également de leur caractère « général » ou « spécifique », A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 231 et s..

## 1- Absence d'incompatibilité avec l'objectif de protection des intérêts privés

**756.** Bien que des différences apparaissent quant au poids qu'il convient de leur accorder, les États de *common law* se rejoignent de manière générale assez fortement, concernant les facteurs d'intérêt privé sur lesquels le juge peut fonder son abstention. Ceux-ci apparaissent toujours pris en considération de manière *centrale* dans la mise en œuvre du mécanisme et placés au cœur de l'analyse effectuée<sup>2641</sup>. Ils se recoupent, la plupart du temps, malgré les différences de conceptions retenues vis-à-vis du *forum non conveniens*.

De tels facteurs déterminent, de manière générale, la possibilité, pour les tribunaux, de rendre une justice à la fois *efficace* et *équitable* pour les parties, en assurant un équilibre entre leurs intérêts respectifs. Ils tiennent principalement « aux éléments personnels, territoriaux et procéduraux qui rattachent la situation litigieuse au for »<sup>2642</sup>. Une telle conception du *forum non conveniens* fonde le recours général aux critères des « liens les plus étroits »<sup>2643</sup> ou des « points de contact »<sup>2644</sup> que la situation présente avec les différents fors concernés. Elle conduit à faire de ce mécanisme « l'expression juridictionnelle du principe de proximité »<sup>2645</sup>.

**757.** Leur mise en œuvre implique ainsi notamment que le juge saisi analyse, au cas concret, les liens personnels qu'entretiennent les parties avec chacun des ordres juridiques concernés et les conditions d'accès effectif des plaideurs au for concerné<sup>2646</sup>. Le juge saisi va ainsi tenir compte à la fois des attaches personnelles que présentent le défendeur ou chacune des parties avec le for, au regard par exemple de leur nationalité, de leur résidence ou de leur domicile<sup>2647</sup>, et de la localisation concrète des faits à l'origine du litige. Cette localisation est déduite d'une analyse de la situation matérielle des éléments qui fondent la contestation, en particulier le lieu de l'exécution des obligations, de la commission du dommage ou de sa réalisation<sup>2648</sup>, ou encore de la localisation des moyens de preuve<sup>2649</sup> et de la loi applicable au

<sup>2641</sup> V. sur ces différents facteurs, not., A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 233 et s., p. 332 et s.

<sup>2642</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 233.

<sup>2643</sup> Critère anglais, V. *The Abidin Daver*, *préc.*, p. 415 ; *Spiliada*, *préc.*, p. 477-478.

<sup>2644</sup> Critère américain, V. *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, *préc.*, p. 257.

<sup>2645</sup> H. Muir Watt, compte-rendu de l'ouvrage *Declining Jurisdiction in Private International Law, Reports to the XIV<sup>th</sup> Congress* (dit. J. J. Fawcett.), RCDIP 1995, p. 900 et s.

<sup>2646</sup> V. *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, *préc.*, spéc., p. 24, où la Cour suprême a rappelé le principe selon lequel « le dessaisissement se justifierait lorsque la tenue du procès devant le tribunal choisi par le demandeur impose une lourde charge au défendeur » ; et en Angleterre, V. not. *Atlantic Star*, *préc.*, spéc., p. 468-469.

<sup>2647</sup> V. not. En Angleterre, *Banco Atlantico SA v. British Bank of the Middle East* [1990] 2 *Lloyd's Rép.* 54 (CA), spéc., p. 510 (proximité du défendeur avec le for). Alors que les liens du demandeur exercent en règle générale peu d'incidence dans la mise en œuvre du *forum non conveniens* dans les États de *common law*, les juridictions américaines attachent en revanche une importance particulièrement grande à ce critère. V. not. *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, *préc.*, spéc., p. 255.

<sup>2648</sup> Ainsi, par ex. en matière délictuelle, les tribunaux anglais ont retenu une véritable présomption générale, selon laquelle le for naturel du litige est celui de l'ordre juridique sur le territoire duquel le délit a été commis. V. not. *Albaforth* [1984], 2 *Lloyd's Rép.* 91, spéc., p. 94.

<sup>2649</sup> V. sur l'importance de ce facteur, en particulier, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 243 et s., et les arrêts cités en ce sens.

fond du litige. De manière générale, ces facteurs permettent au juge saisi de prendre en compte « toute [...] difficulté pratique affectant la possibilité d'obtenir un procès facile, expéditif et peu coûteux »<sup>2650</sup>.

Sous cet angle « proximate », le recours à la théorie du *forum non conveniens* semble n'induire qu'une différence de méthode par rapport au système retenu dans les États de tradition civiliste<sup>2651</sup>. Alors que ces derniers prennent directement en compte ce type de considérations au stade de l'élaboration des règles de compétence rigides définitivement fixées, le mécanisme du *forum non conveniens* repose sur la prise en compte de ces mêmes critères mais renvoie cette prise en compte au stade de la *mise en œuvre* des règles de compétence établies. Le *principe de proximité* a donc vocation à intervenir *également*, et peut-être même *principalement*, pour *corriger* les règles de compétence établies, dès lors qu'elles n'apparaîtraient pas adaptées au cas concret<sup>2652</sup>.

**758.** Or, à cet égard, la force du rattachement qui relierait nécessairement l'ordre juridique dont les vraies lois de police seraient applicables au fond du litige et la situation juridique<sup>2653</sup>, permet de déduire une absence d'incompatibilité entre l'objectif de protection des intérêts privés poursuivi par le *forum non conveniens* et celui qui devrait fonder la mise en œuvre du mécanisme de coordination dans l'hypothèse envisagée.

Le lien de proximité, décalqué sur le plan juridictionnel par l'effet de la corrélation des compétences établies, assurera que les juridictions étrangères exclusivement compétentes présenteront un *lien étroit* avec le litige. Elles devraient ainsi apparaître comme des juridictions, au minimum, « appropriées », du fait des liens personnels entretenus par les parties avec l'ordre juridique auquel elles appartiennent ou de la localisation des faits litigieux sur son territoire.

Dans ce cadre, la possibilité d'accueillir le *forum non conveniens* pour respecter la compétence étrangère fondée sur la mise en cause d'une loi de police ne devrait impliquer qu'une adaptation du mécanisme sans contrarier fondamentalement son objectif général, centré sur la proximité. La *prépondérance* de cette compétence par rapport à celle du for, qu'impose la reconnaissance de son caractère « plus approprié », et sa qualité de « for naturel », nécessaire à l'accueil de l'exception de *forum non conveniens*, devraient en effet

---

<sup>2650</sup> *Gulf Oil Copr. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947), *préc.*, spéc., p. 508. Et v. sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 237.

<sup>2651</sup> V. en ce sens, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 463, p. 628. Et, sur la mise en œuvre et les justifications de ce principe de proximité dans le cadre de la compétence juridictionnelle, de manière générale, *supra*, n° 578.

<sup>2652</sup> V. mettant en avant l'intérêt de l'exception de *forum non conveniens* sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 472 et s., p. 639 et s.

<sup>2653</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 581 et s.

pouvoir être reconnues. La reconnaissance de la supériorité de l'ordre juridique étranger paraît d'autant plus envisageable que, s'agissant des vraies lois de police, l'intensité des liens entre l'ordre juridique concerné et la situation juridique devrait être particulièrement importante, du fait de la force de l'implication des intérêts étatiques mis en cause.

**759.** Au-delà, certains facteurs *incidents* d'intérêt privé, généralement pris en compte dans le cadre de la mise en œuvre du mécanisme « pour s'intégrer à la clause générale de *forum non conveniens* »<sup>2654</sup>, pourraient également *inciter* le juge saisi à admettre son abstention en faveur des juridictions étrangères dont la compétence exclusive reposerait sur un tel fondement.

Il en est ainsi du critère de *l'abus de procédure* qui apparaît de nature à favoriser l'accueil de l'exception de *forum non conveniens*<sup>2655</sup> dans l'hypothèse où les parties se seraient livrées à un *forum shopping* en saisissant la juridiction du for en vue de contourner l'application des impérativités étrangères mises en cause<sup>2656</sup>. Il en est également de même de la prise en compte de l'efficacité future du jugement qui serait rendu, parfois considérée dans le cadre de la mise en œuvre du mécanisme<sup>2657</sup> et intervenant exceptionnellement pour inciter le juge saisi à se dessaisir, au profit de la compétence des juridictions étrangères dont le jugement aurait davantage de chances d'être efficace<sup>2658</sup>.

Le respect des impérativités étrangères, par la voie du *forum non conveniens*, semble également pouvoir, sous un angle « positif », être directement fondé sur les critères publicistes qui sont parfois retenus.

## 2- Conformité avec l'objectif de protection des intérêts publics

**760.** La doctrine du *forum non conveniens* semble historiquement reposer sur une mixité de fondements d'essence à la fois publiciste et privatiste<sup>2659</sup>. La possibilité de prendre en compte

---

<sup>2654</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 267, p. 369.

<sup>2655</sup> V. sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 302, et en ce sens, not. *Gilbert, préc.*, p. 508 ; *Piper, préc.*, p. 249, note 15.

<sup>2656</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 99.

<sup>2657</sup> La Cour suprême des États-Unis a indiqué, en effet, que l'application du *forum non conveniens* pouvait être influencée par « les possibilités d'exécution du jugement éventuel qui sera obtenu ». V. *Gilbert, préc.*, p. 508. Et V. sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 322 et s.

<sup>2658</sup> V. *Olympic Corp. v. Société Générale*, 463 F. 2d 376 (2<sup>d</sup> Cir. 1972), spéc., p. 379. V. également, en sens inverse, mettant en avant le fait que le dessaisissement du for ne saurait être admis lorsqu'il est évident que le jugement étranger ne pourra pas être reconnu dans le for, *Méridien BIAO v. Bank of New York* [1997] 1 *Lloyd's Rép.* 437, spéc., p. 442. Et sur la possibilité pour le juge américain, dans ce cadre, de conditionner son abstention à l'engagement par le défendeur, d'exécuter le jugement étranger qui sera rendu, *Baumgart v. Fairchild Aircraft Corp.*, 981 F. 2d 824 (5<sup>th</sup> Cir. 1993), spéc., p. 836.

<sup>2659</sup> V. not. sur les objectifs qui ont fondé originellement l'émergence du mécanisme en Écosse, inspirés à la fois de considérations relatives à la prise en compte des intérêts du for étranger et de celles relatives à l'efficacité et à l'équité, en particulier, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 62 et s.

des facteurs d'intérêts publics à *titre général*, dans la mise en œuvre contemporaine du *forum non conveniens*, n'apparaît pourtant expressément reconnue qu'aux États-Unis.

La Cour suprême a mis en évidence, dès l'arrêt *Gilbert*, le fait que le dessaisissement des juridictions américaines pouvait être déterminé au regard « d'intérêts publics », lesquels recouvriraient la question de la charge économique que présentait le procès pour la collectivité du for, l'intérêt éprouvé respectivement par les États concernés à travers la résolution du litige, et la loi applicable au fond du litige<sup>2660</sup>. La prise en compte de ce type de considérations publicistes apparaît, en revanche, en principe écartée dans la majorité des États de *common law*, en particulier en Angleterre, où les juges insistent sur le caractère *privatiste* du *forum non conveniens*, conçu comme un mécanisme visant *par principe* à assurer que l'affaire sera jugée par le tribunal avec lequel la contestation présente les contacts les plus étroits<sup>2661</sup> dans l'intérêt des parties<sup>2662</sup>.

**761.** Ce rejet *formel* de la conception publiciste du mécanisme n'est cependant que *relatif*. La mise à l'écart de ces intérêts dans la mise en œuvre du mécanisme du *forum non conveniens* ne semble en réalité consacrée que s'agissant de leur prise en compte de manière *générale* et *autonome*, mais apparaît toujours exceptionnellement admise et réalisée de manière implicite ou détournée, par l'intermédiaire de facteurs *a priori* fondés sur des intérêts privés. La marge de manœuvre conférée au juge, dans la mise en œuvre du mécanisme, induit logiquement une telle solution, dès lors qu'il semble peu probable que le juge saisi fasse preuve d'une indifférence totale à l'égard des intérêts étatiques mis en cause, en particulier lorsqu'il s'agit de ceux de l'ordre juridique auquel il appartient.

La possibilité d'une prise en compte exceptionnelle des intérêts étatiques étrangers apparaît d'ailleurs à travers la solution rendue par la Chambre des Lords dans l'arrêt *Lubbe* du 20 juillet 2000<sup>2663</sup>, qui semble pouvoir être comprise comme limitant cette exclusion aux seules « considérations générales » fondées sur ce type d'intérêts<sup>2664</sup>. Elle n'empêcherait ainsi

---

<sup>2660</sup> V. *Gilbert*, *préc.*, p. 508-509. Cette solution fut confirmée par la suite, not. dans l'arrêt *Piper Aircraft*, *préc.*, p. 252 et 259.

<sup>2661</sup> V. *Spiliada Maritime Corp v. Cansulex Ltd*, *préc.*, spéc., p. 477-478.

<sup>2662</sup> L'absence d'affectation du mécanisme à cette fonction de résolution des conflits d'intérêts étatiques explique d'ailleurs le recours à des mécanismes spécifiques et distincts pour respecter les intérêts fondamentaux d'États étrangers, comme par exemple les règles limitant la compétence internationale des tribunaux anglais, en les privant de *subject matter jurisdiction*. Il en est ainsi, par ex. concernant les litiges portant sur un droit réel relatif à un immeuble sis à l'étranger, V. *British South Africa Co v. Companhia de Moçambique* [1893] AC 602, et pour les litiges en matière de validité d'un droit intellectuel étranger, V. *Tyburn Productios Ltd V. Conan Doyle* [1991] Ch. 75.

<sup>2663</sup> *Lubbe v. Cap plc.* [2000] 1 WLR 1545 (HL), *préc.*

<sup>2664</sup> Pour certains auteurs, en effet, la solution retenue devrait être interprétée de manière restrictive. L'arrêt exclurait simplement la prise en compte, en tant que telle, des intérêts étatiques généraux, tels que par exemple, l'encombrement des tribunaux ou la détermination du centre de gravité de la situation sur le territoire d'un État, mais laisserait ouverte la possibilité de tenir compte de l'intérêt *spécifique* et *fondamental* qu'un État peut éprouver sur le plan du droit substantiel dans



l'influence des intérêts publics que dès lors qu'ils ne seraient « relayés ni par les intérêts privés des parties ni par les fins de la justice »<sup>2665</sup>.

**762.** Sous ses diverses formes, la prise en compte de ces considérations publicistes apparaît susceptible de recouvrir des intérêts étatiques de nature assez diverse et pouvant à la fois intervenir sur le plan strictement juridictionnel ou sur le plan du droit substantiel.

L'intérêt qu'un État pourrait éprouver à voir le litige tranché par ses juridictions est, en effet, parfois envisagé à travers le critère relatif à la loi applicable au fond du litige. La prise en compte de ce facteur est admise en droit anglais et américain, et repose, à titre général, sur l'idée qu'il est toujours *préférable* que le juge saisi soit celui dont les dispositions substantielles sont applicables<sup>2666</sup>. Cette conception fonde alors la consécration d'une liaison entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative, et justifie que le juge saisi puisse tirer des conséquences de cette considération pour déduire l'opportunité d'exercer sa compétence. L'applicabilité d'une loi étrangère est ainsi considérée comme un élément pesant *en faveur* du dessaisissement du juge du for au profit du juge étranger<sup>2667</sup>, alors qu'inversement, l'applicabilité de la loi du for incite le tribunal du for à refuser d'accueillir l'exception de *forum non conveniens* et à exercer sa compétence juridictionnelle<sup>2668</sup>.

Or, alors que cette prise en compte est par principe envisagée sous l'angle de la recherche d'une bonne administration de la justice et appréciée au regard du *principe de proximité*<sup>2669</sup>, elle est également parfois prise en compte du point de vue de l'intérêt étatique qui serait mis en cause, dans une logique d'allègement de la tâche du juge<sup>2670</sup>, ou sous l'angle du risque que la loi étrangère fasse l'objet d'une mauvaise application<sup>2671</sup>.

---

une matière donnée. V. en ce sens, not., A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 262, p. 365 ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 335 ; C. Chalas, note sous *Lubbe v. Cap plc.* [2000] 1 WLR 1545 (HL), RCDIP 2002, p. 690 et s., spéc., p. 701.

<sup>2665</sup> *Lubbe v. Cap plc.* [2000] 1 WLR 1545 (HL), *préc.*, p. 1566.

<sup>2666</sup> La Cour suprême a d'ailleurs déclaré à cet égard qu'il était préférable « que le procès ait lieu dans l'État dont la loi est applicable plutôt que d'imposer à un autre tribunal l'obligation de résoudre des questions complexes de droit international privé et de droit étranger ». V. *Gulf Oil Corp. v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947), spéc., p. 509.

<sup>2667</sup> V. en Angleterre, *The Nile Rhapsody* [1992] 2 *Lloyd's Rép.* 339, confirmé en appel [1994] 1 *Lloyd's Rép.* 382 (CA) ; aux États-Unis, not., *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*, *préc.*, p. 866 ; *Kamel v. Hill-Rom*, 108 F. 3d 799 (7<sup>th</sup> Cir. 1997), spéc., p. 805.

<sup>2668</sup> V. not., en droit anglais, *Charm Maritime Inc. v. Kyriakou and Mathias* [1987] 1 *Lloyd's Rép.* 443 (CA) ; *Coast Lines Ltd v. Hudig & Veder Chartering NV* [1972] 2 QB. 34. De manière générale, le poids accordé à ce critère dans la décision du juge de s'abstenir ou d'exercer sa compétence varie en fonction de l'importance de la divergence existant entre la loi du for et la loi étrangère et de la technicité de la question litigieuse. V. mettant en avant le faible poids accordé à ce facteur lorsque les deux lois sont relativement proches, *Morrison v. Panic Link td*, 1993 SLT 602, mais lui accordant au contraire une importance lorsque la question litigieuse est très technique, *The Nile Rhapsody*, *préc.* ; *Crédit Chimique v. James Scott Engineering Group Ltd* [1982] S.L.T. 131.

<sup>2669</sup> V. *Trendex Trading Corp. v. Credit Suisse* [1980] 3 All. E.R. 721 (CA).

<sup>2670</sup> V. en particulier, l'arrêt *Gilbert préc.*, dans lequel la Cour suprême a rappelé l'opportunité qu'il y aurait d'établir une corrélation des compétences juridictionnelle et législative pour éviter aux tribunaux de « s'encombrer d'inutiles problèmes liés à la détermination de la loi applicable ou à l'application de la loi étrangère ».

<sup>2671</sup> V. en particulier, faisant une application de ce critère sous cet angle, *The Nile Rhapsody* [1992] 2 *Lloyd's Rép.* 339.

**763.** En droit américain, les intérêts publics, considérés dans le cadre de la mise en œuvre du mécanisme, découlent en particulier de la « fonction économique » de régulation du rôle des tribunaux qui lui est reconnue<sup>2672</sup>. Le *forum non conveniens* est envisagé comme un instrument permettant de remédier à l'encombrement des tribunaux. Il voit ainsi par principe sa mise en œuvre dépendre d'une évaluation de l'impact que la résolution du litige présente pour la « communauté américaine » et de l'utilisation corrélative des ressources de la justice américaine qu'elle implique<sup>2673</sup>.

D'un autre côté, il est également admis que la recevabilité de l'exception de *forum non conveniens* pourrait dépendre de l'intérêt général, éprouvé par chacun des États concernés, à voir trancher certaines contestations par leurs propres tribunaux, lorsqu'elles présentent une « connexion étroite » avec leur ordre juridique<sup>2674</sup>. Les juridictions américaines procèdent ainsi, pour chaque litige, à une mise en balance des intérêts étatiques de chacun des ordres juridiques et évaluent la manière dont la contestation les affecte respectivement, pour en déduire celui dont les juridictions doivent statuer<sup>2675</sup>. La méthode consiste alors à apprécier globalement en quoi la contestation affecte l'intérêt public de l'État du for, et à comparer l'importance de cet intérêt avec celui de l'État étranger<sup>2676</sup>.

**764.** De manière plus directe, enfin, les intérêts étatiques mis en cause sont parfois pris en compte, en Angleterre et aux États-Unis, sous l'angle de l'intérêt spécifique et « prépondérant » qu'un État pourrait éprouver à travers la résolution du litige, parce que la solution qui en serait donnée affecterait de manière *directe et essentielle* son organisation sociale, politique ou économique. L'implication de cet État est alors considérée comme étant consacrée à la fois sur les plans juridictionnel et législatif, et conduit à l'adoption d'une vision

---

<sup>2672</sup> Cette fonction du *forum non conveniens* a été envisagée par P. Blair, « The Doctrine of *forum non conveniens* in Anglo-American Law », 19 Col. L. Rev. 380 (1947).

<sup>2673</sup> V. not. l'arrêt *Gilbert* (préc.), où la Cour a déclaré que « le fait de multiplier les procédures devant des tribunaux déjà encombrés plutôt que de les juger au lieu d'origine de la contestation entraîne des difficultés administratives pour les tribunaux. La charge qui découle de la participation à un jury ne doit pas être imposée à une communauté qui n'a aucun lien avec le litige ». Dans l'arrêt *Piper Aircraft* (préc.), également, la Cour a jugé que l'intérêt américain n'était pas suffisant pour « justifier l'énorme engagement des ressources de la justice qui serait nécessaire pour que l'affaire soit jugée aux États-Unis » (p. 259).

<sup>2674</sup> V. *Piper*, préc. (spéc., p. 260-261). Il avait initialement été considéré, tel qu'il ressort de l'arrêt *Gilbert* (spéc., p. 509), sous le seul angle de la *proximité* que présentait le litige avec le territoire étatique concerné. Il s'agissait alors pour le juge du for de déterminer le *centre de gravité* de la situation, pour déduire l'existence de l'intérêt du for dans lequel elle se situait, à voir trancher le différend par ses propres juridictions. Inversement, l'absence de localisation du litige sur le territoire d'un État permettrait d'en déduire l'absence de mise en cause de son intérêt étatique. V. critiquant cette approche et jugeant le critère de la proximité « artificiel » et « inutile », entendu sous cet angle, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 254, p. 355.

<sup>2675</sup> Une telle mise en balance des intérêts étatiques de l'État du for et de l'État étranger apparaît fréquemment effectuée dans les litiges relevant de la matière de la responsabilité du fait de produits défectueux (V. not., *Doe v. Hyland Therapeutics DiV.* 807 F. Sup. 1117 [S.D.N.Y. 1992] ; *Piper*, préc., p. 260-261) et d'accidents industriels (V. par exemple, *In re Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*, 634 F. Sup. 842 [S.D.N.Y.1986], modified, 809 F. 2d 195 [2<sup>th</sup> Cir.], cert. denied 484 U.S. 871 [1987], Clunet 1996, p. 1001, note P. Herzog). V. sur la mise en balance des intérêts étatiques dans ces deux matières, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 256-258, p. 356-360.

<sup>2676</sup> V. en ce sens, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 255.

globale de la part des tribunaux. Elle a même parfois conduit certaines juridictions américaines à fonder la mise en œuvre du *forum non conveniens* sur une approche modifiée, faisant de la protection de ces intérêts étatiques l'élément central et décisif de l'accueil de l'exception<sup>2677</sup>.

Une telle approche est généralement retenue par les tribunaux américains dans des matières où le Congrès a lui-même édicté des « dispositions matérielles d'ordre public économique »<sup>2678</sup>. Il en est ainsi en particulier<sup>2679</sup> en matière de droit financier, de procédures collectives ou encore de droit *antitrust*<sup>2680</sup>, où l'implication des intérêts étatiques apparaît particulièrement importante, et se traduit par l'édiction d'une législation impérative et la compétence d'organes administratifs chargés d'en assurer le respect.

Elle a également pu être consacrée, de manière plus discrète, en droit anglais, à travers l'intérêt de l'État à voir appliquer sa réglementation d'ordre public. Sous couvert d'arguments relatifs à la difficulté qu'éprouverait le juge étranger à appliquer le droit anglais d'ordre public, le refus des tribunaux anglais de se dessaisir semble avoir été fondé sur leur volonté d'assurer l'application de ces dispositions<sup>2681</sup>. Ainsi, il semblerait possible de dire que « la prise en compte de la loi applicable dans le cadre de la doctrine du *forum non conveniens* permet donc aux intérêts étatiques de jouer, en droit anglais, un rôle assez comparable à celui qu'ils jouent en droit français et communautaire, en interdisant le dessaisissement du juge du for lorsque l'affaire soulève une question qui présente un intérêt fondamental pour l'État du for et qui ne peut en conséquence échapper à la loi du for »<sup>2682</sup>.

La diversité des intérêts étatiques susceptibles d'être pris en compte, dans le cadre de la mise en œuvre du *forum non conveniens*, de manière explicite ou implicite, laisse apparaître la possibilité d'une exploitation du mécanisme pour assurer le respect international des impérativités étatiques. Celle-ci doit, désormais, être envisagée quant à sa réalisation concrète.

---

<sup>2677</sup> V. sur ce point, *infra*, n° 771.

<sup>2678</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 259, p. 360.

<sup>2679</sup> V. prenant l'exemple de ces matières, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 259 et s., p. 360 et s.

<sup>2680</sup> Certains juges américains refusent même parfois toute mise en œuvre du *forum non conveniens* lorsque le droit *antitrust* américain est applicable. Ils considèrent que son applicabilité ne doit pas seulement rendre le dessaisissement des juridictions américaines plus difficile sur le fondement du *forum non conveniens* mais directement inenvisageable. V. not., en ce sens, *Industrial Inv. Development Corp v. Mitsui & Co, Ltd*, 671 F. 2d 876 (5<sup>th</sup> Cir. 1982), p. 890 et s.

<sup>2681</sup> Il en fut ainsi, not., dans l'arrêt, *Du Pont de Nemours v. Agnew* [1987] 2 *Lloyd's Rép.* 585 (CA), où, pour rejeter l'exception de *forum non conveniens*, les juges anglais relevèrent que la question de savoir si des dommages et intérêts punitifs pouvaient être couverts par une police d'assurance touchait à l'ordre public anglais et ne pouvait, pour cette raison, être tranchée de manière appropriée par le juge américain.

<sup>2682</sup> L. Usunier, *thèse préc.*, n° 336.

## II- Exploitation pratique du mécanisme

**765.** L'exploitation du mécanisme doit être envisagée sous l'angle de sa capacité à fonder une abstention juridictionnelle consentie par le for afin de respecter la compétence juridictionnelle exclusive d'un ordre juridique étranger fondée sur l'applicabilité d'une vraie loi de police. Il convient dès lors d'envisager les adaptations dont il devrait faire l'objet pour assurer une telle fonction (A). L'efficacité du mécanisme de coordination des systèmes, qui serait inspiré de la théorie du *forum non conveniens*, d'autre part, impliquera qu'il puisse être effectivement mis en œuvre quelle que soit l'autorité juridictionnelle saisie (B).

### A) Adaptations nécessaires du mécanisme

**766.** L'utilisation du mécanisme, dans notre hypothèse, implique qu'il puisse apparaître comme un instrument affecté à la sauvegarde des politiques législatives étatiques étrangères les plus fondamentales (1). Il devrait, à cet égard, faire l'objet de certains *correctifs*, nécessaires à la réalisation de cet objectif (2).

#### 1- Affectation du mécanisme à la sauvegarde des politiques législatives étrangères

**767.** Sous l'angle de sa fonction « publiciste », le mécanisme du *forum non conveniens* apparaît indéniablement comme un instrument de protection des intérêts étatiques mis en cause dans des litiges de droit privé. L'implication de ces intérêts exerce, en effet, une influence sur l'appréciation du « caractère approprié » d'une juridiction étatique, et permet de faire du *forum non conveniens* « un véritable procédé de règlementation, imprimant la marque de la puissance étatique dans les rapports privés internationaux »<sup>2683</sup>.

La question de l'utilisation du mécanisme pour assurer la coordination des systèmes recherchée n'implique pas de prendre parti entre les deux opinions doctrinales divergentes retenues en droit international privé contemporain. Elle s'insère aisément comme une solution de compromis entre l'idée selon laquelle le *forum non conveniens* devrait permettre de toujours garantir que les tribunaux saisis d'une affaire seront ceux de l'État qui possède le plus grand intérêt dans la matière litigieuse<sup>2684</sup> et celle qui consiste à l'envisager comme un

---

<sup>2683</sup> H. Muir Watt, préface de la thèse de C. Chalas, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000.

<sup>2684</sup> V. en ce sens, not. P. Carney, « International *Forum non conveniens* : 'Section 1404.5'. –A proposal in the Interest of Sovereignty, Comity, and Individual Justice », 45 Am. U. L. Rev. 415 (1995), spéc., p. 485 et s., coté par A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 566.

instrument exclusivement destiné à la protection des intérêts privés<sup>2685</sup>. Elle ne devrait conduire le juge du for à s'abstenir sur ce fondement que dans des hypothèses exceptionnelles, où l'importance des intérêts étatiques étrangers mis en cause et le risque *avéré* de l'atteinte que leur porterait la résolution du contentieux dans le for le justifieraient effectivement.

Le *forum non conveniens* apparaîtrait ainsi comme un mécanisme, affecté *par principe* à la protection des intérêts privés, et assurerait, de manière *exceptionnelle* mais *certaine*, le respect des intérêts étatiques fondamentaux étrangers concrètement mis en cause, en permettant d'écarter l'exercice de sa compétence par l'autorité saisie *normalement* compétente<sup>2686</sup>.

**768.** À cet égard, néanmoins, la possibilité de prendre en compte des intérêts publics dans la mise en œuvre du mécanisme, reconnue sous l'angle de l'intérêt direct d'un État à voir trancher la contestation par ses juridictions, ou à voir appliquées ainsi qu'il l'entend ses dispositions substantielles, paraît encore en elle-même insuffisante pour déduire sa capacité à permettre l'obtention d'un tel résultat. Elle implique également qu'il soit susceptible de fonder l'abstention du juge saisi sur sa volonté *positive* d'apporter sa contribution au respect des impérativités de l'ordre juridique étranger par esprit de coopération. Or, sous cet angle, l'adaptation du *forum non conveniens* ne semble pouvoir être fondée que sur certains aspects de sa version publiciste.

En effet, il apparaît d'abord évident que la prise en compte des intérêts étatiques, admise sous l'angle de sa fonction économique de désencombrement des tribunaux telle qu'elle est envisagée en droit américain, ne peut fonder une telle adaptation. Elle ne permet de tenir compte que des intérêts du for et se désintéresse des intérêts étrangers. Il semble en aller de même de la prise en compte des intérêts étatiques mis en cause à travers la loi applicable, telle qu'elle est exceptionnellement reconnue en droit anglais, dès lors qu'elle ne semble admise que vis-à-vis des intérêts du for, pour écarter la mise en œuvre de l'exception de *forum non conveniens*.

**769.** Une perspective plus optimiste apparaît, en revanche, sous l'angle de l'approche américaine consistant à mettre en balance les intérêts étatiques généraux de chacun des ordres

---

<sup>2685</sup> V. en ce sens, C. Chalas, *thèse préc.*, n° 649 et s.

<sup>2686</sup> Le mécanisme, sous cette forme, n'aurait en effet vocation à s'appliquer que dans la mesure où aucune règle *préétablie* dans le for ou implicitement admise dans le for ne conduirait à prohiber directement sa compétence. V. sur ce point, not. A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 567.

juridiques mis en cause, ou à tenir compte de la mise en cause d'un « intérêt étatique prépondérant ». Ces deux « techniques » de prise en compte des intérêts publics peuvent constituer le fondement d'une coopération du juge américain. Elles lui permettent de s'abstenir d'exercer sa compétence en considération des intérêts étatiques d'un ordre juridique étranger mis en cause sur le plan du droit substantiel, que le for étranger ait pris la peine de formuler une revendication explicite de compétence juridictionnelle exclusive corrélée de ses tribunaux ou n'en ait déduit que l'application impérative de ses dispositions.

**770.** Sous l'angle de la première de ces approches, le respect international des vraies lois de police pourrait reposer sur la transposition, sur le plan de la compétence juridictionnelle, de la théorie des « intérêts gouvernementaux »<sup>2687</sup>, parfois envisagée comme méthode de résolution des conflits de lois de police<sup>2688</sup>. Les tribunaux américains prennent en compte l'intérêt général de chacun des deux ordres juridiques concernés dans la matière litigieuse, et évaluent notamment l'intérêt de chacun des États à faire respecter leur réglementation matérielle dans les litiges présentant un lien avec leur territoire<sup>2689</sup>. La liaison établie entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative, au regard du risque que les dispositions étatiques étrangères fassent l'objet d'une mauvaise application ou ne soient pas appliquées, conduit alors le juge du for à déduire son abstention juridictionnelle de leur mise en cause.

Une illustration particulièrement éloquente de la mise en œuvre du *forum non conveniens*, sous cet angle, apparaît à travers l'affaire *Bhopal*<sup>2690</sup>, dans laquelle les juges américains ont écarté leur compétence au motif que « l'intérêt indien dans la création et le respect de standards de prudence et dans la protection de ses citoyens est significativement plus important que l'intérêt (américain) qui consiste à dissuader les sociétés multinationales d'exporter des technologies prétendument dangereuses »<sup>2691</sup>. L'adoption d'une telle solution devrait alors pouvoir conduire à ce que le juge du for déduise de l'analyse des intérêts étatiques respectifs de chacun des ordres juridiques concernés, la prévalence de ceux de l'ordre juridique étranger dont une vraie loi de police serait applicable. Cette constatation devrait pouvoir conduire, en effet, à ce que le juge du for reconnaisse que le juge étranger exclusivement compétent sur ce fondement est « plus approprié », et qu'il déduise

---

<sup>2687</sup> V. en ce sens, C. Chalas, *thèse préc.*, n° 323.

<sup>2688</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 513.

<sup>2689</sup> V. sur ce point et en ce sens, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 576.

<sup>2690</sup> *Bhopal, In re. Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*, 634 F. Sup. 842 (S.D.N.Y. 1986). Dans cette affaire, la discussion portée devant les tribunaux américains pour apprécier l'opportunité de leur dessaisissement au profit des juridictions indiennes a été principalement fondée sur une appréciation « des intérêts de l'Inde et des États-Unis ». V. p. 862.

<sup>2691</sup> *Ibid.*, p. 865.

éventuellement le caractère « inapproprié » de sa compétence sous l'angle de son incapacité à appliquer convenablement les dispositions substantielles étrangères.

**771.** La seconde approche, reposant plus directement sur l'objectif de protection des lois de police, consiste à partir de l'idée d'une sorte de présomption en faveur de la *prépondérance globale* d'un ordre juridique dont les intérêts étatiques apparaissent fondamentalement impliqués dans la résolution d'un litige sur les plans à la fois juridictionnel et législatif. Elle s'appuie sur l'idée qu'il est toujours préférable de laisser l'État concerné mettre en œuvre lui-même les « politiques fondamentales sur lesquelles repose son organisation »<sup>2692</sup> et postule ainsi de l'existence d'une liaison systématique et nécessaire des compétences juridictionnelles et législatives d'un ordre juridique, qu'elle soit ou non cristallisée au sein d'une règle de compétence juridictionnelle exclusive de ses tribunaux.

La mise en cause de ce type d'intérêts a pu conduire à l'adoption d'une technique différente de mise en œuvre du mécanisme de la part de certains tribunaux américains. La prise en compte de l'intérêt étatique est considérée comme un élément *central* et décisif dans le raisonnement du juge, alors que les considérations relatives aux intérêts privés sont parallèlement renvoyées au second plan<sup>2693</sup>.

Les juridictions américaines ont pu décider de rejeter l'exception de *forum non conveniens* et de maintenir leur compétence dans une affaire relative à une fraude boursière, au motif que le respect de la réglementation financière américaine et la protection de l'intégrité des marchés financiers américains constituaient un « intérêt national important » pour les États-Unis<sup>2694</sup>. Corrélativement, la constatation de l'*intérêt prépondérant* éprouvé par l'ordre juridique canadien à voir appliquer sa propre réglementation<sup>2695</sup> a également conduit les tribunaux américains à décider de s'abstenir d'exercer leur compétence<sup>2696</sup>.

Sous réserve d'une reconnaissance, par le for, de la *prépondérance* de l'ordre juridique étranger dont les vraies lois de police seraient mises en cause, l'exception de *forum non*

---

<sup>2692</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 578, p. 823. V. également, en ce sens, R. Fentiman, « *Foreign Law and the Forum Conveniens* », in *Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Transnational Publishers, 2002, p. 275 et s., spéc., p. 285 ; C. Chalas, *thèse préc.*, n° 572.

<sup>2693</sup> V. sur ce point, L.S. Hoffman et K.A. Rowley, « *Forum non Conveniens* en Federal Statutory Cases », 49, Emory L.J. 1137 (2000), spéc., p. 1190. V. également, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 259 et s., p. 360 et s.

<sup>2694</sup> V. not. *In re Livent, Inc. Securities Litigation*, 78 F. Sup. 2d 194 (S.D.N.Y., 1990), spéc., p. 211. V. sur cet arrêt, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 260. V. également, en ce sens, *Derensis v. Coopers & Lybrand*, 930 F. Sup. 1003 (D.N.J. 1996), spéc., p. 1011.

<sup>2695</sup> V. *In re. Philip Services Corp. Securities Litigation*, 49 F. Sup. 2d 629 (S.D.N.Y., 1999), p. 641. En l'espèce, l'intérêt du Canada à voir respecter la législation relative aux marchés financiers a conduit les tribunaux américains à conclure qu'il serait « hautement intrusif » pour les tribunaux américains de trancher le différend.

<sup>2696</sup> V. également, en matière d'*antitrust*, *Capital Currency Exchange v. National Westminster Bank Plc*, 155 F. 3d 603 (2<sup>d</sup> Cir. 1998), en matière boursière ; *Bank of Credit and Commerce Int'l. v. State Bank of Pakistan*, 46 F. Sup. 2d, 231 (S.D.N.Y. 1999) ; *Europe and Overseas Commodity Traders v. Banque Paribas London*, 940 F. Sup. 528 (1996), spéc., p. 538.

*conveniens* pourrait ainsi fonder l'abstention juridictionnelle nécessaire au respect de ces dispositions et assurer la coordination des systèmes recherchée.

Une telle utilisation du mécanisme, néanmoins, impliquera qu'il fasse l'objet de certaines adaptations quant à ses modalités de mise en œuvre.

## 2- Adaptations formelles du procédé de coordination

**772.** L'efficacité du *forum non conveniens* pour fonder la coordination des systèmes recherchée nécessite qu'il fasse l'objet de certaines adaptations s'agissant de ses modalités de mise en œuvre.

En ce qu'il fonde une méthode *flexible* de coordination, revêtant un caractère doublement *facultatif*, dont la mise en œuvre repose entièrement sur la volonté de l'autorité juridictionnelle saisie, il présente nécessairement des faiblesses inhérentes à ce type de mécanismes<sup>2697</sup>. Il ne peut permettre d'assurer de manière satisfaisante la protection des impérativités étrangères que dans la mesure où cette volonté se verrait néanmoins *encadrée* par des normes légales ou jurisprudentielles permettant de *canaliser* le pouvoir du juge.

**773.** Or, à cet égard, le *forum non conveniens*, dans sa version libérale, confère au juge un large pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre du mécanisme. Il sera exercé « en fonction des convictions personnelles du juge quant à ce qui lui apparaît souhaitable dans le cas d'espèce pour les intérêts des parties et des fins de la justice »<sup>2698</sup>. L'importance de la liberté qu'il détient quant à la solution à retenir<sup>2699</sup>, d'ailleurs, est à l'origine des critiques formulées par les partisans d'une conception *restrictive* du *forum non conveniens*<sup>2700</sup>, et a été virulemment critiquée par la Cour suprême d'Australie. Celle-ci, en effet, considère que le mécanisme, dans sa version libérale, tendrait à instaurer « un gouvernement de juges plutôt qu'un gouvernement de droit »<sup>2701</sup>. Affecté à la protection des intérêts étatiques étrangers, il risquerait dès lors de ne permettre que de consacrer des solutions aléatoires et susceptibles de varier en fonction de l'autorité juridictionnelle saisie. Son utilisation implique, dès lors, la

---

<sup>2697</sup> V. sur ces faiblesses, *supra*, n° 349 et s.

<sup>2698</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 228.

<sup>2699</sup> Cette approche apparaît d'ailleurs dans les termes mêmes qui sont utilisés par les tribunaux anglo-américains vis-à-vis de la prise en compte des intérêts étatiques substantiels étrangers, qui se contentent d'énoncer qu'il est « préférable » de donner aux tribunaux la possibilité de mettre en œuvre les politiques fondamentales poursuivies par l'État auquel ils appartiennent. V. en droit anglais, *Spiliada*, *préc.* ; *The Nile Rhapsody*, *préc.* ; et en droit américain, *Gilbert préc.* ; *Piper*, *préc.*

<sup>2700</sup> V. sur les caractéristiques du mécanisme sous cette forme, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 228 ; et sur l'incidence qu'a eue la constatation du caractère aléatoire et de l'incertitude que présente sa mise en œuvre, sur la consécration de cette version restrictive par la jurisprudence australienne, not. L. Usunier, *thèse préc.*, n° 447 et s.

<sup>2701</sup> V. *Oceanic Sun-Line Special Shipping Co Inc. v. Fay* (1988) 165 CLR 197 (HC), p. 239.



mise en place de certains *correctifs* visant à assurer l'opportunité et la prévisibilité du résultat de sa mise en œuvre<sup>2702</sup>.

D'un autre côté, la mise en place d'un certain encadrement de la décision du juge saisi devrait conduire à préciser les notions extrêmement larges et fuyantes de « for naturel » ou de « tribunal le plus approprié »<sup>2703</sup>, et à formuler des critères d'analyse suffisamment pertinents et adaptés à l'objectif poursuivi. Ils constitueraient ainsi une *trame* dont le respect devrait être imposé au juge saisi et consacrerait le fondement de son appréciation.

**774.** Cet encadrement devrait permettre également, dans l'hypothèse où la mise en cause d'intérêts étatiques étrangers fondamentaux pourrait être décelée dans le for, de limiter l'impact que pourraient avoir certaines considérations extérieures sur la décision du juge saisi, et d'assurer un *recentrage* de l'analyse sur la prise en compte et l'évaluation des intérêts publics. Un tel correctif s'impose, dès lors que les intérêts publics pris en compte n'apparaissent que comme *des facteurs* non déterminants. Leur prise en compte ne fonde qu'une *variante* de l'appréciation plus générale du for approprié réalisée par le juge saisi. L'objectif de protection des intérêts étatiques étrangers, non principalement poursuivis, pourrait alors se trouver compromis par la prise en compte d'autres considérations conduisant au cas concret à une solution différente<sup>2704</sup>.

Dès lors que des intérêts étatiques fondamentaux seraient mis en cause à travers l'applicabilité d'une vraie loi de police, éventuellement relayée par une compétence juridictionnelle exclusive corrélée, le caractère satisfaisant du mécanisme nécessiterait de limiter l'incidence de ces facteurs extérieurs d'intérêt privé sur l'accueil de l'exception de *forum non conveniens*. Il en est ainsi, notamment, de l'existence d'un conflit de procédures<sup>2705</sup>

---

<sup>2702</sup> Cette idée qu'une certaine *rigidité* serait nécessaire dans cette hypothèse n'est néanmoins pas partagée par tous les auteurs, même lorsqu'ils reconnaissent la possibilité de lier la compétence juridictionnelle et législative dans cette hypothèse. V. not., Y. Lequette, *thèse préc.*, n° 339, qui considère que dans ce cadre, « tout est question d'espèce ».

<sup>2703</sup> V. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, « L'introuvable juge naturel », *Nonagesimo anno*, in *Mélanges J. Gaudemet*, PUF, Paris, 1999, p. 591 et s.

<sup>2704</sup> V. d'ailleurs, pour un exemple de l'influence que ces considérations d'intérêt privé peuvent avoir sur la mise en œuvre du mécanisme, alors que la prise en compte des intérêts étatiques substantiels mis en cause aurait normalement dû conduire à une solution opposée, *Howe v. Goldcorp Inv. Ltd.*, 946 F. 2d 944 (1<sup>st</sup> Cir. 1991), p. 950-95, où le juge américain s'est dessaisi alors que la réglementation boursière américaine était applicable, aux motifs que la société en cause était canadienne, que les actions litigieuses avaient été achetées à l'étranger sous l'influence de dols commis à l'étranger et que la loi canadienne offrait une protection globalement équivalente au demandeur à celle que prévoyait le droit américain.

<sup>2705</sup> V. sur l'incidence de ces conflits sur la mise en œuvre du *forum non conveniens*, not. A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 280 et s. ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 477 et s. De manière générale, l'existence d'une procédure pendante à l'étranger apparaît comme un facteur incitant les juges du for à se dessaisir. V. en ce sens, not. *Contact Lumber Co v. PT Moges Shipping Co*, 918 F. 2d 1446 (9<sup>th</sup> Cir. 1990), spéc., p. 1452, et en droit anglais, *Cleveland Museum of Art v. Capricorn Art International SA* [1990] 2 *Lloyd's Rép.* 166.

ou d'un abus de procédure, qui sont *intégrés* dans l'appréciation du for approprié<sup>2706</sup> et peuvent influencer la décision du juge saisi.

En particulier, l'existence d'une clause attributive de juridiction formulée en faveur de la compétence juridictionnelle du for<sup>2707</sup> ne devrait pas *empêcher* le dessaisissement du juge du for en faveur des juridictions étrangères<sup>2708</sup>, mais simplement conduire à une attention particulière quant au respect de l'intérêt procédural des parties<sup>2709</sup>.

**775.** De manière générale, l'efficacité du mécanisme du *forum non conveniens*, dans une telle hypothèse, devrait conduire à adopter l'approche modifiée qui a pu exceptionnellement être retenue aux États-Unis, dans les hypothèses de mise en cause d'un intérêt étatique *prépondérant*. Celle-ci consiste à placer au premier plan les considérations tenant à la sauvegarde de la politique législative étatique, pour en faire *l'élément central* de la détermination du for approprié. Le système consacré ressemblerait alors sensiblement à celui qui a pu être antérieurement proposé à titre général, pour la mise en place d'un mécanisme de coordination idéal, dès lors que les facteurs d'intérêt privé, sans être ignorés, seraient pris en compte, sur un second plan, pour influencer la décision finale du juge saisi<sup>2710</sup>.

**776.** Sur le plan procédural, l'exploitation du mécanisme pour assurer la coordination des systèmes recherchée impliquerait qu'il ne soit pas seulement envisagé comme un simple moyen de défense invoqué par le défendeur, pour s'opposer à l'action dirigée contre lui<sup>2711</sup>, mais qu'il puisse être soulevé d'office par l'autorité juridictionnelle saisie. Une telle solution

---

<sup>2706</sup> V. en ce sens, concernant la résolution des conflits de procédures, en droit anglais, *De Dampierre v. De Dampierre* [1998] AC 92 (HL).

<sup>2707</sup> V. de manière générale, sur l'incidence de ces clauses sur la mise en œuvre du mécanisme selon que la clause désigne les juridictions du for ou les juridictions étrangères, en droit anglais, E. Peel, « Exclusive Jurisdiction Agreements : Purity and Pragmatism in the Conflict of Laws », LMCLQ 1998, p. 182, spéc., p. 200-201.

<sup>2708</sup> Ainsi, il a parfois été retenu que l'existence de telles clauses exclurait la mise en œuvre du mécanisme. V. en ce sens, aux États-Unis, *Northwestern National Insurance v. Donovan*, 916 F.2d 372 (7<sup>th</sup> Cir. 1990), p. 378 ; *Hoes of America, Inc. v. Hoes*, 493 F. Supp. 1205 (S.D. III. 1979), spéc., p. 1208. Une telle solution a par ailleurs été retenue en ce qui concerne les clauses d'arbitrage. V. par exemple, en droit américain, *Spring Hope Rockwool Inc. v. Industrial Clean Air*, 504 F. Sup. 1385 (North Carolina, 1981), spéc., p. 1389, et en droit anglais, *Arbitration Act 1996* (art. 9). Une telle opinion a pu également être retenue en doctrine. V. not. en langue française, P. Lagarde, *cours préc.*, n° 147, p. 147, qui déclare qu'« il existe une incompatibilité fondamentale entre clause attributive de juridiction et *forum non conveniens* » ; H. Gaudemet-Tallon, « La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé », Dalloz, 1965, n° 317 et s. ; C. Chalas, *thèse préc.*, n° 269 et s. et n° 570 et s. ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 196.

<sup>2709</sup> V. sur l'approche modifiée qui a parfois été retenue dans la mise en œuvre du mécanisme en droit anglais, notamment concernant l'inversion de la charge de la preuve qui a été consacrée, V. *The Nile Rhaspody*, *préc.*, p. 401.

<sup>2710</sup> V. sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 259.

<sup>2711</sup> V. sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 198.

semble parfois admise en droit américain<sup>2712</sup>, lorsque la mise en œuvre du mécanisme est fondée sur des considérations publicistes<sup>2713</sup>.

Au stade du prononcé de l'abstention juridictionnelle du for, le caractère satisfaisant du procédé devrait conduire à privilégier un *sursis à statuer*, tel qu'il est retenu en droit anglais<sup>2714</sup>, au *dessaisissement définitif* consacré par les juridictions américaines<sup>2715</sup>. Il permettrait une reprise de l'instance dans l'hypothèse où les juridictions étrangères ne pourraient pas connaître effectivement de l'affaire<sup>2716</sup>, et éviterait ainsi la consécration d'un déni de justice. Il assurerait la possibilité d'un *rapatriement subsidiaire* de l'instance devant le for, dont la compétence serait, par hypothèse, fondée sur des critères de rattachement raisonnables.

La pleine efficacité du mécanisme devrait également impliquer la mise en place d'un procédé complémentaire permettant d'assurer un *renvoi de l'instance* devant les juridictions étrangères au profit desquelles le for se serait abstenu. Malgré certaines formulations employées par les tribunaux<sup>2717</sup>, l'accueil de l'exception de *forum non conveniens* n'induit en effet que le dessaisissement du for, et ne permet pas lui-même un *transfert du litige* devant la juridiction étrangère la *plus appropriée*. Sa saisine apparaît alors nécessairement aléatoire et incertaine, dès lors qu'elle repose sur l'initiative des parties, qui resteront toujours libres d'y procéder ou non et pourraient même renoncer à toute résolution judiciaire du contentieux<sup>2718</sup>.

Dans l'hypothèse envisagée, il conviendrait d'assurer que le contentieux sera bien finalement présenté aux juridictions exclusivement compétentes de l'ordre juridique étranger dont les impérativités substantielles sont mises en cause. Ceci devrait conduire à assortir le mécanisme d'un procédé complémentaire de *coopération*, atténuant les insuffisances résultant

---

<sup>2712</sup> V. les indications apportées dans l'arrêt rendu par la Cour suprême d'Australie, *Oceanic Sun-Line Special Shipping Co Inc. v. Fay* (1988) 165 CLR 197 (HC), p. 251.

<sup>2713</sup> V. sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 202.

<sup>2714</sup> V. sur cette solution, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 347. Et en ce sens, not. *Mohammed v. Bank of Kuwait and the Middle East KSC* [1996] 1 W.L.R. 1483.

<sup>2715</sup> V. *Quackenbush v. Allstate Ins. Co.*, 517 U.S. 706 (US Supreme Court 1986), spéc., p. 722 - 723 ; *Sigalas v. Lido Maritime Inc.*, 776 F. 2d 1512 (11th Cir. 1985), spéc., p. 1516. Celui-ci, néanmoins, est souvent tempéré par le mécanisme du « rejet conditionnel », qui permet de subordonner le dessaisissement du juge du for au respect de conditions d'ordre général ou d'exigences plus précises. V. sur ces différentes conditions, not. A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 345.

<sup>2716</sup> Celui-ci peut être levé, par exemple, si des motifs tels que l'incompétence du juge étranger pour connaître de l'affaire ou l'absence d'accès effectif à ce tribunal pour le demandeur le justifient. V. par ex. *Connelly v. RTZ Corporation, préc.*, confirmé par [1998] A.C. 854 (HL).

<sup>2717</sup> Certains tribunaux américains ont pu, en effet, parfois faire référence, de manière ambiguë, à l'idée d'un « transfert » de la cause au profit du tribunal étranger le plus approprié, V. *Bhopal, In re. Union Carbide Corp. Gas Plant Disaster at Bhopal, India*, 634 F. Sup. 842 (S.D.N.Y. 1986), spéc., p. 845, ou mettre en avant le fait que le dessaisissement est admis *en faveur du tribunal étranger* (V. *Manela v. Garantia Banking Ltd.*, 940 F Supp. 584 [S.D.N.Y. 1996], spéc., p. 590). V. également, dans le même sens, en Angleterre, *M. v. B. (Residence : forum non conveniens)* [1994] Fam. Law 677.

<sup>2718</sup> Celles-ci pourraient, en effet, procéder par voie de transaction. V. sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 352, p. 466-468, qui expose les résultats d'une enquête réalisée par D. Robertson concernant les suites données aux litiges ayant donné lieu à l'accueil d'une exception de *forum non conveniens* devant les tribunaux fédéraux américains pour la période de 1947 à 1984.

de l'unilatéralisme, qui fonde sa mise en œuvre et empêche le for d'avoir une quelconque maîtrise sur la suite de la procédure contentieuse à l'étranger<sup>2719</sup>.

Sous cette forme adaptée, le mécanisme du *forum non conveniens* devrait également pouvoir faire l'objet d'une mise en œuvre généralisée.

## **B) Mise en œuvre généralisée du mécanisme adapté**

**777.** La mise en œuvre généralisée d'un mécanisme de coordination inspiré de la théorie du *forum non conveniens* apparaît *a priori* difficilement envisageable, du fait de l'inexistence de *clause générale* de ce type dans les systèmes juridiques de tradition romano-germanique (1). L'exploitation d'un tel procédé pour assurer le respect international des impérativités étatiques semble néanmoins pouvoir être envisagée sous la forme d'une *clause d'exception strictement définie* (2).

### 1- Absence de clause générale de *forum non conveniens* dans les États de tradition civiliste

**778.** Alors que les droits de tradition civiliste refusent par principe de reconnaître un pouvoir de dessaisissement général au juge saisi (a), les procédés exceptionnels, par lesquels celui-ci se voit reconnaître la possibilité de s'abstenir d'exercer sa compétence juridictionnelle, paraissent insusceptibles de fonder la consécration d'un mécanisme de prise en compte des impérativités étrangères (b).

#### a) Rejet de toute possibilité de dessaisissement discrétionnaire

**779.** La théorie du *forum non conveniens* fait l'objet d'une ignorance assez généralisée, voire d'un réel *rejet explicite* dans les États de tradition romano-germanique<sup>2720</sup>. Une telle hostilité vis-à-vis du procédé est généralement expliquée par son incompatibilité avec leur système de compétence juridictionnelle<sup>2721</sup>. Il en est ainsi du fait de la conception *rigide* qu'ils retiennent quant à l'élaboration et la mise en œuvre des règles qui fixent la compétence de leurs juridictions nationales. Elle semble faire obstacle, par principe, à la reconnaissance d'un

<sup>2719</sup> V. *infra*, n° 825 et s.

<sup>2720</sup> V. not. en ce sens, P. Lagarde, *cours préc.*, n° 156 ; P. Schlosser, *cours préc.*, p. 53-54, et de manière générale, sur le rejet des pays de tradition civiliste vis-à-vis de ce mécanisme, V. not., H. Gaudemet-Tallon, « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *forum non conveniens, lis pendens* », RIDC 1994, p. 423 et s., spéc., p. 425-426 ; « *Le forum non conveniens, une menace pour la convention de Bruxelles ? (À propos de trois arrêts anglais récents)* », RCDIP 1991, p. 491 et s. ; P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 9 ET S ; n° 275 et 276 ; A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 480 et s. ; H. Muir Watt, *Aspects économiques du droit international privé*, RCADI 2004, t. 307, p. 293.

<sup>2721</sup> V. *contra*, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 144.

pouvoir général du juge saisi de décliner discrétionnairement sa compétence juridictionnelle au profit de juridictions étrangères pour des considérations d'opportunité.

**780.** La compétence juridictionnelle des tribunaux des États de tradition civiliste repose, en effet, soit sur une extension des règles de compétence interne, soit sur l'adoption d'une série de règles adaptées aux situations internationales, qui revêtent un caractère à la fois *définitif* et *obligatoire*.

Le juge saisi est en principe tenu de statuer chaque fois que l'un des chefs de compétence établis est invoqué<sup>2722</sup>, et ne peut se dessaisir que sur le fondement d'une exception d'incompétence<sup>2723</sup>. Ces règles de compétence sont donc considérées comme impératives pour le juge, et empêchent celui-ci de disposer d'une marge de manœuvre pour les mettre en œuvre<sup>2724</sup> en dehors d'hypothèses étroitement délimitées où il existerait un conflit de procédures. Corrélativement, la prise en considération de la compétence des juridictions étrangères n'apparaît, en elle-même, jamais susceptible de justifier l'abstention du juge saisi, qui ne se préoccupe que de sa propre compétence. Le système consacré apparaît dès lors, par principe, purement unilatéral et *a priori* hermétique à toute coordination des systèmes.

La reconnaissance d'une marge de manœuvre au juge saisi dans la mise en œuvre des règles de compétence établies est généralement considérée comme *inutile*, en raison du caractère *exhaustif* de l'énumération des chefs de compétence juridictionnelle consacrés et de la pertinence des rattachements retenus. Le présupposé sous-tendant cette conception est que le législateur n'a pas pu établir une règle insatisfaisante et que, même si tel était le cas, il reste plus prudent de maintenir l'application rigide de la règle consacrée. Les règles de compétence juridictionnelle sont ainsi considérées comme formant un système « complet »<sup>2725</sup> et *suffisant*, ne nécessitant aucune *adaptation* au cas concret.

**781.** D'un autre côté, le mécanisme du *forum non conveniens* fait explicitement l'objet d'assez vives critiques. Il est en particulier avancé que la marge de manœuvre qu'il confère au juge saisi serait incompatible avec l'objectif de prévisibilité poursuivi dans les droits

---

<sup>2722</sup> V. néanmoins, sur les adaptations qui peuvent parfois être effectuées par le juge pour les besoins de la cause, H. Gaudemet-Tallon, *cours préc.*, n° 386 et s., p. 347 et s.

<sup>2723</sup> En droit français, l'article 92 al. 2 du Code de procédure civile permet au juge de soulever son incompétence mais seulement à condition que le rattachement prévu par les règles françaises de compétence internationale ne soit pas réalisé.

<sup>2724</sup> V. en ce sens, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 1986, RCDIP 1987, p. 401, note P. Lagarde.

<sup>2725</sup> V. A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 143, p. 206.

nationaux et au niveau européen<sup>2726</sup>, et qu'il porterait atteinte à la sécurité juridique des parties<sup>2727</sup>. Il serait ainsi dangereux pour les intérêts des parties et défavorable au développement des relations internationales. Un tel danger serait également accru par les difficultés que présenterait nécessairement la détermination des critères d'appréciation des liens nécessaires entre l'affaire et le tribunal désigné<sup>2728</sup>. Ceci risquerait alors de rendre sa mise en œuvre pratique à la fois délicate et aléatoire, car dépendante de l'appréciation arbitraire du juge saisi.

**782.** En droit français, la Cour de cassation a ainsi pu exprimer clairement une telle hostilité vis-à-vis du mécanisme, dans deux arrêts relatifs à l'application de l'article 14 du Code civil. Elle a reproché à la Cour d'appel de Paris d'avoir accepté de déclinier sa compétence au regard des « liens plus caractérisés » ou « prépondérants » que présentait la situation avec une autre juridiction étatique<sup>2729</sup>, et a expressément dénié au juge tout pouvoir « qui l'habiliterait à interposer sa propre appréciation entre la formule législative et la situation contentieuse »<sup>2730</sup>. Parallèlement, elle a également rappelé le caractère impératif des règles de compétence juridictionnelle établies<sup>2731</sup>, et l'impossibilité pour les juges d'en écarter l'application pour « des raisons de convenance »<sup>2732</sup>.

L'ignorance du mécanisme par les juridictions françaises, d'autre part, ressort également de manière assez nette de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris<sup>2733</sup> dans l'affaire *Flash Airlines*<sup>2734</sup>. Chargée de se prononcer sur la compétence des juridictions françaises, dans le cadre de la mise en œuvre d'une exception de *forum non conveniens* devant le juge américain<sup>2735</sup>, la Cour a en effet expressément refusé de rechercher si elle était

---

<sup>2726</sup> V. not. les considérants 11 du règlement Bruxelles I et 15 du règlement Bruxelles I bis.

<sup>2727</sup> V. sur ces critiques, not. H. Muir Watt, « Qui a peur de la compétence exorbitante ? », *Justices*, 1995, p. 332 et s, spéc., p. 339-340 ; G. A. L. Droz, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », TCFDIP 1993-1995, Pedone, 1996, p. 97 et s., spéc., p. 103, et du même auteur, *thèse préc.*, n° 206.

<sup>2728</sup> V. G. A. L. Droz, *thèse préc.*, n° 206.

<sup>2729</sup> V. not., Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, *Soc. Intercomi*, RCDIP 1991, p. 759, note B. Ancel, cassant CA Paris, 11 janvier 1989, Dalloz 1989, Som. Com., p. 256, note B. Audit et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1993, Dalloz 1993, p. 602, note J. Massip, cassant CA Paris, 6 juillet 1990, inédit. V. également, dans le même sens, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 2003, Dalloz 2004, Somm. 1851, obs. J.-J. Lemouland ; AJ fam. 2004, p. 188, obs. F. B. ; RTD civ. 2004, p. 65, obs. J. Hauser.

<sup>2730</sup> B. Ancel, *note préc.*, p. 762.

<sup>2731</sup> La Cour a en effet déclaré que l'article 14 du Code civil instaure une « règle de compétence qui s'impose au juge français et ne peut être écartée [...] que par un traité international », V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, *préc.*

<sup>2732</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1993, *préc.*

<sup>2733</sup> CA Paris, 6 mars 2008, JCP 2008, II, 10115, note Bruneau ; Gaz. Pal. 21 février 2009, n° 52, p. 48, note M. L. Niboyet ; Clunet 2009, p. 171, note G. Cuniberti ; Dalloz 2008, p. 852, obs. I. Gallmeister ; p. 1452, note P. Courbe ; et p. 1507, obs. F. Jault-Seseke.

<sup>2734</sup> V. sur cette affaire, *infra*, n° 830.

<sup>2735</sup> Les juridictions françaises, en effet, avaient été saisies d'une action en déclaration d'incompétence visant à faire échec au dessaisissement des juges américains sur le fondement du *forum non conveniens*. Celui-ci, admis dans son principe au motif que les juridictions françaises constitueraient un *for mieux placé* pour statuer sur la demande des plaignants, avait été conditionné quant à son prononcé par les juges californiens, à « la reconnaissance par un tribunal français de sa compétence pour statuer sur les prétentions de tous les demandeurs présents devant le présent tribunal ». L'action introduite devant les

*more convenient*, comme elle y était invitée<sup>2736</sup>, mais s'est limitée à un examen purement objectif des chefs de compétence français<sup>2737</sup>. Elle en a déduit l'incompétence des juridictions françaises, en « renvoyant » le litige devant la juridiction américaine, alors même que celle-ci avait accueilli l'exception de *forum non conveniens* en considérant les tribunaux français *mieux placés*.

**783.** Au niveau international, également, le mécanisme du *forum non conveniens* apparaît soit ignoré par les instruments<sup>2738</sup>, soit expressément exclu<sup>2739</sup>.

Dans le cadre de la convention de Bruxelles, alors que sa mise à l'écart concernant les rapports entre États membres semblait acquise<sup>2740</sup>, la question est en revanche longtemps restée en suspens s'agissant des relations entre les États membres et les États tiers. En réponse aux souhaits d'une doctrine quasi unanime<sup>2741</sup>, la possibilité d'admettre une clause générale d'exception autonome, fondée sur le *forum non conveniens*, fut néanmoins explicitement écartée par la Cour de justice, dans ce cadre également.

---

juges français avait ainsi pour but de leur faire dire qu'ils ne pouvaient connaître de cette action et d'empêcher le dessaisissement du juge américain.

<sup>2736</sup> La Cour a rappelé, en effet, que « le juge français, tenu par des règles matérielles de compétence, ne peut pas déclarer qu'un tribunal étranger est plus approprié ».

<sup>2737</sup> V. sur ce point, not. P. Courbe, « Quelle place pour le *forum non conveniens* ? », Dalloz 2008, p. 1452 et s.

<sup>2738</sup> Ni la convention de Bruxelles de 1968, ni le règlement Bruxelles I ne faisaient, en effet, référence à un tel mécanisme, et ce silence semblait exprimer un choix délibéré de ne pas l'intégrer. V. en ce sens, P. Schlosser, « Rapport sur la convention relative à l'adhésion du Royaume du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (signée à Luxembourg le 9 octobre 1978) », JOCE n° C 59/71 du 5 mars 1979, p. 97 et s., spéc. n° 77-78. Dans le cadre du règlement Bruxelles I bis, le Parlement avait pu proposer, lors des travaux préparatoires, la consécration d'une solution inspirée de l'article 15 du règlement Bruxelles II bis, visant à permettre aux juridictions de surseoir à statuer si elles estimaient qu'une juridiction d'un autre État membre ou d'un pays tiers était mieux placée. V. rapport du Parlement européen sur la mise en œuvre et la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 26 juin 2010 (2009/2140 [INI]). La solution n'a cependant finalement pas été adoptée.

<sup>2739</sup> Il en est ainsi, par exemple, de l'art. 5.2 de la convention de La Haye sur les accords d'élection de for du 30 juin 2005, qui exclut expressément l'utilisation du *forum non conveniens* dans ce cadre.

<sup>2740</sup> La Cour, en effet, avait exprimé son hostilité vis-à-vis de la mise en œuvre d'un pouvoir d'appréciation du juge saisi quant à la mise en œuvre des règles de compétence établies à l'article 5-1 de la convention de Bruxelles. V. CJCE, 29 juin 1994, *Custom Made*, Aff. C-288/92, Rec. I-2918, concl. C.-O. Lenz, RCDIP 1994, p. 692, note H. Gaudemet-Tallon ; CJCE, 28 septembre 1999, *GIE Groupe Concorde*, Aff. C-440/97, Rec. I-6307, concl. D. Ruiz Jarabo Colomer, RCDIP 2000, p. 253, note B. Ancel. V. également, CJCE, 27 avril 2004, *Turner cl Grovit*, Aff. C-159/02, RCDIP 2004, p. 654, note H. Muir Watt. La Cour avait déclaré, en effet, que le juge saisi sur le fondement de cet article devait obligatoirement se déclarer compétent, même s'il n'avait pas le lien de rattachement le plus étroit avec la contestation (V. en particulier, pt 21 de l'arrêt *Custom Made*).

<sup>2741</sup> V. not., G. A. L. Droz, *thèse préc.*, n° 206 ; H. Gaudemet-Tallon, « *Le forum non conveniens*, une menace pour la convention de Bruxelles ? », 1991, p. 499 et s. ; P. Schlosser, *cours préc.*, p. 54 ; C. Chalas, *thèse préc.*, n° 596 ; G. A. L. Droz et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », RCDIP 2001, p. 601 et s, spéc., p. 609, n° 8. Une même opinion a d'ailleurs également pu être retenue, plus étonnamment, par la doctrine anglaise, V. not. L. Collins, *The Civil Jurisdiction and Judgment Act 1982*, Butterworths, 1983, spéc., p. 45.

Dans l'affaire *Owusu*<sup>2742</sup>, la *Court of Appeal*<sup>2743</sup> demanda à la Cour de justice si la convention s'opposait à ce que les juridictions d'un État membre, compétentes sur le fondement de l'article 2, déclinent leur compétence en vertu de leur droit national, en faveur des juridictions d'un État tiers, dans la mesure où aucune autre juridiction d'un État contractant ne serait compétente et que le litige n'aurait aucun autre lien de rattachement avec un autre État contractant. La Cour écarta explicitement une telle possibilité au motif qu'une telle solution porterait atteinte à l'objectif de sécurité juridique et de prévisibilité des solutions poursuivi par la convention<sup>2744</sup>, et que l'absence de reconnaissance unanime du *forum non conveniens* par les États membres conduirait à ce qu'elle affecte l'application uniforme des règles conventionnelles. Elle reconnut également expressément le caractère impératif de l'article 2 et l'interdiction d'y déroger en dehors des cas expressément prévus par la convention. Par la généralité de la formulation retenue, la Cour de justice semblait consacrer une solution à la fois générale et absolue<sup>2745</sup>, écartant toute possibilité, pour les juges des États membres, de considérer l'activité juridictionnelle des États tiers<sup>2746</sup>.

Dans ce contexte, la seule réelle hypothèse où le juge saisi se voit conférer la possibilité de s'abstenir d'exercer la compétence juridictionnelle qui lui est reconnue paraît néanmoins insusceptible de fonder la réalisation de la coordination des systèmes recherchée.

#### b) Insuffisance du pouvoir de dessaisissement résiduel consacré

**784.** Dans les États de tradition civiliste, la seule hypothèse dans laquelle une possibilité de s'abstenir d'exercer sa compétence est reconnue au juge saisi est celle du conflit de procédures, envisagé sous l'angle des hypothèses de litispendance et de connexité internationales<sup>2747</sup>.

<sup>2742</sup> V. CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, Aff. C-281/02, *Owusu c. Jackson*, Gaz. Pal., mai-juin 2005, Som. 1958, note M.-L. Niboyet ; RCDIP 2005, p. 698, note C. Chalas ; Clunet 2005, p. 1177, note G. Cuniberti et M. Winkler ; Dalloz 2000, p. 1259, obs. C. Nourissat ; p. 1495, obs. P. Courbe et F. Jault-Seske. Cette solution a d'ailleurs également été retenue par les juridictions françaises dans la mise en œuvre des instruments européens. V. not., Cass. mixte, 11 mars 2005, Dalloz 2005, p. 1332, note J.-G. Mahinga, RCDIP 2005, p. 732, note H. Gaudemet-Tallon.

<sup>2743</sup> *Andrew Owusu c. Nugent B. Jackson, Mammee Bay Resorts Ltd.* [2002] IL Pr 813 (CA), RCDIP 2003, p. 335, note H. Muir Watt.

<sup>2744</sup> V. points 38 et s. de l'arrêt.

<sup>2745</sup> V. en ce sens, les auteurs cités par H. Gaudemet-Tallon, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd. 2015, n° 100, p. 92-93, note 5 ; et du même auteur, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, RCADI 2005, t. 312, p. 9 et s., n° 411, p. 365. V. également, C. Chalas, « L'affaire Ferrexpo : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », RCDIP 2013, p. 359 et s., n° 9.

<sup>2746</sup> V. également, CJCE, 7 février 2006, Avis n° 1/03, *Compétence de la Communauté pour conclure la nouvelle convention de Lugano concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Rec. I. 1145.

<sup>2747</sup> V. sur ces mécanismes en droit français, not. H. Gaudemet-Tallon, « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *Forum Non conveniens, Lis Pendens* », RIDC 1994, p. 423 et s.



L'exception de litispendance internationale<sup>2748</sup> est admise en droit français<sup>2749</sup> depuis l'arrêt *Miniera di Fragne*<sup>2750</sup>. La situation de litispendance internationale correspond à celle dans laquelle deux juridictions d'États différents apparaissent conjointement et simultanément saisies et sont compétentes pour trancher un même litige. Cette identité de litiges suppose une triple identité, c'est-à-dire, cumulativement, que les instances opposent les mêmes parties<sup>2751</sup>, qu'elles aient le même objet et la même cause<sup>2752</sup>. L'existence d'une telle situation conduit, en droit français, à reconnaître la faculté du juge français saisi en second lieu de s'abstenir d'exercer sa compétence juridictionnelle au profit du juge étranger antérieurement saisi, dans la mesure où ce dernier est compétent<sup>2753</sup> et que sa décision peut être reconnue en France<sup>2754</sup>. L'exception de litispendance peut être soulevée d'office par le juge ou, *in limine litis*<sup>2755</sup>, à la demande de l'une des parties<sup>2756</sup>, et peut conduire le juge saisi à surseoir à statuer ou à se dessaisir<sup>2757</sup>.

Dans le cadre européen, l'exception de litispendance conduit, dans les relations entre États membres, à *imposer* au juge second saisi d'un litige faisant déjà l'objet d'une procédure à l'étranger<sup>2758</sup> de surseoir d'office à statuer<sup>2759</sup>, et de prononcer son dessaisissement définitif

<sup>2748</sup> Pour une vue d'ensemble du mécanisme, V. not., D. Holleaux, « La litispendance internationale », TCFDIP 1971-1973, p. 203 et s.; M.-L. Niboyet-Hoegy, « Les conflits de procédure », TCFDIP 1995-1998, p. 71 et s. ; A. Huet, J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-43 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Règlements des incidents de compétence. Litispendance et connexité internationale*, n° 1-40 ; H. Gaudemet-Tallon, « La litispendance internationale dans la jurisprudence française », in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 121 et s. ; P. Lagarde, « *Pertuatio fori* et litispendance en matière internationale », TCFDIP 1971-1973, p. 237. V. sur l'histoire de ce mécanisme de résolution des conflits de procédure en droit français, P. Wautelet, *Les conflits de procédure, Étude de droit international privé comparé*, thèse Université catholique de Louvain, 2002., n° 373-398, p. 407-431.

<sup>2749</sup> Alors que son existence en droit interne est reconnue de longue date dans l'art. 100 du Code de procédure civile, son admission en droit international a été néanmoins plus délicate. V. sur les débats auxquels la question a donné lieu, not. D. Holleaux, *communication préc.*, p. 203 et s.

<sup>2750</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 novembre 1974, *Société Miniera di Fragne*, RCDIP 1975, p. 491, note D. Holleaux ; Clunet 1975, p. 108, note A. Ponsard ; Rép. Commaille 1976, p. 78, obs. G. A. L. Droz ; GA n° 54.

<sup>2751</sup> Il n'est pas nécessaire, à cet égard, que les parties aient la même position procédurale devant les deux juridictions concernées. V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 1997, JCP G 1997, IV, 1722 ; RCDIP 1998, 3<sup>e</sup> esp., p. 452, note B. Ancel.

<sup>2752</sup> Ceci implique que les deux actions formulées aient le même fondement, c'est-à-dire que les faits et les règles de droits invoqués au soutien des deux demandes soient identiques et qu'elles aient le même but, c'est-à-dire qu'elles tendent au même résultat.

<sup>2753</sup> V. rappelant la nécessité de procéder à cette vérification, not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 9 décembre 1964, Clunet 1965, p. 418, obs. J.-B. Sialelli ; RCDIP 1966, p. 72, note M. Weser ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 juin 1974, Clunet 1975, p. 102, note A. Huet ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 novembre 1974, *préc.*, motifs.

<sup>2754</sup> V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 novembre 1974, *préc.* ; Cass. Soc., 7 mai 1996, RDIP 1997, p. 77, note G. Droz ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 février 2011, JCP G 2011, 262, obs. E. Cornut ; Dalloz 2011, p. 76.

<sup>2755</sup> Cette exigence résulte de l'art. 74 du Code de procédure civile. V. également, rappelant cette exigence, not., CA Paris, 26 juin 1981, RCDIP 1982, p. 537, note B. Ancel. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 2008, JCP G 2008, IV, 1456 ; RCDIP 2008, p. 644, note H. Muir Watt.

<sup>2756</sup> V. art. 100 du CPC.

<sup>2757</sup> V. sur cette option, CA Paris, 16 novembre 1989, Clunet 1990, p. 127, note A. Huet ; Cass. Soc. 7 mai 1996, RCDIP 1997, p. 77, note G. A. L. Droz. Mais V. cependant, considérant le dessaisissement du juge français obligatoire, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 juin 1997, RCDIP 1998, p. 451, 3<sup>e</sup> esp., note crit. B. Ancel.

<sup>2758</sup> V. sur l'interprétation retenue quant à l'identité d'objet des deux litiges, CJCE 6 décembre 1994, *The Ship Tatry*, Aff. C-406/92, RCDIP 1995, p. 588, note Tichadou ; Clunet 1995, p. 469, obs. A. Huet, et quant à l'identité de cause, CJCE, 8 décembre 1987, Aff. C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik*, Rec. 4861, concl. Mancini ; RCDIP 1988, p. 370, note H. Gaudemet-Tallon ; Clunet 1988, p. 537, obs. A. Huet.

<sup>2759</sup> V. art. 19.1 règl. B II bis et art. 27.1 règl. B I, que reprend presque à l'identique l'art. 29.1 règl. B I bis.

dès que la compétence du juge premier saisi est établie<sup>2760</sup>. L'article 33 du règlement Bruxelles I bis prévoit également que le juge d'un État membre qui serait saisi, alors qu'une procédure serait déjà pendante, pour le même litige, devant une juridiction d'un État tiers<sup>2761</sup>, *peut décider* d'office, ou à la demande d'une des parties<sup>2762</sup>, de surseoir à statuer de manière non définitive<sup>2763</sup> si la décision étrangère peut être reconnue et s'il l'estime nécessaire au regard de la bonne administration de la justice<sup>2764</sup>.

**785.** L'exception de connexité internationale, reconnue en droit français<sup>2765</sup> et au niveau européen<sup>2766</sup>, ne trouve que de rares applications en droit positif<sup>2767</sup> et suscite des difficultés de mise en œuvre<sup>2768</sup>. Schématiquement, la situation de connexité internationale est celle dans laquelle le juge du for second saisi se voit reconnaître *la possibilité* de surseoir à statuer ou de se dessaisir au profit d'un juge étranger antérieurement saisi<sup>2769</sup>, parce que deux instances *liées* sont pendantes devant chacun d'eux. Elle implique que le lien entre les instances soit suffisamment étroit pour qu'il y ait un véritable intérêt à les juger ensemble<sup>2770</sup>, et qu'il soit « de nature à créer une contrariété »<sup>2771</sup> entre les jugements qui seraient rendus<sup>2772</sup>.

---

<sup>2760</sup> V. art. 19.3 règl. B II bis, art. 27.2 règl. B I et 29.3 règl. B I bis.

<sup>2761</sup> V. sur ce mécanisme, not. A. Nuyts, « La refonte du règlement Bruxelles I », RCDIP 2013, p. 1 et s., spéc., p. 3 et 4.

<sup>2762</sup> V. art. 33.4 B I bis.

<sup>2763</sup> Il est reconnu, en effet, que le juge saisi *peut*, également, décider de reprendre l'instance s'il estime que ceci est justifié. V. art. 33.2 règl. B I bis. À l'inverse, le sursis à statuer conduira à un dessaisissement définitif et à la fin de l'instance lorsque la procédure devant la juridiction de l'État tiers sera conclue. V. art. 33.3 règl. B I bis.

<sup>2764</sup> V. art. 33.2 règl. B I bis. Le considérant 24 du préambule du règlement apporte, à cet égard, des indications quant à la manière d'apprécier cette condition.

<sup>2765</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1999, RCDIP 2000, p. 42, note G. Cuniberti, Dalloz 1999, I. R. 198 ; JCP 1999. IV. 2533 ; D. Aff., 2000, p. 211, note D. Ammar.

<sup>2766</sup> V. s'agissant des relations entre États membres, les art. 22 CB, 28 B. I et 30 B. I bis, et pour les relations entre un État membre et un État tiers, V. art. 34 règl. B I bis, où la connexité est conçue de la même manière que dans les relations intra-européennes. Le régime de la connexité est, dans ce cadre, pratiquement identique à celui de la litispendance envisagée dans les relations avec un État tiers.

<sup>2767</sup> En fait, l'exception de connexité se définit par opposition à la litispendance. Elle a vocation à couvrir les hypothèses de conflits de procédures qui ne peuvent intégrer la définition d'une situation de litispendance internationale et voit donc sa définition varier en fonction de la conception plus ou moins large qui est retenue de la litispendance. V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 472. Dans le cadre européen, en particulier, l'appréciation extensive que retient la Cour de justice quant à l'existence d'une situation de litispendance internationale conduit à restreindre sensiblement son application. V. en ce sens, not. CJUE 27 février 2014, *Cartier*, Aff. C-1/13, Dalloz 2014, p. 614 ; RCDIP 2014, p. 694, note H. Muir Watt ; JCP 2014, p. 315, obs. Berlin ; Clunet 2014, p. 900, note Rooz.

<sup>2768</sup> Voir, en ce sens, S. Lemaire, « La connexité internationale », TCFDIP 2008-2010, p. 95 et s.

<sup>2769</sup> L'abstention du juge saisi est en effet, dans ce cadre, toujours seulement *facultative* en droit français et européen, et prend la forme d'un sursis à statuer ou d'un dessaisissement. V. au niveau européen, art. 30.1 et 30.2 règl. B. I bis.

<sup>2770</sup> L'article 101 CPC énonce qu'il y a situation de connexité lorsqu'il « existe entre des affaires portées devant deux juridictions distinctes un lien tel qu'il soit de l'intérêt d'une bonne justice de les faire instruire et juger ensemble ».

<sup>2771</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1999, *préc.*

<sup>2772</sup> Dans le cadre européen, il est admis que la connexité concerne « les demandes liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et à les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ». V. art. 30.3 règl. B I bis. La définition du lien devant exister entre les instances est assez souple. V. CJCE, 6 décembre 1994, Aff. C-406/92, *The Ship Tatry*, *préc.*

**786.** Dans tous les cas, la reconnaissance de ces mécanismes de coordination apparaît entièrement fondée sur la volonté d'éviter les risques de décisions contradictoires<sup>2773</sup>, résultant « de la concurrence de procédures qui mettent en jeu des litiges identiques ou similaires et qui sont portées devant les tribunaux de deux ou plusieurs pays »<sup>2774</sup>. Ils ont pour objectif d'éviter, *en aval*, le conflit de décisions susceptible de résulter du prononcé de deux jugements parallèles et permettent d'assurer la protection de l'intérêt des parties en évitant la création de situations boiteuses<sup>2775</sup>. Leur mise en œuvre est ainsi restreinte et toujours conditionnée à l'existence d'une procédure pendante à l'étranger et d'une saisine antérieure d'une juridiction étrangère compétente à la date où le juge du for est saisi<sup>2776</sup>. Ceci exclut par principe leur exploitation pour assurer, à titre général, le respect des compétences exclusives étrangères fondées sur la mise en cause des lois de police.

**787.** D'un autre côté, l'objectif de protection de l'intérêt des parties, auquel ces mécanismes sont affectés, produit des conséquences directes sur les conditions auxquelles le dessaisissement peut être admis. Il conduit à partir du présupposé de *l'équivalence* des fondements de la compétence juridictionnelle de chacun des juges étatiques concernés<sup>2777</sup> et à ce que le juge saisi se désintéresse *par principe* des intérêts étatiques étrangers qui pourraient être mis en cause<sup>2778</sup>. L'abstention du juge saisi est fondée, *à titre principal*, sur le critère *purement objectif* de la chronologie des saisines, au regard de la règle *prior tempore potior jure*<sup>2779</sup>. Corrélativement, la compétence étrangère n'apparaît considérée, depuis le for, que

---

<sup>2773</sup> V. en ce sens, cons. 15 du règlement Bruxelles I ; CJCE, 27 juin 1991, Aff. C.-351/89, *Overseas Union Insurance c. New Hampshire Insurance*, RCDIP 1991, p. 769, note H. Gaudemet-Tallon ; Clunet 1992, p. 493, note A. Huet ; CDE 1992, p. 668, note Tagaras ; G. Cuniberti, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1999, RCDIP 2000, p. 42, n° 8, p. 47.

<sup>2774</sup> P. Wautelet, *Les conflits de procédure, Étude de droit international privé comparé*, thèse Université catholique de Louvain, 2002, n° 1, p. 18.

<sup>2775</sup> V. sur ce point, D. Holleaux, *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, Bibli. dr. int. pr., Vol. IX, 1970, préf. H. Batiffol, n° 179.

<sup>2776</sup> Cette condition est expressément posée, pour la connexité, au niveau européen (V. art. 28.1 règl. B. I et 30.1 règl. B. I bis). Elle n'apparaît pas, cependant, formellement exigée en droit français. Elle est également consacrée pour la litispendance dans le cadre européen (V. art 27.1 règl. B. I ; 19.1 règl. B. II bis et 29.1 règl. B. I bis, et implicitement, art. 33.1 règl. B I bis) et en droit français (V. not. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1962, Dalloz 1962, p. 718, note G. Holleaux ; RCDIP 1963, p. 99, note H. Batiffol ; Clunet 1962, p. 1024, obs. J.B.S. ; Rép. Commaillé 1963, p. 381, obs. G. Droz. ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup> 24 juillet 1973, JCP G 1973, IV, p. 314 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 novembre 1974, *Société Minière di Fragne, préc.* ; CA Lyon, 24 janvier 2006, JCP G 2006, IV, 2659).

<sup>2777</sup> L'exclusivité de l'une des compétences juridictionnelles en concurrence n'est en principe prise en compte que vis-à-vis de celle du for, pour écarter la mise en œuvre de l'exception ou imposer davantage de précautions dans sa mise en œuvre. Ceci résulte, en droit français, de l'application de la solution résultant de l'arrêt *Simitch* du 6 février 1985 (*préc.*), qui pose comme condition à la compétence indirecte des tribunaux étrangers l'absence de compétence exclusive des tribunaux français.

<sup>2778</sup> V. cependant, sur le tempérament qu'est susceptible d'induire le caractère exclusif de l'une des deux compétences, en particulier dans le cadre européen, et l'assouplissement que connaît en droit positif, de manière générale, le critère chronologique, *infra*, n° 796 et s.

<sup>2779</sup> V. not P. Schlosser, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, RCADI 2000, t. 284, p. 9 et s., p. 81 ; M.-L. Niboyet-Hoegy, *communication préc.*, p. 78 ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 476.

sous l'angle du *fait* que constitue la saisine du juge étranger<sup>2780</sup>, dont il est directement déduit l'existence de sa compétence<sup>2781</sup>. La *règle de droit* qui exprime le point de vue de l'ordre juridique étranger<sup>2782</sup> n'est en revanche, en elle-même, pas directement prise en compte.

**788.** Un tel désintérêt pour le point de vue concret de l'ordre juridique étranger ressort d'une manière particulièrement nette des solutions consacrées dans le cadre européen, pour les hypothèses de litispendance intra-européennes. L'abstention du juge second saisi doit être, par principe, accueillie de manière obligatoire et quasi systématique, au seul regard de l'ordre des saisines et sans analyse de la compétence du juge étranger<sup>2783</sup>. De même, le système facultatif consacré pour régler les hypothèses de litispendance et de connexité avec un État tiers dans le règlement Bruxelles I bis ne conduit, par application du considérant 24 al. 2, qu'à une prise en compte limitée de la compétence exclusive des juridictions des États tiers, dès lors qu'elle n'est possible que dans la limite des hypothèses prévues dans le règlement. Elle ne consacre, dès lors, que la théorie de *l'effet réflexe*, dont on a vu les insuffisances pour assurer le respect des impérativités étrangères<sup>2784</sup>.

En droit français, également, la prise en compte de la compétence étrangère, réalisée dans le cadre de la vérification de l'existence de la compétence étrangère ou du pronostic de reconnaissance de la décision étrangère, n'est effectuée que par le biais des règles françaises de compétence indirecte, en application de la jurisprudence *Simitch*<sup>2785</sup>. Elle n'est ainsi envisagée que sous l'angle des critères objectifs relatifs à l'existence d'un lien caractérisé entre le litige et l'ordre juridique étranger et de l'absence de fraude, ou, d'une manière purement négative, sous l'angle de l'absence de compétence exclusive des tribunaux français<sup>2786</sup>. La vérification ne vise alors qu'à permettre au for de déterminer si, *selon son point de vue*, le dessaisissement du juge français second saisi est tolérable et possible, et si le

---

<sup>2780</sup> Le point de vue que retient l'ordre juridique étranger n'apparaît éventuellement pris en compte, en définitive, que dans un second temps, pour conduire au dessaisissement définitif du juge saisi. Dans le cadre de l'exception de litispendance, en effet, le juge du for n'est tenu de se dessaisir que si la compétence du juge étranger est établie. Cette solution apparaît d'ailleurs expressément consacrée à l'art. 29.3 du règlement Bruxelles I bis.

<sup>2781</sup> V. en ce sens L. Usunier, *thèse préc.*, n° 367.

<sup>2782</sup> V. not., en ce sens, B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 54.5 et les références citées ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 367.

<sup>2783</sup> En matière de connexité internationale, cependant, le juge saisi en second lieu doit vérifier la compétence directe du juge premier saisi si la partie ayant soulevé l'exception demande un dessaisissement et non un simple sursis à statuer, et il n'a que la faculté de se dessaisir. La conception extensive que retient la Cour de justice de la litispendance rend cependant sa mise en œuvre extrêmement rare. V. sur ce point, not. L. Usunier, *thèse préc.*, n° 473 et s.

<sup>2784</sup> V. sur ce point, not., *supra*, n° 500.

<sup>2785</sup> V. en ce sens, par ex. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 juin 1999, JCP G 1999, IV, 2429 ; Dalloz 1999, IR., p. 169 ; RCDIP 2000, p. 35, note P. Rémy-Corlay ; Defrénois 2000, p. 105, obs. J. Massip ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 décembre 2004, RCDIP 2006, p. 597, note V. Moissinac-Massénat. Certains auteurs, néanmoins, proposent à cet égard une prise en compte des règles de compétence directe étrangères. V. not., D. Holleaux, note, RCDIP 1975, p. 496 et la *communication préc.*, TCFDIP 1971-1973, p. 211 ; B. Ancel et Y. Lequette, *GA*, n° 54.5, p. 508. De rares décisions ont adopté ce point de vue. V. TGI Paris, 12 février 1980, Clunet 1980, p. 653, note A. Huet, constatant que la « juridiction portugaise se dit compétente en raison notamment de la nationalité des parties ».

<sup>2786</sup> Ces conditions sont celles prévues depuis la jurisprudence *Simitch*, V. *supra*, n° 142, n° 466.

juge étranger « n'est pas trop mal placé »<sup>2787</sup> sans prise en compte du point de vue concret qu'il retient.

L'incapacité intrinsèque de ces mécanismes de coordination à être, en eux-mêmes, exploités pour fonder une prise en compte des impérativités étrangères dans le for, devrait dès lors conduire à la consécration d'un mécanisme de coordination autonome, inspiré du *forum non conveniens*, pour assurer cet objectif.

## 2- Admissibilité du mécanisme de coordination inspiré du *forum non conveniens*

**789.** La possibilité d'instaurer, dans les États de tradition civiliste, un mécanisme de coordination inspiré de la théorie du *forum non conveniens*, visant à assurer le respect international des impérativités étatiques, apparaît envisageable. Il en est ainsi du fait de la compatibilité de la version *restrictive* du *forum non conveniens* que consacrerait un tel mécanisme de coordination, avec les conceptions retenues dans les droits de tradition civiliste (a). Une telle clause d'exception strictement définie apparaît d'ailleurs parfois consacrée en droit positif (b).

### a) Compatibilité d'une clause d'exception strictement définie avec les conceptions civilistes

**790.** Malgré le caractère en principe rigide des règles de compétence juridictionnelle consacrées dans les États de tradition civiliste, les auteurs s'accordent de manière assez générale pour reconnaître l'utilité d'admettre certains tempéraments à ce principe et la possibilité de mettre en place des procédés permettant d'assouplir leur mise en œuvre<sup>2788</sup>.

Si l'importation du *forum non conveniens* dans sa forme *libérale*, pour fonder un pouvoir de dessaisissement *général* du juge saisi, paraît exclue, les auteurs s'accordent néanmoins assez généralement pour admettre qu'une voie médiane, consacrant une version *restrictive* du *forum non conveniens*, pourrait être admise dans ces États<sup>2789</sup>.

**791.** L'idée traditionnelle selon laquelle il y aurait un *clivage* entre les États de *common law* et ceux de tradition de *civil law* quant à la manière de régler la question de la compétence juridictionnelle internationale de leurs tribunaux peut être nuancée, à différents égards.

---

<sup>2787</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 475.

<sup>2788</sup> V. par ex. B. Schneider, « Le *forum conveniens* et le *forum non conveniens* (en droit écossais, anglais et américain) », RIDC 1975, p. 606 et s., spéc., p. 642 ; F. Rigaux et M. Fallon, T. II, 2<sup>e</sup> éd., n° 813.

<sup>2789</sup> V. not. sur ce point, C. Chalas, *thèse préc.*, 2<sup>e</sup> partie ; A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 482 et s. ; P. Lagarde, *cours préc.*, p. 151 et s.

L'opposition entre les deux systèmes semble s'estomper<sup>2790</sup> dans certaines circonstances particulières<sup>2791</sup>, dans lesquelles le juge peut refuser de connaître une affaire « alors que la situation relève normalement de l'hypothèse légale de base »<sup>2792</sup>, pour des raisons analogues à celles qui interviennent dans le *forum non conveniens*<sup>2793</sup>. Elle permettrait de révéler « l'existence d'un fond commun de principes relativement similaires qui tendent à justifier la correction ou l'aménagement des règles de compétence »<sup>2794</sup>, exprimée à travers la consécration de « substituts de *forum non conveniens* »<sup>2795</sup>.

L'assouplissement généralisé dont font l'objet les règles de compétence juridictionnelle dans ces États en droit international privé contemporain apparaît également de nature à atténuer cette opposition des conceptions entre les deux systèmes. Il a pu conduire certains auteurs à considérer qu'il « n'est pas totalement incongru de suggérer que l'antipathie des juristes civilistes à l'égard du *forum non conveniens* est en train de s'atténuer »<sup>2796</sup>, et à s'interroger sur la question de savoir s'il serait encore possible de dire « que le droit international privé français s'oppose fondamentalement, comme on l'affirme, au *forum non conveniens* en matière de compétence internationale directe »<sup>2797</sup>.

**792.** De manière générale, de telles considérations semblent faire apparaître que l'hostilité des États de tradition civiliste vis-à-vis du mécanisme résulterait moins de l'approche et des conceptions retenues pour fonder son utilisation que des *modalités* par lesquelles il est mis en œuvre en droit anglais et américain. Elles laisseraient envisager la possibilité d'admettre dans ces États, sous réserve de la mise en place de correctifs nécessaires, un mécanisme *inspiré* du *forum non conveniens*. De tels correctifs représenteraient ainsi, en quelque sorte, la clé d'une intégration acceptable de la doctrine du *forum non conveniens* au sein d'un système civiliste<sup>2798</sup>, et permettraient d'établir un compromis, empruntant au *forum non conveniens* ses

---

<sup>2790</sup> À cet égard, d'ailleurs, l'assouplissement des règles de compétence juridictionnelle consacré dans les États de tradition civiliste s'accompagne en parallèle d'une constatation croissante, dans les États de *common law*, du trop grand libéralisme qui est retenu par leurs tribunaux dans la mise en œuvre du mécanisme. V. sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 485, et les auteurs cités.

<sup>2791</sup> V. pour une étude d'ensemble de ces hypothèses, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 267 et s., p. 368 et s.

<sup>2792</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 164.

<sup>2793</sup> *Ibid.*

<sup>2794</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 484.

<sup>2795</sup> J. J. Fawcett, « General Report », in *Declining Jurisdiction*, p. 24. V. sur ces différents mécanismes de substituts, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 164, p. 235.

<sup>2796</sup> W. Kennett, « *Forum non conveniens* in Europe » [1995] 54 C.L. J. 552, spéc., p. 569, et considérant que cette importation serait souhaitable, V. A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 472 et s., p. 639 et s.

<sup>2797</sup> H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », RIDC 2000, p. 503 et s., spéc., p. 525, n° 31.

<sup>2798</sup> À cet égard, les exemples de certaines législations inspirées de la tradition civiliste, qui ont pu consacrer une certaine forme de mécanisme de *forum non conveniens* dans des hypothèses exceptionnelles, offrent des illustrations éclairantes de voies de compromis admissibles. V. sur le détail de certains systèmes « hybrides », consacrant de tels compromis, A. Nuyts, *thèse préc.*, p. 193 et s. V. également, en particulier sur les législations québécoise et japonaise, G. Goldstein, « *Le forum non conveniens* en droit civil », RCDIP 2016, p. 51 et s., et déclarant que la jurisprudence québécoise, qui appliquait le *forum non*

fondements, mais respectant les standards retenus dans les États de tradition civiliste quant à la détermination de la compétence juridictionnelle de leurs tribunaux.

La mise en place d'une clause d'exception strictement définie a pu être envisagée par certains auteurs<sup>2799</sup>. Elle pourrait permettre de « concilier la prévisibilité de la solution et le réalisme du résultat »<sup>2800</sup> et constituer une « avancée qualitative dans le sens d'un règlement harmonieux de la compétence internationale »<sup>2801</sup>. Son acceptabilité, pour les États de tradition civiliste, impliquerait néanmoins qu'elle permette d'éviter le caractère aléatoire et le risque que présente le *forum non conveniens* pour la prévisibilité des solutions et la sécurité juridique, qui lui est généralement reproché. Elle devrait, de manière générale, avoir pour objectif de concilier la bonne administration de la justice, l'équité procédurale et la prévisibilité des parties au litige.

**793.** Pour limiter l'incertitude susceptible de découler de la mise en œuvre d'un pouvoir de dessaisissement du juge saisi, fondé sur des considérations d'opportunité, il s'agirait de formuler des conditions restrictives pour la mise en œuvre d'une telle clause d'exception et de fixer une liste exhaustive de facteurs précis et objectifs, au regard desquels la compétence étrangère devrait être appréciée. Le pouvoir discrétionnaire du juge saisi serait alors encadré et enfermé dans un *carcan rigide*, fixé par une norme du système juridique du for, qui viendrait délimiter précisément l'étendue de sa marge de manœuvre<sup>2802</sup>. Le juge devrait « suivre les pointillés » établis par la règle légale consacrée, et prendre sa décision au regard de critères expressément et limitativement déterminés dont il ne pourrait se départir.

Un tel système reposerait sur l'idée que les tribunaux n'ont pas de pouvoir inhérent, en dehors de règles d'origine législative, pour décider ou non d'exercer leur compétence, mais ne sont dotés à cet égard que d'un pouvoir *étroitement encadré*.

**794.** À cela devrait également être adjointe une délimitation précise et explicite des hypothèses dans lesquelles la clause d'exception pourrait être mise en œuvre, pour restreindre

---

*conveniens* avant sa consécration législative, « est une excellente illustration de la manière moderne, réaliste, ouverte et responsable par laquelle les juges québécois, parfaitement conscients des impacts pratiques des dimensions internationales du litige, peuvent maintenant traiter ce genre de situations à l'aide des nouvelles règles de compétence internationale », G. Goldstein et E. Groffier, *Droit international privé, T. I, Théorie générale*, Yvon Blais, 1998, n° 134, p. 317.

<sup>2799</sup> V. en particulier, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 482 et s. ; P. Lagarde, *cours préc.*, p. 131 et s. V également, la discussion à la suite de la communication de G. A. L. Droz, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », TCFDIP 1993-1995, p. 97 et s., p. 116, au cours de laquelle P. Lagarde a pu relever qu'« il y a peut-être une voie moyenne, un usage raisonnable du *forum non conveniens* qu'il ne faudrait pas condamner a priori ».

<sup>2800</sup> *Ibid.*

<sup>2801</sup> *Ibid.*

<sup>2802</sup> V. à cet égard, le rapprochement qui pourrait être fait entre un tel système et celui consacré en droit japonais à travers la théorie des « circonstances exceptionnelles », exposé en particulier par G. Goldstein, « *Le forum non conveniens* en droit civil », RCDIP 2016, p. 51 et s.

son utilisation à des circonstances exceptionnelles. Ce caractère *exceptionnel* ne devrait en effet pas simplement apparaître comme une *directive d'interprétation* formulée à l'égard du juge saisi, intervenant comme « une règle d'interprétation limitative à caractère essentiellement pédagogique, signifiant que son usage doit être rare »<sup>2803</sup>, mais être expressément énoncé comme une *condition spécifique* de mise en œuvre du mécanisme ou fonder indirectement d'autres conditions imposées à l'autorité saisie<sup>2804</sup>.

Il pourrait par exemple conduire à formuler une obligation, pour celle-ci, de vérifier le caractère réellement « inapproprié » de l'exercice de sa compétence, et non pas seulement le caractère *plus approprié* de la saisine de la juridiction étrangère.

**795.** La constatation de la compatibilité que pourrait présenter, sous ces réserves, une telle clause d'exception, avec les conceptions des systèmes de tradition civiliste, conduit alors à reconnaître la possibilité d'assurer, par le biais d'un mécanisme inspiré du *forum non conveniens*, la protection internationale des impérativités.

La mise en place d'une telle clause d'exception, consacrant une version restrictive du *forum non conveniens*, suffit, en effet, sous réserve d'une adaptation des objectifs poursuivis, à assurer efficacement la coordination des systèmes recherchée. Il en est ainsi dès lors que le respect des vraies lois de police étrangères n'implique que la mise en œuvre d'un mécanisme de coordination exceptionnel et fondé sur la détermination précise des impérativités étrangères acceptables dont la prise en compte pourrait être considérée comme légitime.

#### b) Apparitions ponctuelles du *forum non conveniens* dans les États de tradition civiliste

**796.** L'idée est assez généralement avancée qu'une clause d'exception strictement définie et apparentée à une forme *restrictive* de *forum non conveniens* présenterait une *conformité théorique* avec les conceptions retenues dans les systèmes de tradition civiliste. Elle se trouve assez largement confirmée par les solutions consacrées en droit positif, notamment en droit français et dans le cadre européen<sup>2805</sup>.

L'analyse révèle que si les solutions jurisprudentielles tendant à consacrer des hypothèses d'application du mécanisme dans une version assez large ont été rapidement

---

<sup>2803</sup> *Ibid.*

<sup>2804</sup> *Ibid.*

<sup>2805</sup> Des procédés de ce type semblent également pouvoir être trouvés, dans certaines conventions de La Haye, notamment celle du 19 octobre 1996 sur la protection des mineurs.



abandonnées ou sont restées très isolées<sup>2806</sup>, des apparitions du mécanisme sous la forme d'une clause d'exception strictement définie peuvent être découvertes à travers certaines solutions établies dans des hypothèses particulières. Elles semblent, par ailleurs, de plus en plus nombreuses en droit international privé contemporain.

**797.** En droit français, le chef de compétence juridictionnelle facultatif des tribunaux français, fondé sur le risque d'un déni de justice<sup>2807</sup>, permet au juge d'apprécier l'opportunité de sa compétence juridictionnelle au regard des liens qu'il entretient avec le litige, de la compétence des juridictions étrangères et du risque d'injustice qu'encourra le demandeur<sup>2808</sup>.

Les juridictions françaises avaient également reconnu un *forum arresti facultatif* apparenté au *forum non conveniens*<sup>2809</sup> dans l'arrêt *Nassibian*<sup>2810</sup>. Alors que les règles de compétence françaises fondaient la compétence des tribunaux français pour statuer sur la validité d'une saisie pratiquée en France, la Cour avait pu autoriser le juge saisi à connaître également de l'instance au fond engagée à la suite de la mesure conservatoire, s'il l'estimait opportun au regard des circonstances de l'espèce. Le pouvoir discrétionnaire du juge saisi apparaissait particulièrement large, dès lors qu'il pouvait se fonder sur toute sorte de facteurs, tels que la faiblesse des liens entre le juge français et le litige<sup>2811</sup>, l'existence d'un conflit de procédures, la compétence exclusive d'une juridiction étrangère<sup>2812</sup>, ou l'impossibilité d'obtenir un procès équitable à l'étranger<sup>2813</sup>. Il a cependant été relativement vite abandonné<sup>2814</sup>, en raison de sa contrariété trop manifeste avec les conceptions retenues en France sur le plan de la compétence juridictionnelle<sup>2815</sup>.

---

<sup>2806</sup> V. par ex., CA Paris, 17 novembre 1987, *Clunet* 1989, p. 96, obs. A. Huet, où la Cour d'appel de Paris, compétente pour statuer en référé conformément à l'article 24 de la convention de Bruxelles, a pu se déclarer incompétente en considérant que le juge italien était mieux placé pour statuer sur les mesures provisoires.

<sup>2807</sup> V. considérant que ce chef de compétence se rapproche du *forum non conveniens*, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 166.

<sup>2808</sup> V. not. TGI Paris, 1<sup>er</sup> octobre 1976, *Dalloz* 1977, p. 535, note A. Huet ; Cass. Soc. 25 janvier 2005, *Dalloz* 2005, p. 1540, note F. Viangalli ; RCDIP 2005, p. 477, note I. Pingel ; *Clunet* 2005, p. 1142, note L. Corbion.

<sup>2809</sup> V. en ce sens, D. Bureau et H. Muir Watt, *ouvrage préc.*, n° 153 ; H. Gaudemet-Tallon, « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *Forum non conveniens, Lis Pendens* », RIDC 1994, p. 423 et s., p. 424.

<sup>2810</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 novembre 1979, *Nassibian*, RCDIP 1980, p. 588, note G. Couchez ; *Clunet* 1980, p. 95, rapp. A. Ponsard ; GA n° 59-60.

<sup>2811</sup> V. en ce sens, P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986, t. 196, p. 9 et s., p. 137.

<sup>2812</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 novembre 1986, *Banque camerounaise du développement*, RCDIP 1987, p. 773, note H. Muir Watt.

<sup>2813</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janvier 1995, *Méridien Breckwoldt et Cir.*, JCP 1995. II. 22430, note H. Muir Watt ; RCDIP 1996, p. 134, note Y. Lequette ; GA, n° 59-60.

<sup>2814</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 février 1997, *Bull. Civ. I*, n° 47, p. 30, GA, n° 59-60, et déjà, mais moins explicitement, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janvier 1995, *Méridien Breckwoldt et Cir.*, *préc.*

<sup>2815</sup> V. en ce sens, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 167 ; Y. Lequette, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janvier 1995, RCDIP 1996, p. 134 et s., p. 142.

**798.** De manière générale, les apparitions du *forum non conveniens* en droit français semblent surtout pouvoir être décelées sous la forme d'une clause d'exception permettant au juge saisi d'apprécier l'opportunité d'exercer sa compétence et de se dessaisir, dans le cadre de la mise en œuvre des exceptions de litispendance et de connexité internationales consacrées. Insusceptibles de fonder, en elles-mêmes, une prise en compte des impérativités étrangères, elles laissent envisager, sous certains de leurs aspects, la possibilité d'introduire un mécanisme de coordination inspiré du *forum non conveniens*.

**799.** Le caractère simplement *facultatif* de l'abstention que le juge français peut décider de prononcer dans les hypothèses d'une situation de litispendance ou de connexité internationales conduit, en effet, à conférer au juge saisi une marge de manœuvre pour apprécier l'opportunité d'exercer sa compétence au regard des circonstances particulières de l'espèce considérées. Elle tend, ainsi, à rapprocher ces exceptions d'une clause de *forum non conveniens* restrictive, dont la mise en œuvre apparaît toujours nécessairement préalablement conditionnée à l'existence d'une procédure pendante à l'étranger et à la saisine antérieure d'un juge étranger.

La reconnaissance de cette marge d'appréciation du juge saisi pour décider de s'abstenir de trancher le différend apparaît dans l'exception de litispendance internationale, à la fois dans le cadre de la mise en œuvre du pronostic de reconnaissance du jugement étranger et au stade du prononcé de l'abstention. Elle découle de la mise en œuvre anticipée des conditions de régularité des jugements étrangers, en particulier à travers l'appréciation des *liens caractérisés de la juridiction étrangère avec le litige* posé dans l'arrêt *Simitch*<sup>2816</sup> et des conditions de conformité à l'ordre public ou de l'absence de fraude<sup>2817</sup>. D'un autre côté, il est admis que le juge français reste toujours libre de statuer ou de se dessaisir même s'il est prévisible que la décision étrangère à venir pourra être exécutée en France<sup>2818</sup>, et peut dans ce cadre faire dépendre sa décision, notamment, de l'attitude des plaideurs<sup>2819</sup>.

Cette même marge de manœuvre conférée à l'autorité saisie apparaît également explicitement reconnue dans l'arrêt du 20 octobre 1987, dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception de connexité, dans lequel les juges du fond ont déclaré que « l'admission de

---

<sup>2816</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1985, *Simitch*, préc.

<sup>2817</sup> V. en ce sens, not. A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 287.

<sup>2818</sup> V. en ce sens, H. Gaudemet-Tallon, « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *Forum non conveniens*, *Lis Pendens* », RIDC 1994, p. 423 et s., p. 429. Et V. déclarant que « c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la Cour d'appel (...) a ordonné le dessaisissement de la juridiction française et le renvoi devant la juridiction étrangère (...) », Cass. Soc., 7 mai 1996, RDIP 1997, p. 77, note G. Droz ; Adde, TGI Paris, 23 novembre 1983, RCDIP 1984, p. 510, note H. Gaudemet-Tallon, où les juges ont estimé que c'est « du point de vue de l'opportunité que le renvoi était justifié ».

<sup>2819</sup> V. en ce sens, P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 446.

l'exception de connexité n'est jamais qu'une simple faculté pour les tribunaux »<sup>2820</sup>, qui peuvent tenir compte de considérations diverses pour apprécier l'opportunité concrète de son abstention<sup>2821</sup>.

**800.** À côté de ce pouvoir d'appréciation reconnu au juge saisi pour apprécier l'opportunité d'exercer sa compétence juridictionnelle, permettant de voir ces mécanismes comme « une ébauche d'admission de l'exception de *forum non conveniens* » implicite<sup>2822</sup>, s'ajoute également une tendance assez importante des juges français à minimiser l'importance du critère de l'ordre chronologique des saisines<sup>2823</sup>. Ils consacraient ainsi une « application discrète mais bien réelle de la théorie du *forum non conveniens* »<sup>2824</sup>, d'ailleurs assez généralement reconnue par les auteurs<sup>2825</sup>, comme un « corollaire inévitable de l'octroi au juge d'une marge d'appréciation »<sup>2826</sup>.

Dans le cadre européen, une telle souplesse a toujours été admise pour la mise en œuvre de l'exception de connexité pour les relations entre États membres, à la fois à travers l'appréciation de l'existence même d'un « lien étroit » entre les instances et quant à la décision du juge de s'abstenir au profit du juge premier saisi<sup>2827</sup>, qui pourrait déterminer « quelle est la juridiction la plus qualifiée pour statuer sur un point déterminé »<sup>2828</sup>.

Elle semble, également, s'introduire progressivement dans le cadre de la litispendance européenne, grâce à une diminution progressive de l'importance attachée au critère de l'ordre chronologique des saisines. À cet égard, le règlement Bruxelles I bis est d'ailleurs venu

---

<sup>2820</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 octobre 1987, Clunet 1988, p. 446, note A. Huet ; RCDIP 1988, p. 540, note Y. Lequette. V. également, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1999, *préc.*, dans lequel la Cour rappelle que l'usage de cette faculté doit être apprécié souverainement par les juges du fond.

<sup>2821</sup> V. sur les considérations que le juge pourrait prendre en compte, not. C. Cuniberti, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 juin 1999, RCDIP 2000, p. 42 et s.

<sup>2822</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 445.

<sup>2823</sup> La Cour de cassation française a pu sembler atténuer la portée du critère chronologique dans des litiges en matière de statut personnel, en admettant la reconnaissance, en France, de jugements rendus par des juridictions américaines saisies en second. Le fait que le juge américain ait dû, en application du critère chronologique, se dessaisir au profit du juge français, n'empêcha pas la reconnaissance de la régularité du jugement américain en l'absence de fraude. V. en matière de divorce, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2009, Dalloz 2010, p. 58, note B. Audit ; AJDI 2010, p. 234, obs. S. Prigent ; AJ Fam. 2009, p. 493, note I. Boiché ; Gaz. Pal. 2009, n° 332, obs. M.-L. Niboyet ; Clunet 2010, p. 136, note Guillaumé, et en matière d'autorité parentale et de pension alimentaire, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 décembre 2009, Dalloz 2010, p. 156, obs. I. Gallmeister ; AJ Fam. 2010, p. 84, obs. N. Nord.

<sup>2824</sup> V. en ce sens, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 289, p. 392. V. également, H. Gaudemet-Tallon, note sous CJCE, 20 janvier 1994, *Owens v. Brako*, Aff. C-129/92, Rec., p. I-117, RCDIP 1994., p. 387, qui énonce qu'« à partir du moment où on laisse le juge apprécier discrétionnairement sa compétence, on ne peut l'empêcher de porter une appréciation sur le caractère plus ou moins "convenient" du juge saisi ».

<sup>2825</sup> V. not. H. Gaudemet-Tallon, *art. préc.*, p. 429 et 430 ; C. Chalas, *thèse préc.*, n° 419-421.

<sup>2826</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 289, et en ce sens, également, H. Gaudemet-Tallon, *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, RCADI 2005, t. 312, p. 347 et s., n° 386 et s.

<sup>2827</sup> V. sur ce point, en particulier, les concl. de l'avocat général Lenz dans l'arrêt CJCE, 20 janvier 1994, *Owens v. Bako*, Aff. C-129/92, Rec., p. I-117, qui a déclaré que la décision de s'abstenir a, dans ce cadre, un caractère discrétionnaire, où « les circonstances du cas d'espèce jouent un rôle particulièrement important », et en ce sens, not. H. Gaudemet-Tallon, note sous l'arrêt, RCDIP 1994, p. 387 ; C. Chalas, *thèse préc.*, n° 421.

<sup>2828</sup> Concl. avocat général Lenz dans l'arrêt CJCE, 20 janvier 1994, *Owens v. Bako*, Aff. C-129/92, Rec., p. I-117, point 79.

remédier à certaines incohérences antérieures consacrées dans l'hypothèse où la compétence du tribunal second saisi trouvait ses fondements sur une clause attributive de juridiction<sup>2829</sup>. De même, le caractère exclusif de la compétence de la juridiction seconde saisie apparaît, désormais, susceptible de conduire à l'atténuation du caractère automatique du critère d'ordre chronologique<sup>2830</sup>.

**801.** Surtout, l'apparition la plus évidente d'une clause d'exception apparentée au *forum non conveniens* peut être constatée au regard des solutions retenues pour les situations de litispendance et de connexité internationales avec des États tiers<sup>2831</sup>.

Le règlement Bruxelles I bis prévoit, en effet, un mécanisme *facultatif* permettant au juge d'un État membre confronté à une situation de connexité ou de litispendance internationale avec la juridiction d'un État tiers antérieurement saisie, de se dessaisir ou de surseoir à statuer. Son abstention est toujours soumise<sup>2832</sup> à la condition qu'il puisse s'attendre « à ce que la juridiction de l'État tiers rende une décision susceptible d'être reconnue et, le cas échéant, d'être exécutée dans ledit État membre »<sup>2833</sup>, et qu'il soit convaincu que « le sursis à statuer est nécessaire pour une bonne administration de la justice »<sup>2834</sup>.

Celui-ci se voit alors conférer une certaine marge d'appréciation pour apprécier l'opportunité de son abstention, à la fois dans le cadre de la mise en œuvre du pronostic de la reconnaissance et dans l'appréciation des nécessités de la bonne administration de la justice. À cet égard, le considérant 24 al. 1 du règlement précise que le juge saisi pourra notamment

---

<sup>2829</sup> Alors que la Cour de justice avait antérieurement refusé de mettre à l'écart ce critère dans une telle hypothèse (V. CJCE, 9 décembre 2003, Aff. C-116/02, *Erich Gasser GmbH c. MISAT Sarl*, Dalloz 2004, p. 1046, note Ch. Bruneau ; RCDIP 2004, p. 444, note H. Muir Watt ; Clunet 2004, p. 641, obs. A. Huet), les nombreuses critiques opposées au système et les risques d'abus de procédure qu'il engendrait ont conduit à un changement de solution dans le règlement Bruxelles I bis. L'article 31.2 du règlement est venu remédier aux inconvénients liés à cette solution, en donnant la priorité à la juridiction saisie sur le fondement d'une telle clause, pour se prononcer sur la validité et l'étendue de sa compétence. Ceci vaut que la juridiction en question ait été saisie en premier ou en second.

<sup>2830</sup> En dehors du conflit de compétences exclusives, résolu par application du critère d'ordre chronologique (V. art. 23 CB, 29 règl. B. I, et 31 règl. B. I bis), les conséquences du caractère exclusif de la compétence de la juridiction saisie en second sur la mise en œuvre de l'exception de litispendance européenne n'avaient pendant longtemps pas été clairement déterminées (V. cep. V. CJCE 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance E.A.*, Aff. C-351/89, Rec. I. 3317, concl. Van Gerven ; RCDIP 1991, p. 764, note H. Gaudemet-Tallon ; Clunet 1992, p. 493, obs. A. Huet). La Cour de justice a pu cependant préciser que l'article 27 du règlement Bruxelles I doit être interprété en ce sens que, « avant de surseoir à statuer en application de cette disposition, la juridiction saisie en second lieu est tenue d'examiner si, en raison d'une méconnaissance de la compétence exclusive prévue à l'article 22, point 1, de ce règlement, une décision éventuelle au fond de la juridiction saisie en premier lieu ne sera pas reconnue dans les autres États membres, conformément à l'article 35, paragraphe 1, dudit règlement ». V. CJUE 3 avril 2014, Aff. C-438/12, *Irmengard Weber c/ Mechthilde Weber* (point 60), Dalloz 2014, p. 876 ; RCDIP 2014, p. 704 note L. d'Avout. Ce faisant, la Cour sembla créer « un nouveau mécanisme de résolution des conflits de procédures pour les cas où le juge second saisi apparaîtrait manifestement le mieux placé pour connaître du litige, car investi d'un titre de compétence exclusive » (L. d'Avout, *note préc.*, p. 715). Le mécanisme se rapproche alors assez sensiblement du *forum non conveniens*.

<sup>2831</sup> V. art. 33 et 34 B. I bis.

<sup>2832</sup> Pour le cas de la connexité internationale, l'art. 34.1 a) ajoute que le juge doit être convaincu qu'« il y a intérêt à instruire et juger les demandes connexes en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément ».

<sup>2833</sup> Art. 33.1 a) et 34. 1 b) règl. B I bis.

<sup>2834</sup> Art. 33.1 b) et 34. 1 c) règl. B I bis.

avoir égard aux liens existant entre « les faits du cas d'espèce, les parties et l'État tiers concerné, l'état d'avancement de la procédure dans l'État tiers au moment où la procédure est engagée devant la juridiction de l'État membre et la probabilité que la juridiction de l'État tiers rende une décision dans un délai raisonnable »<sup>2835</sup>. Il est également expressément énoncé que le considérant ne fixe pas une liste exhaustive des critères d'analyse mais que le juge saisi pourra, de manière générale, prendre en compte « l'ensemble des circonstances du cas d'espèce »<sup>2836</sup>.

Sous cet angle, le règlement consacre un mécanisme facultatif d'appréciation concrète du caractère approprié du for étranger, qui s'apparente assez largement au *forum non conveniens*<sup>2837</sup>. La solution, à cet égard, consacrerait ainsi expressément la solution antérieurement consacrée à titre général par les juridictions anglaises<sup>2838</sup>, pour les hypothèses de conflits de procédures. Elle restreint néanmoins étroitement son champ d'application<sup>2839</sup> et conditionne sa mise en œuvre à l'existence d'une procédure pendante devant les juridictions d'un État tiers antérieurement saisies. À cet égard, la solution ne semble pas revenir sur la décision rendue par la Cour de justice dans l'arrêt *Owusu*<sup>2840</sup>, dès lors que la Cour s'était contentée de formuler une solution générale, sans répondre à la seconde question formulée par la Cour d'appel d'Angleterre, de savoir si l'incompatibilité de l'exception de *forum non conveniens* s'imposait dans tous les cas ou si le juge saisi pouvait retenir son abstention dans des hypothèses particulières<sup>2841</sup>.

---

<sup>2835</sup> V. également, sur la précision apportée par le considérant 24 al. 2, concernant la prise en compte de la compétence exclusive de la juridiction étrangère, qui consacre la théorie de l'effet réflexe des chefs de compétences juridictionnelles exclusives prévues par le règlement dans le cadre des conflits de procédures, *supra*, n° 788. La proposition du Parlement de reconnaître un effet de réciprocité aux clauses attributives de juridictions en faveur d'États tiers n'a cependant pas été retenue. V. rapport du Parlement européen (2009/2140 (INI)), p. 10.

<sup>2836</sup> V. considérant 24 al. 1 du règlement Bruxelles I bis.

<sup>2837</sup> La parenté du mécanisme avec le *forum non conveniens* a été mise en avant par les auteurs. V. en ce sens, not. A. Nuyts, « La refonte du règlement Bruxelles I », RCDIP 2013, p. 1 et s., spéc., p. 9 ; H. Gaudemet-Tallon et C. Kessedjian, « La refonte du règlement Bruxelles I », RTD eco. 2013, p. 435 et s., n° 22 ; G. Goldstein, « *Le forum non conveniens* en droit civil », RCDIP 2016, p. 51 et s.

<sup>2838</sup> V. en particulier, utilisant ce mécanisme nonobstant la solution retenue par la Cour de justice dans l'arrêt *Owusu* (*préc.*), pour assurer « l'effet réflexe » de l'art. 23 du règlement Bruxelles I relatif aux clauses attributives de juridiction, *Konkola Copper Mines PLC v. Coromin*, High Court of Justice, Queen's Bench Division (Commercial Court) [2005] EWHC 898 (Comm). Il en fut ainsi, également, dans un arrêt récent de la Chambre commerciale de la Division du Banc de la Reine de la *High Court* du 3 avril 2012, alors que deux procédures avaient été engagées, l'une devant les juridictions anglaises et l'autre devant les juridictions ukrainiennes ; le juge anglais accepta de suspendre sa compétence juridictionnelle au profit des juridictions ukrainiennes en s'appuyant sur la reconnaissance d'un « effet réflexe » des articles 22.2 et 22.3 du règlement Bruxelles I. V. sur cet arrêt, C. Chalas, « L'affaire Ferrexpo : baptême anglais pour l'effet réflexe des articles 22, 27 et 28 du règlement Bruxelles I », RCDIP 2013, p. 359 et s.

<sup>2839</sup> Elles ne sont applicables que dans l'hypothèse où la juridiction saisie en premier lieu est une juridiction d'un État tiers et dans la mesure où la juridiction de l'Union européenne serait saisie en second lieu et compétente en vertu des articles 4, 7, 8 ou 9 du règlement. Le jeu de la litispendance internationale est donc exclu si la compétence de la juridiction saisie en second lieu a pour base les articles 10 à 26 (assurance, contrat conclu par un consommateur, contrat de travail, compétences exclusives, prorogation expresse ou tacite de compétence).

<sup>2840</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, Aff. C-281/02, *Owusu c/ Jackson*, *préc.*

<sup>2841</sup> V. les points 47 et s. de l'arrêt. Comme l'avait relevé l'avocat général dans ses conclusions (point 80), cette interrogation visait à savoir si l'impossibilité de recourir à la doctrine du *forum non conveniens* ne devait pas céder dans l'hypothèse où

**802.** En dehors des hypothèses de conflits de procédures, l'article 15.1 du règlement Bruxelles II bis institue un mécanisme de coopération entre autorités qui s'apparente très largement au *forum non conveniens* et permet d'assouplir et de corriger le rattachement de compétence juridictionnelle rigide par principe établi. Il autorise, en effet, un transfert de compétence de la part des autorités normalement compétentes vers des autorités qui sont, dans un cas de figure donné, considérées comme *mieux placées* pour statuer à l'égard de l'enfant<sup>2842</sup>.

Ce transfert de compétence n'est possible que sous réserve de conditions déterminées, et repose sur une appréciation réalisée, au cas par cas, de la juridiction « la mieux placée »<sup>2843</sup>. La clause de *forum non conveniens* ainsi consacrée fait néanmoins l'objet d'un encadrement assez important, et ne peut être mise en œuvre que de manière encadrée et exceptionnelle, étroitement délimitée à la question de la responsabilité parentale.

**803.** Enfin, l'article 6 a) du règlement européen sur les successions<sup>2844</sup> consacre un dispositif également étroitement apparenté au *forum non conveniens*<sup>2845</sup>, permettant un renvoi de compétence juridictionnelle du juge objectivement compétent vers le juge du pays dont le défunt a la nationalité et dont la loi serait applicable pour régir sa succession<sup>2846</sup>. Le renvoi de compétence juridictionnelle consacré<sup>2847</sup> s'opère à la demande de l'une des parties, et se réalise à l'appréciation du juge saisi, en considération des circonstances concrètes du litige. Il n'est admis, néanmoins, qu'au profit des juridictions de l'État dont le défunt est ressortissant, et dans la mesure où les *circonstances pratiques* de la succession le justifient. Il conduit à conférer une compétence *obligatoire* au juge de la nationalité du défunt<sup>2848</sup>.

---

l'État tiers pourrait se prévaloir d'une clause attributive de juridiction, d'un chef de compétence juridictionnelle exclusif au sens de l'article 16 de la convention ou d'une situation de litispendance ou de connexité.

<sup>2842</sup> V. sur ce point, not. B. Ancel, et H. Muir Watt, « L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le règlement Bruxelles II bis », RCDIP 2005, p. 569 et s. ; A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 557 ;

<sup>2843</sup> Elle est réalisée en fonction des circonstances particulières qui entourent le litige et la situation de l'enfant, et au regard du critère de l'intérêt supérieur de l'enfant et de la proximité de la juridiction avec la situation.

<sup>2844</sup> Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 *relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions* [...], JOUE 27 juill. 2012, L 201/107.

<sup>2845</sup> V. également, l'art. 12, qui permet aussi au tribunal compétent de ne pas statuer sur certains biens *si l'on peut s'attendre à ce que la décision qu'elle rendrait sur les biens en question ne soit pas reconnue ou déclarée exécutoire dans l'État tiers du lieu de leur situation*.

<sup>2846</sup> L'article prévoit, en effet, que la juridiction saisie « [...] peut [...] décliner sa compétence si elle considère que les juridictions de l'État membre dont la loi a été choisie sont mieux placées pour statuer sur la succession compte tenu des circonstances pratiques de celle-ci telles que la résidence habituelle des parties et la localisation des biens [...] ».

<sup>2847</sup> Cette solution semble pouvoir être expliquée par l'objectif du règlement, mentionné dans le considérant 27, dont les règles tendent à assurer « que l'autorité chargée de la succession en vienne, dans la plupart des cas, à appliquer son droit national. Le présent règlement prévoit dès lors une série de mécanismes qui entreraient en action dans les cas où le défunt avait choisi pour régir sa succession le droit d'un État membre dont il était un ressortissant ».

<sup>2848</sup> V. art. 7 a).

**804.** Sous réserve d'une possibilité de faire admettre l'introduction de considérations relatives à la prise en considération des intérêts étatiques étrangers, une telle reconnaissance progressive du *forum non conveniens* strictement entendu, dans les États de tradition civiliste, apparaît de nature à laisser envisager l'instauration d'un mécanisme de coordination de ce type, de portée générale, pour assurer le respect international des impérativités étrangères. Une telle éventualité, cependant, supposera qu'il puisse être admis autrement que pour renforcer la proximité objective existant entre le tribunal saisi et la situation litigieuse du fait du caractère trop léger du rattachement prédéterminé<sup>2849</sup>.

## **SECTION II : PROCÉDÉS MULTILATÉRAUX FONDÉS SUR LA COOPÉRATION INTERJURIDICTIONNELLE**

**805.** En contradiction avec l'indépendance qui caractérise traditionnellement les instances nationales pour la résolution des contentieux internationaux entre personnes privées, le droit international privé contemporain se caractérise par le développement de procédés consacrant une certaine *intégration* des justices étatiques et de résolution *concertée* ou *conjointe* des différends internationaux. Ils fondent une forme *d'entraide* entre les systèmes juridiques, pour décider du traitement d'une situation juridique internationale ou pour trancher une contestation.

Le recours à une telle *coopération* multilatérale apparaît alors susceptible de constituer le fondement d'une nouvelle manière de coordonner les systèmes, fondée sur la réalisation d'actes de collaboration d'un organe étatique en faveur de la prise en compte et du respect du point de vue d'un ordre juridique étranger.

L'utilité d'une telle méthode de coordination pour assurer le respect des impérativités étrangères devant une autorité juridictionnelle saisie peut être admise, dès lors qu'elle permettrait de remédier à certaines insuffisances des procédés de coordination unilatéraux traditionnels (I). Pour cette raison, son utilisation concrète pour réaliser la coordination des systèmes recherchée devra être envisagée (II).

---

<sup>2849</sup> V. P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain ; cours général de droit international privé*, RCADI 1986, t. 196, n° 132, p. 137.

## I- Utilité de la coopération interétatique

**806.** La *coopération* instaurée entre les organes nationaux d'États différents apparaît comme le fondement potentiel d'une méthode particulière de coordination des systèmes (A). Sa capacité à assurer la résolution des conflits de systèmes peut être décelée à travers les différents procédés sous la forme desquels elle apparaît concrètement mise en œuvre en droit positif (B).

### A) Fondement d'une méthode de coordination des systèmes

**807.** À côté des mécanismes, en principe, purement unilatéraux qui sont utilisés pour résoudre les conflits de systèmes, la *coopération* interétatique pourrait fonder une méthode multilatérale de coordination (1). La diversité des schémas de l'entraide retenus en droit positif conduit, par voie de conséquence, à consacrer des formes de coordination assez variables (2).

#### 1- Méthode multilatérale de coordination

**808.** Dans un système où il est par principe admis que les ordres juridiques étatiques sont indépendants et forment des espaces parfaitement clos quant à leur activité juridictionnelle<sup>2850</sup>, leur coordination n'est généralement assurée que par le biais d'un procédé unilatéral.

Elle repose sur l'action d'un ordre juridique, qui coordonne de manière individuelle son pouvoir d'action avec celui d'un ordre juridique étranger, sans entrer *en liaison* avec lui. Elle ne résulte que de *l'articulation* du point de vue de l'ordre juridique qui la met en œuvre, avec celui de l'ordre juridique étranger<sup>2851</sup>, qui reste simplement *passif* et ne fait que *bénéficier* de l'action coordinatrice de l'ordre juridique étranger, sans avoir contribué à sa mise en œuvre et sans avoir été intégré au *processus* de coordination. Corrélativement, l'unilatéralisme du procédé conduit également à limiter ses effets à la mise en œuvre des solutions du for, et maintient une parfaite autonomie entre les justices nationales.

---

<sup>2850</sup> V. sur ce point, not. F. Rigaux, *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours général de droit international privé*, RCADI 1989, t. 213, p. 9 et s., n° 54, p. 78 ; P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », RCDIP 1979, p. 1 et s. et p. 349 et s., spéc., p. 12 et p. 374 et s.

<sup>2851</sup> V. S. Bollée, « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », in *L'efficacité économique en droit, Études juridiques*, Economica, 2010, dir. S. Bollée, Y.-M. Laithier, C. Pérès, p. 121-146, spéc., p.122.



**809.** L'émergence progressive d'une vision décloisonnée et plus *transnationale* de la justice en droit international privé contemporain<sup>2852</sup> apparaît néanmoins susceptible de conduire à une remise en cause de cette manière purement unilatérale de résoudre les conflits de systèmes.

L'idée s'est développée que la résolution d'un litige pourrait être le fruit d'une *collaboration* entre les organes judiciaires ou parajudiciaires d'États différents, qui coordonneraient leurs efforts et agiraient de manière conjointe ou successive, pour se livrer à une sorte de « gestion commune » de l'instance<sup>2853</sup>.

Cette évolution des conceptions s'est traduite, concrètement, à la fois par l'instauration de cadres d'échanges et de communication permettant aux ordres juridiques de se faire connaître leurs points de vue respectifs indépendamment de tout contentieux, et par la consécration de procédés mis en œuvre au stade de l'action en justice ou de l'instance, à l'occasion d'un procès en cours. Ils donnent lieu à la réalisation d'actions positives spécifiques de la part des autorités d'un ordre juridique, en principe non directement sollicité pour trancher la contestation, qui ont pour but d'établir des échanges d'informations ou des actes de procédure. Ces procédés consacrent alors une *résolution commune* ou au moins *concertée* du contentieux et instaurent, à des degrés variables, une sorte d'« association ponctuelle des procédures nationales »<sup>2854</sup>. La concertation instituée entre les deux ordres juridiques concernés assure, en effet, le caractère volontaire et accepté de l'*intervention* d'un ordre juridique dans la procédure ouverte dans un autre, et écarte le risque d'atteinte au *principe de souveraineté* qui fonde, en temps normal, le cloisonnement des procédures nationales<sup>2855</sup>. Sous cet angle, une telle coopération apparaît ainsi, par principe, comme un *moyen* d'assurer une coordination des systèmes en une forme *concertée*.

**810.** Instaurée sous la forme d'une communication réciproque des ordres juridiques pour faire connaître les solutions qu'ils consacrent en dehors de tout contentieux, cette coopération apparaît susceptible d'intervenir *en faveur* de la réalisation d'une coordination des systèmes

---

<sup>2852</sup> V. favorables à cette idée, not. C. Kessedjian, « Judicial regulation of Improper Forum Selection », in J. Goldsmith, *International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection*, Transitional Pub., 1997, p. 273 et s.; *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques internationales*, RCADI 2002, t. 300, p. 79 et s., spéc., p. 275 et s.; M.-L. Niboyet, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *Clunet* 2006, p. 937 et s., spéc., p. 948 et s.; A. Bucher, *La famille en droit international privé*, RCADI 2000, t. 283, p. 9 et s., spéc., p. 144-159.

<sup>2853</sup> V. A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 612, p. 887.

<sup>2854</sup> L. d'Avout, « De l'entraide judiciaire au contentieux civil intégré », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p. 117 et s., p. 120.

<sup>2855</sup> V. P. Mayer, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 349 et s., spéc., p. 374.

*unilatérale*. Maintenant l'unilatéralisme du procédé qui serait mis en œuvre *par l'ordre juridique du for*, elle pourrait permettre d'atténuer les fondements et les effets de ce caractère unilatéral, en permettant de fonder une *participation relative* de l'ordre juridique étranger dans la réalisation de cette coordination. Celui-ci ferait connaître la teneur de son point de vue et faciliterait la réalisation de la coordination dans l'ordre juridique du for.

**811.** Cette coopération apparaît aussi, d'un autre côté, comme un *moyen multilatéral* d'assurer la coordination des systèmes. Il en est ainsi lorsqu'elle consacre, à travers la communication instaurée, une véritable *collaboration* des différents systèmes juridiques impliqués dans la recherche *active* de solutions acceptables pour chacun d'eux, concernant la résolution d'un contentieux déterminé. Ceux-ci, agissant conjointement, par le biais de leurs autorités, sont alors amenés à exprimer expressément le point de vue unilatéral qu'ils retiennent, et à s'accorder pour décider de la solution qui apparaît la plus opportune.

Concrètement, la coopération permet alors d'aboutir au prononcé d'un jugement final qui, fondé sur une articulation de leurs points de vue, consacre une solution de compromis, ou qui, reposant sur le renoncement de l'un d'eux à faire valoir ses solutions dans l'hypothèse considérée, cristallise la prépondérance communément admise de l'un des deux pour imposer ses conceptions à l'autre. Elle apparaît ainsi comme un instrument permettant d'éviter, de manière concertée, la concrétisation d'un conflit de systèmes susceptible de résulter d'une divergence des points de vue retenus par deux ordres juridiques.

Ce multilatéralisme, néanmoins, doit être admis en considération de la maîtrise que possède toujours nécessairement le for dans la mise en œuvre de cette coopération, conditionnée à sa volonté de mettre à l'écart l'unilatéralisme traditionnellement retenu pour la résolution des contentieux internationaux.

**812.** Dans ses différentes variantes, en tout cas, une telle coopération apparaît susceptible de fonder une intervention *positive* d'un ordre juridique *en faveur du point de vue* d'un ordre juridique étranger, et de consacrer sa *contribution active*<sup>2856</sup> pour assurer le respect des solutions qu'il retient.

Généralement envisagée à travers des procédés *d'entraide judiciaire internationale*<sup>2857</sup>, comme un ensemble de « faits actifs de collaboration d'un organe étatique

---

<sup>2856</sup> P. Schlosser, *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, RCADI 2000, t. 284, p. 9 et s.

<sup>2857</sup> V. sur la définition de cette entraide, B. Sturlèse, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Entraide judiciaire internationale*, n° 2.

à l'accomplissement d'un procès diligenté dans un autre État »<sup>2858</sup>, elle apparaît susceptible de consacrer, à *titre général*, la contribution d'un ordre juridique à la réalisation du point de vue d'un autre, indépendamment de l'existence d'une procédure immédiate et actuelle intentée devant ses juridictions. Elle pourrait ainsi permettre d'asseoir non seulement la contribution d'un ordre juridique *dont les juridictions ne seraient pas saisies*, à la résolution d'un contentieux soumis à la connaissance *des tribunaux d'un autre*<sup>2859</sup>, mais également la prise en compte, par le for, du point de vue d'un ordre juridique étranger.

**813.** La collaboration entre les ordres juridiques consacrerait ainsi une version multilatérale de la coordination des systèmes, réalisée par la mise en retrait du point de vue du for. Elle pourrait conduire à une décision concertée de transfert de l'instance des juridictions du for vers celles d'un ordre juridique étranger, également compétentes. L'acte de coopération consisterait alors, pour les juridictions du for, à intervenir *activement* en faveur du prononcé du jugement dans l'ordre juridique étranger<sup>2860</sup>, et à admettre, après concertation avec les autorités étrangères, de renoncer à l'exercice de leur compétence.

Cette collaboration pourrait également se manifester au stade de l'instance, pour fonder l'intervention des autorités étrangères dans le cadre d'une instance ouverte devant les juridictions du for, et permettre à celles-ci de faire valoir le point de vue substantiel de l'ordre juridique auquel elles appartiennent. Elle consacrerait alors une substitution, conjointement décidée, du jugement qu'aurait rendu le for, par celui issu de la concertation et du travail commun des autorités des deux ordres juridiques concernés.

Sous cet angle, la coordination des systèmes est susceptible d'être réalisée par le biais de méthodes assez variées, compte tenu de la multiplicité des formes de coopération consacrées en droit international privé contemporain.

## 2- Variété des fondements de la coordination

**814.** En droit positif, les procédés de coopération judiciaire active font l'objet d'une disparité assez importante à la fois quant à leurs sources et quant à leurs techniques juridiques<sup>2861</sup>. Cette diversité apparaît comme la résultante de la reprise ou de la survivance de certaines « formes schématiques »<sup>2862</sup> antérieurement consacrées dans des instruments

---

<sup>2858</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 118.

<sup>2859</sup> V. P. Schlosser, *cours préc.*, p. 29.

<sup>2860</sup> V. A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 611.

<sup>2861</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 118.

<sup>2862</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 122.

conventionnels, et de l'apparition de nouvelles figures de coopération venant les perfectionner dans des instruments de plus en plus variés.

Au niveau supranational, de tels procédés ont été originellement consacrés à travers des solutions minimales dans les conventions de La Haye<sup>2863</sup>, et ont subi une évolution<sup>2864</sup>, dans le sens d'une « institutionnalisation juridique et d'une privatisation »<sup>2865</sup>. La coopération y apparaît organisée par des règles matérielles harmonisées encadrant étroitement sa mise en œuvre, au regard des objectifs de protection des intérêts de la personne visée par la mesure<sup>2866</sup>. Elle apparaît également renforcée par des structures institutionnelles de coopération, favorisant la mise en œuvre des procédés consacrés<sup>2867</sup> et permettant aux autorités étatiques de se rendre compte des différentes « cultures juridictionnelles » étatiques<sup>2868</sup>.

**815.** De tels procédés sont aujourd'hui très largement repris et perfectionnés dans les règlements européens, en particulier pour répondre à des objectifs procéduraux, où ils apparaissent comme des « outils de coopération de dernière génération, qui reprennent et amplifient les tendances et techniques du droit conventionnel »<sup>2869</sup>.

Les particularités institutionnelles du droit de l'Union européenne offrent, en effet, un cadre particulièrement propice à l'instauration d'une coopération. Ce cadre permet d'asseoir les procédés sur une réglementation uniforme obligatoirement applicable dans les rapports entre États membres et fixant les modalités procédurales de leur mise en œuvre<sup>2870</sup>. L'existence d'un juge supranational chargé de les interpréter favorise également sa réalisation

---

<sup>2863</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 119.

<sup>2864</sup> L'évolution s'est traduite par un passage d'une coopération assurée exclusivement par la voie consulaire et diplomatique à une coopération juridique de type administratif, puis du passage de cette coopération administrative au dialogue interjuridictionnel direct. V. sur cette évolution, not., G. A. L. Droz, « Évolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la conférence de La Haye », in *Études offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 129 et s. ; L. d'Avout, *art. préc.*, p. 122-123.

<sup>2865</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 121.

<sup>2866</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 125-126.

<sup>2867</sup> Un réseau international est consacré pour la mise en œuvre de la convention de La Haye de 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement d'enfants, qui fonctionne sur la base des indications formulées dans les *Lignes de conduite émergentes relatives au développement du réseau international de juges de La Haye* et dans les *Principes généraux relatifs aux communications judiciaires*. V. Doc. Prél. n° 3 A révisé, de juillet 2012, à l'intention de la Commission spéciale de juin 2011 sur le fonctionnement pratique de la Convention Enlèvement d'enfants de 1980 et de la Convention Protection des enfants de 1996. Il est composé de juges de liaisons (V. *Les Conclusions et Recommandations*, 5.5 et 5.6).

<sup>2868</sup> P. Lortie, « Les mécanismes pratiques pour faciliter la communication internationale directe entre autorités judiciaires dans le cadre de la convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », Doc. Prél., n° 6, d'août 2002, à l'intention de la Commission spéciale de septembre/octobre 2002, p. 7, n° 7.

<sup>2869</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 127.

<sup>2870</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 127, et V. sur ce point, not. E. Jeuland, « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique », TCFDIP 2008-2010, p. 55 et s. ; P. Franzina, « Les acteurs de l'espace judiciaire européen en matière civile », in *La justice civile européenne en marche*, Méline Douchy-Oudot et E. Guinchard (dir.), p. 4 et s., spéc., p. 8 et p. 14.

effective, dès lors qu'il pourrait assurer, en cas de difficulté, un règlement « dans le sens de l'effet utile des règles uniformes »<sup>2871</sup>.

La mise en œuvre d'une telle coopération, en l'absence même de toute règle le prévoyant expressément<sup>2872</sup>, peut également trouver ses fondements dans l'article 4.3 du TFUE. Celui-ci consacre un devoir de coopération loyale entre les États membres, et paraît favorisé par le développement de la confiance mutuelle et d'objectifs communs fixés au niveau supranational<sup>2873</sup>. En ce sens, d'ailleurs, il a été considéré, dans le cadre européen, qu'« une mission nouvelle du juge pourrait être décelée dans l'obligation faite au juge de coopérer avec ses homologues étrangers »<sup>2874</sup>.

La coopération peut, au-delà, trouver un appui sur le *Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale*<sup>2875</sup>. Reprenant un concept qui préexistait en matière pénale<sup>2876</sup>, il constitue une structure de communication entre les autorités étatiques, désignées par chaque État<sup>2877</sup>, et apparaît comme un lieu de débats et d'échanges d'informations quasi permanents grâce à la tenue de réunions périodiques et annuelles<sup>2878</sup>. Il permet ainsi une *interconnexion* entre les systèmes judiciaires étatiques différents et assure une connaissance des procédures et des méthodes développées dans les différents États.

**816.** En dehors de tout cadre institutionnel, l'idée que « la fatalité d'une autarcie » des ordres juridiques est contraire aux besoins modernes des litiges privés internationaux<sup>2879</sup> a également conduit, en droit international privé contemporain, à l'apparition de nouvelles formes de coopération, fondées sur des initiatives spontanées. Le droit positif offre, en effet,

<sup>2871</sup> V. en ce sens, not. L. d'Avout, *art. préc.*, p. 128.

<sup>2872</sup> V. par ex. CJCE, 2 avril 2009, Aff. C.-523/07, A, Rec. p. I-2805, où la Cour a affirmé, à propos de l'article 20 du règlement Bruxelles II bis, que la protection de l'intérêt supérieur de l'enfant peut imposer que la juridiction nationale qui a mis en œuvre une mesure provisoire ou conservatoire en informe, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité centrale, la juridiction compétence d'un autre État membre.

<sup>2873</sup> S. Clavel, « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p. 57 et s., spéc., p. 71.

<sup>2874</sup> S. Clavel, *art. préc.*, p. 69

<sup>2875</sup> Il fut créé dans la logique du *Programme de Tampere* par la décision du Conseil, 2001/470/CE du 28 mai 2001, JOCE, L-174/25, du 27 juin 2001, qui fut modifiée par la décision du 18 juin 2009 (Déc. 568/2009 CE).

<sup>2876</sup> V. le réseau judiciaire européen, créé par l'*Action commune* du 29 juin 1998, adoptée sur la base de l'art. K.3 du Traité sur l'Union européenne, 98/428/JHA, JO. L.191, 7 juillet 1998, p. 0004-0007. V. sur ce réseau, en particulier, G. Canivet, *art. préc.*, p. 52.

<sup>2877</sup> Il est composé de *points de contact* désignés par chaque État membre, des organismes centraux et autorités centrales prévus dans les règlements, ou de tout autre instrument international auquel les États membres seraient parties, des magistrats de liaison ou de toute autre autorité judiciaire ou administrative que les États jugeraient utile d'intégrer à ce réseau (V. art. 2. Déc. 2001/470/CE).

<sup>2878</sup> Il a pour objectif général de permettre le développement d'une coopération judiciaire entre États membres dans de nouveaux domaines et de renforcer la mise en œuvre de la coopération déjà instituée, en apportant, notamment, un soutien aux organes investis d'une mission de coopération transnationale. V. par ex. art. 54 du règlement Bruxelles II bis, et le considérant 75 du règlement 650/2012 sur les successions.

<sup>2879</sup> B. Ancel, « Le transfert international des informations nécessaires à l'administration du droit privé », in *L'internationalisation du droit*, in *Mélanges Y. Loussouarn*, Dalloz 1994, p. 1 et s., spéc., p. 3.

des exemples toujours plus nombreux de collaboration informelle réalisée au cas concret et fondée sur l'appréciation discrétionnaire des autorités concernées. Ils trouvent, parfois, des fondements dans des accords bilatéraux spécifiques, conclus à l'occasion d'une hypothèse déterminée entre une juridiction étatique et son homologue étranger. Ces accords servent à encadrer le dialogue institué et à formuler des engagements réciproques de la part des autorités saisies. Ils peuvent également aujourd'hui trouver un appui sur les réseaux interjuridictionnels, institutionnels ou même purement *spontanés*<sup>2880</sup>, qui constituent, de manière générale, des « outils » pour fonder la coopération internationale<sup>2881</sup>.

**817.** En parallèle, cette variabilité des fondements de la coopération internationale se double, en droit positif, d'une dualité des schémas retenus pour assurer sa réalisation, consacrant des procédés de coopération « semi-directe »<sup>2882</sup> et de coopération *directe* entre les autorités judiciaires concernées.

Sous la première de ces formes, la réalisation de la coopération apparaît assurée par des autorités administratives spécifiquement désignées par les États auxquels elles appartiennent, qui filtrent les échanges entre autorités judiciaires des États concernés et réalisent indirectement les actes de coopération réclamés par chacun d'eux. Ce système de *coopération administrative intermédiée*<sup>2883</sup> fut initialement le premier utilisé dans le cadre des conventions de La Haye, à travers la création des *autorités centrales*, et apparaît encore aujourd'hui très largement consacré<sup>2884</sup>, à la fois dans ces conventions<sup>2885</sup> et dans les règlements européens<sup>2886</sup>. Il repose sur un système d'« intermédiation administrative spécialisée »<sup>2887</sup>, faisant dépendre la coopération des échanges instaurés entre les autorités

---

<sup>2880</sup> V. sur le développement des réseaux judiciaires, formels ou informels, not. A. Potocki, « Les réseaux juridictionnels en Europe », in *Liber Amicorum en l'honneur de B. Vesterdorf*, 2007, Bruylant, p. 141 et s. ; G. Canivet, « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », in *Internormativité et réseaux d'autorités, l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations entre ordres juridiques*, Actes du colloque, L. Idot, S. Peruzzetto (dir.), PA, 2004, n° 199, p. 45 et s., n° 27 et s.

<sup>2881</sup> V. en ce sens, s'agissant du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, M.-L. Niboyet, *art. préc.*, n° 9 et s.

<sup>2882</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 122.

<sup>2883</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 121.

<sup>2884</sup> V. faisant un inventaire des instruments consacrant ce système de coopération, not. G. A. L. Droz, *cours préc.*, n° 460 et s.

<sup>2885</sup> Un tel système de coopération est aujourd'hui consacré dans la plupart des conventions de La Haye. V. not. Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale (art. 2) ; la convention du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants (art. 6) ; convention du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale (art. 6) ; convention 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 (art. 29), ou encore, convention du 23 novembre 2007 sur le recouvrement international des aliments destinés aux enfants et à d'autres membres de la famille (art. 4).

<sup>2886</sup> V. par ex. le règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires (art. 49) ou le règlement 1393/2007 du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires (art. 3).

<sup>2887</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 122.

judiciaires ou parajudiciaires des deux pays concernés, qui franchissent elles-mêmes les frontières étatiques pour formuler les demandes de coopération. Elles ont pour rôle à la fois de *déclencher* la réalisation de l'acte de coopération et d'en contrôler éventuellement l'accomplissement.

D'un autre côté, le droit international privé contemporain offre des exemples de plus en plus nombreux de procédés fondés sur le dialogue, réalisé directement entre les autorités judiciaires étatiques concernées, et mettant en relation ces autorités sans intermédiaire. Ils substituent aux liens formels entre autorités administratives des liens *personnels*, permettant d'instituer une coopération judiciaire *civilisée* et *décentralisée*<sup>2888</sup>. Cette méthode de coopération a progressivement été de plus en plus fréquemment consacrée en parallèle de la mise en retrait totale ou partielle des autorités administratives servant d'intermédiaires<sup>2889</sup>. Elle apparaît comme le dernier avatar de la coopération interétatique, et est aujourd'hui retenue non seulement dans les hypothèses de collaboration informelle, mais également dans le cadre conventionnel<sup>2890</sup> et européen<sup>2891</sup>. Elle tend, globalement, à se généraliser en droit positif<sup>2892</sup>, et apparaît favorisée par le développement des moyens technologiques récents.

Sous ces différentes formes, les procédés de coopération apparaissent comme des instruments susceptibles de résoudre différentes hypothèses de conflits de systèmes.

## **B) Résolution des conflits de systèmes**

**818.** La coopération judiciaire internationale pourrait apparaître, à travers les procédés consacrés en droit positif, comme un instrument de résolution des conflits de systèmes qui résulteraient de la divergence des points de vue consacrés sur le plan du droit substantiel (1) ou de la revendication de compétence juridictionnelle concurrente de deux ordres juridiques (2).

---

<sup>2888</sup> P. Franzina, *art. préc.*, p. 14.

<sup>2889</sup> Il en fut ainsi, en particulier, au sein des instruments européens inspirés des conventions de La Haye préexistantes. V. par ex. le règlement (CE) n° 1206/2001 du 28 mai 2001 (JOUE, 27 juin 2001, L-174/1), relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale inspiré de la convention de La Haye du 18 mars 1970 (art. 3) ou encore le règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 (art. 3).

<sup>2890</sup> V. not. l'art. 8 de la convention de La Haye du 19 octobre, et sur le procédé consacré, *infra*, n° 828.

<sup>2891</sup> Il en est ainsi, not. de l'article 2.1 du règl. (CE) n° 1206/2001 et de l'article 4.1 du règl. (CE) n° 1393/2007, qui instaurent un système de transmission directe par voie de formulaires standardisés entre autorités judiciaires décentralisées et permettent la réalisation directe d'actes de procédure sur le territoire d'un État membre par les autorités compétentes d'un autre État membre (V. les art. 1 b) et 17 du règl. 1206/2001 et 14 du règl. 1393/2007). V. également, l'art. 15 du règl. Bruxelles II bis, et sur cet article, *supra*, n° 802 ; *infra*, n° 828.

<sup>2892</sup> V. d'ailleurs, pour un exemple de consécration récente de dialogue informel entre juridictions étatiques dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception de litispendance internationale, l'article 29.2 du règl. B I bis, qui, dans la mise en œuvre de l'exception de litispendance, prévoit que pour établir l'ordre des saisines, l'une des deux juridictions concurrentement saisie peut demander à l'autre de l'informer de la date à laquelle elle a été saisie conformément à la règle prévue à l'article 32.

## 1- Coordination sur le plan substantiel

**819.** Détachés de leur fonction procédurale, les procédés multilatéraux de coopération internationale sont susceptibles de permettre ou, au moins, de *faciliter*, la prise en compte du point de vue substantiel d'un ordre juridique étranger à l'occasion de la résolution d'un litige dans un autre. La collaboration instituée entre les autorités de chacun des ordres juridiques concernés pourrait ainsi conduire au prononcé d'un jugement qui tienne compte des solutions retenues sur la question du droit applicable dans cet ordre juridique. Ce faisant, elle éviterait le prononcé d'un jugement dans le for éventuellement incompatible avec le point de vue de celui-ci et écarterait, en amont, la concrétisation d'un conflit de systèmes. Elle est susceptible, à cet égard, de revêtir une efficacité plus ou moins importante en fonction du type de procédé consacré.

**820.** La coopération relative instituée à travers la mise en place d'un cadre permettant de fonder une communication *permanente* entre les ordres juridiques et d'assurer une connaissance réciproque, *générale* et *continue* de leurs solutions de droit positif<sup>2893</sup>, pourrait intervenir en faveur de la réalisation d'une telle coordination.

Sans permettre de conduire, en elle-même, à une résolution *conjointe* du conflit de systèmes de la part des ordres juridiques concernés au cas concret, elle pourrait *favoriser* le déclenchement du processus de coordination devant l'autorité saisie en lui permettant de déceler plus facilement l'existence d'un conflit de systèmes susceptible de résulter de sa divergence de vue avec celle d'un ordre juridique également concerné par la résolution du litige. Elle pourrait fonder la réalisation d'une présélection des ordres juridiques étrangers avec lesquels une coordination pourrait être recherchée.

Cette communication réciproque, réalisée en amont du contentieux, pourrait également présenter une utilité dans le cadre de la *réalisation* de la coordination par le for, en atténuant le caractère d'ordinaire unilatéral de son appréciation du droit étranger. En fondant une expression explicite de ses solutions de droit positif par le for étranger, elle assurerait une connaissance certaine de son point de vue abstrait par l'autorité saisie et faciliterait ainsi la détermination de son point de vue concret dans le cadre de la résolution du différend soumis à la connaissance du for.

---

<sup>2893</sup> V. à cet égard, outre les réseaux judiciaires précédemment cités, le *Centre d'information et de renseignements juridiques internationaux de Poitiers*, et le *Service de législation étrangère du ministère de la Justice*, sur lesquels, not. P. Mayer et V. Heuzé, *ouvrage préc.*, n° 189, p. 143.



Sous cet angle, la coopération multilatérale des ordres juridiques, instaurée à travers l'établissement de cette communication réciproque en dehors de tout contentieux, permettrait de faciliter la mise en œuvre d'une méthode de coordination unilatérale, et apparaît comme un instrument *au service de la réalisation unilatérale* d'une coordination des systèmes sur le plan du droit substantiel.

**821.** Son efficacité pour la résolution des conflits de systèmes apparaît surtout à travers la consécration de procédés d'entraide judiciaire internationale mis en œuvre *à l'occasion de la résolution d'un litige* dans le for. Sous cette forme, elle peut conduire plus directement à une réalisation *conjointe* de la coordination par les deux ordres juridiques concernés ou par l'arbitre saisi et un ordre juridique étranger. Elle permettrait alors à ce dernier de communiquer avec le for, pour lui apporter des informations sur la teneur de son point de vue, ou de réaliser directement certains actes nécessaires au prononcé du jugement.

Concrètement, la mise en œuvre d'une telle coopération pourrait conduire l'autorité juridictionnelle saisie à charger les parties de solliciter ou à solliciter elle-même directement les autorités d'un ordre juridique étranger, pour connaître la solution qu'il retient dans l'hypothèse concernée ou obtenir de lui la réalisation de certains actes conditionnant ou influençant la manière de trancher le différend sur le fond. Il pourrait, réciproquement, fonder une acceptation, par le for, de la demande formulée en ce sens par l'ordre juridique étranger, désirant intervenir activement pour assurer le respect de son point de vue devant les juridictions d'un autre État.

**822.** L'action *positive* de l'ordre juridique étranger pourrait alors se limiter à une transmission de documents ou à une communication orale, ou le conduire à se *prononcer lui-même*, par le biais de ses autorités compétentes, sur certaines questions dont dépendrait l'issue du litige. La résolution du conflit de systèmes résulterait alors d'une « association de forces, [une] coaction, des juges et autres organes nationaux »<sup>2894</sup>, consacrant une intervention directe de l'ordre juridique étranger dans le processus de coordination. Elle serait assurée grâce à une résolution commune du différend conduisant au prononcé d'une décision finale faisant la synthèse de leurs points de vue, en ce sens qu'elle reposerait sur une articulation des solutions qu'ils retiennent ou consacrant une mise à l'écart, conjointement décidée, des solutions retenues par l'un des deux.

---

<sup>2894</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 132.

**823.** Une telle solution apparaît envisageable, au regard des procédés d'entraide judiciaire internationale existant en droit positif, moyennant certaines adaptations. Affectés à un objectif d'ordre procédural, fondé sur la prise en compte de certaines difficultés concrètes suscitées par la résolution d'un différend, ces procédés instaurent une participation d'ampleur variable des autorités étrangères dans la résolution du contentieux dans le for, en limitant son action à l'apport d'informations à l'autorité saisie, ou en consacrant une réelle action conjointe de leurs autorités.

Il en est ainsi, en particulier, en matière d'obtention de preuves à l'étranger<sup>2895</sup> ou de signification et de notification des actes judiciaires et extrajudiciaires<sup>2896</sup>, sous la forme d'une possibilité, reconnue au juge du for, de déléguer certaines missions à des juridictions étrangères, ou de procéder lui-même à la réalisation de certains actes de procédure sur le territoire étranger.

Elle apparaît également assez largement consacrée en matière d'arbitrage, avant<sup>2897</sup> ou après la constitution du tribunal arbitral<sup>2898</sup>, pour pallier les limites de l'*impérium* de l'arbitre et de son incapacité à assurer l'exécution des dispositions qu'il peut ordonner dans le cadre du litige arbitral. Le système consacre alors une compétence concurrente des arbitres et des juridictions étatiques<sup>2899</sup>, permettant à ces dernières de prononcer « certaines mesures en marge du litige au fond »<sup>2900</sup>, telles que des mesures d'instruction ou des mesures provisoires ou conservatoires. Elle repose, également, sur la compétence exclusive des juridictions étatiques pour faire exécuter certaines mesures, telles que des saisies conservatoires ou des sûretés judiciaires<sup>2901</sup>.

---

<sup>2895</sup> V. règlement (CE) n° 1206/2001 du 28 mai 2001, relatif à la coopération entre les juridictions des États membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile ou commerciale, JOCE, 27 juin 2001, p. 1 ; JCP G 2001, I, 349, étude C. Bruneau ; D. Lebeau et M.-L. Niboyet, Gaz. Pal. 2003, doct. p. 221 ; N. Meyer-Fabre, « L'obtention des preuves à l'étranger », TCFDIP 2002-2004, p. 199 et s. (V. art. 1, 2 et 10). V. également les art. 11 et 12, qui prévoient, pour la mise en œuvre de la mesure d'instruction, la possibilité de fonder cette association des procédures nationales sur une stipulation conventionnelle entre les juges concernés.

<sup>2896</sup> V. règlement (CE) n° 1393/2007 du 13 novembre 2007 (remplaçant le règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil, du 29 mai 2000). Il s'inspire très largement de la convention de La Haye du 15 novembre 1965 (V. art. 14).

<sup>2897</sup> V. not. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 11 octobre 1995, RTD com. 1996, p. 644, obs. E. Loquin ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 décembre 2005, JCP E 2005, 1284, obs. Chabot ; Dalloz 2006, p. 274, note Gautier ; Dalloz 2006, p. 3031, obs. Clay ; RTD civ. 2006, p. 144, obs. Théry ; RTD com. 2006, p. 299, obs. Loquin ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 1989, *Eurodif*, Rev. arb. 1989, P ; 653, 2<sup>e</sup> esp. V. également art. 1449 CPC français.

<sup>2898</sup> V. not. art. 9 et 17J de la loi type CNUDCI et son règlement d'arbitrage (art. 26.9).

<sup>2899</sup> V. sur ce point, not. B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1227.

<sup>2900</sup> *Ibid.*

<sup>2901</sup> V. art. 1468 CPC *in fine*. Le juge étatique ne peut, en revanche, ordonner la suspension d'une instance en attendant la réponse de la solution apportée au recours formé à l'encontre d'une sentence partielle rendue sur la question de la compétence. V. en ce sens, TGI Paris, 29 mars 2010, Rev. arb. 2011, p. 499, note Bensaude.

**824.** La capacité de la coopération à fonder une coordination des systèmes sur le plan du droit substantiel apparaît directement à travers certains procédés visant à réaliser en eux-mêmes une *association* des points de vue substantiels de deux ordres juridiques<sup>2902</sup>.

Un tel procédé est consacré, pour faciliter la mise en œuvre des dispositions étrangères par le juge saisi, à travers le système institué dans la *convention de Londres*<sup>2903</sup>. Elle permet, par le biais d'une communication réalisée entre les autorités des États concernés, de faire connaître au for le contenu du droit étranger et apparaît ainsi susceptible de servir la réalisation d'une coordination des systèmes sur le plan substantiel. Envisagée sous un angle pratique, elle pourrait être utilisée à l'avenir pour assurer le respect des solutions retenues à l'étranger par le for. La généralisation du procédé consacré, éventuellement même devant les arbitres, et sa mise en œuvre effective, pourraient d'ailleurs être favorisées à l'avenir par l'instauration d'un nouveau procédé dans ce domaine, qui devrait voir le jour dans le cadre de la conférence de La Haye. Un nouveau mécanisme de coopération allégé a été envisagé, en effet, afin d'optimiser et faciliter les échanges entre les systèmes juridiques pour assurer une connaissance du contenu de la loi étrangère<sup>2904</sup>.

Elle apparaît également consacrée, sous l'angle de la formulation d'une *condition d'approbation de la part du juge étranger*, à travers des solutions conférant aux autorités étrangères un pouvoir de contrôle sur la décision du for. Il en est ainsi, par exemple, de l'article 56 du règlement Bruxelles II bis<sup>2905</sup>, qui consacre une « décision prise en commun par des juges relevant de juridictions et d'États différents sur un aspect du litige »<sup>2906</sup>.

À côté de cette résolution des conflits de systèmes résultant d'une divergence de vues consacrées sur le plan substantiel, la coopération apparaît également susceptible de permettre une résolution des conflits intervenant sur le plan de la compétence juridictionnelle.

---

<sup>2902</sup> V. également, consacrant une forme de « justice tournante » (V. L. d'Avout, *art. préc.*, p. 134), en permettant au juge d'un État membre, saisi sur le fondement de l'article 8, de réviser le jugement antérieurement rendu dans un autre État membre, concernant le montant de la créance alimentaire, règl. (CE) n° 4/2009 du 18 décembre 2008, relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOUE 10 janvier 2009, L 7, p. 1.

<sup>2903</sup> V. sur cette convention, *supra*, n° 730.

<sup>2904</sup> V. not. Doc. préł. n° 11 A, mars 2009, « L'accès au contenu du droit étranger et le besoin de développer un instrument mondial dans ce domaine. Orientations possibles » ; Doc. préł. n° 14, avril 2014, « Renforcement de l'accès au droit étranger et à la jurisprudence. Présentation de solutions par l'Union européenne ».

<sup>2905</sup> Il prévoit, en effet, que le placement de l'enfant dans un autre État membre ne peut être fait qu'après *consultation* et *approbation* de l'autorité centrale ou une autre autorité compétente de cet État. (V. également, consacrant une telle association des points de vue substantiels de deux ordres juridiques, par ex. les art. 9, 11 et 33 de la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes).

<sup>2906</sup> Niboyet et La Pradelle, *ouvrage préc.*, n° 551. V. également, en ce sens, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 136.

## 2- Coordination sur le plan de la compétence juridictionnelle

**825.** Face à un conflit de systèmes résultant d'une revendication de compétence juridictionnelle concurrente de deux ordres juridiques, la coopération judiciaire internationale apparaît susceptible d'apporter des solutions opportunes pour permettre de procéder à un « tri » entre des juridictions étatiques concurrentement compétentes.

Dans un contexte où la répartition des compétences juridictionnelles entre ordres juridiques est par principe réalisée de manière purement unilatérale, elle permet de faire sortir les tribunaux de « la logique de l'affrontement »<sup>2907</sup> et de communiquer pour décider conjointement de la juridiction devant laquelle le litige devrait être le plus opportunément résolu.

**826.** L'instauration d'une telle concertation entre les systèmes juridiques a été assez fréquemment proposée par la doctrine. Les auteurs ont mis en avant son utilité, en particulier pour résoudre de manière adéquate les conflits de procédures et trouver une solution de compromis acceptable au regard des conceptions divergentes des États de *common law* et de ceux de tradition civiliste<sup>2908</sup>. Il en fut ainsi, en particulier, dans le cadre des négociations de La Haye relatives à la mise en place d'une *convention sur la compétence juridictionnelle internationale et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*<sup>2909</sup>. L'idée fut reprise dans les travaux de l'*International Law Association*, notamment, dans les *Principes sur le dessaisissement des tribunaux et le renvoi des instances à des juridictions étrangères en matière civile et commerciale*<sup>2910</sup>, dits de Louvain et de Londres, adoptés en juillet 2000<sup>2911</sup>.

---

<sup>2907</sup> P. Wautelet, *thèse préc.* n° 692, p. 729.

<sup>2908</sup> V. not., en ce sens, C. Kessedjian, « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Doc. Prél. n° 7 d'avril 1997 à l'intention de la Commission spéciale de juin 1997, n° 150 ; Doc. Prél. n° 7 de juillet 1998, *Rapport de synthèse des travaux de la Commission spéciale de mars 1998 sur la compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale*, 41, n° 99-100, dans lequel a été évoquée la possibilité de mettre en place une « solution flexible qui permettrait aux juges saisis en même temps de dialoguer pour savoir quel est le mieux placé pour statuer sur le litige » ; P. Schlosser, *cours préc.*, p. 84-87 et 396-403, qui voyait dans le dialogue interjuridictionnel une « idée révolutionnaire » pour régler les conflits de procédures. V. également l'article 35 du document de synthèse rédigé en 1998 par le Bureau permanent. Document d'information n° 2, sept. 1998, p. 40. Il prévoyait une disposition générale établissant un cadre pour la communication entre juges dans toutes les hypothèses de mesures provisoires, litispendance et *forum non conveniens*, et énonçait que « les juges des États contractants pourront s'entretenir par tous moyens à leur convenance afin de décider ensemble quel tribunal devra statuer sur le litige en cause ».

<sup>2909</sup> V. sur ce projet, not. A. Von Mehren, « La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : le projet de convention de La Haye peut-il aboutir ? », RCDIP 2001, p. 85 et s. V. également, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 385 et s. Le projet de cette convention avait initialement un champ d'application général mais a finalement été réduit pour conduire à l'adoption de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for.

<sup>2910</sup> V. en particulier, le *Principe* 5.2

<sup>2911</sup> V. également, les résolutions de l'*International Law Association, Report of the 66<sup>th</sup> Conference*, Buenos Aires, 1994, p. 31, 600-630, *Report of the 69<sup>th</sup> Conference*, Londres, 2000, p. 13, 137-171 ; *Report of the 73<sup>th</sup> Conference*, Rio de Janeiro, 2008, p. 16, 534-588

Cette forme de coopération apparaît consacrée à travers certains procédés mis en œuvre au stade de l'action en justice devant le for, et pourrait être généralisée à l'avenir, comme le laisse penser la tendance contemporaine des juridictions étatiques à y procéder en dehors de tout cadre institutionnalisé.

**827.** Elle transparaît, en matière d'arbitrage, à travers l'intervention du président du tribunal de grande instance<sup>2912</sup>, en tant que juge d'appui. Le Code de procédure civile prévoit<sup>2913</sup>, en effet, que celui-ci peut être sollicité pour régler les difficultés suscitées par la *constitution du tribunal arbitral*, dans certains arbitrages internationaux<sup>2914</sup> présentant un certain lien avec la France<sup>2915</sup>. Le procédé est également reconnu dans la loi-type de la CNUDCI de 1985<sup>2916</sup> et dans de nombreuses législations nationales<sup>2917</sup>.

Les hypothèses de son intervention ont été envisagées de manière assez large<sup>2918</sup>, sans toutefois aboutir « à une véritable immixtion du juge étatique dans le cours normal des arbitrages, ce qui n'est pas souhaitable et même contraire à son rôle d'aide et d'assistance »<sup>2919</sup>. Le juge d'appui est conduit, de manière générale, à accorder son concours à l'arbitrage, dans la phase initiale de sa mise en place<sup>2920</sup>, et, le cas échéant, à désigner lui-même le ou les arbitres. Sous cet angle, l'intervention du juge étatique apparaît alors comme une « assistance technique » ou une « coopération judiciaire »<sup>2921</sup>, visant à assurer l'efficacité de la convention d'arbitrage<sup>2922</sup>.

Il permet au juge étatique d'aider à la mise en place de l'arbitrage et de participer à son bon déroulement éventuellement sur demande des arbitres, de manière collégiale ou individuelle<sup>2923</sup>. Ceux-ci ont pu, d'ailleurs, faire assez largement usage de cette possibilité<sup>2924</sup>,

---

<sup>2912</sup> V. art. 1459 CPC et 1502 CPC.

<sup>2913</sup> V. art. 1452 et s. CPC, et 1505 et 1506 CPC pour l'arbitrage international, qui renvoient aux dispositions applicables pour l'arbitrage interne.

<sup>2914</sup> V. pour une analyse d'ensemble, en particulier, Ph. Fouchard, « La coopération du Président du Tribunal de grande instance à l'arbitrage », Rev. arb., 1985, p. 5 et s. ; Th. Clay, « L'appui du juge à l'arbitrage », Cah. arb. 2011, p. 331 et s.

<sup>2915</sup> V. sur cette condition, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 767 et s.

<sup>2916</sup> V. art. 11, 13 et 14.

<sup>2917</sup> V. les ex. cités par Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 764, note 308.

<sup>2918</sup> V. considérant que le juge d'appui pourrait intervenir même postérieurement à la constitution du tribunal arbitral, not. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 25 mai 2000, Rev. arb. 2000, p. 640, note Lacabarats.

<sup>2919</sup> G. Pluyette, « Le point de vue du juge », Rev. arb. 1990, p. 355 et s.

<sup>2920</sup> Selon l'art. 1505.4 CPC, qui consacre la jurisprudence NIOC antérieure à la réforme de 2011 (V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, *Israël c. Sté NIOC*, Dalloz 2005, p. 2727, note S. Hotte ; *ibid.* 2005, Pan. 3054, obs. Th. Clay ; *ibid.* 2006, Pan. 1503, obs. F. Jault-Seseke ; RTD com. 2005, p. 266, obs. E. Loquin), son intervention est d'ailleurs possible, quelle que soit la date de conclusion de la clause d'arbitrage, pour éviter un déni de justice arbitral. V. sur cette question, not. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 770.

<sup>2921</sup> V. explicitement en ce sens, TGI Paris, Ord. réf. 12 juillet 1992, Rev. arb. 1990, p. 176 (1<sup>re</sup> esp.), note Ph. Kahn.

<sup>2922</sup> V. en ce sens, not. Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 764.

<sup>2923</sup> Art. 1460 CPC, auquel renvoie l'article 1506.2 CPC.

<sup>2924</sup> V. sur ce point, Ph. Fouchard, J.-Cl. dr. int. Fasc. 586-7-1 : *Arbitrage commercial international. Tribunal arbitral. Constitution du tribunal arbitral. Droit commun*, n° 98 et 99.

en demandant au juge de se prononcer sur leur propre compétence<sup>2925</sup> ou de leur délivrer une sorte de consultation<sup>2926</sup>, alors même que ces questions dépassent la fonction qui lui est assignée<sup>2927</sup>. Maintenant la procédure dans la dépendance de la volonté des parties<sup>2928</sup>, notamment en fondant son ouverture sur une *assignation* ou sur une requête conjointe de leur part, et en imposant son caractère contradictoire, le procédé semble fonder, néanmoins, une forme de *coopération restreinte* entre les autorités juridictionnelles et arbitrales.

**828.** Devant les juges étatiques, les procédés de ce type, existant en droit positif, prennent la forme de dispositifs de transfert de l'instance introduite dans le for vers une autorité juridictionnelle mieux placée, qui conduisent, par *opportunité* et à la suite d'une concertation entre les autorités concernées, à une *délocalisation* du contentieux devant les juridictions étrangères.

En matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, un tel système a pu être consacré dans la convention de La Haye du 19 octobre 1996<sup>2929</sup>. L'article 8 de la convention prévoit, en effet, que l'autorité de l'État de la résidence habituelle<sup>2930</sup> ou de la résidence actuelle de l'enfant<sup>2931</sup>, à l'issue d'un échange de vues réalisé directement par les deux autorités juridictionnelles concernées ou les autorités centrales des ordres juridiques desquels elles relèvent<sup>2932</sup>, peut exceptionnellement envisager de transférer sa compétence à l'autorité d'un autre État contractant qui lui apparaîtrait « mieux à même d'apprécier, dans un cas particulier, l'intérêt supérieur de l'enfant ». Inversement, l'article 9 permet également à l'une des autorités énumérées à l'article 8.2, qui s'estimerait mieux placée pour statuer sur le différend, compte tenu de l'intérêt de l'enfant, de demander directement ou par le biais des autorités centrales le transfert de la compétence pour prendre des mesures de protection

---

<sup>2925</sup> V. TGI Paris, Ord. réf., 14 octobre 1985, Rev. arb. 1987, p. 179, 2<sup>e</sup> esp., note Fouchard.

<sup>2926</sup> V. TGI Paris, Ord. réf., 30 octobre 1990, *European Country Hotels Ltd c. Legrand et autres*, inédit, réf. n° 11922/90.

<sup>2927</sup> V. écartant la compétence du juge d'appui pour se prononcer sur l'étendue et les limites de l'investiture de l'arbitre, not. Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 10 mai 1995 ; TGI Paris, Ord. réf., 29 octobre 1997, Rev. arb. 1998, p. 383, note J.-J. Delvolvé ; et écartant la possibilité, pour le juge d'appui, de se prononcer sur des questions relevant du pouvoir juridictionnel de l'arbitre, telles que celles de son investiture ou de sa compétence, TGI Paris, Ord. réf. 29 octobre 1997, Rev. arb. 1998, p. 383, note J.-J. Delvolvé.

<sup>2928</sup> V. rappelant que la décision du juge d'appui doit respecter la volonté des parties, telle qu'elle est exprimée dans la convention d'arbitrage, not. TGI Paris, Ord. réf. 12 juillet 1992, Rev. arb. 1990, p. 176 (1<sup>re</sup> esp.), note Ph. Kahn, et sur ce point, Ch. Seraglini et J. Ortscheidt, *ouvrage préc.*, n° 777. Il n'a vocation, d'autre part, à n'intervenir que si les parties n'ont pas réussi à s'accorder ; et elle n'est que subsidiaire, puisqu'elle n'intervient que sous réserve de clause contraire prévue par les parties. V. sur le caractère supplétif de sa compétence, de la volonté des parties, Th. Clay, *art. préc.*, n° 21.

<sup>2929</sup> Ce système de coopération a d'ailleurs été très largement repris dans la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes. V. sur une comparaison des systèmes mis en place dans chacun de ces textes, E. Gallant, *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Defrénois, 2004, n° 206 et s., p. 123 et s.

<sup>2930</sup> V. art. 5.

<sup>2931</sup> V. art. 6.

<sup>2932</sup> V. art. 8.3 et 8.4, qui précisent que les autorités concernées doivent, dans ce cadre, procéder à des échanges de vues, et que le transfert de compétence est soumis à l'accord de l'autorité étrangère avec laquelle il est réalisé.

qu'elles estimeraient nécessaires ou d'inviter les parties à présenter une telle demande devant le for<sup>2933</sup>.

D'un autre côté, l'article 15 du règlement Bruxelles II bis consacre un mécanisme en grande partie similaire en matière de responsabilité parentale. Il permet, en effet, aux juridictions normalement compétentes pour connaître de l'affaire<sup>2934</sup> de prendre elles-mêmes l'initiative<sup>2935</sup>, sur demande d'une juridiction étrangère<sup>2936</sup> ou sur requête des parties<sup>2937</sup>, de transférer directement le litige à une autre juridiction avec laquelle l'enfant a un lien particulier<sup>2938</sup>, si elle estime qu'elle serait mieux placée, ou de surseoir à statuer et inviter les parties à le faire<sup>2939</sup>. Dans ce cadre, les autorités doivent effectuer des échanges de vues pour s'accorder sur la décision à prendre, au regard de l'opportunité du transfert de compétence, et s'assurer que le tribunal étranger acceptera bien de se saisir de la cause<sup>2940</sup>.

**829.** La communication réciproque instaurée entre les autorités étatiques assure ainsi une connaissance certaine du point de vue concret retenu par l'ordre juridique étranger, et la pertinence de l'abstention consentie par for, au regard des solutions étrangères et de l'intérêt des parties. Elle permet, en effet, de limiter le transfert de compétence aux hypothèses où elle est admise ou revendiquée par l'ordre juridique étranger et garantit ainsi aux parties qu'elles pourront obtenir, dans cet ordre juridique, un jugement tranchant leur différend.

Sous cet angle, les procédés consacrés, bien qu'étroitement apparentés au mécanisme du *forum non conveniens*<sup>2941</sup>, permettent d'éviter les difficultés résultant du caractère unilatéral de sa mise en œuvre, en assurant, grâce à l'échange d'informations consacré, une participation *active* de l'ordre juridique étranger dans la détermination de la juridiction la plus appropriée.

Corrélativement, la concertation et les contacts directs établis entre les autorités étatiques permettent également d'écarter l'autonomie traditionnelle des instances

---

<sup>2933</sup> V. sur les échanges de vues et la concertation entre les autorités concernées sur lesquels elle repose, art. 9.2 et 9.3.

<sup>2934</sup> Cette juridiction compétente est, en application de l'article 8 du règlement, celle de la résidence habituelle de l'enfant. Cette juridiction peut aussi être celle désignée dans les articles prévoyant des aménagements en cas de déplacement de l'enfant ou de défaillance du rattachement (voir les articles 9, 10 et 13) ou même celles qui ont fait l'objet d'une prorogation volontaire de compétence au titre de l'article 12.

<sup>2935</sup> V. art. 15.2 b).

<sup>2936</sup> V. art. 15.2 c).

<sup>2937</sup> V. art. 15.2 a).

<sup>2938</sup> V. art. 15.1 b).

<sup>2939</sup> V. art. 15.1 a).

<sup>2940</sup> V. art. 15.5 et 15.6. Le transfert de compétence est également subordonné à l'acceptation d'au moins l'une des parties (art. 15.2).

<sup>2941</sup> L'étroitesse du procédé du transfert de compétence juridictionnelle, fondé sur le dialogue interjuridictionnel institué dans les conventions de La Haye sur la protection des incapables, précitées, et l'article 15 du règlement Bruxelles II bis avec ce mécanisme, a d'ailleurs pu être mise en avant par plusieurs auteurs. V. not. P. Schlosser, *cours préc.*, p. 308 ; A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 558 ; C. Kleiner, note sous CA Reims, 28 juillet 2009, Clunet 2012, p. 16 et s.

nationales<sup>2942</sup> et de « créer des passerelles entre les tribunaux nationaux »<sup>2943</sup>. Faisant reposer la mise en œuvre du procédé sur l'accord ou la volonté des autorités étrangères, ils autorisent exceptionnellement, en effet, un véritable *renvoi du contentieux de juge à juge*<sup>2944</sup>, sans nécessiter l'intervention des parties. Ils assurent à la fois le consentement des autorités étrangères pour trancher le différend<sup>2945</sup> et la possibilité, pour le for, de contribuer de manière réellement *active* « à la résolution du litige par l'autorité judiciaire d'un autre État »<sup>2946</sup>.

Un tel dialogue apparaît, pour cette raison, comme un procédé particulièrement efficace pour réaliser une coordination des systèmes sur le plan juridictionnel et pourrait être généralisé, aux vues de certaines évolutions récentes de la pratique des tribunaux.

**830.** Le droit positif offre, en effet, des exemples de dialogues interjuridictionnels, jusqu'alors inédits, réalisés de manière purement spontanée par les juridictions étatiques, en dehors de tout cadre institutionnel. Il en fut ainsi dans des hypothèses où, alors que le déroulement de la procédure devant un juge américain dépendait du point de vue retenu par le juge français, celui-ci avait admis de se prononcer *par anticipation*, pour exprimer concrètement la solution concrète qu'il retenait. Le dialogue indirect institué entre les juridictions étatiques pour déterminer la mieux placée a ainsi donné lieu à un transfert de l'instance devant le juge étranger, pour permettre à celui-ci de faire connaître au for le contenu de son point de vue concret.

La mise en œuvre d'une telle coopération a été consacrée dans le cadre des contentieux relatifs à des accidents aériens, où le juge américain, mettant en œuvre le mécanisme du *forum non conveniens*, sembla solliciter expressément des parties la saisine de la juridiction française « de renvoi », pour obtenir directement son point de vue quant à l'exercice de sa compétence juridictionnelle et en déduire l'opportunité de son dessaisissement. Saisies d'une demande visant à faire établir leur incompétence, la Cour

---

<sup>2942</sup> V. considérant d'ailleurs que cette autonomie des instances est nécessairement « défavorable à une bonne administration de la justice », P. Lagarde, *cours préc.*, n157, p. 157.

<sup>2943</sup> P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 694.

<sup>2944</sup> V. déclarant que, par principe, « ce que l'on pouvait faire en matière de conflits de lois par la méthode bilatérale [...], on ne peut le faire en matière de compétence et déclarer qu'un tribunal étranger est compétent et lui renvoyer l'affaire », G. A. L. Droz, *cours préc.*, p. 45. Une telle saisine directe des juridictions étatiques de la part des autorités juridictionnelles étrangère apparaît, néanmoins, consacrée en matière d'arbitrage, s'agissant de la saisine du juge d'appui. L'article 1460 al. 1<sup>er</sup> du CPC précise, en effet, que celui-ci peut être saisi, en cas de difficultés de constitution du tribunal arbitral, « par le tribunal arbitral ou l'un de ses membres ».

<sup>2945</sup> V. sur le caractère nécessairement facultatif que doit revêtir ce renvoi, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 615, et sur ce caractère du transfert consacré dans la convention de La Haye de 1996 sur la protection des mineurs, P. Lagarde, « La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs », RCDIP 1999, p. 217 et s., p. 236.

<sup>2946</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 611.



d'appel de Paris<sup>2947</sup> et la Cour de cassation<sup>2948</sup> reconnurent, dans deux affaires, l'intérêt à agir des demandeurs et admirèrent cette nouvelle forme d'action purement déclaratoire jusqu'alors inconnue en droit français<sup>2949</sup>. Ce faisant, les juges français semblèrent accepter de répondre aux juges américains, « dans une sorte de dialogue transfrontière »<sup>2950</sup>, au motif que la question de la compétence française s'inscrivait ici « dans un contexte de confiance mutuelle qui appel[ait] à une coopération et une coordination des différents systèmes de droit »<sup>2951</sup>.

Dans le contentieux boursier, également, une autre forme de *collaboration* entre les juridictions françaises et américaines a été initiée par les parties, par la voie de « l'action en inopposabilité d'un jugement étranger par anticipation », dans le cadre de la certification d'une *class action américaine* répondant au système de l'*opt out*. Cette certification, conditionnée au fait qu'elle constitue la voie contentieuse la plus à même de trancher de manière juste et efficace le litige<sup>2952</sup>, voit sa délivrance dépendre indirectement de l'efficacité future de la décision rendue sur le fond par le juge américain, dans les États étrangers dont sont ressortissants les actionnaires qu'elle inclut. L'introduction, au cours de la procédure américaine, d'une action en reconnaissance par anticipation devant les juridictions de ces États, permet ainsi d'éviter une appréciation unilatérale du juge américain sur ce point et de lui faire expressément connaître leur position.

---

<sup>2947</sup> CA Paris, 6 mars 2008, *Flash Airlines*, JCP 2008, II, 10115, note Bruneau ; Gaz. Pal. 21 février 2009, n° 52, p. 48, note M.-L. Niboyet ; Clunet 2009, p. 171, note G. Cuniberti ; Dalloz 2008, p. 852, obs. I. Gallmeister ; p. 1452, note P. Courbe ; et p. 1507, obs. F. Jault-Seseke. V. sur cette affaire, E. Jeuland, *art. préc.*, p. 16-17.

<sup>2948</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 décembre 2011, *West Carribean*, Dalloz 2012, p. 254, note Ph. Delebecque ; Dalloz 2012, p. 1228, obs. F. Jault-Seseke ; Dalloz 2012, p. 1439, obs. H. Kenfack ; RCDIP 2012, p. 138, rapp. A. Maitrepierre ; RTD civ. 2012, p. 367, obs. Ph. Théry ; JCP 2012. 241, note L. d'Avout.

<sup>2949</sup> Il résulte en effet de la combinaison des articles 30 et 75 du Code de procédure civile que la condition de recevabilité de l'action fondée sur l'existence d'un intérêt à agir né et actuel est traditionnellement considérée comme excluant les actions déclaratoires. Il est considéré que le rôle des tribunaux français n'est pas de répondre à des questions ou de donner des consultations juridiques mais de faire droit à des prétentions substantielles ou de les rejeter. L'exception d'incompétence apparaît donc comme un *moyen de défense qui ne peut être soulevé que par le défendeur* (Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 7 décembre 2000, Bull. Civ. II, n° 163). Le principe n'est toutefois pas absolu et la jurisprudence a parfois pu consacrer des actions déclaratoires, telles que l'action en inopposabilité d'un jugement étranger (Voir, Cass. Civ., 22 janvier 1951, RCDIP 1951, p. 167, note Ph. Francescakis). Ces actions, néanmoins, dès lors qu'elles visaient bien à obtenir une décision sur le fond, ne déformaient pas la notion d'*action en justice* car l'intérêt à agir était bien d'ordre substantiel. Il n'en est pas de même ici, dès lors qu'elles visent à obtenir une décision du juge sur sa compétence. V. de manière générale, sur la question de la recevabilité de ces actions, B. Ancel et Y. Lequette, obs. sous Cass. Civ., 22 janvier 1951 et Cass. Civ., 2 avril 1957, GA n° 24-25, spéc., n° 3.

<sup>2950</sup> M.-L. Niboyet et Y.-M. Serinet, « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », p. 87 et s., spéc., p. 104.

<sup>2951</sup> CA Paris, 6 mars 2008, *préc.* L'arrêt de la Cour d'appel a cependant été censuré par Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 30 avril 2009, n° 08-14883 ; 08-15187 ; 08-15273 ; 08-15326, Bull. Civ. II, n° 107, *Société The Boeing Company c/ SERSIRON*, JCP 2009, 162, note M. Attal, mais uniquement en ce que le jugement de première instance, se bornant à déclarer irrecevable la demande tendant à ce qu'il statue sur sa compétence et à rejeter la demande de dommages et intérêts pour abus de droit d'ester en justice, ne constituait pas un jugement sur le fond et ne pouvait, pour cette raison, faire l'objet d'un appel immédiat. Elle ne se prononça pas, en revanche, sur la recevabilité de l'action déclaratoire.

<sup>2952</sup> V. art. 23 (b) (3), des *Federal Rules of Civil Procedure*.

Une action de ce type a été intentée dans l'affaire *Vivendi Universal SA*<sup>2953</sup>, relative à des soupçons de diffusion d'informations boursières mensongères. Un actionnaire français, désireux d'éviter la certification de la *class action* ouverte devant les juridictions américaines au profit des porteurs de titre français, avait introduit une action en référé devant le Tribunal de grande instance de Nanterre pour faire établir l'inefficacité future du jugement américain sur le territoire français<sup>2954</sup>. Les juges français admirent alors le principe même de cette forme d'action déclaratoire<sup>2955</sup> et consacrèrent une certaine forme de dialogue pour « répondre » aux juridictions américaines et influencer directement la procédure en cours devant elles.

L'opportunité du recours à la coopération judiciaire internationale pour réaliser une coordination des systèmes, et le développement des procédés consacrant une telle collaboration entre les ordres juridiques, conduit à envisager la possibilité de l'exploiter pour assurer le respect de la compétence juridictionnelle ou législative revendiquée par un ordre juridique étranger, du fait de la mise en cause de ses impérativités.

## **II- Utilisation pratique de la coopération judiciaire internationale**

**831.** L'exploitation des procédés multilatéraux de coopération, pour assurer la coordination des systèmes recherchée, apparaît tout à fait envisageable et pourrait constituer une solution satisfaisante (A). Elle implique, néanmoins, que soient prises certaines précautions (B).

### **A) Opportunité du recours à la coopération**

**832.** L'opportunité du recours à la coopération judiciaire internationale pour assurer le respect international des impérativités étatiques, peut être admise au regard de la compatibilité d'un tel objectif avec ceux généralement poursuivis à travers la mise en œuvre des procédés d'entraide internationale consacrés en droit positif (1) et en raison de son efficacité pour assurer la réalisation de cet objectif (2).

---

<sup>2953</sup> Voir, sur cette affaire, M. Audit et M.-L. Niboyet, « L'affaire *Vivendi Universal SA* ou comment une class action diligentée aux États-Unis renouvelle le droit du contentieux international en France », *Gaz. Pal.* 2010, n° 148, p. 11 et s. ; *Dalloz* 2010, p. 1224, obs. X. Delpech ; *Rev. Soc.*, 2010, p. 367, étude V. Magnier ; et pour une présentation générale, H. Muir Watt, « Régulation de l'économie globale et émergence déléguées : sur le droit international privé des actions de groupe. À propos de l'affaire *Vivendi Universal* », *RCDIP* 2008, p. 581 et s.

<sup>2954</sup> L'actionnaire français faisait valoir à la fois la contrariété du système de l'*opt out* de la *class action* à la décision du Conseil constitutionnel du 25 juillet 1989 (décision n° 89-257 DC du Conseil constitutionnel portant sur la loi relative à la prévention du licenciement économique et au droit à la conversion) et une atteinte au droit à la vie privée des actionnaires découlant de l'article 9 du Code civil.

<sup>2955</sup> Ord. réf., 27 août 2009, n° 09/01870, *C. Duval c/Sté Abbey Spanier Rood & Abrams LLP et Association pour la défense des actionnaires minoritaires (Adam)*. La Cour d'appel, qui fut saisie par la suite, a néanmoins refusé de statuer en jugeant sa saisine irrégulière. V. CA Versailles, 4 novembre 2009, n° 09/07252 et 09/07415, *C. Duval c/ Sté Abbey Spanier Rood & Abrams LLP, Association pour la défense des actionnaires minoritaires (Adam) et SADCs Vivendi*.

## 1- Protection possible des impérativités étrangères

**833.** La compatibilité théorique de l'objectif de protection des impérativités étatiques avec la mise en œuvre de procédés d'entraide judiciaire internationale (a) apparaît largement confirmée par l'analyse des solutions consacrées en droit positif (b).

### a) Compatibilité théorique avec les objectifs poursuivis

**834.** Il est généralement admis, en droit international privé contemporain, dans le cadre européen comme dans le droit commun ou conventionnel, que « les objectifs fondamentaux du droit de la coopération judiciaire ne sont pas de l'ordre de la préservation des souverainetés jalouses d'elles-mêmes »<sup>2956</sup>, mais que l'action concertée et complémentaire des organes étatiques aurait pour objectif d'assurer la protection des intérêts privés. L'entraide internationale répondrait, en priorité, à des considérations *d'opportunité*, et viserait à assurer l'efficacité procédurale et la bonne administration de la justice, de manière à ce que « l'administration d'une situation transnationale ne pose plus, en tant que telle, des difficultés sensiblement plus importantes qu'une situation purement interne »<sup>2957</sup>.

Elle permettrait d'assurer un meilleur déroulement du procès ou une participation facilitée des parties à celui-ci<sup>2958</sup>, et viserait, au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle, à préserver l'accès à la justice des justiciables, et plus généralement à assurer la commodité procédurale des parties et des tiers<sup>2959</sup>.

**835.** Pourtant, si une telle conception de l'entraide internationale correspond à l'approche classique de la matière et à l'objectif souvent poursuivi par les procédés de coopération encore consacrés en droit positif, le développement de ces procédés s'est accompagné d'une diversification de leur objet, en conduisant à les détacher des objectifs procéduraux. Leur instauration apparaît, en effet, de plus en plus fréquemment envisagée de manière non plus *transversale* mais *sectorielle*, pour répondre à des considérations de droit matériel spécifiques à une matière déterminée.

---

<sup>2956</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 127.

<sup>2957</sup> P. Franzina, « Les acteurs de l'espace judiciaire européen en matière civile », in *La justice civile européenne en marche*, Méline Douchy-Oudot et E. Guinard (dir.), p. 4 et s., spéc., p. 15.

<sup>2958</sup> V. en ce sens, not. B. Hess, « Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe », RCDIP 2003, p. 215 et s., spéc. n° 19 et s.

<sup>2959</sup> V. en ce sens, not. la section 1404 (a) du chapitre 28 *USC américain*, qui fait reposer la possibilité d'effectuer un transfert entre États fédérés sur « la commodité des parties et des témoins ».

Il en est ainsi des mécanismes institués dans certains instruments conventionnels et européens, consacrés notamment en matière familiale, qui visent à assurer la protection de certaines parties faibles et ont pour objectif de « promouvoir le résultat substantiel voulu par l'auteur de la norme »<sup>2960</sup> dans une hypothèse déterminée. Une telle solution apparaît explicitement consacrée, en particulier, dans le cadre du transfert de compétence juridictionnelle organisé dans les conventions de La Haye sur la protection des enfants et des adultes, et dans le règlement Bruxelles II bis, dès lors qu'il apparaît expressément conditionné à son opportunité du point de vue de *l'intérêt supérieur de l'enfant* ou de la *personne à protéger*<sup>2961</sup>.

L'entraide judiciaire internationale apparaît en effet désormais comme un instrument de coordination des systèmes, susceptible d'être exploité à des fins diverses et de prendre en compte la nature des intérêts en jeu. Elle découlerait de la fonction « politique » du juge judiciaire, débordant celle de juger le fond du litige, et fondant la reconnaissance de sa marge d'appréciation, pour parvenir aux solutions *substantielles* les plus compatibles avec des objectifs poursuivis<sup>2962</sup>.

**836.** Reposant sur le multilatéralisme et la concertation des autorités étatiques qui les mettent en œuvre, l'utilisation des procédés de coopération et d'entraide semble pouvoir en effet, sans objection particulière, être généralisée et affectée à la réalisation d'objectifs divers que le juge du for pourrait prendre à sa charge. Dès lors qu'elle n'apparaît que comme une *modalité* pour assurer la mise en œuvre d'un procédé de coordination, son utilisation pour assurer le respect des intérêts d'un ordre juridique étranger dépend en définitive directement de la poursuite d'un tel objectif dans le for, et de la volonté de l'autorité saisie de tenir compte des impérativités étrangères.

Dans la mesure où une telle solution serait admise, le recours à la coopération entre les ordres juridiques pour assurer une protection de leurs intérêts étatiques ne soulèverait, dès lors, aucune objection et consacrerait un acte de *courtoisie internationale*<sup>2963</sup> particulièrement poussée. Largement invoquée par les États de *common law* sous le terme de *Comity*, pour justifier la contribution apportée à la protection des intérêts d'ordres juridiques étrangers<sup>2964</sup>, elle pourrait conduire le juge du for à admettre d'intégrer, à la résolution du litige, un ordre

---

<sup>2960</sup> A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 612, p. 887, et en ce sens, not. B. Hess, *art. préc.*, n° 19 et s.

<sup>2961</sup> V. la formulation des articles 8 et 9 de la convention de 1996, de l'art. 8 de la convention de 2000, et de l'article 15 du règlement Bruxelles II bis.

<sup>2962</sup> V. sur ce point, dans le cadre de l'Union européenne, S. Clavel, *art. préc.*, p. 70, et les réf. citées.

<sup>2963</sup> V. sur ce fondement de la prise en compte des impérativités étrangères, *supra*, n° 499.

<sup>2964</sup> V. sur ce point, L. Usunier, *thèse préc.*, n° 587 et s.

juridique étranger qui, bien que n'hébergeant pas l'instance, apparaîtrait indirectement concerné par elle du fait de la mise en cause de ses intérêts étatiques.

Elle pourrait, au-delà, également être admise à l'initiative de l'ordre juridique étranger concerné, dès lors que le caractère toujours purement facultatif de sa mise en œuvre assure qu'aucune atteinte ne sera portée à la souveraineté du for.

**837.** La protection des impérativités étatiques étrangères, assurée par le biais de procédés d'entraide, pourrait également se justifier sous l'angle de la poursuite d'objectifs privés ou procéduraux, qui fondent, par principe, leur mise en œuvre en droit positif<sup>2965</sup>. Il en est ainsi dès lors qu'il semble pouvoir exister, en effet, des points de rencontres entre les objectifs de bonne administration et d'efficacité de la justice et l'objectif de protection des intérêts étatiques<sup>2966</sup>. L'intégration de la situation juridique dans l'ordre juridique dont les vraies lois de police seraient mises en cause, en effet, devrait induire l'existence de rattachements assez étroits des parties ou de l'objet du litige avec celui-ci et pourrait justifier, sous un angle procédural et pratique, sa participation à la résolution du litige dans le for.

**838.** Elle pourrait, enfin, se justifier sous l'angle de la lutte contre le *forum shopping* et des comportements procéduraux abusifs des parties, dont la prise en compte apparaît par principe admise pour fonder la mise en œuvre de tels procédés<sup>2967</sup>. Le rattachement de la coopération à de tels objectifs apparaît, en effet, admis dans le cadre européen, où il semble à la fois implicitement établi<sup>2968</sup> et explicitement rappelé<sup>2969</sup>.

Il est admis, en effet, que dans un contexte où les parties cherchent souvent à exploiter la diversité des systèmes juridiques, les juridictions étatiques devraient chercher à éviter ce type de comportements et que « cette attitude implique plus d'ouverture aux systèmes étrangers et une recherche, dès le déclenchement des premières offensives du combat

---

<sup>2965</sup> V. également, pour la résolution des conflits de procédures, not. M.-L. Niboyet, *art. préc.*, n° 27 et s.

<sup>2966</sup> V. sur ce rapprochement, *supra*, n° 581 et s.

<sup>2967</sup> V. en ce sens, en particulier, M.-L. Niboyet, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *Clunet* 2006, p. 937 et s. ; S. Clavel, « La place de la fraude en droit international privé contemporain », *TCFDIP* 2010-2012, p. 255 et s., not., p. 275.

<sup>2968</sup> V. not. la référence faite à la nécessité d'éviter les comportements frauduleux dans le cadre des règlements européens applicables en matière de procédure d'insolvabilité, qui prévoient des dispositifs de coopération et d'entraide, en particulier, cons. 3 et 4 du règlement n° 1346/2000 (V. se référant à ces dispositions, CJCE 12 février 2009, *Aff. C-339/07, Seagon M. c/ Deko Marty Sté*, *Dalloz* 2009, p. 1311, obs. J.-L. Vallens ; *ibid.* 2384, obs. L. d'Avout et S. Bollée ; *RTD com.* 2010, p. 211, obs. J.-L. Vallens), et les considérants 5, 29 et 32 du règlement 2015/848. La coopération entre États membres n'est pas, d'ailleurs, limitée à ce cadre, et apparaît en particulier consacrée pour lutter contre la fraude en matière de droit fiscal. V. sur les différentes méthodes de coopération mises en place, not. F. Baltus, « La coopération administrative entre les États membres de l'Union européenne dans le domaine de la TVA », in *Les paradis fiscaux et l'évasion fiscale, Actes des journées d'études du Centre de droit international*, ULB, Bruylant, 2001, p. 341 et s.

<sup>2969</sup> V. not., mais la solution est admise à titre général, CJCE, 9 mars 1999, *Centros*, C-212/97, *préc.*, point 38, et sur ce point, S. Clavel, *comm. préc.*, p. 276 ; E. Cornut, *thèse préc.*, n° 805.

judiciaire, d'une coopération internationale entre les juges »<sup>2970</sup>. Il a ainsi été estimé qu'« à la gestion internationale de la procédure par les parties pourrait ainsi correspondre une coordination internationale du règlement du litige par une approche globale – ou globalisation du procès civil international – prenant en compte toutes les implications à l'étranger du procès soumis au juge du for, du moins autant que faire se peut »<sup>2971</sup>.

Afin de faire échec à un choix de for abusif, l'entraide internationale devrait permettre au juge d'origine de déceler les fraudes au jugement non encore exprimées et apparentes au stade de sa saisine, en permettant une information du juge saisi quant au contenu et du point de vue de l'ordre juridique étranger<sup>2972</sup>. Elle pourrait permettre, d'une part, à l'autorité abusivement saisie d'interroger la juridiction étrangère pour connaître son point de vue et éventuellement lui renvoyer l'affaire en cas de fraude réalisée par les parties, et d'autre part, aux autorités étrangères de solliciter un transfert de l'instance auprès de l'autorité abusivement saisie.

Sous cet angle, le respect des impérativités étrangères pourrait ainsi résulter de la mise en œuvre de coopérations justifiées par la réalisation d'objectifs procéduraux visant à préserver le crédit de la justice du for au regard de la légitimité des motifs qui ont fondé sa saisine et à sanctionner le comportement des parties.

Le rattachement des mécanismes de coopération à des objectifs de protection des intérêts étatiques étrangers apparaît également à travers de nombreux procédés consacrés en droit positif.

#### b) Préexistence de procédés affectés à la réalisation de l'objectif poursuivi

**839.** L'analyse des procédés de coopération existant dans certaines matières révèle que le recours à l'entraide internationale est en pratique souvent consacré dans des hypothèses de mise en cause d'intérêts étatiques. Elle apparaît, en effet, particulièrement efficace et adaptée pour assurer la coordination des systèmes dans de telles hypothèses.

Une telle constatation peut être faite dans des matières où la compétence apparaît envisagée de manière purement unilatérale et globale de la part des ordres juridiques, sous les angles à la fois juridictionnel et législatif, et qui apparaissent comme des domaines d'intervention massive de lois de police. Il en est ainsi, en particulier<sup>2973</sup>, dans le domaine de

---

<sup>2970</sup> M.-L. Niboyet, *art. préc.*, n° 4, p. 937 et s.

<sup>2971</sup> *Ibid.*

<sup>2972</sup> V. S. Clavel, *comm. préc.*, p. 276.

<sup>2973</sup> V. également, les liens consacrés entre les compétences juridictionnelle et législative en matière de protection des incapables, et le caractère généralement de lois de police des dispositions applicables, *supra*, n°433 et s. V. également,

la régulation économique, notamment<sup>2974</sup>, en droit de la concurrence, ou en matière de faillites internationales par exemple, où l'applicabilité *massive* des lois de police rattachées à l'ordre public de direction<sup>2975</sup> se voit doublée d'une revendication systématique de compétence exclusive corrélée d'autorités souvent spécialisées et administratives de l'ordre juridique dont elles émanent. La liaison établie entre les deux compétences apparaît ainsi fondée à la fois sur des considérations techniques et procédurales, et justifiée pour des raisons de protection d'intérêts étatiques fondamentaux mis en cause à travers des vraies lois de police économiques, touchant à un intérêt étatique particulièrement fondamental.

Devant les conflits de systèmes susceptibles de résulter de la revendication concurrente de compétence globale de deux ordres juridiques, les difficultés et les réticences auxquelles aurait donné lieu la mise en place d'une méthode de coordination des systèmes nécessitant un abandon des réflexes protectionnistes des ordres juridiques et une modération du principe d'application de la *lex fori*<sup>2976</sup>, ont conduit à préférer un recours à des procédés de coopération interétatique. Il semble avoir été utilisé comme un moyen *alternatif* d'assurer la coordination, en permettant de rapprocher *a minima* les systèmes juridiques, et permet de consacrer « des remèdes opérationnels ou de circonstance »<sup>2977</sup>, permettant, sur une base volontaire et consentie, de faire *vivre ensemble* ou *cohabiter* des points de vue étatiques incompatibles.

Dans ces cadres, il semble également possible de déceler un rattachement des procédés consacrés à la poursuite d'un objectif de protection des impérativités étatiques les plus fondamentales, fondé sur la reconnaissance de la prépondérance de celui-ci.

---

l'article 7 du règlement 650/2012 sur les successions, qui consacre un système de transfert de compétence pour établir un *forum legis*, bien qu'il n'institue pas à proprement parler un mécanisme de *coopération* mais un procédé relativement unilatéral. À cet égard, d'ailleurs, la coopération apparaît largement utilisée dans les domaines mettant en cause des législations de droit public. Il en est ainsi, par exemple, en matière fiscale. V. par ex. sur les procédés mis en place dans le cadre européen, Rép. dr. européen, Dalloz, Ph. Marchessou, V° *Droit fiscal européen et droit fiscal international*.

<sup>2974</sup> V. également, en matière de droit boursier, où une coopération apparaît instituée entre les autorités administratives de régulation nationales, appliquant chacune la réglementation d'ordre public économique de l'ordre juridique auquel elles appartiennent, pour résoudre les conflits de systèmes susceptibles d'apparaître vis-à-vis de titres financiers placés simultanément sur plusieurs marchés. V. à cet égard, not. les procédés consacrés dans la directive n° 2004/39/CE du 21 avril 2004 (MIF) (JOUE, n° L 145, 2004), p. 1. Une nouvelle directive n° 2014/65/UE du 15 mai 2014 (MIFID II) (JOUE, n° L 173/349, 12 juin 2014), et un règlement [UE] n° 600/2014 du 15 mai 2014 (MIFIR) (JOUE, n° L 173/84, 12 juin 2014). Elle a également pu se développer en dehors du cadre européen par le biais d'accords et de conventions conclues entre les autorités nationales de régulation. V. sur ce point, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1087.

<sup>2975</sup> V. sur le caractère de vraies lois de police des dispositions étatiques applicables dans ces matières, *supra*, n° 354 et s.

<sup>2976</sup> V. s'agissant de la coordination des systèmes en matière de faillites internationales, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1102 et n° 1142.

<sup>2977</sup> B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1143.

**840.** Une telle constatation peut être faite à l'analyse des solutions retenues en droit de la concurrence, en particulier s'agissant de la lutte contre les ententes et les abus de position dominante, où le rattachement de la législation étatique et européenne à l'ordre public de *direction* ne soulève aucune interrogation<sup>2978</sup>. Les procédés de coopération apparaissent établis dans des cadres assez variés<sup>2979</sup>, sous la forme d'accords multilatéraux ou bilatéraux entre autorités nationales de la concurrence<sup>2980</sup>, d'instruments spécifiques de règlement des conflits nés de l'application extraterritoriale du droit de la concurrence<sup>2981</sup> ou dans le cadre de la mise en œuvre d'instruments européens<sup>2982</sup>. Ils reposent sur un échange d'informations ou de *courtoisie active*<sup>2983</sup>, permettant à l'autorité d'un État dont sont originaires les conséquences néfastes de certains agissements, sur le territoire d'un autre État, d'enquêter au profit de l'autorité étrangère de cet autre État.

À cet égard, le règlement n° 1/2003<sup>2984</sup> a permis de mettre en place le *Réseau européen de la concurrence*, formé des autorités nationales désignées par chaque État membre et de la Commission européenne de la concurrence<sup>2985</sup>, pour appliquer les articles 101 et 102 du TFUE<sup>2986</sup>. Il établit des règles organisant une coopération à la fois verticale, entre la Commission et les autorités nationales<sup>2987</sup>, et horizontale, entre les juridictions étatiques, en fixant des règles visant à assurer à la fois un échange d'informations entre les différentes autorités et une répartition des tâches, afin d'attribuer la connaissance des affaires aux maillons du réseau *les mieux placés*. Il consacre, au-delà, un système d'entraide entre les autorités pour la réalisation de certains actes de procédure, en permettant aux autorités

---

<sup>2978</sup> V. sur ce point, et les interrogations qui peuvent, en revanche, être formulées à cet égard, concernant la législation d'application en matière d'abus de dépendance économique et de rupture de relations commerciales établies, *supra*, n° 360 et s.

<sup>2979</sup> V. sur ces différents cadres de la coopération en matière de concurrence, not. P. Arhel, « Approches multilatérales, régionales et bilatérales de la politique de la concurrence », LPA n° 143, 19 juillet 2006, p. 13 et s.

<sup>2980</sup> V. sur les différents types d'accords, not. P. Arhel, *Rép. dr. com.*, Dalloz, V° *Concurrence (Règles de procédure)*, n° 258 et s. ; V. également, F. Jappont, « L'encadrement juridique de la coopération entre les autorités de la régulation », *Dalloz* 2005, chron. 893.

<sup>2981</sup> V. la *Recommandation du Conseil sur la coopération entre pays membres dans le domaine des pratiques restrictives anticoncurrentielles affectant les échanges internationaux*, des 27 et 28 juillet 1995, Doc. C [95] 130 final. Pour permettre une telle coopération, elle offre, sous la forme de *Principes directeurs*, un cadre juridique aux notifications des procédures, aux échanges d'informations et à la coordination des actions (V. art. 1 à 3 de la recommandation et § 1 à 10 des *Principes directeurs*).

<sup>2982</sup> Des hypothèses de transmissions réalisées en dehors de tout cadre conventionnel peuvent également être décelées. V. par ex. BG 29 octobre 1998, BGE, 125 I, p. 65, où l'autorité suisse de surveillance des marchés financiers a prêté assistance à son homologue allemande en dehors de toute convention. V. sur cette affaire, H. Kronke, *Capital markets and conflict of laws*, RCADI 2000, t. 286, p. 245 et s., p. 269-270.

<sup>2983</sup> Il en est fréquemment ainsi dans les relations transatlantiques. V. not. l'accord du 23 novembre 1991 entre les Communautés européennes et le gouvernement des États-Unis, concernant l'application des règles de la concurrence, JOCE L 95, 7 avril 1995, p. 47, et l'accord concernant la mise en œuvre des principes de courtoisie active dans l'application de leurs règles de concurrence, JOCE L 173, 18 juin 1998, p. 28.

<sup>2984</sup> V. règlement (CE), n° 1/2003 du 16 décembre 2002, relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JOCE, n° L 1, 4 janvier 2003).

<sup>2985</sup> V. cons. 15 du règlement.

<sup>2986</sup> V. art. 35.

<sup>2987</sup> V. à cet égard, sur la possibilité d'intégrer les arbitres au procédé de coopération, en particulier, Ch. Jarrosson et L. Idot, *Rép. dr. int.* Dalloz, V° *Arbitrage*, n° 37 et s.



nationales d'effectuer des enquêtes sur leur territoire en application de leur droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre<sup>2988</sup>.

**841.** Dans ces différents cadres, les techniques de coopération semblent non seulement viser à assurer un objectif *d'efficacité procédurale*, mais tiennent également compte de l'importance des intérêts étatiques mis en cause, en visant à assurer l'application *effective* des réglementations impératives européenne ou nationale.

Une telle prise en compte des intérêts étatiques apparaît, en effet, à travers le recours fréquent à l'idée de *courtoisie*, pour fonder une mise en balance des intérêts étatiques dans le cadre de la mise en œuvre des procédés de coopération consacrés, en particulier par les États de *common law*<sup>2989</sup>. Elle a pu être invoquée, en effet, à la fois pour asseoir la demande formulée par un État à un autre d'enquêter sur des comportements anticoncurrentiels qui porteraient atteinte à ses intérêts importants, et pour imposer à un État qui engage une action de prendre en considération les intérêts importants de l'autre pays.

Le respect de la compétence globale de l'ordre juridique dont les intérêts étatiques apparaîtraient les plus directement mis en cause semble également pouvoir résulter, dans le cadre européen, de la mise en œuvre des critères dégagés pour déterminer la répartition des compétences entre les autorités nationales. Il ressort, en effet, des *Principes* dégagés dans la *Déclaration commune du Conseil européen et de la Commission européenne* du 27 avril 2004, pour la mise en œuvre des procédés consacrés dans le règlement n° 1/2003, qu'une autorité pourrait être considérée comme étant « bien placée » pour traiter une plainte, notamment, si l'accord ou la pratique à des effets directs substantiels, actuels ou prévisibles sur son territoire y est mis en œuvre ou y trouve son origine<sup>2990</sup>. Ils mettent ainsi en avant le *rapport étroit* qui doit exister entre l'infraction et le territoire de l'État membre dont relève l'autorité de concurrence concernée<sup>2991</sup>, et proposent de faire prévaloir la compétence des autorités de l'ordre juridique sur le territoire duquel la concurrence apparaîtrait

---

<sup>2988</sup> V. art. 22.1. V. sur la mise en œuvre de cet article par les juridictions françaises, CA Paris, 28 mars 2013, *Sté des Pétroles Shell e.a.*, confirmé par Cass. Com. 20 janvier 2015, RCDIP 2016, p. 521, note L. d'Avout ; Dalloz 2015, p. 261, obs. E. Chevrier ; *ibid.* 2016, p. 964, obs. D. Ferrier ; AJCA 2015, p. 169, note G. Parleani ; RTD com. 2015, p. 258, obs. E. Claudel ; RTD eur. 2016, p. 374-28, obs. F. Zampini.

<sup>2989</sup> Il résulte, en particulier, de la jurisprudence américaine, que les critères de détermination de l'État dont la compétence devait être privilégiée dans le cadre de la mise en œuvre de la coopération instaurée à travers la conclusion de protocoles entre autorités étatiques, étaient notamment ceux des effets produits par le comportement sur le territoire des États concernés, l'importance des intérêts étatiques mis en cause et la réalité du conflit, ainsi que les questions de politique étrangère. V. not. *Timberlane Lumber Co. c/ Bank of America*, 549 F. 2<sup>nd</sup> 597 [9<sup>th</sup> Cir. 1976].

<sup>2990</sup> Principe 8.1.

<sup>2991</sup> V. Principe 9.

« substantiellement affectée »<sup>2992</sup>. Sous cet angle, les procédés de coopération semblent alors devoir être mis en œuvre pour assurer le respect de la compétence globale d'un ordre juridique *prépondérant* dont les intérêts étatiques apparaîtraient les plus fondamentalement mis en cause.

**842.** Un tel objectif semble également poursuivi par les mécanismes d'entraide judiciaire internationale consacrés en matière de faillites internationales, où la compétence apparaît aussi envisagée de manière purement unilatérale, en considération des seuls besoins du commerce et de l'économie propres à l'ordre juridique concerné<sup>2993</sup>. Elle est déduite, en effet, de « la présence économique locale du débiteur »<sup>2994</sup>, et repose sur un principe d'application systématique de *lex fori concursus*, qui conduit à consacrer une compétence *globale* des ordres juridiques, fondée sur la mise en cause de vraies lois de police économiques mettant en cause des intérêts étatiques fondamentaux<sup>2995</sup>. Dans ce cadre, la résolution des conflits de systèmes susceptibles de résulter de l'existence de procédures concurrentes a pu donner lieu, au niveau européen et dans les systèmes *anglo-saxons*<sup>2996</sup>, à la mise en œuvre de certains procédés de coordination fondés sur la coopération<sup>2997</sup>.

Dans le cadre européen, le règlement du 29 mai 2000<sup>2998</sup>, et à l'avenir, le règlement du 20 mai 2015<sup>2999</sup>, instituent des mécanismes de coopération pour résoudre les conflits de systèmes susceptibles de résulter de l'existence de procédures concurrentes, et pour répartir la compétence entre l'État d'ouverture de la procédure principale et de la procédure

---

<sup>2992</sup> À cet égard, le *Principe 10* énonce qu'un tel critère devrait conduire à ce qu'une seule autorité nationale de concurrence puisse être considérée comme étant bien placée.

<sup>2993</sup> V. en ce sens, not. B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1097.

<sup>2994</sup> *Ibid.*

<sup>2995</sup> V. sur le rattachement global de la législation applicable à l'ordre public économique, et l'attraction opérée par l'application de ces vraies lois de police sur la compétence juridictionnelle, qui fondent la liaison systématique établie entre les compétences législatives et juridictionnelles en la matière, *supra*, n° 436 et s.

<sup>2996</sup> Aux États-Unis, les tribunaux ont pu notamment avoir recours à des protocoles pour fonder la mise en œuvre d'une telle coopération. Ces protocoles, dont l'utilisation remonte à l'affaire *BCCI* (V. *In Re Bank of Credit and Commerce International St* [n° 10] [1997], W.L.R. 172, 176-181), étaient établis par les curateurs nommés et les créanciers pour déterminer dans quelle mesure ils étaient respectivement intéressés. Ils furent néanmoins progressivement soumis pour homologation conjointe aux différents juges ayant prononcé la faillite, laquelle donna lieu progressivement à une concertation entre juges.

<sup>2997</sup> V. sur les différentes méthodes de coordination qui ont été utilisées en droit français, en particulier, B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1138 et s., et sur les solutions envisageables pour perfectionner le système actuel, n° 1141 et s. V. sur cette coopération interjuridictionnelle en matière de faillite de manière générale, C. Kessedjian, *Codification du droit commercial international et droit international privé*, RCADI 2002, p. 79 et s. ; P. Schlosser, *cours préc.*, p. 260-277, et pour des exemples d'utilisation de protocoles, spéc. p.262 et s.

<sup>2998</sup> Règl. (CE) n° 1346/2000 du 29 mai 2000 (JOCE, n° L. 160, 30 juin). V. sur le règlement, not. F. Mélin, « Le règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 et la coordination des procédures d'insolvabilité », JCP E 2009. Doctr. 1022, p. 23 ; et du même auteur, *Le règlement communautaire du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité*, Bruylant, 2008, n° 303 et s.

<sup>2999</sup> Règl. (UE) n° 2015/848 du 20 mai 2015 (JOUE, n° L.141, 5 juin). Le règlement s'appliquera à compter du 26 juin 2017. V. sur ce règlement, not. F. Jault-Seseke et D. Robine, « Le règlement 2015/848 : le vin nouveau et les vieilles outres », RCDIP 2016 p.21 et s.

secondaire<sup>3000</sup>. Alors que le règlement du 29 mai 2000 contenait, dès l'origine, des règles imposant un devoir d'information réciproque et de coopération entre des syndics des deux procédures<sup>3001</sup>, le nouveau règlement reprend cette solution<sup>3002</sup> et renforce le système de coopération. Il instaure un *devoir* de coopération<sup>3003</sup> et consacre un nouveau principe de communication *directe* entre les tribunaux<sup>3004</sup> et entre ceux-ci et les praticiens de l'insolvabilité<sup>3005</sup>. Il prévoit, également, la possibilité de réaliser une coopération sur la base de protocoles ou d'accords conclus entre les différents acteurs<sup>3006</sup>, et étend ce schéma de coopération pour les hypothèses de procédures concurrentes ouvertes dans les hypothèses de groupe de sociétés<sup>3007</sup>.

En dehors des règlements européens, l'instauration de procédés d'entraide judiciaire internationale pour résoudre les conflits de systèmes en matière de faillites pourrait également être fondée, notamment<sup>3008</sup>, sur les *Directives applicables aux communications de tribunal à tribunal dans des cas transfrontaliers* de 2000 et de 2001, qui ont été établies par l'*American Law Institute* et l'*International Insolvency Institute*<sup>3009</sup>. Une telle coopération apparaît également consacrée, notamment aux États-Unis, à travers la pratique des *protocoles*<sup>3010</sup>, consacrant un contact direct entre les organes nationaux pour s'engager conventionnellement à coopérer<sup>3011</sup>.

**843.** Dans ces différents cadres, la coopération réalisée semble apparaître également comme un instrument au service du respect de la prépondérance de l'ordre juridique dont les intérêts étatiques sont les plus largement impliqués, et vise implicitement à assurer le respect des

---

<sup>3000</sup> Les règlements n'apportent, en effet, pas directement de solution pour départager la compétence entre ces deux ordres juridiques, mais prévoient seulement que lorsqu'une procédure d'insolvabilité est ouverte, toute procédure d'insolvabilité ouverte ultérieurement est une procédure secondaire. V. art. 3-3 régl. n° 1346/2000, et art. 3-3 régl. n° 2015/848.

<sup>3001</sup> V. art. 31, et sur les insuffisances de la coopération consacrée, not. F. Mélin, *art. préc.*, p. 23.

<sup>3002</sup> V. art. 41.

<sup>3003</sup> V. consacrant cette solution pour l'application du règlement 1346/2000, CJUE 22 novembre 2012, *Bank Handlowy*, Aff. C-116/11, Dalloz 2013, p. 468, note Dammam et Leclair de Bellevue ; *ibid.*, p. 2293, obs. L. d'Avout ; *ibid.*, Pan. 1511, obs. Jault-Seseke ; Dalloz 2013, Pan. 2305, obs. S. Bollée (point 62). En dépit de son caractère théoriquement obligatoire, néanmoins, la coopération ne s'impose pas véritablement, dès lors qu'elle ne donne pas lieu à des sanctions.

<sup>3004</sup> V. art. 42.

<sup>3005</sup> V. art. 43.

<sup>3006</sup> V. cons. 49 et les art. 41 et 42 e).

<sup>3007</sup> V. art. 56 à 59.

<sup>3008</sup> V. également, la loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale du 30 mai 1997 (art. 25 à 27). V. sur cette loi, not J.-L. Vallens, « La loi-type de la CNUDCI sur l'insolvabilité internationale », Dalloz 1998, p. 157 et s.

<sup>3009</sup> V. directives 2 et 5.

<sup>3010</sup> V. sur ce point, et les arrêts dans lesquels de tels protocoles ont pu être conclus, cités par P. Omar, « La coopération entre les juges et les tribunaux : le nouvel enjeu à l'échelle européenne », Rev. proc. coll. n° 6, novembre 2015, étude 22.

<sup>3011</sup> De tels protocoles étaient d'ailleurs également parfois utilisés dans le cadre de la mise en œuvre du règlement n° 1/2003, pour faciliter la gestion commune des procédures concurrentes. V. sur ce point, not. G. Giorgini, « La place de la négociation dans la faillite internationale », RIDE 2012, p. 82 et s.

impérativités étatiques qui seraient mises en cause<sup>3012</sup>. Son orientation vers le respect de la prépondérance de la *procédure principale*<sup>3013</sup> assure en effet, en pratique, la réalisation d'une coordination des systèmes en faveur de la compétence de l'ordre juridique dont les intérêts apparaissent les plus impliqués, dès lors que celui-ci, compétent du fait de l'existence du *centre des intérêts principaux du débiteur* sur son territoire<sup>3014</sup>, apparaît comme celui dont le marché économique est le plus directement mis en cause<sup>3015</sup>.

La capacité des procédés à fonder, *de manière générale*, le respect des lois de police étrangères susceptibles d'intervenir *ponctuellement* dans certaines matières, peut également être vérifiée.

## 2-Protection effective des impérativités étrangères

**844.** L'efficacité des procédés d'entraide judiciaire internationale, pour assurer la coordination des systèmes recherchée, résulte à la fois de sa capacité à permettre une *délocalisation virtuelle* du contentieux présenté au for, dans l'ordre juridique dont les vraies lois de police seraient applicables (a), et de sa *relocalisation* effective dans l'ordre juridique étranger dont les juridictions seraient exclusivement compétentes (b).

### a) Délocalisation ponctuelle du contentieux dans l'ordre juridique prépondérant

**845.** Le recours à un mécanisme de coordination bilatéral, fondé sur la coopération interjuridictionnelle et le dialogue direct ou indirect entre les autorités judiciaires, pourrait permettre d'intégrer l'ordre juridique étranger dont les impérativités seraient mises en cause, dans le processus de coordination mis en œuvre dans l'ordre juridique du for. Il n'apparaîtrait plus, ainsi, seulement comme un simple « bénéficiaire passif » de son action coordinatrice, mais interviendrait lui-même activement, par le biais de ses organes nationaux, juridictionnels ou administratifs, pour prendre part au respect de ses impérativités devant le for.

---

<sup>3012</sup> V. également, en matière de droit boursier, concernant les offres publiques portant sur des titres cotés, le système de coordination spontanée, qui a pu être consacré, et celui établi dans la directive OPA n° 2004/25 du 21 avril 2004 (JOUE, L 142, 30 avril), qui conduit à répartir la compétence de manière hiérarchisée, au profit de l'ordre juridique « quantitativement majoritaire ou bien qualitativement prépondérant (à raison de la convergence en un même pays du siège et d'une cotation) », B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1087.

<sup>3013</sup> V. en ce sens, not. sous l'angle de l'application du règlement 1346/2000, CJUE 22 novembre 2012, *Bank Handlowy, préc.*, dans lequel la Cour énonce qu'il « incombe à la juridiction compétente pour ouvrir une procédure secondaire (...) de prendre en considération les objectifs de la procédure principale et de tenir compte de l'économie du règlement, lequel vise (...) à assurer un fonctionnement efficace et effectif des procédures d'insolvabilité transfrontalières par une coordination impérative des procédures principale et secondaire garantissant la primauté de la procédure principale ». Et sur ce point, s'agissant des règles fixées dans le nouveau règlement, not. F. Jault-Seseke et D. Robine, *art. préc.*, n° 58 et s.

<sup>3014</sup> V. art. 3 règl. n° 1346/2000 et art. 3 règl. n° 2015/848. Ce critère est interprété de manière absolue, « en ce sens que le débiteur ne peut jamais avoir dans le monde qu'un seul CIP », V. B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1110.

<sup>3015</sup> V. sur les critères de rattachement susceptibles de fonder l'ouverture d'une procédure secondaire, art. 3.2 règl. n° 1346/2000 et art. 3.2 règl. n° 2015/848, et sur ces dispositions, not. B. Audit et L. d'Avout, *ouvrage préc.*, n° 1111 et s.

Sa participation dans l'instance étrangère lui permettrait, alors, d'exporter son point de vue pour qu'il en soit tenu compte dans le cadre de la résolution d'un litige non présenté à la connaissance de ses juridictions, en informant les autorités étrangères du contenu de ses dispositions substantielles et de la manière dont il considère qu'elles doivent être mises en œuvre, ou en intervenant directement pour assurer leur respect dans le for. Dans tous les cas, une telle intervention devrait conduire à rapprocher la solution consacrée dans le for avec celle, hypothétique, qui aurait été rendue en son sein, et permettrait de diminuer ainsi les conséquences négatives produites par l'expatriation du contentieux sur le respect de ces impérativités en atténuant le lien existant entre la compétence juridictionnelle et la mise en œuvre des lois de police étatiques.

Dans la mesure où le for admettrait de tenir compte des impérativités étrangères, une telle intervention de l'ordre juridique étranger pourrait être recherchée par celui-ci pour constituer une *alternative* à l'abandon du contentieux à la connaissance des juridictions étrangères, ou être réclamée par l'ordre juridique étranger pour sauvegarder, *in extremis*, ses intérêts étatiques fondamentaux dans le cadre de la résolution de contentieux à l'étranger.

**846.** En pratique, la participation du for étranger concerné à la protection des impérativités étatiques fondamentales pourrait être assurée cumulativement par les deux voies de coopération susceptibles d'être empruntées, qui consacraient des degrés de participation plus ou moins élevés de l'ordre juridique étranger à la protection de ses impérativités dans le for.

Une première étape, opportune mais insuffisante en elle-même, parce qu'elle maintiendrait le caractère unilatéral de la mise en œuvre des impérativités étrangères par le for, devrait être d'instaurer une communication permanente entre les systèmes juridiques, réalisée en dehors de toute procédure ouverte dans le for. Elle assurerait une meilleure information sur les solutions retenues dans l'ordre juridique étranger et une connaissance du point de vue abstrait de celui-ci, par le for. Elle permettrait ainsi à l'autorité saisie de pouvoir déceler plus facilement si des lois de police étrangères sont susceptibles d'être applicables dans le cadre de la résolution du contentieux qui lui est soumis, ou même de *présumer* de l'existence d'une revendication de compétence législative de l'ordre juridique étranger dans un cas particulier. Ce faisant, elle pourrait favoriser le déclenchement du processus de coordination dans le for qui admettrait le principe même d'une prise en compte des lois de police étrangères, en facilitant la prédétermination des ordres juridiques étrangers susceptibles de revendiquer leur compétence législative impérative. Sous cet angle, la consécration d'une

telle communication permanente entre les systèmes juridiques, sans conférer au procédé un caractère « multilatéral », pourrait, dans une certaine mesure, pallier les difficultés résultant du caractère unilatéral des procédés de coordination généralement utilisés, s'agissant de la présélection des ordres juridiques avec lesquels une telle coordination pourrait être réalisée.

**847.** À côté de cette communication permanente, l'utilisation de procédés de coopération devrait également se traduire par l'instauration de techniques de *mise en relation* et de *collaboration étroite* entre les autorités des deux ordres juridiques concernés, dans le cadre de la résolution d'un contentieux déterminé devant le for. Elles permettraient alors de consacrer une participation réelle et concrète de l'ordre juridique étranger à la protection de ses intérêts étatiques, et d'obtenir une certaine maîtrise sur le respect de ses impérativités à l'étranger.

Concrètement, une telle coopération pourrait conduire à ce que le for, estimant qu'un ordre juridique étranger est susceptible de revendiquer sa compétence du fait de la mise en cause de ses impérativités, interroge celui-ci pour qu'il se prononce sur la portée exacte de son point de vue concret, ou sollicite de sa part la réalisation de faits actifs de collaboration visant à assurer ou à faciliter sa prise en compte dans le cadre de la résolution du litige. L'ordre juridique étranger, dans la mesure où il y consentirait, pourrait alors intervenir *positivement* dans la procédure ouverte devant le for, grâce à la technique du *visiting judge* proposée par certains auteurs<sup>3016</sup>. Elle consacrerait une participation directe d'un juge étranger dans la procédure introduite dans le for, pour qu'il assure lui-même la mise en œuvre de ses dispositions ou assiste étroitement les autorités du for pour le faire.

L'utilité du recours à ce type de procédé d'entraide judiciaire internationale, fondé sur le dialogue et la concertation, serait également de permettre à l'ordre juridique étranger de provoquer lui-même la prise en compte de ses impérativités dans le for sans risquer le reproche d'une intrusion dans le fonctionnement de la justice étrangère, généralement formulé à l'encontre du procédé de l'*anti-suit injunction*<sup>3017</sup>. Les autorités étrangères, ayant connaissance de l'existence du procès intenté, pourraient prendre elles-mêmes l'initiative de formuler une demande d'intervention dans le cadre de la procédure ouverte dans le for, pour s'assurer du respect des intérêts de l'État dont elles relèvent ou au moins qu'aucune atteinte excessive ne soit portée à la réalisation de la politique législative qu'il poursuit.

Ce faisant, le système devrait permettre d'assurer une participation assez systématique de l'ordre juridique étranger dans les hypothèses où ses impérativités seraient mises en cause, dès lors que la possibilité qu'il soit sollicité par le for pourrait assurer son intervention dans des hypothèses où il n'aurait pas lui-même détecté la nécessité d'y procéder, alors que la possibilité qui lui serait reconnue de formuler une telle demande éviterait de faire dépendre leur respect de la seule initiative du for.

---

<sup>3016</sup> V. not. H. Muir Watt, « La régulation des services judiciaires en Europe. Concurrence interjuridictionnelle et mobilité des juges : vers des *riding circuits* ? », in *Conflits de lois et régulation économique*, M. Audit, H. Muir Watt et E. Patout (dir.), LGDJ, 2008, p. 231 et s., spéc., p. 235 et s.

<sup>3017</sup> V. sur ce procédé, *supra*, n° 595 et s.

**848.** Une telle solution pourrait ainsi permettre de répondre aux attentes de l'ordre juridique concerné sur le plan du droit substantiel devant le for, en assurant une application de la loi de police étrangère, telle qu'elle est attendue par lui, ou, au moins, le prononcé d'un jugement de compromis tenant effectivement compte du point de vue concret de celui-ci.

Elle pourrait, d'ailleurs, apparaître particulièrement utile et opportune dès lors que le for refuserait d'abandonner le contentieux à la connaissance du for étranger exclusivement compétent, notamment dans l'hypothèse où sa compétence revêtirait elle-même ce caractère, afin d'assurer le respect des considérations qui fondent, dans l'ordre juridique étranger, la reconnaissance de la compétence exclusive de ses juridictions. Sans leur abandonner le contentieux, le juge du for pourrait ainsi solliciter une contribution du for étranger afin d'assurer une application de ses dispositions, telles qu'elles l'auraient été si le litige avait été directement résolu par celui-ci.

Dans tous les cas, une telle solution consacrerait une *intrusion ponctuelle du point de vue concret de l'ordre juridique étranger* dans le raisonnement du for, et permettrait d'assurer efficacement le respect des impérativités étrangères. Le système prendrait corrélativement la forme, envisagée par L. d'Avout, d'une procédure *géographiquement concentrée* dans le for, mais tournante, connaissant des phases étatiques successives<sup>3018</sup>. Elle connaîtrait une *délocalisation virtuelle* dans le for étranger s'agissant de la mise en œuvre de la disposition concernée, et reviendrait au for *avec les acquis résultant du travail réalisé par le juge étranger*<sup>3019</sup>.

L'utilisation des procédés de coopération pourrait, au-delà, permettre de fonder une soumission encore plus fondamentale du for devant la prépondérance étrangère, en conduisant à une *relocalisation effective* devant ses juridictions.

#### b) Relocalisation effective du contentieux dans l'ordre juridique étranger

**849.** À côté de l'intervention de l'ordre juridique étranger dans le cadre de la procédure en cours *dans le for*, qu'autorise le recours à la coopération judiciaire internationale, celle-ci pourrait également être mise en œuvre au stade de l'action, pour permettre une relocalisation du contentieux devant les juridictions étrangères. Le respect de ses impérativités substantielles apparaîtrait alors absolument assuré, dès lors qu'elles seraient directement mises en œuvre par ses tribunaux auxquels serait transférée la résolution du litige sur ce point. Dans ce cadre, l'utilité de la concertation et du dialogue instaurés entre les autorités des deux ordres

---

<sup>3018</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 137.

<sup>3019</sup> *Ibid.*



juridiques apparaît particulièrement évidente, dès lors qu'elle permet de lever les obstacles résultant habituellement de l'unilatéralisme retenu sur le plan de la compétence juridictionnelle.

**850.** Concrètement, la mise en œuvre de procédés de coopération internationale intervenant sur le plan de la compétence juridictionnelle pourrait permettre à une autorité juridictionnelle saisie, et en principe compétente, de s'abstenir de trancher le différend pour respecter la compétence exclusive revendiquée par un ordre juridique étranger du fait de la mise en cause de ses impérativités.

Idéalement informée, en amont du contentieux, de la teneur des solutions étrangères, grâce à l'instauration d'une communication permanente et réciproque avec l'ordre juridique étranger concerné, elle pourrait admettre qu'il est probable qu'un ordre juridique étranger revendique sa compétence exclusive pour trancher le litige dont elle est saisie, et prendre l'initiative de surseoir à statuer et d'interroger celui-ci pour connaître son point de vue sur la question. Il pourrait alors lui faire savoir, en retour, si ses juridictions s'estiment bien effectivement compétentes dans l'hypothèse concernée, et lui indiquer si elles accepteraient de se saisir du litige dans l'hypothèse où le for se dessaisirait.

En pratique, cet échange entre les deux ordres juridiques pourrait idéalement prendre la forme d'un dialogue direct entre les juridictions de chacun d'eux.

Les autorités de l'ordre juridique étranger pourraient ainsi révéler explicitement au for s'il revendique sa compétence juridictionnelle exclusive dans l'hypothèse considérée, en évitant les difficultés que présente, en temps normal, l'évaluation unilatérale de son point de vue concret non encore exprimé.

**851.** Une telle communication permettrait ainsi d'assurer une connaissance certaine des solutions étrangères de la part de l'autorité saisie et la pertinence de sa décision quant à l'exercice de sa propre compétence juridictionnelle. Elle fonderait, au cas concret, une certitude quant à l'existence d'une revendication de compétence globale de l'ordre juridique étranger, et conduirait les juridictions étatiques concernées à s'entendre sur la répartition de leur compétence.

Elle devrait ainsi permettre, à la suite d'une analyse conjointe et d'une évaluation concertée des fondements respectifs de leur compétence, de conduire à un transfert de compétence au profit du for étranger, dans l'hypothèse où celui-ci serait effectivement exclusivement compétent du fait de la mise en cause de ses lois de police, mais limiter son

dessaisissement à une telle hypothèse. L'articulation des points de vue et la recherche d'une solution de compromis ne peuvent en effet, dans ce cadre, que conduire à un choix entre les deux juridictions mises en cause. Une telle solution apparaîtrait, ainsi, satisfaisante à la fois du point de vue de la protection des intérêts étatiques et de celle des intérêts des parties, dont le choix de juridiction initial ne serait remis en cause que dans la mesure où cela apparaîtrait réellement justifié pour le respect des intérêts étatiques étrangers.

Le transfert de l'instance devant les juridictions étrangères exclusivement compétentes pourrait, également, résulter d'une demande formulée de la part de l'ordre juridique étranger à l'ordre juridique du for, qui prendrait lui-même l'initiative de la *récupération* du contentieux et pourrait intervenir lui-même directement en faveur du respect de ses impérativités, sans attendre une initiative du for.

**852.** Le procédé de coopération apparaîtrait ainsi comme un instrument susceptible de permettre une *relocalisation effective* du contentieux devant les juridictions de l'ordre juridique prépondérant, lorsqu'elles n'auront pas été saisies par les parties, et apparaît ainsi particulièrement efficace pour assurer le respect de ses impérativités.

Le recours à des procédés multilatéraux pour assurer la coordination des systèmes dans ce cadre apparaît d'autant plus opportun qu'il pourrait assurer une résolution systématique du contentieux par les juridictions étrangères concernées, chaque fois que les autorités étatiques s'entendraient sur ce point.

Il en est ainsi, dès lors que le multilatéralisme du procédé autorise les juridictions étatiques à participer à la procédure ouverte dans un ordre juridique étranger, et permettrait, s'agissant du transfert de l'instance, de consacrer un réel *renvoi* de compétence juridictionnelle vers les tribunaux étrangers exclusivement compétents<sup>3020</sup>, sans nécessiter l'intervention des parties. Il permet au juge du for, en effet, de ne plus simplement se limiter à s'abstenir d'exercer sa compétence pour laisser les parties saisir les juridictions étrangères, mais de contribuer activement à ce que celles-ci connaissent effectivement du différend. En effet, la concertation et le dialogue instaurés, en mettant fin au cloisonnement habituel des instances nationales, autorisent un réel renvoi du contentieux devant les juridictions étrangères<sup>3021</sup>. Le juge peut acheminer directement le contentieux devant les autorités juridictionnelles étrangères en assurant la continuité des instances nationales.

---

<sup>3020</sup> V. sur la distinction de ce mécanisme avec celui du simple transfert de compétence juridictionnelle, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 615, p. 892.

<sup>3021</sup> V. sur la distinction entre le *renvoi* de compétence juridictionnelle et le *transfert* de compétence, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 615, p. 892.

Ce faisant, la relocalisation du contentieux dans l'ordre juridique étranger prépondérant peut être assurée directement, indépendamment du comportement procédural des parties. Du point de vue du respect de l'ordre juridique étranger prépondérant, un tel renvoi permet alors d'éviter l'incertitude planant quant à la saisine future de ses juridictions par les parties, qui seraient seulement « invitées » à le faire par le for d'origine, et permet opportunément d'assurer à la fois le respect absolu de la revendication de compétence globale d'un ordre juridique étranger et la mise en œuvre de ses lois de police telle qu'elle est attendue.

Malgré son opportunité, l'exploitation du mécanisme pour assurer la coordination des systèmes envisagée est soumise au respect de certaines conditions.

### **B) Conditions de l'opportunité du recours à la coopération**

**853.** L'exploitation des procédés d'entraide judiciaire internationale, pour assurer le respect international des impérativités étatiques, n'apparaîtrait opportune que dans la mesure où certaines précautions seraient prises pour garantir son efficacité.

Dans le contexte contemporain, l'absence de régime de l'entraide internationale précisément défini et la disparité des techniques et des procédés utilisés pour fonder une collaboration entre les ordres juridiques empêchent d'envisager la transposition d'un modèle unique préexistant pour réaliser la coordination recherchée et conduisent à envisager une telle question sous l'angle non pas d'une adaptation des procédés existants mais de *conditions* nécessaires pour assurer l'efficacité du recours à la coopération.

Sous cet angle, l'analyse révèle que l'efficacité du procédé implique nécessairement qu'il fasse l'objet d'un encadrement quant à sa mise en œuvre (1). Une difficulté d'ordre général devra néanmoins être surmontée à cet égard, qui est celle de la détermination d'une méthode de règlementation de la coopération judiciaire internationale (2).

#### **1-Encadrement nécessaire de la coopération**

**854.** Malgré les avantages théoriques indéniables que présente le recours à la coopération pour assurer le respect des impérativités étrangères, son efficacité concrète nécessite que sa mise en œuvre puisse être encadrée grâce à l'établissement d'une règlementation spécifique ou qu'elle puisse au moins reposer sur des lignes directrices préétablies.

Un tel encadrement s'impose, en premier lieu, dès lors que la coopération judiciaire internationale, organisée sous la forme d'un dialogue entre autorités étatiques pour décider conjointement de la manière de résoudre des conflits de systèmes, n'apparaît que comme une *modalité* pour réaliser la coordination et vient se *greffer* sur un procédé de coordination mis en œuvre dans le for. Or, elle n'apparaît susceptible d'être utilisée que dans la mesure où le juge saisi se verrait reconnaître une certaine marge de manœuvre dans la mise en œuvre des règles consacrées dans son système juridique et la possibilité d'en écarter l'application. La mise en œuvre d'un procédé de coopération suppose, en effet, que le juge puisse *conduire sa procédure comme il l'entend*<sup>3022</sup> et qu'il ne soit pas absolument lié par des règles fixes et préétablies<sup>3023</sup>.

L'instauration de règles ou de directives permettant d'encadrer la mise en œuvre des mécanismes de coopération pourrait, en premier lieu, s'imposer sous l'angle de leur admissibilité et de leur utilisation effective généralisée pour fonder une prise en compte des impérativités étrangères, dès lors qu'ils risqueraient, sinon, de faire l'objet d'une réticence de la part des États de tradition civiliste et de n'être mis en œuvre qu'assez rarement, à l'initiative de ceux-ci<sup>3024</sup>.

**855.** Cet encadrement s'impose, également, au regard de l'efficacité du recours à ce type de procédé pour assurer le respect des impérativités étatiques, afin d'éviter de faire dépendre la prise en compte des impérativités étrangères de la seule appréciation discrétionnaire du juge saisi et de sa volonté de collaborer à la protection des intérêts de l'ordre juridique étranger concerné. Elle implique à la fois que celui-ci prenne l'initiative de déclencher le processus de coordination ou accepte de le mettre en œuvre en répondant à la demande formulée par l'ordre juridique étranger, et qu'il admette ensuite de tenir compte des échanges réalisés avec les autorités étrangères et des acquis résultant du travail effectué par le for étranger<sup>3025</sup>. Celui-ci, devant lequel la procédure initiale a été ouverte, conserve en effet, en définitive, malgré le caractère concerté du processus, le dernier mot quant à la réalisation concrète de la coordination.

Il en résulte que l'opportunité du recours à ces procédés dépend nécessairement des mêmes conditions que celles précédemment dégagées pour l'utilisation de mécanismes de

---

<sup>3022</sup> P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 686.

<sup>3023</sup> Ceci justifie, d'ailleurs, le rapprochement relevé par plusieurs auteurs, entre le système du transfert de compétence juridictionnelle, notamment tel qu'il est consacré dans les conventions de La Haye (V. sur ce point *supra*, n° 828 et s.), et le *forum non conveniens*.

<sup>3024</sup> Les arrêts rendus par les juridictions françaises dans les affaires *Vivendi* et *Flash Airlines* constituent, à cet égard, des exemples de « participation » des tribunaux français à leur mise en œuvre, sans qu'ils en aient pris l'initiative.

<sup>3025</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 137.

coordination des systèmes *facultatifs*<sup>3026</sup>, et nécessite l'instauration d'un *encadrement rigide*, permettant d'éviter de faire dépendre cette coordination de la seule appréciation discrétionnaire de l'autorité saisie ou du comportement procédural des parties. À cet égard, notamment, l'efficacité du procédé devrait impliquer qu'en l'absence de demande formulée en ce sens de la part des autorités étrangères, son déclenchement et sa mise en œuvre puissent être imposés à l'autorité saisie et aux parties.

Néanmoins, le caractère nécessaire de la mise en place d'un tel encadrement pourrait être atténué, le cas échéant, grâce au développement d'un esprit de coopération et de confiance mutuelle entre les systèmes, susceptibles de résulter de l'instauration d'échanges de points de vue permanents entre leurs autorités. La multiplication des réseaux de communication en droit international privé contemporain paraît, à cet égard, susceptible d'augmenter la propension des autorités étatiques à se livrer à une telle coopération de manière spontanée.

**856.** La mise en place d'un tel encadrement devrait encore paraître nécessaire pour organiser la manière dont la coopération devrait être assurée.

Il devrait permettre de déterminer les *hypothèses* dans lesquelles une telle coopération devrait être mise en œuvre, ou admise par le for et les ordres juridiques étrangers avec lesquels une telle coopération pourrait être recherchée<sup>3027</sup>. Il pourrait en être ainsi, par exemple, en raison de la difficulté que susciterait l'évaluation du point de vue retenu concrètement par un ordre juridique étranger, ou encore, parce qu'un réel effacement du for serait difficilement admissible. Les conditions d'intervention des autorités étrangères dans la procédure ouverte dans le for devraient également être déterminées pour assurer sa mise en œuvre dans tous les cas où les intérêts étatiques étrangers le justifieraient et pour limiter les tentatives d'immixtion injustifiées d'un for étranger qui formulerait la demande de participer à la procédure intentée dans le for.

Il devrait également fixer les *modalités* de sa mise en œuvre afin de définir, notamment, l'objet précis du dialogue interjuridictionnel instauré, en le restreignant aux

---

<sup>3026</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 649 et s.

<sup>3027</sup> Il en est ainsi, notamment, dans les conventions de La Haye consacrées en matière familiale et dans le règlement Bruxelles II bis, qui établissent une liste de juridictions susceptibles de pouvoir faire une demande de transfert ou de faire l'objet de ce transfert. Cette liste apparaît d'ailleurs plus restrictive dans le règlement que dans la convention de 1996, dès lors que cette dernière fait référence à toute juridiction qui posséderait un lien étroit avec l'enfant. V. sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 557.

questions pour lesquelles il apparaît réellement justifié, et permettre de déterminer le rôle respectif des autorités nationales concernées<sup>3028</sup>.

---

<sup>3028</sup> V. insistant sur la nécessité de mettre en place un tel encadrement, P. Schlosser, *cours préc.*, p. 396.

**857.** L'établissement de telles directives, pour encadrer la mise en œuvre du procédé, serait nécessaire pour assurer la protection des impérativités étatiques, et apparaîtrait également, en même temps, imposé sous l'angle du respect de l'intérêt des parties<sup>3029</sup>.

De telles règles pourraient, notamment, viser à éviter au maximum des coûts supplémentaires<sup>3030</sup> et un allongement de la procédure, en imposant des délais de réponse dans le cadre du dialogue instauré entre les autorités<sup>3031</sup> et le recours à des méthodes de communication rapides, fondés sur des échanges verbaux ou réalisés par voie électronique. La protection de l'intérêt des parties pourrait également inciter à éviter au maximum les « transferts temporaires » du contentieux devant le for étranger consacrant une procédure *géographiquement diffuse de l'instance* au stade de l'échange de points de vue<sup>3032</sup>.

Elle pourrait justifier, en dépit des arguments généralement avancés à l'encontre d'une telle solution, une préférence pour la consécration d'un renvoi réel de compétence entre les juridictions étatiques. Elles devraient également imposer de maintenir une information suffisante et effective des parties lors de la mise en œuvre du procédé, en exigeant par exemple la rédaction d'un document écrit faisant expressément état à la fois de la teneur et de l'objet du dialogue interjuridictionnel et de la décision qui a été prise par les autorités concernées.

**858.** D'un autre côté, elles devraient permettre de remédier aux difficultés pratiques susceptibles de se présenter lors du déroulement des échanges, notamment celles liées aux problèmes de communication que pourraient rencontrer les autorités nationales concernées<sup>3033</sup>, en instaurant un système de traduction simultanée ou le recours à une langue de procédure unique<sup>3034</sup>.

---

<sup>3029</sup> V. sur les mesures prévues à cet égard dans les différentes conventions de La Haye, A. Bucher, *cours préc.*, p. 150 et s., et sur ce point, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 616. L'idée que les parties devraient toujours avoir une certaine maîtrise sur le contentieux, d'ailleurs, a pu conduire les auteurs à vouloir assurer l'association des parties à la mise en œuvre de la coopération, et à limiter le transfert de compétence juridictionnelle aux hypothèses où les parties l'accepteraient. Celui-ci ne devrait alors pouvoir être admis que dans la mesure où il serait invoqué par les parties et conditionné à leur volonté de saisir le tribunal étranger concerné. Une telle idée conduit, en d'autres termes, à refuser le système du renvoi de compétence. Les conventions de La Haye maintiennent d'ailleurs des étapes intermédiaires entre les deux procédures dans le cadre du transfert d'instances organisé, et font reposer la saisine de la juridiction de renvoi sur l'initiative des parties. V. sur ce point, P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 698. V. également, de manière générale sur cette association des parties au procédé, P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 658.

<sup>3030</sup> V. en ce sens, not. art. 44 du règlement 848/2015 sur les procédures d'insolvabilité, qui interdit aux juridictions étatiques d'exiger des frais liés à la communication.

<sup>3031</sup> V. en ce sens, l'article 15.5 du règlement Bruxelles II bis.

<sup>3032</sup> V. sur la mise en œuvre de tels transferts, les affaires *Vivendi* et *Flash Airlines* précitées.

<sup>3033</sup> V. sur ces difficultés, not. E. Carl, « Communication judiciaire directe dans des procédures régies par la convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque, Lyon, 20 et 21 novembre 2003 (dir. H. Fulchiron), p. 312 et s. ; P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 684 et s., p. 721 et s. ; L. Usunier, *thèse préc.*, n° 496 bis.

<sup>3034</sup> V. sur ces différentes solutions envisageables, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 121, note 287.

La nécessité de mettre en place un tel encadrement se trouve néanmoins confrontée à la difficulté que présente l'élaboration d'une réglementation des mécanismes de coopération.

## 2- Détermination d'une méthode de réglementation de la coopération

**859.** La question de la réglementation des procédés de coopération suscite des difficultés à la fois sous l'angle de ses fondements et de la méthode à adopter. Dès lors, en effet, que cette coopération conduit à associer des instances nationales en principe indépendantes, ouvertes devant des autorités juridictionnelles distinctes, celle-ci met nécessairement en cause les lois de procédure de chacun des systèmes juridiques concernés, qui doivent être, au minimum, *coordonnées*<sup>3035</sup>. En l'absence de règles matérielles internationales, le principe de la soumission des questions de procédure à l'application de la *lex fori* conduit en théorie à soumettre la coopération judiciaire internationale à une réglementation *fragmentaire*, issue de deux corps de règles nationales distincts.

**860.** Dans ce cadre, l'opposition des points de vue nationaux apparaît alors susceptible de conduire à des blocages, résultant « des oppositions des points de vue juridiques nationaux qui peuvent être rapprochés des conflits de systèmes »<sup>3036</sup>, et implique la détermination d'une méthode visant à assurer une « conjonction »<sup>3037</sup> et une *articulation* satisfaisante des règles de procédures cumulativement applicables.

Sous cet angle, les difficultés induites par le recours à la collaboration étatique pour assurer le respect des lois de police étrangères proviennent de ce qu'elle nécessite, en parallèle, de définir la manière d'assurer la *conjugaison* des règles de procédures des systèmes concernés et d'établir des directives permettant d'organiser *la rencontre* des droits processuels étatiques<sup>3038</sup>. Il en résulte, en d'autres termes, que la résolution satisfaisante des conflits de systèmes envisagée implique une résolution antérieure d'un conflit de systèmes susceptible d'émerger sur le plan procédural.

---

<sup>3035</sup> V. rappelant cette nécessité, not. art. 42 règl. 2015/848 relatif aux procédures d'insolvabilité.

<sup>3036</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 119.

<sup>3037</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 124.

<sup>3038</sup> Une telle nécessité, d'ailleurs, ne disparaît pas du fait de l'existence d'instruments internationaux, dès lors qu'ils laissent subsister les questions d'articulation des ordres processuels internes et restent généralement silencieux ou extrêmement vagues sur les modalités et les conséquences procédurales de la collaboration réalisée. V. sur ce point, not. E. Jeuland, *art. préc.*, p. 18 ; P. Wautelet, *thèse préc.*, p. 734.



**861.** À cet égard, la détermination d'une méthode de réglementation des procédés de coopération, qui devrait reposer sur une approche *sectorielle* et tenir compte des spécificités et des objectifs propres à la matière concernée au fond du litige, soulève des difficultés d'ampleur variable selon le contexte dans lequel ils seraient mis en œuvre. Elle peut être envisagée à la lumière de certaines propositions formulées par des auteurs<sup>3039</sup>, en considération des solutions consacrées dans les conventions internationales préexistantes ou mises en œuvre dans la pratique concertée des États.

La solution la plus satisfaisante et la plus efficace, mais qui implique l'élaboration d'un instrument international, semble être celle de la mise en place de règles matérielles uniformes. Celles-ci pourraient fixer directement les modalités du dialogue instauré entre les autorités nationales dans la mise en œuvre des procédés de coopération. Applicables de manière transversale et uniforme devant les différentes autorités concernées, idéalement sous le contrôle d'un juge supranational compétent, elles éviteraient ainsi les blocages susceptibles de naître de la confrontation des règles nationales.

L'opportunité d'une telle solution, en construction dans le cadre européen<sup>3040</sup>, conduit d'ailleurs certains auteurs à envisager le cadre conventionnel comme le seul susceptible de permettre l'instauration d'une coopération judiciaire internationale<sup>3041</sup>. Il serait seul en mesure de permettre l'instauration d'un climat de confiance mutuelle susceptible de conduire les États à faire certaines concessions quant à l'application de leurs règles de procédures<sup>3042</sup>, et de permettre l'établissement d'une réglementation satisfaisante de ce type de procédé.

**862.** En dehors d'un tel cadre institutionnalisé, néanmoins, une première solution, susceptible de fonder une *règlementation transversale* de la mise en œuvre d'une coopération entre deux ordres juridiques, pourrait reposer sur la conclusion d'accords ou de conventions entre les organes des deux États concernés. Elle permettrait alors d'organiser, au cas concret, la mise en œuvre du procédé de coopération en réglementant directement certains aspects de

---

<sup>3039</sup> V. en particulier, celles formulées par L. d'Avout, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p. 117 et s., qui fondent ou constituent l'inspiration principale des développements suivants.

<sup>3040</sup> V. sur le développement d'un ordre processuel européen, not. E. Jeuland, « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique », TCFDIP 2008-2010, p. 55 et s. ; M.-L. Niboyet, « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *Clunet* 2006, p. 937 et s. Et V. consacrant de telles règles de procédures uniformes, outre les règlements sur l'obtention de preuves et la signification précités, not. le règlement (CE) n° 1896/2006 du 12 décembre 2006, instituant une procédure européenne d'injonction de payer, le règlement (CE) n° 861/2007 du 11 juillet 2007, instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, ou le règlement (CE) n° 805/2004 du 21 avril 2004, portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées.

<sup>3041</sup> V. en ce sens, not. C. Chalas, *thèse préc.*, n° 731 ; P. Wautelet, *thèse préc.*, n° 686 et n° 698.

<sup>3042</sup> V. en ce sens, G. Canivet, « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne, raisons, nécessités et réalisations », *LPA* 5 octobre 2004, n° 199, p. 45 et s.

la procédure. Une telle solution pourrait conduire à généraliser la pratique des protocoles de coopération internationale déjà assez fréquemment utilisée par les tribunaux anglo-américains<sup>3043</sup>, pour formaliser les conditions de la coopération entre une juridiction nationale et une ou plusieurs juridictions étrangères.

Au regard du droit positif, elle apparaît tout à fait envisageable, comme le révèlent les références faites à ce type d'accords dans certains règlements européens récents, et l'utilisation qui a parfois pu en être faite par les tribunaux français<sup>3044</sup>.

Au-delà, elle pourrait encore être assurée par une mise à l'écart des règles procédurales normalement applicables dans chacun des ordres juridiques concernés, au profit d'une réglementation commune, issue de règles de *Soft Law*, à l'image, par exemple, des *Principes de procédure civile transnationale ALI/UNIDROIT*<sup>3045</sup>, ou des principes et lignes directrices qui ont pu être élaborés pour asseoir la communication de « tribunal à tribunal » en matière d'insolvabilité transfrontalière de l'Union européenne, publiés en 2014<sup>3046</sup>.

**863.** En dehors de l'hypothèse d'une telle réglementation directe, la mise en œuvre de la coopération judiciaire devrait impliquer que soient établis des critères ou des directives visant à départager les règles procédurales nationales applicables. Établis dans un instrument international ou contractuellement déterminés par les autorités par la voie d'un accord, ils permettraient de fixer les modalités de la répartition des compétences des législations nationales et de délimiter leur champ d'application respectif.

L'articulation des règles nationales pourrait alors reposer sur leur association ou leur mise en œuvre alternative, et conduire à leur application conjointe, successive ou simultanée. Elle devrait impliquer, dans tous les cas, de procéder à leur adaptation<sup>3047</sup>, au regard de directives générales formulées en ce sens ou de choix effectués au cas concret en fonction des circonstances de l'espèce, par les autorités étatiques concernées<sup>3048</sup>. Cette adaptation imposerait, en tout cas, un renouvellement de la conception relative à l'application de la *lex*

---

<sup>3043</sup> V. sur cette pratique, *supra*, n° 842.

<sup>3044</sup> À cet égard, la jurisprudence française fournit d'ailleurs un exemple d'utilisation d'un tel protocole en matière de faillites, dans le cadre de l'affaire *Sendo international*, qui constitue une illustration de coopération contractuelle organisée entre les syndicats de procédures d'insolvabilité principale et secondaire. Un protocole avait en effet été conclu pour « définir un mode opératoire pratique permettant la coordination effective des deux procédures d'insolvabilité » en considération des dispositions du règlement du 29 mai 2000. Ce protocole a été admis par les juges français et considéré comme « un code de bon usage ». V. T. com. Nanterre, 29 juin 2006, n° 05L0823, Aff. *Sendo International Limited*. V. sur ce protocole, en particulier, R. Dammann et M. Sénéchal, « La procédure secondaire du règlement (CE) n° 1346/2000 : mode d'emploi », *Rev. Lamy dr. aff.* oct. 2006 p. 81, spéc. n° 24 et s.

<sup>3045</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *art. préc.* p. 137 ; M.-L. Niboyet, « Ébauche d'un droit judiciaire transnational », in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman*, colloque Panthéon-Assas, 2004, p. 47 et s., spéc., p. 53 et s.

<sup>3046</sup> V. sur ceux-ci, *supra*, n° 842.

<sup>3047</sup> V. d'ailleurs, les adaptations des règles procédurales françaises auxquelles les juridictions ont procédé dans les affaires *Vivendi* et *Flash Airlines*, *supra*, n° 830.

<sup>3048</sup> V. envisageant cette solution, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 140.

*fori*<sup>3049</sup>, dont l'application automatique aux questions de procédure devrait être écartée ou au moins *atténuée*, dans la mesure où cela apparaîtrait opportun. Il conviendrait d'admettre, selon certains auteurs<sup>3050</sup>, le principe d'« une limitation de la compétence du droit local à certaines règles ou principes indérogables »<sup>3051</sup>.

**864.** Les directives susceptibles de guider la répartition des compétences entre les règles de droit procédural nationales pourraient, globalement, reposer sur l'établissement d'une *hiérarchie*, éventuellement réalisée au regard de l'importance que revêtirait la mise en œuvre d'une telle coopération dans l'abstrait, ou qu'elle revêt, au cas concret, du point de vue de chacun des ordres juridiques mis en cause. Elle pourrait alors tenir compte de la nature des fondements de la compétence juridictionnelle ou législative qu'ils se reconnaissent.

Il apparaîtrait alors envisageable d'admettre qu'une priorité devrait être accordée à l'application des règles de procédure de l'ordre juridique *au profit duquel* l'acte de coopération serait réalisé, en ce sens qu'il pourrait déterminer lui-même la manière dont il voudrait que lui soit transféré le contentieux.

La prise en compte des objectifs poursuivis à travers la mise en œuvre des procédés de coopération pour fonder une telle hiérarchie apparaît, d'ailleurs, déjà consacrée dans certaines conventions de La Haye consacrées en matière familiale. L'objectif de protection de la personne concernée par la mesure semble avoir conduit, en effet, à admettre, « sur des questions délicates d'admissibilité et de formalisme de certaines demandes d'entraide, une prépondérance du point de vue du pays requis sur celui du pays requérant »<sup>3052</sup>, laquelle trouverait ses fondements dans « l'exigence de protection de la personne concernée par la mesure »<sup>3053</sup>. Il semblerait possible de déceler l'existence d'une logique transversale, qui serait celle « d'un procédé de référence à l'ordre juridique étranger compétent »<sup>3054</sup>, susceptible d'être utilisée dans l'hypothèse envisagée pour fonder la prévalence du point de vue de l'ordre juridique dont les impérativités apparaîtraient mises en cause. Celui-ci, au regard de la protection des intérêts duquel la coopération judiciaire internationale serait

---

<sup>3049</sup> V. en ce sens, L. d'Avout, *art. préc.*, p. 137.

<sup>3050</sup> V. considérant que rien n'interdit à un État d'accepter « de laisser s'appliquer, dans son ordre juridique, des règles étrangères de procédure civile », M.-L. Niboyet et Y.-M. Serinet, « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p. 87 et s., spéc., p. 96 et s.

<sup>3051</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 125.

<sup>3052</sup> *Ibid.* L'auteur voyait alors dans ce système reposant sur une référence au pays d'établissement de la personne visée une solution « fructueuse », pour atténuer les conséquences du conflit de conceptions procédurales et guider les États dans la mise en œuvre de la coopération en dehors de ces conventions.

<sup>3053</sup> *Ibid.*

<sup>3054</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 125.

instituée, apparaîtrait en effet comme le bénéficiaire de la mise en œuvre du procédé et pourrait être considéré comme étant, dans l'hypothèse envisagée, l'ordre juridique prépondérant dont le point de vue devrait également prévaloir pour la détermination des conditions de mise en œuvre du procédé.

Des méthodes de coordination fondées, à titre général, sur cette idée d'ordre juridique de référence ont pu, d'ailleurs, être envisagées et exceptionnellement consacrées.

### **SECTION III : PROCÉDÉS FONDÉS SUR LA DÉTERMINATION D'UN ORDRE JURIDIQUE DE RÉFÉRENCE**

**865.** À côté des mécanismes précédemment analysés, susceptibles de faire reposer la coordination des systèmes sur une prise en compte, par le for, de la compétence juridictionnelle des tribunaux étrangers, certains procédés proposés par la doctrine ou ponctuellement mis en œuvre partent du postulat d'une liaison qui serait établie entre les compétences juridictionnelle et législative des systèmes. Ils envisagent la coordination sous l'angle d'une répartition des compétences *entre les ordres juridiques* pris dans leur ensemble, et apparaissent directement, et par principe, en mesure de fonder une prise en compte de la compétence *globale* qu'un ordre juridique se reconnaîtrait du fait de l'applicabilité de sa loi de police. Ces procédés peuvent conduire à un effacement *partiel* du for (I) ou permettre de fonder sa soumission absolue devant le point de vue de l'ordre juridique étranger, à travers la méthode de référence à l'ordre juridique compétent (II).

#### **I- Mécanismes consacrant un effacement partiel du for**

**866.** Face à la prépondérance globale d'un ordre juridique, il a été proposé de résoudre le conflit de systèmes grâce à une mise en retrait du point de vue substantiel du for. Il y aurait ainsi une absence de correspondance entre la compétence revendiquée à l'étranger et l'abstention consentie par le for. Il convient de déterminer les contours des théories proposées (A) avant d'analyser la possibilité de leur exploitation concrète pour assurer la coordination des systèmes recherchée (B).

## A) Contours des théories proposées

**867.** La *foreign court theory* (1) et la théorie de la *distinction du for de raisonnement et du for de jugement* (2) apparaissent comme des méthodes de résolution des conflits de systèmes permettant d'opérer un *transfert de compétence législative* au profit d'un ordre juridique étranger globalement compétent.

### 1- Foreign court theory

**868.** Rejetant la théorie du renvoi dans sa forme traditionnelle et tel qu'il est appliqué dans les États de tradition civiliste<sup>3055</sup>, le droit anglais l'envisage sous l'angle de la *foreign court theory*<sup>3056</sup> ou du « double renvoi ». Il est considéré comme un mécanisme de coordination des systèmes, visant à résoudre non pas le seul conflit qui pourrait surgir entre les règles de conflit de lois de plusieurs ordres juridiques mais, de manière plus large, le conflit qui pourrait en résulter à un stade ultérieur entre les deux systèmes juridiques impliqués<sup>3057</sup>. Il repose sur la mise en œuvre de principes « qui se situent sur un plan de généralité supérieur à celui non seulement des règles de conflit, mais aussi des conflits entre les règles de conflits tels que les envisage la doctrine dite du renvoi »<sup>3058</sup>.

Conduisant le for à « aligner la mise en œuvre du renvoi »<sup>3059</sup> sur la solution que retient un ordre juridique étranger, il part de l'idée que lorsque la règle de conflit de lois du for désigne la loi d'un autre État, le juge saisi doit statuer comme l'aurait fait le juge de l'État auquel cette loi appartient et « copier sans plus la solution étrangère »<sup>3060</sup>. Ce dernier devrait ainsi non seulement *appliquer* la règle de conflit de lois de cet État et ses règles matérielles,

---

<sup>3055</sup> V. sur ce mécanisme, en particulier, Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, Sirey, pour la consécration en France du mécanisme du renvoi traditionnel, au « premier degré », les arrêts rendus dans l'affaire *Forgo*, Cass. Civ., 5 mars 1875, Dalloz 1875, 1, 343, sommaire dans Clunet 1875, p. 357 ; Cass. Civ. 24 juin 1878, Dalloz 1879, 1, 56 ; S. 1878. 1. 429, sommaire dans Clunet 1879, p. 285 ; Req., 22 février 1882, Dalloz 1882, 1, 398, Clunet 1883, p. 64 ; GA, n° 8 ; Req. 1<sup>er</sup> mars 1910, *Soulié*, Clunet 1910, p. 888, note Perroud ; RCDIP 1910, p. 870 ; Dalloz 1912, 1, 262 ; S. 1913, 1, 105, note Audinet, et au « deuxième degré », Cass. Civ. 7 mars 1938, *Marchi della Costa*, RCDIP 1938, p. 472, note H. Batiffol ; Clunet 1938, p. 784 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2000, *Ballestrero*, *préc.*

<sup>3056</sup> Corrélativement, il rejette la théorie du renvoi telle qu'elle est envisagée dans les États de tradition civiliste. V. not., en ce sens, Cheshire and North, *Private International Law*, 13<sup>e</sup> éd., par P. M. North et J.-J. Fawcett, Londres, Butterworth, 1999, p. 61.

<sup>3057</sup> L'utilisation d'un tel mécanisme semble ponctuellement consacrée en droit anglais, notamment en matière de succession, de divorce ou encore de transmission de droits réels sur des immeubles sis à l'étranger. V. not. pour des exemples de mise en œuvre du mécanisme, *Re Annesley Davidson c. Davidson* [1926] Ch. 692, Clunet 1927, p. 470 ; *In Re Ross* [1930], Clunet 1930, p. 1092. Il a également pu être proposé en Allemagne pour justifier la mise en œuvre extensive que faisait la jurisprudence de l'art. 27 de la loi d'introduction du Code civil. V. en ce sens, Melchior, *Die Grundlagen des deutschen Internationalen Privatrechts*, Berlin-Leipzig, 1932 ; Pagenstecher, *Der Grundsatz des Eintscheidungseinklangs im internationalen Privatrecht*, Abhandlungen des Geistes-und Sozialwissenschaftlichen Klasse des Akademie des Wissenschaften u. Literatur in Mainz, 1951, n° 5, et le compte rendu de Ph. Francescakis, RCDIP 1951, p. 748 et s.

<sup>3058</sup> Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, Sirey, n° 105, p. 105.

<sup>3059</sup> E. Pataut, *Principe de souveraineté et conflit de juridictions (étude de droit international privé)*, 1999, t. 298, coll. Bibl. dr. pr., LGDJ, n° 406.

<sup>3060</sup> Ph. Francescakis, *thèse préc.*, n° 53, p. 56.

mais également *adopter le raisonnement* qui y est retenu pour les mettre en œuvre<sup>3061</sup>. Il apparaît, sous cet angle, comme un mécanisme fondé sur la prise en compte du point de vue retenu *concrètement* par un ordre juridique étranger quant à la manière de trancher un litige sur le fond. À la différence du renvoi traditionnel<sup>3062</sup>, la désignation de la « loi étrangère » permet de déterminer *l'ordre juridique* dont le point de vue doit être adopté par le for<sup>3063</sup>. La question qui est ici posée à l'ordre juridique étranger n'est donc plus seulement de savoir s'il accepte ou non que sa loi soit appliquée et s'il en désigne une autre mais, plus globalement, de savoir *quelles sont les règles substantielles applicables*.

La coordination des systèmes est ainsi assurée grâce à la prévalence accordée au point de vue de l'un des deux ordres juridiques concernés, que l'autre accepte d'adopter en écartant corrélativement entièrement celui qu'il retient. Elle semble ainsi reposer sur l'idée qu'il existerait une hiérarchie entre les compétences des deux ordres juridiques concernés<sup>3064</sup> et que l'un d'entre eux serait *prépondérant* pour faire valoir ses vues quant à la manière de trancher un litige sur le fond dans une matière ou dans une hypothèse déterminée.

**869.** Or, dans ce cadre, la hiérarchisation envisagée n'intègre pas seulement des considérations relatives au droit substantiel mais prend également en compte l'aspect juridictionnel de la compétence des ordres juridiques concernés. Ce lien de la théorie avec les règles de conflits de juridictions a été assez généralement admis par la doctrine à la suite de Dicey<sup>3065</sup> et a conduit les auteurs<sup>3066</sup> à considérer cette théorie comme un mécanisme fondé sur une évaluation de la force des rattachements de compétence juridictionnelle étatique. La justification de l'adoption du point de vue d'un ordre juridique étranger découlerait de la *faiblesse* de la compétence juridictionnelle du for, qui serait, dans l'hypothèse considérée,

<sup>3061</sup> Cheshire and North, *Private International Law*, 13<sup>e</sup> éd., par P. M. North et J.-J. Fawcett, Londres, Butterworth, 1999, p. 55.

<sup>3062</sup> Le procédé conduit à ce que le juge du for, dont les règles de conflit de lois ont désigné une loi étrangère applicable, prenne en compte le point de vue que retient l'ordre juridique auquel cette disposition appartient, dans le but, simplement, de vérifier s'il considère bien lui-même celle-ci applicable. Le renvoi de compétence législative apparaît ainsi comme un mécanisme de coordination fondé sur une prise en compte, par le juge saisi, du refus de s'appliquer du système que sa règle de conflit de lois désigne, et a vocation à assurer la résolution des *conflits de systèmes négatifs*, où aucun des ordres juridiques concernés n'accepte sa compétence législative et reconnaît au contraire celle d'un autre.

<sup>3063</sup> V. en ce sens, P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 1 et s., n° 350, p. 354.

<sup>3064</sup> V. en ce sens, V. Moissinac-Massénat, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2007, n° 330, p. 228.

<sup>3065</sup> V. Dicey and Morris, *ouvrage préc.*, 5<sup>e</sup> éd., appendice 1, p. 862 et s., spéc., p. 869.

<sup>3066</sup> V. en ce sens, Ph. Francescakis, *thèse préc.*, n° 106 et s., p. 105 et s. ; V. Moissinac Massénat, *thèse préc.*, n° 327 et s. ; G. A. L. Droz, *Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé*, RCADI 1991, t. 229, p. 9 et s., n° 380 et s. ; P. Lagarde, *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986, t. 196, p. 9 et s., n° 162 et s., qui envisage le mécanisme comme « un correctif indirect apporté aux règles de compétence juridictionnelle, et inspiré par le principe de proximité » (n° 163) ; V. *contra*, en revanche, P. Mayer, *cours préc.*, n° 323 et s., qui considère que la théorie interviendrait sur le seul plan des conflits de lois. La prise en compte du raisonnement du juge étranger, dans ce cadre, ne serait justifiée, selon l'auteur, que parce que ce raisonnement serait « la loi » de ce pays étranger, alors que le comportement et la compétence de celui-ci ne seraient pas pris en compte en tant que tels.

« purement subsidiaire ou auxiliaire »<sup>3067</sup>. Ce faisant, le procédé apparaît comme un instrument de résolution des conflits de systèmes, fondé sur le *principe de proximité* et la détermination d'un for *prépondérant*, mis en œuvre par des juridictions étatiques présentant un *rattachement faible* avec le litige.

**870.** Ainsi, le procédé repose sur le présupposé de l'existence d'un lien entre les compétences juridictionnelle et législative, en déduisant de la supériorité de *la compétence des juridictions d'un ordre juridique étranger*, sa vocation *plus forte* à faire valoir ses solutions sur le fond du litige. Il consacre un transfert de compétence législative pour assurer que la résolution du litige sera réalisée de la même manière que si ses juridictions avaient été directement saisies, et conduit à supprimer les conséquences du lien présumé entre la saisine des juridictions étatiques et la manière dont est tranché un différend.

Ce faisant, il supprime l'intérêt du *forum shopping* qui pourrait être recherché par les parties, sous l'angle de ses conséquences substantielles, et assure le respect du point de vue concret d'un ordre juridique déterminé, considéré comme *globalement prépondérant*, pour la résolution d'un différend, quels que soient les tribunaux étatiques qui auraient à en connaître.

**871.** À cet égard, la dépendance absolue qu'il consacre entre la désignation de l'ordre juridique *prépondérant* et la solution à laquelle conduit la règle de conflit de lois du for<sup>3068</sup> a été assez largement critiquée par les auteurs<sup>3069</sup>, notamment parce qu'elle a pour conséquence de faire dépendre la détermination de l'ordre juridique dont le point de vue *concret* doit être adopté d'une règle non affectée à cet objectif<sup>3070</sup>. En effet, la désignation de l'ordre juridique étranger apparaît ici réalisée de manière purement abstraite, et indépendamment de toute prise en compte du point de vue que celui-ci retient concrètement.

---

<sup>3067</sup> V. Ph. Francescakis, *thèse préc.*, n° 53 et n° 106, qui considère que « l'idée de copier la solution étrangère serait une pure absurdité (...), si elle ne procédait pas de cette autre idée que seul le tribunal étranger est en principe compétent et la compétence anglaise n'est que subsidiaire ».

<sup>3068</sup> V. à cet égard, particulièrement explicite quant au recours à ce mode de désignation, CA Ontario, *Schwebel v. Ungar*, 4 novembre 1963, RCDIP 1963, p. 321, note W. Wengler, et V. sur cet arrêt V. Moissinac Masséna, *thèse préc.*, n° 331 et s., p. 229-231. Le juge canadien, s'interrogeant sur la question de l'état d'une ressortissante hongroise domiciliée en Israël lors de son second mariage au Canada, a fait application de la loi israélienne, loi de son domicile désignée par la règle de conflit de lois de l'Ontario, et a déduit de cette règle l'ordre juridique dont le raisonnement devrait corrélativement être adopté pour trancher la question. La règle de conflit de lois canadienne était dès lors consacrée en règle de désignation de l'ordre juridique prépondérant - en l'espèce, Israël -, dont il adopta le point de vue concret.

<sup>3069</sup> V. en particulier, sur cette critique, P. Mayer, *cours préc.*, n° 324, p. 332 et s. ; P. Lagarde, *cours préc.*, n° 164 et s. ; E. Pataut, *thèse préc.*, n° 406.

<sup>3070</sup> À cet égard, il est généralement avancé que la règle de conflit de lois du for se voit conférer un rôle qui n'est en principe pas le sien, et sert à répartir la compétence entre les ordres juridiques au regard d'un critère qui sera la plupart du temps inapproprié. V. sur ces critiques, not., P. Mayer, *cours préc.*, n° 117 et n° 251-252, qui déclare que « le critère qui a été jugé apte à identifier le milieu de vie dans lequel une relation s'est inscrite n'a aucune raison d'être jugé également apte à identifier l'ordre juridique dont on adoptera le point de vue concret ». V. également, P. Lagarde, *cours préc.*, p. 164 et les références citées, note 448 ; E. Pataut, *thèse préc.*, n° 183.

Une telle solution semble alors conduire à ce que « la théorie [...] bascule tout entière dans les conflits de lois et [perde] son caractère concret en soumettant la solution du conflit de systèmes à l'ordre juridique désigné abstraitement par la règle de conflit du for »<sup>3071</sup>. Fondé en théorie sur une prise en compte du point de vue *concret* d'un ordre juridique étranger, le mécanisme manquerait alors finalement à la réalisation de cet objectif en fondant la désignation de celui-ci sur le seul point de vue du for. Cette défaillance de la théorie a conduit certains auteurs à envisager un autre mécanisme, fondé sur l'idée d'une dissociation entre le for de raisonnement et le for de jugement.

## 2- Procédé fondé sur la dissociation du for de raisonnement et du for de jugement

**872.** Pour contourner les insuffisances de la *foreign court theory*, liées au mode de désignation de l'ordre juridique prépondérant, G. A. L. Droz<sup>3072</sup> a proposé une méthode assez similaire de coordination des systèmes, reposant sur une distinction entre le for de jugement et le for de raisonnement<sup>3073</sup>. S'appuyant sur l'idée semblable qu'un ordre juridique étranger serait *globalement prépondérant*, elle revêt néanmoins un caractère plus objectif et apparaît explicitement rattachée aux conflits de juridictions.

Le mécanisme proposé conduit à ce que le juge saisi, qui est le *for de jugement*, adopte le point de vue retenu par un ordre juridique étranger, qui est le *for de raisonnement*, en tranchant le litige conformément à la solution qu'il aurait retenue si les juridictions de ce dernier avaient été saisies. Le système conduit ainsi, comme la théorie dont il est le prolongement, à une substitution du point de vue substantiel d'un État étranger à celui du for, qui met en œuvre les règles conflictuelles et matérielles de cet État conformément à ses conceptions, et écarte corrélativement les solutions prescrites dans son ordre juridique. Le juge du for devrait statuer « en quelque sorte comme s'il était le délégué, le représentant éloigné [de l'ordre juridique étranger], jugeant aussi exactement que possible comme aurait jugé ce for plus approprié, encore appelé for de référence, et notamment, en appliquant la règle de conflit de lois que ce for étranger aurait appliquée »<sup>3074</sup>.

---

<sup>3071</sup> P. Lagarde, *cours préc.*, n° 164, p. 161.

<sup>3072</sup> G. A. L. Droz, *cours préc.*, p. 351 et s. et du même auteur, « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », TCFDIP 1993-1995, p. 97 et s., spéc., p. 108.

<sup>3073</sup> V. également, sur cette théorie, not., E. Pataut, *thèse préc.*, n° 191 et s.

<sup>3074</sup> P. Lagarde, *cours préc.*, n° 160.



**873.** Une telle solution repose sur l'idée que le juge du for devrait accepter d'adopter le point de vue substantiel d'un ordre juridique étranger parce que, n'ayant qu'une compétence juridictionnelle *subsidaire*, il devrait se sentir « mal dans son fauteuil » et « emprunter le fauteuil du juge [...] normalement appelé à se prononcer »<sup>3075</sup>. Le mécanisme conduit donc, au stade de la résolution du différend, à supprimer le lien existant entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative d'un ordre juridique, tout en partant initialement du postulat de son existence.

Or, contrairement à la *foreign court theory*, la hiérarchisation des compétences juridictionnelles à laquelle il procède repose ici directement et explicitement sur une analyse de la *force respective* de leurs rattachements<sup>3076</sup>. La prépondérance reconnue à un ordre juridique étranger et, corrélativement, l'adoption par le for de son point de vue, ne dépendent pas du résultat auquel conduit la règle de conflit de lois de ce dernier mais de considérations propres à la compétence juridictionnelle en tant que telle. « La référence faite par le for à l'ordre juridique étranger n'est pas due à un mécanisme abstrait déclenché par le rattachement à la loi applicable mais se justifie par une priorité qui découle non pas de la règle de conflit de lois mais de la règle de conflit de juridictions et donc d'une localisation concrète du rapport juridique. »<sup>3077</sup>

**874.** Bien que possédant une forte parenté avec la *foreign court theory*, cette méthode de coordination des systèmes procède néanmoins d'un raisonnement différent. Alors, en effet, que la compétence juridictionnelle de l'ordre juridique étranger était déduite, dans cette théorie, de la compétence législative qui lui était préalablement reconnue, la prépondérance *globale* de celui-ci est ici établie de manière autonome et envisagée comme un préalable à l'adoption de son point de vue. Le lien reconnu entre les deux compétences apparaît dès lors envisagé dans le sens de l'influence de la compétence juridictionnelle sur la compétence législative.

La méthode prend la forme d'un *correctif* apporté aux règles de compétence juridictionnelle qui seraient inadaptées, à l'aune du critère de proximité<sup>3078</sup>. Elle permet de remédier aux difficultés liées à l'immixtion, dans un litige, d'un ordre juridique n'ayant pas de liens significatifs avec la situation, grâce à l'adoption du raisonnement d'un autre, dont la compétence juridictionnelle paraît au contraire plus appropriée. Elle consacre « une utilisation

---

<sup>3075</sup> G. A. L. Droz, *cours préc.*, n° 381.

<sup>3076</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 407.

<sup>3077</sup> G. A. L. Droz, *cours préc.*, n° 381.

<sup>3078</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 192.

au niveau du raisonnement et non plus au niveau du jugement de la théorie du *forum non conveniens* »<sup>3079</sup>, en ce sens que, fondée sur les mêmes considérations, elle n'induit pas un dessaisissement du juge du for mais le contraint à adopter le point de vue de l'ordre juridique dont les juridictions apparaîtraient *more conveniens*.

Fondée sur une analyse de la proximité de la situation juridique avec chacun des ordres juridiques concernés, la méthode pourrait alors trouver une application générale, pour assurer la coordination des systèmes dans différentes matières<sup>3080</sup>, et régler les difficultés induites par la faiblesse du chef de compétence des juridictions du for ou de son intensité<sup>3081</sup>.

Elle a, en particulier, été envisagée comme une méthode de résolution des conflits de systèmes dans le temps<sup>3082</sup>, afin d'assurer la continuité des situations créées dans un for étranger à un moment où il n'existait aucun contact avec le for actuellement saisi<sup>3083</sup>. Une telle solution semble en effet avoir été consacrée à travers « la théorie des droits acquis »<sup>3084</sup>, pour permettre une mise en retrait de la règle de conflit de lois du for au profit d'une application de celle de l'ordre juridique dans lequel la situation a été antérieurement créée.

Elle a fait l'objet de consécutions jurisprudentielles, notamment en droit français, dans les affaires *Machet*<sup>3085</sup> et *Banque Ottomane*<sup>3086</sup>, pour éviter que la saisine des juridictions du for remette en question la validité d'une situation valablement constituée à l'étranger. Il en fut ainsi dès lors que leur compétence, du fait de l'absence de point de contact entre la situation juridique et l'ordre juridique du for au moment de sa création, présentait une faible

---

<sup>3079</sup> G. A. L. Droz, *cours préc.*, p. 358.

<sup>3080</sup> Il en serait ainsi, not., en matière d'obligations contractuelles ou extracontractuelles. V. G. A. L. Droz, *cours préc.*, n° 391 et s.

<sup>3081</sup> À cet égard, Monsieur Droz pense déceler un exemple de consécution de cette méthode dans l'art. 91 de la loi suisse de DIP de 1988. Il prévoit en effet que « la succession d'une personne qui a eu son dernier domicile à l'étranger est régie par le droit que désignent les règles de droit international privé de l'État dans lequel le défunt a été domicilié ». Cette disposition semblerait ainsi consacrer la « supériorité » du juge du lieu du dernier domicile du défunt par rapport à la compétence des juridictions suisses, fondée, au titre de l'art. 87 de la même loi, sur le critère de la nationalité, qui ne serait que subsidiaire. Une telle prépondérance de ce chef de compétence semble d'ailleurs expressément consacrée dans l'art. 86 de la Loi fédérale, qui en fait une compétence de principe. V. sur cette solution, not., A. E. Von Overbeck, « Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse de droit international privé », RCDIP 1988, p. 237 et s ; V. Moissinac-Massénat, *thèse préc.*, n° 336 ; G.A.L. Droz, *cours préc.*, n° 384 et E. Pataut, *thèse préc.*, n° 409-410.

<sup>3082</sup> V. not. sur ces conflits, B. Ancel, Rép. dr. int. Dalloz, V° *Conflits de lois dans le temps*, n° 89 et s. ; Ph. Francescakis, *thèse préc.*, n° 199 et s.

<sup>3083</sup> V. G. A. L. Droz, *cours préc.*, n° 396.

<sup>3084</sup> V. not., sur cette théorie, Ph. Francescakis, *op. cit.* ; V. Moissinac Massénat, *thèse préc.*, n° 355 et s.

<sup>3085</sup> CA Rabat, 24 octobre 1950, *Machet*, RCDIP 1952, p. 89, note Ph. Francescakis ; Clunet 1951, p. 898, note B. Goldman, GA, n° 23. La constitution antérieure du régime matrimonial des époux dans le for français a poussé la Cour de Rabat à faire application non pas de sa propre règle de conflit de lois mais de celle de l'ordre juridique français, où les époux s'étaient mariés et avaient vécu quelques années avant de partir s'installer au Maroc. V. critiquant cette solution, Ph. Francescakis, *note préc.*, p. 93.

<sup>3086</sup> CA Paris, *Banque Ottomane*, 19 mars 1965, RCDIP 1967, p. 85, note P. Lagarde, Clunet 1966, p. 118, note B. Goldman. La Cour d'appel avait écarté l'application du droit français et mis en œuvre les solutions du droit turc en relevant, à propos d'une demande d'annulation de résolutions votées par les actionnaires d'une société constituée selon le droit turc ayant son siège social à Londres, que « le droit international privé de chaque pays n'a pouvoir de se prononcer que sur les situations juridiques qui ont affecté sa sphère d'intérêts ». Elle en déduisait, corrélativement, que le système de conflit du for n'avait pas à intervenir à l'égard de situations qui s'étaient établies à l'étranger, s'y étaient développées et y avaient épuisé leurs effets, et alors que celles-ci ne présentaient aucune attache avec le for.

intensité, ou en tout cas une intensité moins forte que celle des juridictions de l'ordre juridique étranger où la situation avait été créée<sup>3087</sup>.

Au-delà, la méthode aurait pour but, selon l'auteur, de résoudre, à titre général, les difficultés engendrées par l'utilisation frauduleuse de règles de compétence juridictionnelle considérées comme *abusives* ou *exorbitantes*<sup>3088</sup>, du fait des conséquences qu'elles engendreraient sur le plan substantiel<sup>3089</sup>. Elle permettrait ainsi de priver les fors *exorbitants* de leur influence sur la détermination de la loi applicable au litige, en supprimant l'impact de leur saisine sur la manière de résoudre le différend, et éviterait l'application d'un droit auquel les parties ne pouvaient ou ne devaient pas raisonnablement s'attendre.

## **B) Utilité des mécanismes envisagés**

**875.** Conduisant à un transfert de compétence législative du for vers un ordre juridique étranger prépondérant, les mécanismes de coordination envisagés pourraient servir à assurer le respect des lois de police étrangères devant l'autorité juridictionnelle saisie (1). Leur utilisation sous cet angle, néanmoins, impliquerait, en parallèle, un perfectionnement du mode de désignation de l'ordre juridique étranger dont le point de vue substantiel serait pris en compte, et son adaptation pour assurer la réalisation de l'objectif poursuivi (2).

### 1- Respect des lois de police étrangères

**876.** En conduisant le for à adopter le point de vue qu'un ordre juridique étranger retiendrait quant à la manière de résoudre un litige sur le fond, les mécanismes de coordination des systèmes proposés pourraient permettre d'assurer le respect effectif des lois de police étrangères devant une autorité juridictionnelle qui serait saisie.

Ils assurent, en effet, non seulement une prise en compte des solutions que retient cet ordre juridique quant aux dispositions substantielles qui sont applicables, mais également une mise en œuvre de ces dispositions, identique à celle qu'auraient retenue ses juridictions si elles avaient été directement saisies. Ce faisant, ils devraient conduire non pas seulement à ce que le for fasse application des lois de police étrangères, comme il appliquerait n'importe quelle disposition, en mettant en œuvre son propre raisonnement, mais assimile purement et simplement le point de vue de l'ordre juridique étranger, en se plaçant dans la peau de ses

<sup>3087</sup> Ph. Francescakis, *thèse préc.*, n° 199.

<sup>3088</sup> G. A. L. Droz, *cours préc.*, n° 386-393.

<sup>3089</sup> Le mécanisme permettrait ainsi « d'assainir les situations provoquées par la création abusive voire artificielle de compétence judiciaire ou l'utilisation de chefs de compétence exorbitants », V. G. A. L. Droz, *cours préc.*, n° 386, et n° 393.

juridictions. S'agissant des lois de police, une telle méthode de coordination devrait ainsi permettre d'assurer le respect de la revendication de compétence législative que l'ordre juridique étranger se reconnaît, mais également le respect des attentes de celui-ci sur la manière de les mettre en œuvre et le résultat concret à consacrer pour la résolution du différend concerné. Elle apparaît ainsi comme un instrument permettant d'assurer la réalisation des buts et des objectifs de cette disposition et, plus largement, de la politique législative poursuivie par l'ordre juridique étranger concerné.

**877.** Les deux méthodes proposées apparaissent dès lors comme des moyens d'assurer de manière satisfaisante la coordination des systèmes en l'absence de revendication de compétence juridictionnelle de la part de l'ordre juridique étranger.

Elles permettraient de tenir compte de la liaison existant, par principe, entre la juridiction saisie et la mise en œuvre des lois de police. Elles fonderaient une prise en compte de la position incommode des juridictions du for à faire application de ces dispositions, et de la volonté du système étranger, même non clairement exprimée, à voir ses lois de police appliquées conformément à ses attentes. Elles répondraient ainsi à la *confiance* qu'il aurait éprouvée envers les juridictions étrangères, quant au respect de ses lois de police les plus fondamentales, et refléteraient un esprit de coopération poussée de la part de l'ordre juridique du for. Une telle solution éviterait, en effet, la perte d'impérativité, inévitable, que ces dispositions subissent, normalement, du fait d'une expatriation du contentieux dans un for étranger<sup>3090</sup>, en supprimant, au cas concret, les conséquences produites par cette corrélation. La mise en œuvre de ces procédés pourrait ainsi assurer l'application uniforme de toutes les lois de police étatiques et conformément aux objectifs et aux buts qu'elles poursuivent, indépendamment de l'autorité juridictionnelle qui les mettrait en œuvre.

Corrélativement, elle permettrait de sanctionner le *forum shopping* des parties qui auraient pu vouloir contourner leur application en saisissant un for étranger, en assurant une continuité des solutions étrangères dans le for, dissuadant les parties de chercher à s'y soustraire<sup>3091</sup>. D'ailleurs, l'efficacité du procédé, fondé sur la dissociation du for de raisonnement et du for de jugement, a été expressément reconnue par certains auteurs, pour

---

<sup>3090</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 62 et s.

<sup>3091</sup> V. mettant en avant cet objectif de dissuasion dans la mise en œuvre de la méthode à l'encontre des chefs de compétence exorbitants, G. A. L. Droz, *cours préc.*, n° 393, qui déclare qu'« un tel effet serait atteint si le demandeur qui utilise un chef exorbitant pour sa commodité pouvait s'attendre à ce que le for de jugement raisonne comme le ferait le juge du domicile du défendeur, qui aurait été normalement compétent si la compétence exorbitante n'avait pas été utilisée ».

lutter contre le *forum shopping abusif*, en particulier à travers la consécration de clauses attributives de juridiction<sup>3092</sup>.

**878.** En revanche, dans l'hypothèse où l'ordre juridique étranger aurait consacré une compétence juridictionnelle exclusive de ses juridictions, corrélée à l'application d'une loi de police, une telle méthode de coordination des systèmes pourrait apparaître comme un moyen alternatif de résolution du conflit de systèmes, en n'assurant que *partiellement* le respect du point de vue de l'ordre juridique étranger prépondérant.

Tout en déduisant la nécessité de faire respecter le point de vue qu'un ordre juridique retient, sur le plan substantiel, de la constatation du caractère *prioritaire* de sa compétence juridictionnelle, elle ne permet en effet, du point de vue de l'ordre juridique étranger considéré, que de rétablir *fictivement* le lien existant entre ces deux compétences, sans assurer le respect de sa « prépondérance strictement juridictionnelle »<sup>3093</sup>.

Sans *rétablir* la liaison des compétences revendiquée par cet ordre juridique, elle assurerait néanmoins le respect des objectifs dont elle vise à garantir la réalisation, grâce à la mise en œuvre effective et satisfaisante de ses lois de police. Elle pourrait ainsi apparaître, du point de vue du for, comme l'expression d'une coopération mesurée et restreinte à la protection des intérêts étatiques étrangers. Tout en refusant d'abandonner la maîtrise de la résolution du contentieux, le for admettrait d'apporter sa contribution à la réalisation de la politique législative poursuivie par l'ordre juridique étranger<sup>3094</sup>, et tiendrait compte des craintes de celui-ci de voir ses dispositions d'ordre public mal appliquées ou ignorées.

Cette protection, absolue ou relative, des intérêts étrangers, néanmoins, ne pourra être assurée par le biais de ces mécanismes que dans la mesure où ils feraient l'objet d'adaptations.

## 2- Adaptations nécessaires

**879.** L'exploitation de la méthode de coordination que consacrent les deux procédés proposés dans l'hypothèse envisagée n'est concevable qu'à condition qu'ils fassent l'objet de certaines adaptations. Celles-ci apparaissent imposées à la fois à *titre général*, pour permettre

---

<sup>3092</sup> V. not. H. Gaudemet-Tallon, *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965, n° 362, et sur la solution proposée par cet auteur, Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence, Étude de droit international privé*, Thèse Paris II, 1981, n° 474 et s. V. également, proposant une telle solution pour sanctionner, de manière générale, les choix de for abusifs, E. Cornut, *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006, n° 814 et s.

<sup>3093</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 414. Et mettant en avant, pour cette raison, l'insuffisance de la méthode de dissociation du for de raisonnement et du for du jugement pour le cas des actions réelles immobilières, n° 413.

<sup>3094</sup> V. sur cette manière « intermédiaire » d'assurer la coordination des systèmes, *supra*, n° 616 et s.

leur utilisation satisfaisante pour la résolution du conflit de systèmes, et plus spécifiquement pour répondre à l'objectif de protection des impérativités étrangères poursuivi.

À cet égard, les obstacles auxquels est confrontée la méthode de coordination, fondée sur un effacement du système de conflit de lois du for, ont trait principalement à la détermination de l'ordre juridique étranger prépondérant.

**880.** Les critiques généralement invoquées à l'encontre des mécanismes proposés portent sur leur absence de précision<sup>3095</sup> quant à la détermination de l'ordre juridique étranger qui apparaîtrait « principalement compétent »<sup>3096</sup>, et de leur confrontation au caractère introuvable d'un « juge naturel »<sup>3097</sup>.

Il est également avancé que la solution consistant à faire dépendre la désignation de cet ordre juridique d'une règle ou d'une appréciation du for serait contestable, et que l'on ne verrait pas à quel titre le for saisi, par hypothèse inapproprié, aurait vocation à se prononcer sur l'identité du for étranger prépondérant<sup>3098</sup>. Ainsi, A. Bucher a pu relever que « dès lors que le for de jugement ne doit pas déterminer la loi applicable à une situation sans lien significatif avec le for, il ne paraît pas judicieux qu'il le fasse de manière indirecte, par la désignation du for de raisonnement »<sup>3099</sup>. Les critiques formulées sont alors celles qui sont avancées, de manière générale, à l'encontre des théories qui proposent de résoudre le conflit de systèmes en application de règles de répartition des compétences entre les ordres juridiques d'origine nationale. Susceptible de conduire à des résultats différents en fonction du juge saisi, une telle solution conduit à créer un conflit à la « seconde puissance » entre ces règles de répartition, et imposerait d'établir des règles de règles de conflit « à la troisième puissance et ainsi de suite »<sup>3100</sup>, pour assurer l'harmonie internationale des solutions.

À cela s'ajoute également, s'agissant de la théorie du *foreign court*, que le mode de désignation utilisé, faisant de la règle de conflit de lois du for le vecteur de la détermination de l'ordre juridique globalement prépondérant, fait dépendre celle-ci des seules conceptions du for et ignore le point de vue que retient concrètement cet ordre juridique.

---

<sup>3095</sup> À cet égard, G. A. L. Droz, prenant en compte cette difficulté, propose, dans le cadre de la méthode de dissociation du for de raisonnement et du for de jugement, de s'en remettre, dans les hypothèses de compétence *exorbitante*, au critère du for du domicile du défendeur. V. *cours préc.*, p. 108.

<sup>3096</sup> G. A. L. Droz, *cours préc.*, p. 365. V. également, sur ces critiques, en particulier, P. Lagarde, *cours préc.*, n° 165.

<sup>3097</sup> V. sur ces difficultés, H. Gaudemet-Tallon, « L'introuvable "juge naturel" », in *Nonagesimo anno, Mélanges J. Gaudemet*, PUF, 1999, p. 591 et s.

<sup>3098</sup> V. en ce sens, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 596.

<sup>3099</sup> V. A. Bucher, *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, RCADI 1993, t. 239, p. 9 et s., p. 50.

<sup>3100</sup> V. not. en ce sens, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 596.

**881.** Pour ces raisons, l'utilisation d'une telle méthode de coordination des systèmes appellerait alors la consécration d'une méthode de détermination objective de l'ordre juridique prépondérant et l'établissement de *super-normes*, susceptibles de départager les règles de conflit de « première ligne »<sup>3101</sup>. Celles-ci devraient être détachées des conceptions nationales et fondées sur une prise en compte du point de vue concret de l'ordre juridique étranger concerné, pour assurer une identité des solutions susceptibles d'être consacrées quelle que soit l'autorité juridictionnelle saisie<sup>3102</sup>, et éviter le cercle vicieux<sup>3103</sup> ou les impasses auxquelles pourrait conduire la mise en œuvre des procédés envisagés.

S'agissant d'assurer le respect de la prépondérance de l'ordre juridique étranger dont les impérativités seraient mises en cause, ces règles de répartition des compétences entre les ordres juridiques devraient être adaptées pour prendre en compte les intérêts étatiques mis en cause, et conduire le for à faire prévaloir le point de vue de l'ordre juridique dont les vraies lois de police seraient applicables.

**882.** L'utilisation du procédé pour assurer la réalisation d'un tel objectif apparaît tout à fait envisageable. Elle semblerait, en effet, compatible à la fois avec le caractère exceptionnel que sa mise en œuvre doit présenter<sup>3104</sup> et avec les considérations qui permettent de justifier la « capitulation » du système de conflit de lois de l'ordre juridique du for<sup>3105</sup> dans le cadre des deux théories proposées.

Fondés sur la hiérarchisation des compétences des ordres juridiques concernés au regard de leur *proximité* avec le litige, les procédés proposés devraient, en effet, pouvoir être adaptés sans dénaturation, dès lors que le critère de rattachement utilisé par la loi de police devrait assurer l'existence d'un lien étroit entre le litige et l'ordre juridique prépondérant<sup>3106</sup>. Les matières dans lesquelles ces procédés ont pu être mis en œuvre apparaissent d'ailleurs, dans leur globalité, comme celles dans lesquelles la liaison établie, à *titre général*, entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative, semble être justifiée sous l'angle de l'influence exercée par la législation d'ordre public applicable<sup>3107</sup>.

---

<sup>3101</sup> V. en ce sens, A. Nuyts, *thèse préc.*, n° 596.

<sup>3102</sup> V. sur cette critique formulée à l'encontre de la *foreign court theory*, P. Lagarde, *cours préc.*, n° 163 ; G. A. L. Droz, *cours préc.*, p. 352.

<sup>3103</sup> V. not., formulant cette critique, P. Mayer, *cours préc.*, n° 324, qui a pu avancer que le système conduirait à un blocage s'il était mis conjointement en œuvre par l'ordre juridique du for et par l'ordre juridique étranger, dès lors que les deux ordres juridiques se « renverraient la balle ».

<sup>3104</sup> V. sur cette nécessité, P. Lagarde, *cours préc.*, n° 163.

<sup>3105</sup> *Ibid.*

<sup>3106</sup> V. sur le lien existant entre ces deux considérations, *supra*, n° 581 et s.

<sup>3107</sup> V. les différentes matières dans lesquelles G. A. L. Droz envisage une utilisation de la méthode de dissociation entre le for de raisonnement et le for de jugement, *cours préc.*, n° 382 et s.

## **II- Méthode de référence à l'ordre juridique compétent**

**883.** Alors que les procédés consacrés en droit positif n'ont vocation à assurer la coordination des systèmes qu'à l'un des stades de la procédure, pour résoudre ponctuellement les conflits de systèmes susceptibles d'y être consacrés, la méthode de référence à l'ordre juridique compétent, proposée par P. Picone, apparaît comme une méthode de « plus vaste envergure »<sup>3108</sup>. Elle est susceptible d'apporter une solution *générale* et autonome au conflit de systèmes à tous les stades du contentieux. Elle pourrait être exploitée pour assurer la coordination des ordres juridiques recherchée (A), et doit, pour cette raison, être analysée au regard de son utilisation pratique pour assurer la résolution du conflit de systèmes envisagé (B).

### **A) Utilité possible de la méthode**

**884.** L'utilité de la méthode pour assurer le respect de la compétence de l'ordre juridique d'origine des lois de police peut être déduite à la fois au regard de ses fondements (1) et des conséquences de sa mise en œuvre (2).

#### **1- Compatibilité des fondements de la méthode**

**885.** La compatibilité des fondements de la méthode avec la réalisation de la coordination des systèmes recherchée résulte de la conception globale des conflits de systèmes sur laquelle elle repose (a) et de l'approche systématique qui est retenue pour assurer leur résolution (b). Au-delà, la méthode apparaît également susceptible de reposer sur une prise en compte des intérêts étatiques mis en cause (c).

##### **a) Conception globale des conflits de systèmes**

**886.** P. Picone envisage l'harmonie internationale des solutions comme un principe permettant d'assurer la circulation concrète ou le déroulement effectif d'une situation juridique, qui existe déjà ou qu'il s'agit de créer, dans tous les pays avec lesquels elle présente des éléments de rattachement<sup>3109</sup>. Partant de la considération que les situations ayant une dimension internationale ont fréquemment vocation à « circuler » dans plusieurs ordres

<sup>3108</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 415, p. 281.

<sup>3109</sup> V. sur l'analyse d'ensemble de cette méthode, P. Picone, *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI 1986, t. 197, p. 229 et s., n° 11, p. 270.



juridiques, l'auteur propose une méthode de coordination visant à éviter qu'elles soient « admises à produire leurs effets seulement dans l'ordre du for et pas dans les autres, ou *vice versa* »<sup>3110</sup>. La coordination des systèmes repose alors sur une évaluation des « possibilités et directions futures de déroulement et/ou de circulation d'une situation juridique déterminée, à l'intérieur d'un ou plusieurs ordres juridiques, de façon à tenir compte, dès le début, des conflits entre les lois de différents États, mais aussi du conflit potentiel et/ou du concours entre les ordres juridiques en cause »<sup>3111</sup>.

**887.** Dans ce cadre, l'auteur adopte une vision *globale* du conflit de systèmes. Il est considéré comme opposant les systèmes juridiques, non seulement en raison de leur divergence de points de vue substantiel ou juridictionnel, mais comme un conflit intervenant à un niveau supérieur, opposant directement les *ordres juridiques*, pris comme *objets* de la coordination recherchée. Ceux-ci sont envisagés dans leur ensemble<sup>3112</sup>, comme des « systèmes normatifs unitaires et globaux »<sup>3113</sup>, sous l'angle de toutes leurs techniques de droit international privé. Ces techniques sont prises en compte de manière conjointe, sur le plan des conflits de lois et des conflits de juridictions et au regard des règles applicables au stade du contentieux de l'*exequatur*<sup>3114</sup>. Chaque ordre juridique apparaît ainsi considéré conjointement dans son point de vue abstrait, eu égard à son « corps de règles à proposer »<sup>3115</sup> qui seraient potentiellement applicables à une situation juridique donnée, et sous l'angle des « évaluations qu'il peut tirer des lois étrangères auxquelles il renvoie et qu'il fait valoir sur le plan concret »<sup>3116</sup>.

Le conflit de systèmes est ainsi considéré comme mettant en cause des ensembles de normes et d'organes, susceptibles de proposer une *solution concrète* à l'égard d'une situation juridique déterminée, et doit être résolu grâce à la prise en compte de « l'existence et [de] l'importance du point de vue concret d'un ordre juridique »<sup>3117</sup>.

---

<sup>3110</sup> P. Picone, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé*, RCADI 1999, t. 276, p. 1 et s., p. 123, note 13.

<sup>3111</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1999, p. 25, n° 1.

<sup>3112</sup> L'auteur s'inspire, à cet égard, de la théorie développée par Von Bar, qui envisage le droit international privé comme *un conflit entre ordres juridiques*. V. *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, Hanovre, 1889, p. 77 et s.

<sup>3113</sup> P. Picone, *cours préc.* 1999, p. 120.

<sup>3114</sup> V. Picone, *cours préc.* 1986, n° 11, p. 270.

<sup>3115</sup> P. Mayer, *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 1 et s., n° 248, p. 265.

<sup>3116</sup> P. Picone, *cours préc.* 1999, n° 35, p. 120-121. L'auteur considère, en effet, qu'un ordre juridique opère et se rend efficace « aussi bien lorsque sa source normative (jugement, acte administratif, acte de juridiction gracieuse, etc.) constitutive d'une situation juridique déterminée émane directement de lui-même, même ayant fait application de règles matérielles étrangères, que lorsque ces règles sont à la base de l'existence *ex lege* de situations juridiques étrangères, qu'il est prêt à faire valoir par le biais des mécanismes internes de garantie et de mise en œuvre du droit ». V. également, considérant que l'ordre juridique est pris en compte sous l'angle des solutions « qu'a adopté[es] ou que serait susceptible d'adopter » son juge s'il avait été saisi, P. Mayer, *cours préc.*, n° 249.

<sup>3117</sup> *Ibid.*



**888.** Le conflit de systèmes doit être résolu, selon l'auteur, par la désignation d'un ordre juridique *de référence*, considéré comme ayant une position de *primauté* en ce qui concerne la façon d'être d'une situation juridique et ses possibilités de réalisation et d'exécution concrètes<sup>3118</sup>. Cet ordre juridique est considéré comme un « repère unique de raisonnement »<sup>3119</sup> autour duquel l'harmonisation des points de vue retenus dans les ordres juridiques étrangers doit être réalisée. Aux points de vue multiples et éventuellement incompatibles des ordres juridiques qui pourraient être amenés à se prononcer sur la situation, est ainsi substitué le point de vue concret *unique* de cet ordre juridique dans ses dimensions substantielles et procédurales<sup>3120</sup>, qui s'impose au juge saisi aux stades direct et indirect.

Sa position de *référence* est alors déduite non pas, *a priori*, de la reconnaissance de sa compétence sur les plans à la fois juridictionnel et législatif, mais de l'idée qu'il est l'ordre juridique dont les solutions doivent être respectées sur ces deux points.

**889.** La méthode proposée, fondée par principe sur l'idée qu'il existe une indépendance entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative<sup>3121</sup>, semble donc néanmoins susceptible d'apporter une solution aux conflits de systèmes dans des hypothèses où il existerait une corrélation entre *forum* et *jus* dans l'ordre juridique de référence, et de faire respecter la *compétence globale* qu'il se reconnaît conjointement sur les plans juridictionnel et législatif.

Elle apparaît alors susceptible d'être utilisée pour assurer de manière satisfaisante la coordination des systèmes dans l'hypothèse où, parce qu'un ordre juridique étranger aurait doublé l'applicabilité de ses vraies lois d'une revendication de compétence juridictionnelle exclusive de ses tribunaux, le conflit de systèmes prendrait une dimension supérieure et devrait idéalement être résolu sur le plan des conflits de juridictions<sup>3122</sup> où il serait cristallisé. Cette méthode de coordination pourrait ainsi conduire une autorité juridictionnelle saisie à admettre son *effacement absolu* face à la compétence globale et unitaire de cet ordre juridique, en assurant à la fois le respect de sa revendication de compétence juridictionnelle et la mise en œuvre de ses dispositions substantielles impératives.

Le recours à une telle méthode présenterait, au-delà, un avantage évident en raison de son caractère systématique.

---

<sup>3118</sup> P. Picone, *cours préc.* 1986, p. 265.

<sup>3119</sup> L. d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, 2006, *Economica*, n° 298, p. 417.

<sup>3120</sup> V. critiquant une telle désignation globale d'un ordre juridique de référence, P. Mayer, *cours préc.*, n° 116.

<sup>3121</sup> V. P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 9, p. 264, qui distingue pour cette raison sa théorie et celle retenue par Von Bar.

<sup>3122</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 607 et s.

## b) Méthode systématique de résolution des conflits de systèmes

**890.** En faisant reposer la coordination des systèmes sur l'idée qu'il existerait un ordre juridique à prendre pour *référence*, la méthode proposée par P. Picone consacre corrélativement une méthode *systématique* de coordination des systèmes, fondée sur la reconnaissance de la prépondérance de celui-ci dans une hypothèse particulière. Elle conduit à admettre, *par principe*, sa supériorité par rapport à tout autre, pour faire valoir son point de vue concret sur le traitement à apporter à une situation juridique, et permet d'en faire une « unique boussole »<sup>3123</sup> pour la résolution du différend dans une hypothèse déterminée. Il est considéré comme celui « qui est en mesure, en fait, de faire prévaloir sa compétence sur celle des autres »<sup>3124</sup> et « que le *principe de souveraineté* désigne aisément comme compétent »<sup>3125</sup>.

À cet égard, la méthode procède d'une approche différente de celle habituellement retenue pour la mise en œuvre des mécanismes de coordination, dès lors qu'elle part du *postulat* de la prépondérance absolue d'un ordre juridique déterminé par rapport au for. Elle consacre le passage d'un système de coordination reposant sur des considérations de pure *opportunité, concrètement appréciées par le juge saisi*, à un système reposant davantage sur l'idée de *nécessité*. Elle renforce ainsi la supériorité reconnue à un ordre juridique étranger déterminé, en l'établissant comme une solution *générale et permanente*, devant être automatiquement respectée et susceptible d'être consacrée dans une norme rigide systématiquement applicable.

**891.** Dans la mesure où elle pourrait être retenue et mise en œuvre vis-à-vis d'un ordre juridique dont les vraies lois de police seraient mises en cause, elle pourrait ainsi apparaître particulièrement efficace pour assurer le respect de ses impérativités devant toutes les autorités juridictionnelles étrangères qui seraient saisies.

Il en est ainsi dès lors qu'elle devrait appeler la mise en place d'un mécanisme de coordination *obligatoire*<sup>3126</sup>, s'imposant au juge saisi à la fois quant à sa mise en œuvre et quant à la solution à laquelle il devrait conduire. Elle pourrait donner lieu à la consécration de normes préétablies dans le système juridique du for, intervenant en parallèle des règles de compétence normalement applicables et imposant au juge saisi d'adopter le point de vue de l'ordre juridique étranger dans l'hypothèse indiquée. Les solutions en quelque sorte *initiales*, qui résulteraient du point de vue que retient le for pour l'hypothèse concernée, verraient leur

<sup>3123</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 298.

<sup>3124</sup> Niboyet, *Traité*, T. III, n° 929, p. 232.

<sup>3125</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 417.

<sup>3126</sup> V. sur les caractéristiques d'un tel système, *supra*, n° 653 et s.

mise en œuvre conditionnée par le point de vue retenu par l'ordre juridique de référence ou seraient entièrement écartées pour être reléguées à un rôle seulement *subsidaire*, et n'intervenir que dans l'hypothèse où l'ordre juridique de référence refuserait, au cas concret, de se dire compétent<sup>3127</sup>.

**892.** Le caractère *transversal* et *général* de la supériorité qui lui serait reconnue devrait conduire à l'adoption d'une position unanime de la part des ordres juridiques auxquels le respect du point de vue concret de l'ordre juridique de référence s'imposerait de la même manière et indépendamment de leurs spécificités normatives et des particularismes étatiques.

Pour cette raison, la coordination des systèmes n'apparaîtrait pas fondée sur des règles d'origine nationale *éparses* et *ponctuelles* mais reposerait sur une même solution commune, dégagée à un niveau en quelque sorte *extra-étatique*. Ce faisant, elle pourrait ainsi échapper aux critiques généralement opposées aux mécanismes consacrés en droit positif<sup>3128</sup>, et fonder une coordination harmonieuse et réellement *globale* de tous les ordres juridiques. Une telle généralité de la solution consacrée pourrait même conduire à dispenser de la consécration de règles concrètes et spécifiques dans l'ordre juridique du for et à permettre de déduire sa mise en œuvre d'un *principe général unanimement admis*<sup>3129</sup>.

**893.** D'autre part, l'automatisme et la certitude du résultat obtenu devraient résulter du recentrage de l'analyse du for sur la seule question de savoir si l'ordre juridique étranger est ou n'est pas l'ordre juridique de référence. Cette qualité qui lui est reconnue apparaît comme la justification, à la fois *suffisante* et *exclusive*, de l'adoption de son point de vue concret. La méthode vise, en effet, à déterminer simplement si un ordre juridique étranger apparaît, en lui-

---

<sup>3127</sup> Au stade direct, P. Picone envisage une différence entre les hypothèses où la méthode serait fondée sur des règles de référence à l'ordre juridique compétent à « contenu rigide », et celles où la méthode reposerait sur des règles de référence à contenu « souple », qui consacrerait un système dans lequel le juge du for maintiendrait *a priori* son point de vue et ses propres évaluations, en privilégiant celui de l'ordre juridique de référence au regard des circonstances concrètes. Sans venir entièrement remplacer les règles existantes, le point de vue retenu par l'ordre juridique pris en référence serait alors pris en compte pour conditionner la mise en œuvre des solutions consacrées dans le for. L'auteur cite à cet égard l'exemple de l'article 77 de la LDIP suisse de 1987, qui, concernant l'adoption prononcée en Suisse, désigne en principe la loi suisse applicable mais permet au juge de tenir compte des conditions fixées par la loi étrangère du domicile ou de la nationalité de la personne à adopter ou des parents adoptifs, si cela s'avère nécessaire pour favoriser la reconnaissance de l'adoption dans l'un de ces deux États. V. P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 15, p. 286. Au stade de l'instance indirecte, la disposition sur laquelle serait fondée la mise en œuvre de la méthode devrait, en revanche, nécessairement fonctionner *à la place* du procédé normal de reconnaissance des jugements étrangers, institué dans l'ordre juridique du for. V. *cours préc.*, 1999, n° 16, p. 288 ; n° 19, p. 301.

<sup>3128</sup> V. sur ce caractère des mécanismes de coordination traditionnellement utilisés, H. Gaudemet-Tallon, in *Clés pour le siècle*, Paris, Dalloz 2000, p. 123 et s., spéc., n° 160, p. 142.

<sup>3129</sup> Monsieur Picone envisage d'ailleurs la mise en œuvre des procédés qu'il propose en l'absence même de toute norme qui serait expressément consacrée dans l'ordre juridique du for. V. *cours préc.*, 1999, n° 43 p. 140 et *cours préc.*, 1986, n° 29, p. 344.

même, comme l'ordre juridique de référence, indépendamment de toute analyse conjointe et comparative des solutions qu'il retient avec celles retenues dans l'ordre juridique du for.

Alors que les mécanismes de coordination habituels, en laissant subsister les points de vue divergents des deux ordres juridiques concernés, faisaient dépendre leur alignement d'une comparaison et d'une appréciation d'opportunité réalisée au cas concret par l'autorité saisie<sup>3130</sup>, sa mise en œuvre procède ici d'une logique différente et se fait par *automaticité* en faveur des solutions de l'ordre juridique apparaissant comme celui à prendre en référence.

Fondant, de manière générale, la détermination de cet ordre juridique, sur la constatation de son rattachement *le plus fort* avec la situation juridique, la méthode conduit ainsi à faire prévaloir son point de vue indépendamment de la faiblesse éventuelle ou du caractère injustifié de la compétence du for. Elle repose sur la constatation de la *valeur de la compétence étrangère* considérée *en elle-même*, et non sur une mise en balance des deux compétences pour évaluer la force respective de leur rattachement<sup>3131</sup>.

**894.** Ce caractère automatique de la solution consacrée est également renforcé par l'absence d'incidence que sont susceptibles d'exercer les circonstances particulières propres à chaque espèce. La prévalence de l'ordre juridique étranger désigné apparaît, en effet, établie au stade de la *détermination des règles de compétence*, et doit être admise et respectée telle quelle par l'autorité saisie, qui ne peut en principe apprécier, au cas concret, son opportunité<sup>3132</sup>.

Dans la mesure où l'ordre juridique pris en référence pourrait être celui dont les vraies lois de police seraient mises en cause au fond d'un litige, la méthode pourrait apparaître comme un mécanisme de coordination particulièrement efficace pour assurer le respect de ses impérativités à l'étranger, en consacrant une méthode de coordination systématique et obligatoire dans sa forme la plus rigide<sup>3133</sup>.

---

<sup>3130</sup> V. à cet égard, que l'importance variable qu'est néanmoins susceptible de revêtir cette appréciation selon qu'il s'agirait d'un mécanisme de coordination obligatoire ou facultatif, *supra*, n° 697 et s.

<sup>3131</sup> À cet égard, d'ailleurs, les hypothèses dans lesquelles l'auteur décèle des exemples de consécration de sa méthode ou en envisage l'utilisation, concernent des cas où la compétence des juridictions du for paraissait elle-même tout à fait justifiée. Il en est ainsi, notamment, en matière de statut personnel, où la compétence des juridictions du for, bien que ne reposant pas sur le rattachement de la nationalité, était la plupart du temps fondée sur celui de la résidence habituelle et apparaissait ainsi tout à fait justifiée sous l'angle de la proximité.

<sup>3132</sup> Il en sera ainsi même dans l'hypothèse où le dessaisissement du for serait conditionné à une vérification de la réalité et de l'effectivité de la compétence globale de l'ordre juridique étranger, dès lors que celle-ci ne devrait pas conduire le juge saisi à en apprécier l'opportunité au cas d'espèce, mais simplement à s'assurer qu'elle est effectivement revendiquée.

<sup>3133</sup> V. sur ces différents degrés de « rigidité » envisageable, *supra*, n° 656.

### c) Rattachement possible à un objectif de protection des impérativités étatiques

**895.** Quant aux objectifs poursuivis à travers l'application de la méthode, P. Picone considère qu'elle doit être retenue pour la « réglementation des rapports les plus extérieurs à l'ordre juridique du for »<sup>3134</sup>, dans les hypothèses où la situation juridique concernée présenterait « peu d'attaches » avec l'ordre juridique du for<sup>3135</sup>, alors qu'elle semblerait corrélativement « localisée » ou « apte à se dérouler à titre principal dans le cadre d'un ordre juridique étranger »<sup>3136</sup>.

Sous cet angle, la possibilité d'exploiter la méthode proposée pour asseoir une prise en compte des impérativités étrangères semble pouvoir être déduite de l'analyse des hypothèses dans lesquelles l'auteur avait décelé des exemples de consécration de sa méthode ou envisagé sa mise en œuvre. Destinée à faire l'objet d'une application « potentiellement illimitée »<sup>3137</sup>, elle aurait même, en réalité, vocation à être utilisée à *titre principal* pour assurer le respect de la prépondérance d'un ordre juridique, fondée sur la mise en cause de ses impérativités.

En fait, l'analyse des exemples proposés par l'auteur révèle que l'ordre juridique désigné comme l'ordre juridique de référence est fréquemment celui dont les impérativités sont mises en cause.

**896.** Les domaines dans lesquels elle a été originellement envisagée, en effet, concernaient des hypothèses où il existait un « rattachement de souveraineté »<sup>3138</sup>, conduisant à établir un lien systématique entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative et poussant les États à reconnaître unanimement la compétence globale et absolue d'un ordre juridique déterminé.

Ainsi, en matière de statut personnel, la mise en œuvre de la méthode avait été envisagée pour assurer le respect de la compétence prépondérante de l'ordre juridique de la nationalité des personnes concernées. Il était considéré comme celui dans lequel apparaissaient « localisées » les situations juridiques, et qui devrait, pour cette raison, être pris comme ordre juridique de référence dans tout autre ayant un rattachement proximate avec elles. Envisagée à une époque où l'application de la loi nationale était considérée comme rattachée au *principe de souveraineté*<sup>3139</sup>, la méthode semblait ainsi utilisée dans des

---

<sup>3134</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1999, n° 70, p. 210.

<sup>3135</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 24, p. 322 et s.

<sup>3136</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, p. 325.

<sup>3137</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 28, p. 339.

<sup>3138</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 183, p. 125.

<sup>3139</sup> V. sur cette ancienne conception, retenue en France vis-à-vis de l'article 3 du Code civil, et aujourd'hui dépassée, *supra*, n° 256.

hypothèses où se trouvaient mises en concurrence la compétence globale, unanimement reconnue d'un ordre juridique déterminé, et celle, presque « accidentelle », de l'ordre juridique du for.

Une même solution a également pu être envisagée en matière de droits réels immobiliers<sup>3140</sup>, où le recours à la méthode apparaîtrait « particulièrement adapté »<sup>3141</sup>. La règle de conflit de lois prescrivant l'application de la *lex rei sitae* devrait alors être considérée comme désignant l'ordre juridique du lieu de situation, globalement prépondérant, et devant être pris comme ordre juridique de référence<sup>3142</sup>.

**897.** La répartition des compétences entre les ordres juridiques était ainsi réalisée de manière à la fois « impérative »<sup>3143</sup> et « rigide »<sup>3144</sup>, et reposait sur la règle de conflit de lois du for. Celle-ci était considérée comme une *règle de renvoi unitaire* à l'ordre juridique compétent<sup>3145</sup>, fondant une localisation purement abstraite de la situation juridique, déduite de la *nature* du rapport de droit<sup>3146</sup>.

Sous cette forme, la méthode apparaît donc susceptible d'être utilisée pour assurer le respect de la compétence globale d'un ordre juridique dont les impérativités seraient mises en cause, dans toutes les hypothèses précédemment relevées dans lesquelles existe aujourd'hui une unanimité quant à l'existence d'un *forum legis* et qui sont susceptibles d'être analysées, à notre sens, comme des illustrations d'un phénomène d'attraction des lois de police applicables sur la compétence exclusive des tribunaux de l'ordre juridique dont elles émanent<sup>3147</sup>.

**898.** En dehors de ces hypothèses, l'utilisation plus *globale et générale*<sup>3148</sup> de la méthode sous un angle « proximiste »<sup>3149</sup>, considérée par la suite<sup>3150</sup>, laisse envisager la possibilité de

---

<sup>3140</sup> V. sur les conceptions retenues, encore aujourd'hui, en la matière, *supra*, n° 235 et s.

<sup>3141</sup> P. Picone, *cours préc.* 1999, p. 137.

<sup>3142</sup> V. P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 31, p. 356. V. également, s'agissant des dispositions de l'article 22, des dispositions préliminaires du Code civil italien antérieures à la réforme de 1995, *cours préc.*, 1999, p. 134.

<sup>3143</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 29, p. 342.

<sup>3144</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 31, p. 356.

<sup>3145</sup> L'auteur pensait pouvoir déceler des exemples de consécration d'une telle règle dans certaines législations étatiques. Il voyait ainsi l'article 606 b) n° 1 ZPO allemand et la règle de conflit de lois allemande de l'article 17 EGBGB comme les deux fragments d'une règle unitaire de renvoi à l'ordre juridique compétent, et pensait pouvoir en déduire la règle de conflit selon laquelle « un divorce entre deux époux étrangers peut être prononcé en appliquant la loi de l'État national du mari à condition que le jugement puisse être reconnu dans l'ordre juridique de ce même État ». V. *cours préc.*, 1986, n° 13, p. 281. Une même règle de renvoi à l'ordre juridique de référence avait également été reconnue, concernant la reconnaissance des situations créées à l'étranger, dans l'article 17 des dispositions préliminaires du Code civil italien antérieures à la réforme de 1995, relatif au statut personnel des étrangers, et dans l'article 65 de la loi du 31 mai 1995 issu de la réforme. V. P. Picone, *cours préc.*, 1999, n° 41, p. 133 et 134.

<sup>3146</sup> P. Mayer, *cours préc.*, n° 261, p. 274.

<sup>3147</sup> Sur lesquelles, V. *supra*, n° 423 et s.

<sup>3148</sup> P. Picone, *cours préc.* 1986, n° 29, p. 342.

<sup>3149</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 186.

<sup>3150</sup> V. sur les considérations dont la prise en compte a fondé cette évolution, P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 28 et s.



l'utiliser *également* pour assurer le respect de la compétence globale que se reconnaîtrait *punctuellement* un ordre juridique déterminé du fait de l'application de ses lois de police<sup>3151</sup>.

Envisageant la possibilité de fonder un mode de désignation plus souple de l'ordre juridique de référence, P. Picone considère, en effet, que sa méthode pourrait être utilisée pour satisfaire les exigences les plus variées<sup>3152</sup>, potentiellement liées à des considérations matérielles<sup>3153</sup> et dans des matières diverses, y compris en matière contractuelle<sup>3154</sup>.

Sous cet angle, l'intégration des intérêts étatiques mis en cause dans la détermination de l'ordre juridique prépondérant apparaît tout à fait envisageable, et pourrait conduire à faire de l'ordre juridique dont les vraies lois de police seraient applicables un ordre juridique de référence. Les solutions interprétées par l'auteur comme des illustrations de la mise en œuvre de sa méthode et les domaines dans lesquels il en envisage l'application semblent d'ailleurs correspondre à des hypothèses de *forum legis*, fondées sur l'applicabilité de dispositions de ce type. Il en est ainsi des hypothèses dans lesquelles il considère que sa méthode devrait être appliquée *pour garantir la stabilité de la situation juridique considérée*<sup>3155</sup>, ou encore de celles, souvent envisagées sous l'angle de la théorie de la « *lex causae* »<sup>3156</sup>, dans lesquelles la situation juridique, présentant des contacts *prédominants* avec un ordre juridique étranger, découlerait de l'acte constitutif d'un organe public du for<sup>3157</sup>.

Ainsi compatible, quant à ses fondements, avec la réalisation de la coordination des systèmes recherchée, la méthode de référence à l'ordre juridique compétent semble encore exploitable au regard du résultat concret auquel permet d'aboutir la mise en œuvre des procédés qui en sont déduits.

---

<sup>3151</sup> Son utilisation, néanmoins, serait, même dans cette hypothèse, conditionnée à la reconnaissance unanime de sa prépondérance.

<sup>3152</sup> P. Picone, *cours préc.* 1986, n° 29, p. 344.

<sup>3153</sup> P. Picone, *cours préc.* 1999, n° 43, p. 138.

<sup>3154</sup> P. Picone, *cours préc.* 1999, p. 138.

<sup>3155</sup> La méthode devrait ainsi être utilisée, selon l'auteur, pour la réglementation des conflits internationaux en matière d'adoption, afin de permettre la reconnaissance, dans tous les ordres juridiques étrangers, de l'adoption prononcée dans le for et ainsi d'assurer la réalisation du but social poursuivi par l'institution. V. sur ce point, P. Picone, *cours préc.* 1986, n° 30, p. 348.

<sup>3156</sup> L'auteur relève d'ailleurs, à propos de l'interprétation retenue des articles 606 b) ZPO et 17 EGBGB par les auteurs allemands, les « affinités qui semblent, au moins à première vue, effectivement exister » entre la méthode de référence à l'ordre juridique compétent et cette théorie, qui fonde le lien entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative. V. P. Picone, *cours préc.* 1986, n° 25, p. 326 et s.

<sup>3157</sup> Monsieur Picone cite alors dans ce cadre le prononcé des divorces, des mariages ou d'actes de juridiction gracieuse. L'utilisation de la méthode serait alors justifiée, selon l'auteur, parce que la situation juridique créée pour la première fois dans un for étranger ne trouverait aucune correspondance dans l'ordre juridique où elle serait localisée, et risquerait ainsi de rester boiteuse si le for ne la mettait pas en œuvre dès le départ. V. sur l'utilisation de la méthode dans ce cadre, P. Picone, *cours préc.* 1986, n° 30 et s., p. 349 et s.

## 2- Compatibilité des effets

**899.** La mise en œuvre de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent pourrait à la fois fonder l'abstention juridictionnelle de l'ordre juridique du for, pour assurer le respect de la compétence juridictionnelle exclusive des tribunaux d'un ordre juridique étranger (a), et le respect de la prépondérance globale de celui-ci au stade du contentieux de l'*exequatur* (b). L'adoption d'une telle méthode de coordination des systèmes, d'autre part, permettrait d'assurer définitivement le respect de la compétence de l'ordre juridique de référence dès le stade de l'instance directe (c).

### a) Respect des impérativités étrangères dans l'instance directe

**900.** Au stade de l'instance directe, la mise en œuvre de la méthode proposée devrait conduire à conditionner la création d'une situation juridique sur le territoire du for à sa possible reconnaissance dans l'ordre juridique qui serait pris en référence<sup>3158</sup>. Elle conduit ainsi un juge saisi à tenir compte de « toutes les conditions matérielles et procédurales que l'ordre étranger de référence considère importantes dans le cas d'espèce, en vue de la reconnaissance justement d'un jugement provenant de l'ordre juridique du for »<sup>3159</sup>.

Elle repose donc, sous cet angle, sur la mise en œuvre d'un *pronostic de la reconnaissance* de la situation juridique dans l'ordre juridique de référence. Le pronostic est réalisé au regard de l'appréciation concrète que cet ordre juridique retiendra concernant la conformité de la décision du for aux conditions auxquelles ses règles de droit international privé soumettent l'efficacité des jugements étrangers.

**901.** Dans ce cadre, la possibilité de reconnaissance pourrait, selon P. Picone, en premier lieu être posée comme une condition matérielle de la *validité* ou de l'efficacité du jugement du for dans l'ordre juridique étranger<sup>3160</sup>. Tout en affirmant la compétence internationale de ses juridictions, l'ordre juridique du for admettrait alors de prendre en compte le point de vue de l'ordre juridique de référence, pour en faire dépendre la *façon d'être* de la situation

---

<sup>3158</sup> P. Picone déclare, en effet, que dans la mise en œuvre de la méthode, « l'ordre juridique du for, en suivant le point de vue d'un ordre juridique étranger donné, tend à ce que la situation juridique qui doit se créer dans le for soit valable, du point de vue du droit international privé, et donc puisse être reconnue dans le cadre de l'ordre juridique étranger en question », *cours préc.* 1986, p. 274.

<sup>3159</sup> P. Picone, *cours préc.* 1999, n° 37, p. 124.

<sup>3160</sup> L'auteur voit notamment une consécration législative de la méthode sous cette forme, dans l'article 77 de la LDIP suisse de 1987, qui, s'agissant du prononcé d'une adoption en Suisse, rend applicable la loi suisse mais permet au for de tenir compte des conditions fixées par la loi du domicile ou de la nationalité de la personne à adopter ou des parents adoptifs, si cela paraît nécessaire pour favoriser la reconnaissance de l'adoption. V. sur cette disposition, P. Picone, *cours préc.* 1999, n° 38, p. 126.

juridique sur son territoire. La possibilité de reconnaissance de la situation juridique que le for s'apprête à créer à l'étranger serait ainsi posée comme une condition venant influencer la procédure introduite sur le fond devant ses juridictions, et venant s'ajouter aux conditions posées par la loi applicable devant le for<sup>3161</sup>.

Théoriquement susceptible de fonder une prise en compte des impérativités substantielles de l'ordre juridique pris en référence devant l'autorité juridictionnelle saisie, l'utilisation de la méthode pour assurer le respect international des lois de police étrangères apparaît néanmoins compromise. Il en est ainsi du fait de l'incidence extrêmement *rare* ou *restreinte* qu'exerce, en droit positif, la question du respect des lois de police au stade du contentieux de l'*exequatur*. Le libéralisme consacré dans ce cadre, à travers la restriction toujours plus importante du contrôle de l'ordre public, conduit en effet, comme il a été vu, à rendre tout à fait envisageable la reconnaissance du jugement étranger violant les lois de police du for applicables<sup>3162</sup>.

Il s'ensuit que la mise en œuvre du *pronostic de reconnaissance* de la décision du for, dans l'ordre juridique étranger dont les vraies lois de police seraient mises en cause, apparaît, sous cet angle, peu susceptible de justifier en pratique une prise en compte de son point de vue par le for.

**902.** Dans une seconde hypothèse, que l'auteur considère comme plus fréquemment consacrée<sup>3163</sup>, la possibilité de reconnaître la situation juridique que le for s'apprête à constituer dans le for étranger pourrait être posée comme un élément venant conditionner la compétence internationale de ses juridictions. Elle apparaîtrait alors comme un « présumé procédural, limitant la compétence internationale des juges du for »<sup>3164</sup>, c'est-à-dire comme « un élément dont dépend[rait] la possibilité même d'instaurer (ou d'instaurer valablement) un procès dans le for, pour la constitution de cette situation »<sup>3165</sup>. L'ignorance de cette situation dans l'ordre juridique de référence devrait dès lors conduire le juge du for à s'estimer incompétent et à se dessaisir, chaque fois qu'elle apparaîtrait certaine ou même

<sup>3161</sup> V. sur ces hypothèses, P. Picone, *cours préc.* 1986, n° 12, p. 276-278 et *cours préc.* 1999, n° 38, p. 126.

<sup>3162</sup> V. *supra*, TITRE I, Chapitre 2.

<sup>3163</sup> P. Picone cite en ce sens notamment l'ancien art. 606 b) n° 1 ZPO du droit allemand précité, tel qu'il apparaissait avant la réforme de 1986 et a été repris dans l'art. 606 a §1 al. 4. Cette nouvelle disposition écartait la compétence des juridictions allemandes lorsque les époux n'ont pas la nationalité allemande, s'il est manifeste que la décision allemande ne pourra être reconnue dans aucun des ordres juridiques de la nationalité de l'un des époux. Il en serait également ainsi, selon lui, de l'ancien art. 56 de la Loi fédérale suisse du 24 décembre 1874, qui prévoyait qu'en matière de mariage entre étrangers, la demande de divorce ou en nullité ne pouvait être admise par les tribunaux suisses que s'il était établi que le jugement suisse serait reconnu dans l'État dont les époux étaient ressortissants. Cette disposition fut abrogée et remplacée par l'art. 7 h al. 1 LRDC, puis remplacée, dans la nouvelle loi de droit international privé, par les articles 59 et 60, qui ne posent aucune condition en ce sens.

<sup>3164</sup> P. Picone, *cours préc.* 1999, n° 38, p. 127.

<sup>3165</sup> P. Picone, *cours préc.* 1986, n° 12, p. 275.

simplement fortement probable<sup>3166</sup>. Dans l'hypothèse où cet ordre juridique estimerait ses juridictions exclusivement compétentes, l'autorité saisie devrait alors admettre de s'effacer en considération de l'impossibilité, pour la situation qui serait créée, de produire des effets dans l'ordre juridique étranger<sup>3167</sup>.

La méthode apparaît ainsi susceptible de fonder une prise en compte *indirecte* de la compétence exclusive d'un ordre juridique étranger et permet de faire dépendre la compétence des tribunaux d'un ordre juridique de celle des juridictions d'un autre. Sous cet angle, elle pourrait permettre d'assurer efficacement le respect international des lois de police d'un ordre juridique déterminé.

**903.** La certitude des conséquences qu'induirait le caractère exclusif de sa compétence, sur l'efficacité future du jugement prononcé dans le for, pourrait d'ailleurs, en pratique, dispenser d'une mise en œuvre effective et formelle du *pronostic de la reconnaissance*, et conduire celui-ci à déduire automatiquement son incompétence. Bien que n'apparaissant pas « techniquement » conforme au mécanisme consacré par l'auteur, cette solution reposerait sur la même idée de l'existence « d'une position globale de "supériorité" et de "primauté" attribuée par l'ordre juridique du for à un ordre juridique étranger »<sup>3168</sup> pour trancher la contestation. La souplesse aujourd'hui reconnue à la mise en œuvre de la méthode par P. Picone semble autoriser un tel détachement par rapport aux mécanismes initialement envisagés.

L'efficacité de la méthode pour assurer la coordination des systèmes recherchée apparaît également à travers les conséquences de sa mise en œuvre au stade du contentieux de l'*exequatur*.

#### b) Respect des impérativités étrangères dans le contentieux de l'*exequatur*

**904.** Mise en œuvre par le juge saisi, au stade de la reconnaissance d'une situation juridique créée à l'étranger, la méthode devrait conduire le for à reconnaître et à rendre efficaces « toutes [...] les situations juridiques de la catégorie considérée qui sont valables et efficaces à l'intérieur de l'ordre juridique étranger pris comme référence »<sup>3169</sup>. Elle devrait ainsi permettre « de garantir dans les deux ordres juridiques les mêmes possibilités de déroulement

---

<sup>3166</sup> V. sur le caractère variable de la certitude qui pourrait être imposée dans ce cadre, *ibid.*

<sup>3167</sup> P. Picone cite à cet égard l'exemple du contentieux réel immobilier, pour lequel l'ordre juridique du for devrait mettre en œuvre la méthode au profit de l'ordre juridique du lieu de situation du bien. V. *cours préc.* 1986, n° 30, p. 351.

<sup>3168</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 18, p. 294.

<sup>3169</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 15, p. 288.

aux situations juridiques prises en considération »<sup>3170</sup> et d'éviter que des situations juridiques qui existeraient valablement du point de vue de l'ordre juridique de référence puissent rester boiteuses, parce qu'elles ne pourraient être reconnues dans l'ordre juridique du for<sup>3171</sup>.

**905.** Dans ce cadre, P. Picone propose alors de distinguer « différents niveaux »<sup>3172</sup> quant à la suprématie reconnue à l'ordre juridique de référence, qui conduisent corrélativement à une utilisation plus ou moins étendue de sa méthode<sup>3173</sup>. Celle-ci pourrait, selon les cas, être limitée aux hypothèses dans lesquelles la situation juridique aurait été, à l'origine, constituée ou créée dans l'ordre juridique de référence, ou être étendue à celles qui auraient été créées dans un autre. La méthode de référence à l'ordre juridique compétent trouverait alors, dans cette seconde hypothèse, un champ d'application particulièrement large, dès lors qu'elle s'étendrait « à toutes les situations juridiques, du type considéré, qui sont valables et efficaces dans l'État étranger de référence, et pas seulement à celles qui ont été à l'origine constituées ou créées dans l'État même »<sup>3174</sup>.

Le point de vue de l'ordre juridique pris en référence aurait corrélativement une aura particulièrement importante, puisqu'il conditionnerait non pas seulement l'efficacité, à l'étranger, des situations créées sur son territoire. Il devrait également être respecté à l'égard des situations constituées sur le territoire d'autres ordres juridiques, vis-à-vis desquels ses tribunaux ne se seraient jamais concrètement prononcés et pourraient ne pas être amenés à le faire.

**906.** Dans tous les cas, la mise en œuvre de la méthode devrait pousser le juge du for à adopter le point de vue à la fois *global* et *concret* de l'ordre juridique de référence, et à écarter l'application des conditions de régularité portant sur des éléments isolés, relatifs au droit substantiel ou procédural, consacrées dans son ordre juridique<sup>3175</sup>. La substitution des conditions autonomes normalement applicables dans le for, par une règle unitaire de référence globale à l'ordre juridique pris en référence, conduirait alors à ce que l'efficacité d'une situation juridique s'impose à la seule condition que celle-ci « produise concrètement ses

---

<sup>3170</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1999, n° 40, p. 131.

<sup>3171</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 31, p. 354.

<sup>3172</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 19, p. 298.

<sup>3173</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1999, n° 42, p. 136.

<sup>3174</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 19, p. 298.

<sup>3175</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1999, n° 40, p. 131.

effets à l'intérieur de l'ordre juridique étranger [de référence], avec lequel l'ordre juridique du for entend se coordonner »<sup>3176</sup>.

Concrètement, une telle solution aurait pour conséquences, dans le for, de faire bénéficier les situations créées sur son territoire, ou déjà reconnues par lui, d'un mécanisme de reconnaissance simplifiée, sous la seule réserve de la conformité de la situation à sa clause d'ordre public international<sup>3177</sup>, et de faire dépendre la reconnaissance des situations juridiques constituées dans un ordre juridique étranger d'un pronostic de leur efficacité dans l'ordre juridique de référence. Il suffirait, en effet, que la situation juridique créée dans un ordre juridique étranger soit « potentiellement en mesure de devenir efficace » dans l'ordre juridique de référence pour qu'elle puisse être reconnue dans le for<sup>3178</sup>, alors que, corrélativement, son impossibilité *probable* de reconnaissance, du point de vue de celui-ci, devrait empêcher le for de reconnaître son efficacité<sup>3179</sup>.

**907.** Mise en œuvre dans l'hypothèse où l'ordre juridique de référence reconnaîtrait sa compétence juridictionnelle exclusive du fait de la mise en cause de sa loi de police, la méthode apparaîtrait susceptible d'assurer de manière satisfaisante la coordination des systèmes. Elle pourrait permettre un respect unanime de sa compétence globale, et de fonder une sorte de *coopération généralisée des ordres juridiques en faveur du respect de ses impérativités*.

En conduisant le for saisi à reconnaître, en principe, *tous* les jugements prononcés dans l'ordre juridique de référence<sup>3180</sup>, elle conduirait, sous un angle positif, à ce que la politique législative poursuivie par ce dernier à travers ses dispositions, appliquées en l'espèce par ses juridictions, soit effectivement réalisée au cas concret. Dès lors, d'un autre côté, qu'elle devrait conduire à ce que le for reconnaisse *seulement* les jugements prononcés par ses juridictions, elle limiterait les jugements susceptibles d'être efficaces à ceux qui seraient rendus, à *coup sûr*, conformément à ses lois de police, en permettant de *bloquer, a posteriori*, toute décision qui aurait été rendue par des juridictions étrangères.

<sup>3176</sup> P. Picone, *cours préc.* 1986, n° 15, p. 288.

<sup>3177</sup> P. Picone, *cours préc.* 1986, p. 300.

<sup>3178</sup> V. P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 31, p. 354.

<sup>3179</sup> Une telle consécration de la méthode pourrait être trouvée, selon l'auteur, notamment dans l'article 65 de la loi de réforme italienne de 1995 précitée, ou encore dans la loi de réforme du droit international privé suisse, dont les articles 42 (en matière d'absence), 50 (pour les effets du mariage), 108.2 (en matière de droits réels mobiliers) ou encore 111.1 (en matière de violation des droits de propriété intellectuelle), subordonnent la reconnaissance d'une situation juridique au fait qu'elle ait été prononcée dans un ordre juridique déterminé. De même, les articles 58.1 (en matière de régimes matrimoniaux), 65.1 (en matière de divorce et séparation de corps), 96.1 (en matière de successions), 108.1 (en matière réelle immobilière), subordonnent sa reconnaissance au fait qu'elle y ait été simplement reconnue. V. P. Picone, *cours préc.* 1999, n° 42, p. 136, note 267.

<sup>3180</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 15, p. 288. Ceci, néanmoins, sous réserve de la conformité de celui-ci à l'ordre public du for.



**908.** Dans ce cadre, une solution moins extrême pourrait consister à admettre que, la compétence exclusive qu'il reconnaît à ses tribunaux n'étant qu'un *moyen* d'assurer le respect de ses impérativités substantielles, tout jugement rendu à l'étranger n'induirait pas nécessairement une atteinte intolérable aux intérêts de l'ordre juridique de référence, et qu'il serait possible de reporter le contrôle du respect de ses impérativités sur la solution rendue au fond du litige. Le *pronostic de la reconnaissance* du jugement étranger concerné, au regard du point de vue de l'ordre juridique de référence, serait alors réalisé au regard du droit substantiel appliqué pour trancher la contestation, et consisterait à vérifier que l'autorité juridictionnelle étrangère a fait une application satisfaisante de sa loi de police. À cet égard, néanmoins, la difficulté que présenterait la mise en œuvre d'une telle solution, par comparaison à l'analyse purement objective que nécessite la vérification du respect de son point de vue juridictionnel, risque de rendre une telle solution peu praticable. Elle impliquerait, au-delà, d'intégrer l'ordre public étranger à la condition de l'ordre public posée par le for, et susciterait des difficultés d'appréciation.

Fondée sur la seule prise en compte du point de vue juridictionnel de l'ordre juridique de référence, néanmoins, le blocage *a posteriori* du jugement rendu dans un ordre juridique étranger pourrait être automatiquement réalisé et apparaîtrait particulièrement efficace pour assurer le respect des impérativités étatiques. Dès lors qu'il conduirait à paralyser les effets d'un jugement valablement obtenu à l'étranger, néanmoins, il risque de porter atteinte aux intérêts des parties<sup>3181</sup>.

### c) Protection définitive des impérativités étrangères dès l'instance directe

**909.** En plus de sa capacité à résoudre le conflit de systèmes envisagé, au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle et au stade du contentieux de l'*exequatur*, l'intérêt du recours à la méthode de référence à l'ordre juridique compétent résiderait également dans sa capacité à assurer la coordination de manière *unitaire* et *définitive* dès l'instance directe. Sa mise en œuvre de la part d'un juge étatique, chargé de trancher la contestation, devrait, en effet, permettre de *désamorcer en amont* l'apparition future de toute divergence de vue au stade du contentieux de l'*exequatur*.

---

<sup>3181</sup> V. sur le caractère nécessairement peu satisfaisant que revêt le blocage des jugements au stade du contentieux de l'*exequatur*, recherché pour assurer le respect des impérativités étatiques, *supra*, n° 402 et s.



**910.** Modifiant la manière d'envisager la supériorité d'un ordre juridique, la méthode fournit une solution *identique* pour assurer la coordination des systèmes dans ces deux cadres. La prépondérance d'un ordre juridique, consacrée de manière *transversale* et *systématique*, prescrit une même soumission au point de vue global qu'il retient à tous les stades de la procédure et permet d'établir un lien entre les instances, quelle que soit l'autorité juridictionnelle saisie.

Il devrait en résulter à la fois une *continuité* de la position retenue par *un même ordre juridique* pour la résolution du conflit de systèmes, dans les deux stades de l'instance, et une *correspondance* des solutions consacrées par des *ordres juridiques distincts* successivement chargés de se prononcer sur la situation juridique tout au long de la procédure.

**911.** Le caractère systématique de la méthode proposée devrait conduire, en effet, à ce qu'un ordre juridique qui reconnaîtrait la prépondérance absolue d'un autre et consentirait à adopter son point de vue pour la création d'une situation juridique déterminée, admette également sa prévalence pour faire respecter ses solutions s'agissant de la reconnaissance de cette même situation créée à l'étranger. La mise en retrait des conceptions qu'il retient devrait en effet apparaître *générale* et être admise à tous les stades de la procédure, vis-à-vis d'une même situation.

Cette continuité des solutions retenues aux deux stades de l'instance semble reconnue par l'auteur lui-même. Tout en admettant qu'il n'y aurait aujourd'hui « aucune raison d'exclure » que la méthode puisse être utilisée « seulement dans une des deux hypothèses considérées et non dans l'autre »<sup>3182</sup>, P. Picone envisage son application au stade de la reconnaissance des situations juridiques, comme le *pendant* éventuel de sa mise en œuvre au stade de la création des situations juridiques dans un même ordre juridique.

La plupart des hypothèses qu'il considère comme des exemples de consécration de sa méthode semblent d'ailleurs correspondre à des domaines où celle-ci apparaît explicitement<sup>3183</sup> ou implicitement<sup>3184</sup> mise en œuvre au profit d'un même ordre juridique

---

<sup>3182</sup> P. Picone, *cours préc.* 1986, n° 29, p. 346. Monsieur Picone voit d'ailleurs dans les évolutions récentes du droit international privé, des facteurs susceptibles de conduire à diminuer ces cas de corrélation. V. sur ce point, P. Picone, *cours préc.* 1999, n° 43, p. 138 et *cours préc.* 1986, p. 345 et s.

<sup>3183</sup> Il en serait ainsi en droit allemand, où la primauté reconnue à l'ordre juridique de la nationalité du mari pour le prononcé du divorce entre étrangers, dans l'art. 606 n° 1 b) ZPO, aurait conduit la jurisprudence et la doctrine à admettre de reconnaître ces mêmes divorces prononcés à l'étranger que s'ils étaient susceptibles d'être reconnus par l'ordre juridique de la nationalité du mari. V. sur cet exemple, P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 17, p. 290 et s.

<sup>3184</sup> Il semble en être ainsi, pour les hypothèses dans lesquelles P. Picone relève qu'un ordre juridique consacre directement l'incompétence absolue de ses juridictions et reconnaît la compétence exclusive des juridictions d'un autre État, dès lors que cette incompétence se double d'une reconnaissance de la prépondérance de son point de vue au stade de la reconnaissance des situations juridiques. L'auteur cite, notamment, la solution retenue à une époque en droit anglais en matière de divorce où, alors qu'il était considéré que l'ordre juridique de l'État du domicile des époux avait une compétence exclusive pour le

étranger, à la fois pour la création des situations juridiques et pour leur reconnaissance dans le for. Son application conjointe, dans ces deux cadres, serait alors « l'expression d'une orientation fondée et rationnelle du point de vue des intérêts les plus généraux de politique législative qui sont à la base du choix par le for d'une méthode déterminée de coordination des systèmes »<sup>3185</sup>, et elle conduirait à faire de l'ordre juridique étranger concerné le « pivot [de] la régulation de la situation juridique considérée »<sup>3186</sup>.

**912.** Dès lors, d'un autre côté, que le statut de *référence* d'un ordre juridique déterminé devrait être unanimement admis, la mise en œuvre de la méthode au stade direct, *dans l'ordre juridique du for*, devrait trouver une *correspondance* au stade de la reconnaissance de cette situation juridique, *dans un ordre juridique étranger*. Elle permet d'établir un *lien automatique* et *absolu*, entre les deux instances de la procédure, en détachant les solutions qui y seraient retenues, de l'ordre juridique qui pourrait avoir à se prononcer, et en rendant possibles une prise en considération et une connaissance anticipées, dès le stade direct, du traitement qui sera réservé à la situation au stade de l'*exequatur*<sup>3187</sup>.

**913.** Ce faisant, la méthode de coordination des systèmes proposée permettrait alors d'assurer, en premier lieu, la création d'une situation juridique conforme au point de vue de l'ordre juridique de référence, puis son déroulement effectif absolu, quel que soit l'ordre juridique dans lequel elle aurait ultérieurement vocation à être invoquée, en assurant sa reconnaissance automatique. Elle apparaît alors comme un mécanisme de *prévention* du conflit *global* de systèmes, en ce sens que sa mise en œuvre effective au stade de l'instance directe devrait permettre de désamorcer ce conflit avant qu'il se réalise concrètement et éviterait son existence au stade indirect.

En cela, elle présente un avantage certain par rapport aux procédés de coordination précédemment envisagés, dès lors qu'ils apparaissaient nécessairement, en eux-mêmes, impuissants à influencer la question de la reconnaissance des décisions étrangères. N'envisageant que la question de la coordination des systèmes au stade de l'instance directe,

---

prononcer et conduisait les juges anglais à s'estimer radicalement incompetents, ceux-ci avaient corrélativement déclaré que la reconnaissance des jugements de divorce concernant deux époux domiciliés à l'étranger n'était possible qu'à la condition d'avoir été prononcé par les juges de l'État où les parties étaient domiciliées ou de pouvoir être reconnu dans cet ordre juridique. V. not. *Armitage v. Attorney General* [1906] P 35, et sur cet exemple, P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 18, p. 295. L'auteur reconnaît également en pratique une telle consécration à l'égard des litiges relatifs au contentieux réels immobiliers, où la reconnaissance de la prépondérance de l'ordre juridique du lieu de situation du bien conduirait également à la mise en œuvre informelle de sa méthode aux stades direct et indirect. V. P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 31, p. 355 et s.

<sup>3185</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 17, p. 290.

<sup>3186</sup> E. Pataut, *thèse préc.*, n° 416.

<sup>3187</sup> V. sur l'impact d'un tel lien sur la possibilité d'avoir recours au *principe d'effectivité*, *supra*, n° 591 et s.

ils restaient, en revanche, indifférents au devenir de la décision qui serait rendue par le for, dans les ordres juridiques étrangers. Ils laissaient en suspens la question de la coordination des systèmes au stade indirect, et appelaient ainsi la mise en œuvre d'une méthode distincte et spécifique, portant sur la question de la « réception » des jugements.

**914.** Mise en œuvre dans l'hypothèse de conflit de systèmes envisagée, elle devrait permettre, à la fois, d'assurer que le prononcé d'un jugement ne sera effectué que par les juridictions exclusivement compétentes de l'ordre juridique dont les impérativités seraient mises en cause, en conduisant toute juridiction étrangère à se dessaisir, et la reconnaissance facilitée du jugement qu'il aurait rendu, dans tous les ordres juridiques étrangers. Elle apparaîtrait ainsi, grâce à sa seule mise en œuvre au stade direct, susceptible de garantir le respect *absolu et définitif* des intérêts étatiques de l'ordre juridique considéré. Elle assurerait simplement, « en dernier recours », un blocage *a posteriori* du jugement rendu au stade indirect, lorsque le juge antérieurement saisi n'aurait pas pris en compte le point de vue de l'ordre juridique de référence. Garantissant ainsi la continuité de la situation juridique originellement créée, conformément au point de vue de l'ordre juridique de référence, elle préserverait également l'intérêt des parties, en évitant, en principe, la remise en cause du jugement qu'elles ont valablement obtenu.

Son utilisation pratique pour assurer le respect des impérativités étrangères doit dès lors être envisagée.

## **B) Utilisation de la méthode**

**915.** L'utilisation concrète de la méthode dans l'hypothèse envisagée doit être analysée sous l'angle de la consécration de procédés qui, fondés sur la détermination d'un ordre juridique de référence, seraient susceptibles d'assurer le respect des impérativités étrangères (1). Elle implique, en outre, de déterminer la manière dont ils pourraient être, en pratique, mis en œuvre devant l'autorité juridictionnelle saisie (2).

### **1- Consécration des procédés de coordination**

**916.** La consécration de procédés fondés sur la méthode de référence à l'ordre juridique compétent suppose de déterminer la forme que pourraient revêtir les règles de coordination

sur lesquelles ils reposeraient (a), et de proposer des directives quant à la détermination de l'ordre juridique de référence (b).

### a) Physionomie envisageable des règles de coordination

**917.** Fondée sur une méthode systématique, consistant à désigner un ordre juridique de référence absolue, la coordination des systèmes pourrait reposer sur un *principe général unanimement admis*, ou dans une règle explicite ou implicite de dimension réellement *internationale* ou *supranationale*. Ils viendraient *chapeauter* les normes étatiques pour fixer une répartition globale de compétence entre les ordres juridiques, et interviendraient, à un *stade supérieur*, pour conditionner la mise en œuvre des *règles de droit international privé* des systèmes juridiques nationaux. Ils permettraient de déterminer si ces règles de compétence ont vocation à être mises en œuvre, indépendamment de la solution concrète à laquelle elles conduisent.

**918.** La consécration de telles normes de *répartition globale des compétences entre les ordres juridiques* a été envisagée à une époque, par certains auteurs, en particulier à la suite des solutions retenues par la jurisprudence italienne à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, qui consacraient la prise en compte du point de vue de l'ordre juridique de situation en matière réelle immobilière<sup>3188</sup>.

Il en est ainsi en premier lieu de l'auteur allemand Neumann, dans son projet de codification du droit allemand de 1896<sup>3189</sup>, qui, partant de la constatation que la solution apportée concrètement à une question litigieuse était susceptible de varier en fonction du juge saisi, envisagea de résoudre les conflits entre ordres juridiques résultant d'une concurrence de compétences, en réduisant « l'influence du hasard de la compétence sur les jugements »<sup>3190</sup>. L'auteur défendait l'idée qu'un ordre juridique devrait, en réalité, viser à coordonner ses règles de conflit avec celles d'ordres juridiques étrangers dont la législation apparaîtrait, d'après la nature du litige, « la plus concernée » et « sur l'application de laquelle les parties [devraient] compter »<sup>3191</sup>. Le système proposé semblait dès lors reposer sur l'existence d'une sorte de droit international privé à *la seconde puissance*, fondé sur l'établissement de règles

---

<sup>3188</sup> V. sur cette solution, les arrêts de la Cour de cassation de Turin, 22 décembre 1870, *Giur. italiana*, 1871, p. 337 ; 17 juin 1874, *Clunet* 1875, p. 48, obs. E. Dubois ; Cour Cass. Palerme, 25 août 1894, *Guir. Italiana*, 1894, I, col. 901, cités par G. A. L. Droz, *cours préc.*, n° 317, p. 300, note 594 et les références également citées dans la note. Et V. sur cette jurisprudence, L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 233 et s., p. 328 et s.

<sup>3189</sup> V. Neumann, *Internationales Privatrecht in Form eines Gesetzesentwurfs nebst Motiven und Materialien. Ein Beitrag zur Kodifikation des Deutschen bürgerlichen Rechts*, Berlin 1896, spéc., p. 26, cité par L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 240, p. 334, note 1.

<sup>3190</sup> Neumann, *préc.*, p. 26, traduit librement par L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 240, p. 334.

<sup>3191</sup> Neumann, *préc.*, p. 28, traduit librement par L. d'Avout, *op. cit.*

*de conflit de règles de conflits de lois*, permettant de répartir la compétence globale entre ordres juridiques<sup>3192</sup>.

Il en est ainsi également de Frankenstein<sup>3193</sup>, qui, procédant à une répartition des questions de droit international privé entre le rattachement au *statut de la personne* et au *statut de la chose*, en déduisait, dans chacun de ces domaines, une règle de rattachement permettant de déterminer l'ordre juridique dont les règles de droit international privé pourraient être appliquées. Une fois l'ordre juridique de la nationalité ou de la situation de la chose déterminé par cette règle de rattachement *primaire*, les règles de droit international privé particulières de cet ordre juridique désigné pouvaient alors être appliquées dans un second temps, comme règles de rattachement « secondaire », pour déterminer la règle de droit substantielle applicable.

**919.** Cette règle générale répartitrice des compétences entre les ordres juridiques pourrait être relayée par la consécration de dispositions spécifiques explicites, intégrées dans les législations nationales, et ayant vocation à être mises concrètement en œuvre par les juridictions étatiques qui seraient saisies<sup>3194</sup>. Elles fonderaient alors une *intégration directe ou indirecte* du point de vue de l'ordre juridique étranger de référence, imposant au for de respecter celui-ci ou consacrant directement l'incompétence de celui-ci. Elles fixeraient *de manière négative* des hypothèses particulières dans lesquelles il serait *dépourvu de toute compétence* et devrait adopter le point de vue d'un ordre juridique étranger déterminé. Elles pourraient alors, dans ce cadre, prendre la forme soit d'une règle unique fondant conjointement la soumission du for au point de vue étranger au stade de l'instance directe et du contentieux de l'*exequatur*, soit donner lieu à deux règles distinctes formulant respectivement la solution à retenir dans chacune de ces instances.

**920.** Une telle consécration légale n'apparaîtrait pas absolument nécessaire pour assurer le respect de cette compétence globale de l'ordre juridique de référence, lorsqu'elle reposerait sur une solution unanimement admise, parce qu'elle pourrait tout à fait être réalisée de

---

<sup>3192</sup> Une telle idée semble également avoir influencé Eckstein, qui envisagea, en 1934, une répartition globale des compétences entre les ordres juridiques, pour déterminer, parmi différents ordres juridiques susceptibles d'être intéressés vis-à-vis d'un même rapport juridique, celui qui aurait « la compétence judiciaire la plus forte ». V. Eckstein, « Die frage des anzuwendenken Kollisionsrecht », *RebelsZ*, 8 (1934), 121, cité par L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 240, p. 334, note 5.

<sup>3193</sup> V. Frankenstein, *Internationales Pivatrecht – Grenzrecht*, Berlin, tome A (1926), tome 2 (1929), tome 3 (1934), tome 4 (1935), cité par L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 241, p. 337, note 1 ; et V. également, Frankenstein, *Tendances nouvelles du droit international privé*, RCADI 1930, t. 33, p. 241 et s.

<sup>3194</sup> V. pour des exemples de consécration légale explicite de telles normes dans les législations étatiques, les dispositions précitées en notes, du droit allemand ou suisse en particulier, considérées par P. Picone comme des exemples de consécration de sa méthode.

manière spontanée de la part des juridictions étatiques, en l'absence de toute disposition légale préétablie dans le for<sup>3195</sup>. Elle apparaîtrait néanmoins *préférable*, pour encadrer la mise en œuvre du mécanisme de coordination des systèmes, et établir des règles de procédures spécifiques contraignantes qui en détermineraient les modalités. Elles devraient également fixer précisément son champ d'application. Conduisant à écarter les règles de compétence normales, consacrées dans le for, elle devrait voir son champ d'application limité à des hypothèses restreintes et précisément déterminées pour se voir conférer un caractère exceptionnel.

**921.** Tout en étant présumé et établi à titre *général*, indépendamment de l'existence concrète de tout contentieux, le statut *d'ordre juridique de référence* d'un ordre juridique déterminé devrait, pour cette raison, pouvoir être *vérifié* au cas concret par le juge saisi, sous l'angle d'un examen du point de vue retenu par cet ordre juridique et de l'existence effective de sa revendication de compétence<sup>3196</sup>. Elle appelle alors le maintien des règles de compétence habituelles du for, même dans l'hypothèse envisagée, pour *relayer* l'application des règles d'incompétence du for et fonder sa compétence *subsidaire*.

Elles auraient vocation à être mises en œuvre lorsqu'il apparaîtrait finalement que « l'ordre juridique [étranger] décline sa propre compétence ou admet la concurrence internationale des compétences juridictionnelles »<sup>3197</sup>. Le désintérêt de l'ordre juridique étranger lèverait alors « les raisons initiales de l'incompétence »<sup>3198</sup> de l'ordre juridique du for, et redonnerait à ses règles leur vocation à s'appliquer.

Une telle solution pourrait trouver une application sous l'angle de la mise en œuvre d'une forme de renvoi de l'ordre juridique de référence à l'ordre juridique du for. Elle a été envisagée sous cet angle par Westlake<sup>3199</sup>, pour fonder la « théorie du désistement »<sup>3200</sup>, et a conduit à envisager le renvoi de compétence législative opéré par un ordre juridique étranger comme le signe de son absence de volonté de « maîtriser le contentieux »<sup>3201</sup>. Elle semble avoir été consacrée, en pratique, dans le cadre de l'instance directe, en matière successorale

<sup>3195</sup> L'incompétence des tribunaux français déduite dans certaines matières, telles qu'en matière de droits réels immobiliers ou d'état et de capacité des personnes notamment et, de manière générale, la mise en œuvre de la théorie de l'effet réflexe, peuvent être rattachées à une telle solution, dès lors qu'elle repose sur l'idée de reconnaissance de la prépondérance globale et systématique d'un ordre juridique déterminé, respectée en l'absence de disposition légale explicite formulant une obligation en ce sens.

<sup>3196</sup> V. sur l'opportunité de maintenir une telle vérification réalisée au cas concret, dans le cadre de la mise en œuvre d'un mécanisme de coordination des systèmes obligatoire, *supra*, n° 657.

<sup>3197</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 211, p. 297.

<sup>3198</sup> *Ibid.*

<sup>3199</sup> V. *Annuaire de l'Institut de droit international*, t ; XVIII, 1900, p. 166-167. V. également, reprenant cette conception, P. Lerebours-Pigeonnière, « Observations sur la question du renvoi », *Clunet* 1924, p. 877 et s.

<sup>3200</sup> Sur laquelle, V. Ph. Franciscakis, *thèse préc.*, n° 132 et s., et n° 167 et s.

<sup>3201</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 212, p. 298.

immobilière. En l'absence même de règle lui conférant une compétence *ordinaire*, le juge français a pu, en effet, accepter le *renvoi* opéré par l'ordre juridique du lieu de situation du bien, par principe considéré comme *ordre juridique de référence*, pour se prononcer sur les questions relatives à la dévolution des biens immobiliers sis sur son territoire<sup>3202</sup>. Le renvoi législatif opéré au droit français par le droit international privé de l'ordre juridique étranger a conduit le for à déduire le *désintérêt général* de celui-ci quant à la résolution du contentieux<sup>3203</sup> et à se reconnaître une compétence subsidiaire<sup>3204</sup>, fondée en l'espèce sur la désignation opérée par l'ordre juridique considéré, en principe, comme exclusivement compétent<sup>3205</sup>.

#### b) Détermination de l'ordre juridique de référence

**922.** Quant à la détermination de l'ordre juridique à prendre en référence, la mise en œuvre de la méthode proposée par P. Picone risque de susciter des difficultés assez importantes. Il en est ainsi dès lors que son caractère *systématique* devrait impliquer qu'il soit possible d'établir, dans l'abstrait, une solution *générale*, fondée sur la prévalence permanente et systématique de cet ordre juridique par rapport au for.

La qualification d'un ordre juridique de référence, qui serait déduite de la mise en cause de ses impérativités, n'apparaît envisageable que dans la mesure où une certitude pourrait être retenue quant à l'existence d'une revendication de compétence *légitime* de la part d'un ordre juridique déterminé, et quant à l'opportunité d'assurer son respect quelles que soient la juridiction étatique saisie et les circonstances spécifiques du contentieux.

Sous cet angle, il convient d'admettre, à la différence des procédés de coordination précédemment envisagés, que la méthode de référence à l'ordre juridique compétent n'est susceptible d'être exploitée que pour assurer le respect international de *certaines* lois de police et ne peut constituer, en elle-même, une méthode générale de résolution des conflits de systèmes dans l'hypothèse envisagée.

**923.** Le maintien d'une possibilité de vérification concrète de la revendication effective de compétence de cet ordre juridique pourrait opportunément éviter de restreindre son application aux hypothèses dans lesquelles une *certitude absolue* pourrait être éprouvée à cet

---

<sup>3202</sup> V. sur ce point, *supra*, n° 425.

<sup>3203</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 212, p. 298.

<sup>3204</sup> V. en ce sens, Trib. Civ. Marseille, *Raineri*, 19 juillet 1905 ; CA Aix, 19 juillet 1906, RCDIP 1908, p. 805 ; TGI Lille, 28 mars 1980, RCDIP 1981, p. 289, note Y. Lequette ; et surtout, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, *Ballestrero, préc.*

<sup>3205</sup> V. sur ce point, les importants développements en ce sens de L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 211 et s., p. 297 et s.



égard. Elle autoriserait sa consécration lorsqu'il pourrait être réellement *présumé* que le respect des impérativités étrangères peut légitimement conduire le for à respecter la compétence globale unilatérale que cet ordre juridique se reconnaît.

La détermination de cet ordre juridique devrait ainsi être suffisamment large pour couvrir l'ensemble des hypothèses dans lesquelles la méthode de coordination pourrait être mise en œuvre, mais serait établie sous condition d'une revendication effective de compétence globale de celui-ci<sup>3206</sup>.

**924.** Dans ce cadre, l'existence d'une telle réserve ne dispenserait pas de faire dépendre la désignation de l'ordre juridique de référence d'une prise en compte du point de vue *concret* de celui-ci, pour éviter de multiplier les hypothèses de mise en œuvre *inutiles* de la méthode de coordination dans le for.

L'utilisation de la règle de conflit de lois du for, comme règle de renvoi à l'ordre juridique compétent, initialement envisagée par P. Picone comme seul mode de détermination<sup>3207</sup>, apparaît dès lors, en elle-même, insusceptible de fonder une utilisation générale satisfaisante de la méthode, pour assurer le respect des impérativités étrangères. Conduisant à établir une répartition « rigide » des compétences entre ordres juridiques<sup>3208</sup> au regard de « considérations de pure répartition conflictuelle »<sup>3209</sup>, elle procédait à une désignation abstraite de cet ordre juridique<sup>3210</sup>, au regard de la « nature »<sup>3211</sup> du rapport de droit et au seul regard des conceptions du for.

Elle n'apparaît ainsi susceptible d'apporter une solution satisfaisante au conflit de systèmes envisagé que dans les hypothèses extrêmement rares où la règle de conflit de lois du for apparaîtrait comme une *crystallisation* des lois de police étatiques dont la mise en œuvre serait *systématiquement* revendiquée par les ordres juridiques nationaux, et dans des matières où ils déduiraient par ailleurs unanimement leur compétence globale exclusive<sup>3212</sup>.

---

<sup>3206</sup> Le juge saisi, dans cette vérification, ne devrait alors pouvoir vérifier que si cette compétence est revendiquée ou non, sans pouvoir prendre en compte ou rectifier la solution au regard des circonstances concrètes de l'espèce.

<sup>3207</sup> Il en était systématiquement ainsi, selon la proposition formulée par l'auteur, dans le cadre de la mise en œuvre de la méthode au stade de la création dans le for de situation juridique et la plupart du temps, au stade de la reconnaissance des situations juridiques créées à l'étranger, où la mise en œuvre de la méthode pouvait cependant également reposer sur des procédés *ad hoc* indépendants des règles de conflit de lois. V. P. Picone, *cours préc.*, 1999, n° 41, p. 132. Cette méthode est également celle qui a été proposée, comme nous l'avons vu, pour la mise en œuvre de la *foreign court theory*, et a servi, en droit français, à fonder une mise en œuvre anticipée de la méthode de P. Picone à une certaine époque.

<sup>3208</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 31, p. 356.

<sup>3209</sup> P. Picone, *cours préc.*, 1986, n° 28, p. 339.

<sup>3210</sup> V. sur les critiques de ce mécanisme, P. Mayer, *cours préc.*, n° 245 et s.

<sup>3211</sup> P. Mayer, *cours préc.*, n° 261.

<sup>3212</sup> V. sur de telles hypothèses, *supra*, n° 230 et s.

**925.** D'un autre côté, la présomption de prépondérance d'un ordre juridique sur laquelle elle reposerait devrait conduire à écarter l'utilisation d'un critère général de désignation fondé sur une appréciation « proximate », telle qu'elle a été envisagée par P. Picone<sup>3213</sup>, ou un recours à une appréciation de la *localisation* de la situation juridique, qui serait adaptée à la prise en compte des intérêts étatiques mis en cause.

Une solution plus satisfaisante pourrait être de privilégier une méthode de *désignation directe* de l'ordre juridique de référence, qui reposerait sur l'énumération d'un ou éventuellement de plusieurs ordres juridiques, présentant certains rattachements déterminés avec la situation juridique. La désignation consisterait alors à identifier les ordres juridiques qui apparaîtraient, *en principe*, susceptibles d'être pris en référence, du fait de leur revendication de compétence globale exclusive, fondée sur la mise en cause de leurs impérativités. Compte tenu des spécificités relatives à l'applicabilité des lois de police étatiques en fonction des matières, une telle identification ne devrait pouvoir être réalisée que de manière *sectorielle*, pour certaines hypothèses particulières de contentieux ou sous-catégories de rapports de droit.

**926.** Elle pourrait reposer sur une analyse des solutions consacrées en droit comparé, permettant de dégager une unanimité ou, au moins, une très forte tendance des ordres juridiques dont les intérêts étatiques seraient mis en cause à travers la résolution d'un contentieux, à s'estimer globalement prépondérants<sup>3214</sup>.

Cette identification aurait ainsi vocation, au regard du droit positif, à conférer un fondement réel à la prise en compte des impérativités étatiques vis-à-vis desquelles la théorie de l'effet réflexe apparaît aujourd'hui implicitement mise en œuvre, et à permettre d'étendre sa mise en œuvre à l'égard d'autres impérativités substantielles touchant à des intérêts étatiques particulièrement fondamentaux, aujourd'hui non doublées d'une règle de compétence juridictionnelle exclusive et pour lesquelles sa consécration apparaîtrait opportune. Elle devrait, néanmoins, être complétée par l'un des autres procédés de coordination précédemment envisagés, susceptibles d'être mis en œuvre pour assurer le respect international de la compétence exclusive globale que se reconnaîtrait *ponctuellement*

---

<sup>3213</sup> Dans le cadre de l'assouplissement de sa méthode, P. Picone a pu, en effet, proposer un mode de désignation fondé sur la directive générale de l'appréciation de la force du rattachement de la situation juridique avec un ordre juridique étranger ou de l'extériorité de celui-ci par rapport au for, sans apporter toutefois d'indications sur les indices susceptibles de fonder une telle évaluation. V. P. Picone, *cours préc.*, 1999, n° 43, p. 138.

<sup>3214</sup> V. sur l'incidence qu'a pu exercer cette convergence des solutions étatiques, dans le cadre européen, sur l'intégration ou la cristallisation des lois de police dans certaines règles de conflit de lois bilatérales, *supra*, n° 307 et s.

un ordre juridique du fait de la mise en cause de ses impérativités et pour lesquelles il n'existerait aucune unanimité des ordres juridiques quant à la solution consacrée.

La mise en œuvre de cette méthode, outre son efficacité pour assurer le respect des impérativités étatiques, pourrait également trouver ses justifications dans d'autres considérations.

## 2- Mise en œuvre de la méthode

**927.** Dans la mesure où une telle méthode pourrait être consacrée pour assurer la coordination des systèmes dans certaines hypothèses spécifiques, sa mise en œuvre effective devant le for pourrait être favorisée grâce à l'intervention de considérations pratiques, liées à la protection de l'intérêt des parties et susceptibles de justifier le respect du point de vue de l'ordre juridique de référence. À l'esprit de coopération du for, viendraient ainsi s'ajouter des raisons *positives* et *généralement admises* dans le cadre de la mise en œuvre des règles de compétence.

Il en est ainsi de l'argument fondé sur le respect du *principe d'effectivité* auquel la méthode de référence à l'ordre juridique compétent confère une portée concrète (a). Un recours au concept du déni de justice apparaîtrait encore envisageable, qui pourrait venir justifier, *sous l'angle de la nécessité*, le respect de la compétence exclusive des juridictions étrangères concernées (b).

### a) Incidence concrète du principe d'effectivité

**928.** Le *principe d'effectivité*, ou, plus largement, *d'efficacité de la justice*, pourrait intervenir pour justifier *positivement* le respect de la compétence globale exclusive d'un ordre juridique, fondée sur la mise en cause de ses impérativités<sup>3215</sup>, sous l'angle de considérations pratiques et du respect de l'intérêt des parties. Il fonde, au stade de la résolution du contentieux, une prise en compte, par le for, de l'efficacité future de la décision qu'il s'apprête à rendre, et apparaît susceptible de justifier son abstention juridictionnelle, en considération de l'impossibilité de reconnaissance ou d'exécution de son jugement à l'étranger. Il est également susceptible d'exercer, au stade du contentieux de l'*exequatour*, une influence en faveur de la reconnaissance des jugements antérieurement prononcés dans un

---

<sup>3215</sup> V. à cet égard, néanmoins, sur l'insuffisance de cet argument pour justifier, en lui-même, la reconnaissance du caractère exclusif de la compétence d'un ordre juridique déterminé, *supra*, n° 479.

autre ordre juridique, pour assurer la continuité des situations juridiques et l'efficacité de la justice rendue à l'étranger.

**929.** Or, alors que son incidence pour justifier, de manière générale, une prise en compte des lois de police étrangères ne peut être que *purement théorique*, en l'absence de *lieu d'exécution nécessaire de la décision du for* et d'uniformité des législations nationales quant à la réalisation de la coordination des systèmes, il en va différemment dans le cadre de la méthode de référence à l'ordre juridique compétent. Il apparaît, en effet, ici envisagé comme l'élément *central* au regard duquel la coordination doit être réalisée, et est susceptible d'être *concrètement* pris en compte pour exercer une incidence sur la mise en œuvre du procédé envisagé.

**930.** La possibilité, pour le for, de connaître à l'avance les solutions qui seront retenues vis-à-vis du jugement qu'il s'apprête à rendre, et d'en tirer des conséquences quant à la mise en œuvre du mécanisme de coordination au stade direct, résulte du caractère systématique de la prépondérance reconnue à l'ordre juridique pris en référence. Il permet, en effet, de fixer un *point de repère unique* au regard duquel l'efficacité de son jugement peut être appréciée, et de déconnecter la mise en œuvre du principe d'effectivité de la localisation *matérielle* de l'exécution future de la décision concernée<sup>3216</sup>.

L'ordre juridique de référence apparaît comme le lieu de la localisation juridique ou de la « localisation internationale de référence »<sup>3217</sup> de la situation, en ce sens qu'il est l'ordre juridique compétent pour déterminer quel est « son régime juridique international »<sup>3218</sup>.

**931.** Dans ce cadre, la justification *positive* susceptible d'intervenir en faveur d'une prise en compte du point de vue de cet ordre juridique par le for ayant à trancher la contestation, devrait alors résulter de l'impossibilité qui en résulterait pour le juge étatique saisi au stade du contentieux de l'*exequatur*, quel qu'il soit, d'admettre l'efficacité du jugement rendu en violation de ce point de vue.

La *certitude* de cette impossibilité résulterait ici, également, de *l'automatisme* et du caractère presque *mécanique* des conséquences produites par la violation de la compétence juridictionnelle exclusive que se reconnaît l'ordre juridique de référence, sur la possibilité d'exécution ou de reconnaissance du jugement concerné.

---

<sup>3216</sup> V. sur l'impossibilité de mise en œuvre concrète du principe d'effectivité qui résulte de cette absence de localisation matérielle en dehors de la mise en œuvre de cette théorie, et qui explique qu'elle soit généralement limitée à la matière réelle immobilière, *supra*, n° 391 et s.

<sup>3217</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 262, p. 365.

<sup>3218</sup> L. d'Avout, *thèse préc.*, n° 262, p. 366.

**932.** Ainsi susceptible d'être motivée par le respect du *principe d'effectivité* et la possibilité d'efficacité future du jugement prononcé pour trancher une contestation, la prise en compte des impérativités de l'ordre juridique de référence se verrait ainsi également justifiée sous l'angle d'arguments pratiques et concrets, liés à la protection de l'intérêt des parties. Elle permettrait, en effet, d'assurer que la résolution du différend sera réalisée une fois pour toutes et d'éviter la création de situations boiteuses. Sous cet angle, la mise en œuvre de la méthode de coordination serait ainsi favorisée, dès lors qu'elle pourrait trouver ses fondements sur des considérations par principe prises en compte pour le règlement des litiges internationaux de droit privé.

À cet égard, un recours éventuel au concept de déni de justice pourrait éventuellement venir renforcer l'opportunité de l'abstention du for.

#### b) Recours envisageable au concept de déni de justice

**933.** Visant par principe à « remédier à la carence judiciaire afin de protéger tant la paix publique que le plaideur en détresse »<sup>3219</sup>, le déni de justice apparaît, dans sa forme classique<sup>3220</sup>, comme un *instrument* de résolution des conflits négatifs de compétences juridictionnelles entre les ordres juridiques. Il permet aux juridictions du for de reconnaître leur compétence exceptionnelle et dérogoire<sup>3221</sup>, dans l'hypothèse où les parties se trouvent dans l'impossibilité d'obtenir justice à l'étranger<sup>3222</sup>, et consacre ainsi un chef de compétence juridictionnelle fondé sur un argument de « nécessité »<sup>3223</sup>.

À cet égard, néanmoins, il apparaît aujourd'hui susceptible de faire l'objet d'une utilisation plus large. Il pourrait intervenir, dans le cadre de la mise en œuvre de la méthode proposée par P. Picone, comme un argument supplémentaire venant *renforcer* l'opportunité de respecter le point de vue de l'ordre juridique pris en référence. Le recours au concept de

<sup>3219</sup> A. Sinay-Cytermann, *L'ordre public en matière de compétence judiciaire*, Strasbourg, thèse, 1980, n° 312, p. 583.

<sup>3220</sup> V. pour une étude générale sur le mécanisme, en particulier, L. Corbion, *Le déni de justice en droit international privé*, 2004, PU Aix-Marseille ; sur ses différentes figures en droit comparé, V. Rétornaz et B. Volders, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », RCDIP 2008, p. 225 et s., et le rôle qui lui est reconnu dans le cadre des instruments européens, G. A. L. Droz, et H. Gaudemet-Tallon, « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », RCDIP 2001, p. 596 et s. (L'introduction d'une compétence fondée sur le déni de justice dans le cadre du droit européen avait d'ailleurs été proposée lors de l'élaboration du nouveau règlement Bruxelles I bis, dans l'article 26 de la proposition de règlement, mais n'a pas été retenue dans la version adoptée. V. *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil*, COM (2010) 748 final, 2010/0383 (COD)).

<sup>3221</sup> Cette compétence n'est envisageable, en effet, que de manière subsidiaire, dans la mesure où le litige ne peut relever normalement de la compétence des tribunaux du for. V. sur ce point, not. A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 318 et s.

<sup>3222</sup> À cet égard, à l'impossibilité *de droit*, résultant d'une réelle incompétence de tout juge étranger est également associée l'impossibilité *de fait*, résultant de l'impossibilité pratique devant laquelle les parties pourraient se trouver de saisir un juge étranger, et l'injustice manifeste, constitutive d'un déni de justice matériel, à laquelle elles pourraient être exposées dans l'hypothèse où le jugement qu'elles obtiendraient à l'étranger paraîtrait « contraire à toute justice ». (V. sur ce point, C. de Visscher, *Le déni de justice en droit international*, RCADI 1935, t. 52, p. 365 et s., p. 403).

<sup>3223</sup> C. Fragistas, *La compétence internationale en droit international privé*, RCADI 1961, t. 104, p. 159 et s., p. 173, note 14.

déni de justice apparaîtrait alors comme une « variante » de la mise en œuvre du *principe d'effectivité*, mais susceptible de fonder sa prise en compte et son respect par le for, sous l'angle de la *nécessité*.

**934.** Il en est ainsi, en premier lieu, en raison de l'interprétation extensive qui a pu progressivement être retenue de l'existence d'une *carence judiciaire*, de la part des juridictions nationales. Elle a pu permettre de déconnecter la mise en œuvre de l'exception de déni de justice de l'existence d'un *conflit négatif* de compétences juridictionnelles. Une telle *absence de justice* a pu, en effet, être déduite d'une évaluation effectuée par le for, de l'opportunité de reconnaître sa compétence, au regard des difficultés que présenterait la poursuite du litige devant un for étranger, éventuellement par principe compétent et déjà saisi. Le déni de justice apparaissait ainsi comme un mécanisme de coordination des systèmes, fondé sur une appréciation concrète des circonstances de l'espèce et susceptible de mettre fin à la *concurrence* de compétences juridictionnelles étatiques.

D'un autre côté, l'élargissement progressif de l'objectif poursuivi à travers la reconnaissance d'un *for de nécessité* a également conduit à lui faire perdre son caractère exceptionnel<sup>3224</sup>, pour en faire un instrument visant à assurer « l'effectivité de la protection juridictionnelle »<sup>3225</sup>. Il semble ainsi admis que la compétence du for pourrait être reconnue sur ce fondement, pour remédier à l'absence de réalisation d'un droit reconnu aux parties, ou pour remédier à l'ineffectivité, *dans le for*, d'un jugement étranger déjà prononcé ou futur<sup>3226</sup>. Une telle conception du déni de justice repose sur l'idée que *l'absence d'effectivité* d'un droit ou d'un jugement conduirait en pratique au même résultat que si la justice n'avait pas été rendue et aurait identiquement pour conséquence de laisser les parties sans protection judiciaire.

---

<sup>3224</sup> Ceci explique d'ailleurs que le rattachement par principe imposé du litige à l'ordre juridique du for pour justifier sa compétence sur le fondement du déni de justice soit envisagé de manière beaucoup plus souple. V. not. en ce sens, Cass. soc., 25 janvier 2005, *Banque Africaine de développement c/ Degboe*, Dalloz 2005, p. 1540, note F. Viangalli ; Clunet 2005, p. 1142, note L. Corbion ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 2005, *NIOC*, RCDIP 2006, p. 140, note T. Clay ; Rev. arb., 2005, p. 693, note H. Muir Watt ; Dalloz 2005, p. 2727, note S. Hotte ; RTD com. 2005, p. 266, obs. E. Loquin ; Gaz. Pal., 27-28 mai 2005, p. 35, note F.-X. Train ; JCP E 2005. II. 447, note G. Kessler.

<sup>3225</sup> C'est ce qui semble résulter, en particulier, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui a relié la protection des droits reconnus par l'article 6 al. 1 de la CEDH à la prohibition des dénis de justice et l'a reconnu comme « un principe fondamental universellement reconnu ». Voir not. en ce sens, CEDH, 21 février 1975, Aff C- 4451/70, *Golder c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 18 ; RUDH 1990. 77, obs. Callewaert, Déjeant-Pons et Sansonetis ; Ann. fr. dr. int. 1975, p. 330, obs. Pelloux.

<sup>3226</sup> Cette solution n'est pas, cependant, unanimement admise par la doctrine. V. en faveur d'une telle solution, not. H. Bauer, *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands, Étude comparative*, Dalloz, 1965, n° 134 ; D. Holleaux, note Clunet 1975, p. 98 et 1976, p. 146 ; A. Ponsard, note Clunet 1975, p. 138 ; L. Corbion, *thèse préc.*, n° 226. Dans ce cadre, les auteurs considèrent néanmoins généralement qu'elle ne devrait pas être utilisée concernant la condition relative à la conformité à l'ordre public, compte tenu de la difficulté suscitée par sa prise en compte dans le cadre d'un pronostic de la reconnaissance. V. en ce sens, not. G. A. L. Droz, *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché commun*, Dalloz, 1972, n° 52 et n° 450 ; mais l'admettant au contraire, not. Niboyet, *Traité*, t. VI, n° 1836 ; J.-J. Abrahams, « Convention de compétence et ordre public international », Clunet 1964, p. 541 et s., spéc., p. 544.





**935.** Dans cette conception élargie, la nécessité d'éviter la consécration d'un déni de justice pourrait alors apparaître comme le fondement d'une abstention du juge du for dans l'hypothèse où il risquerait *lui-même* de rendre une décision destinée à rester lettre morte. Le déni de justice pris en compte par le juge du for, pour fonder son incompetence, serait celui qui pourrait résulter de son incapacité à prononcer un jugement susceptible de produire des effets à l'étranger. Une telle application « inversée » du mécanisme paraît envisageable, dès lors que, tout en produisant dans l'ordre juridique du for des conséquences différentes de celles auxquelles conduit en principe la constatation d'un risque de déni de justice, il conserverait bien ici la fonction identique d'éviter une *carence judiciaire* résultant de l'impossibilité des parties d'obtenir une justice *effective*.

Il pourrait, sous cette forme, être pris en compte pour inciter le for à respecter la compétence juridictionnelle exclusive d'un ordre juridique de référence, dont les impérativités seraient mises en cause, et fonder son incompetence juridictionnelle. Il en est ainsi, dès lors que l'unanimité des ordres juridiques étrangers, pour refuser de reconnaître l'efficacité du jugement qu'il prononcerait, consacrerait une *impossibilité absolue et certaine*, pour les parties, de lui faire produire des effets à l'étranger.

**936.** Une telle exploitation du déni de justice apparaît également tout à fait envisageable, dès lors qu'il est assez généralement admis qu'il peut être affecté à la réalisation d'un objectif de protection des impérativités étatiques. Il a pu être utilisé à cette fin par les tribunaux nationaux. Sous sa fonction positive, il a été retenu, en effet, pour fonder la compétence du for afin de remédier à un « défaut de réalisation d'un droit qualifié d'ordre public »<sup>3227</sup>. Il visait alors, sous cet angle, à assurer la réalisation d'une politique législative poursuivie dans le for<sup>3228</sup> et permettait de consacrer, en pratique, un *forum legis* fondé sur l'applicabilité d'une loi de police<sup>3229</sup>.

---

<sup>3227</sup> L. Corbion, *thèse préc.*, n° 225.

<sup>3228</sup> V. not. ayant fait une telle utilisation de l'exception, en droit français, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 février 1987, *Clunet* 1988, p. 135, note A. Huet ; *RCDIP* 1987, p. 617, note P.-Y. Gautier. Une compétence juridictionnelle « de nécessité » a pu, d'ailleurs également être déduite de la contrariété du jugement étranger, rendu ou futur, à la condition de conformité à l'ordre public du for. V. not. CA Paris, 10 novembre 1959, *RCDIP* 1960, *Danw Addams, épouse Massimo c/ Massimo*, p. 218, note Ph. Francescakis ; *Clunet* 1960, p. 792, A. Ponsard ; *JCP* 1960. II. 11716, note P. Bellet ; *Dalloz* 1960, p. 587, note Ph. Malaurie ; *Dalloz* 1960, p. 587, note Ph. Malaurie. Une telle solution a été également expressément consacrée dans un arrêt rendu par le Tribunal fédéral suisse, à propos d'une demande visant à faire constater l'inexistence de la créance d'une banque suisse à l'égard d'un ressortissant américain, au motif, notamment, que l'impossibilité pour les juridictions étrangères d'admettre l'action en constat négatif de créance et la vraisemblance de leur refus de se nantir des prétentions portant sur le comportement d'autorités administratives suisses devait justifier la compétence des juridictions suisses sur le fondement du for de nécessité prévu à l'article 3 LDIP. V. TF, 15 décembre 2005, 5C. 264/2004, ATF 132 III 277, SJ 2006, n° 22, p. 293-298, et sur cet arrêt, V. Rétornaz et B. Volders, « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *RCDIP* 2008, p. 241 et s.

<sup>3229</sup> V. en ce sens, et critiquant une telle utilisation, not. A. Sinay-Cytermann, *thèse préc.*, n° 334 et s. V. également, sur ce point, E. Pataut et P. Hammje, note sous Cass. Soc., 10 mai 2006, *Époux Moukarim c/ Demoiselle Isopehi*, *RCDIP* 2006, p.

Cette utilisation du déni de justice a pu également être proposée par la doctrine dans les hypothèses où l'application de la loi du for était justifiée par la volonté d'accorder ou de faire respecter un droit particulier sur le plan international<sup>3230</sup>. La reconnaissance de sa compétence par le for reposerait alors sur l'idée que, puisque la disposition concernée ne peut être appliquée que par le juge du for, la compétence étrangère entraînerait un déni de justice en empêchant ces personnes de bénéficier des droits qu'elle prévoit, et viserait de manière générale à obliger les parties « à plaider devant ses propres juridictions certains litiges parce qu'il les estime trop délicats pour être remis entre les mains d'une juridiction étrangère »<sup>3231</sup>.

Sans apporter une justification réellement nouvelle de la prise en compte de la compétence juridictionnelle étrangère de la part du for, le déni de justice pourrait ainsi néanmoins intervenir *utilement* pour inciter les autorités saisies à se dessaisir.

---

856 et s., p. 866 et 867 ; L. Corbion, *thèse préc.*, n° 225 ; V. Rétornaz et B. Volders, *art. préc.*, p. 240, considérant que le déni de justice est alors directement justifié par la supériorité reconnue à la loi du for et indépendamment des circonstances de l'espèce.

<sup>3230</sup>V. défendant une telle conception concernant la loi française du 14 juillet 1819 accordant un droit de prélèvement successoral aux ressortissants français. H. Bauer, *thèse préc.*, n° 131 et s., pour qui, la compétence juridictionnelle des tribunaux du for s'expliquerait parce qu'il y aurait la crainte que « les bénéficiaires n'obtiennent pas devant les tribunaux étrangers les droits que veut leur octroyer l'ordre juridique interne par application de la loi interne » ; à propos de l'article 1397 du Code civil autorisant l'homologation de changement de régime matrimonial, A. Ponsard, note sous CA Paris, 29 juin 1968, *Fontaine*, RCDIP 1970, p. 298 et s., qui considère que dans la mesure où le juge québécois ne pouvait reconnaître le changement de régime de deux époux français domiciliés au Québec malgré le caractère d'ordre public de la disposition en droit français, du fait de l'applicabilité de la loi québécoise qui le prohibait, l'incompétence des juridictions françaises conduisait à un déni de justice ; et à propos du divorce, Ph. Francescakis et H. Gaudemet-Tallon, *J. Cl. dr. int.*, Fasc. 547 A n° 63, qui, prenant appui sur le changement de la législation française de 1975, ont pu déclarer que « l'impossibilité d'obtenir un divorce à l'étranger pourrait être assimilée à un déni de justice et les tribunaux français pourraient être compétents dès lors que l'époux qui a pris l'initiative de la demande résiderait en France ».

<sup>3231</sup>V. Rétornaz et B. Volders, *art. préc.*, p. 243.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**937.** L'analyse des différents mécanismes de coordination des systèmes consacrés en droit positifs ou proposés en doctrine a permis de faire apparaître que la mise en œuvre de la méthode de coordination des systèmes envisagée est tout à fait possible et pourrait trouver des appuis dans des mécanismes préexistants.

À condition de faire l'objet de certaines adaptations, ils pourraient permettre de fonder un effacement consenti par le for, devant la prépondérance de l'ordre juridique étranger d'origine des vraies lois de police applicables au fond du litige, et pourraient assurer le respect international de lois de police différentes.

**938.** L'analyse du mécanisme du *forum non conveniens* consacré dans les États de *common law* a permis de faire apparaître qu'il pourrait constituer un fondement adéquat pour la mise en œuvre de la coordination des systèmes. Conférant à l'autorité juridictionnelle saisie un pouvoir discrétionnaire général pour apprécier l'opportunité d'exercer sa compétence au regard de la notion de *for le plus approprié*, il lui permet également de se dessaisir au profit d'une juridiction étrangère qu'elle estimerait *mieux placée* pour trancher le différend.

À cet égard, la possibilité d'exploiter ce mécanisme pour réaliser la coordination des systèmes recherchée peut être déduite du rattachement de la notion de *for approprié* à la mise en cause d'intérêts étatiques, tel qu'il est consacré en particulier en droit américain. Ces facteurs d'intérêts étatiques apparaissent à la fois pris en compte à travers une analyse de l'intérêt général éprouvé par chacun des États concernés à voir certaines contestations tranchées par leurs tribunaux et sur le plan du droit substantiel, au regard de l'intérêt spécifique et prépondérant qu'un État pourrait éprouver à travers la résolution du litige. Sous cet angle, il apparaît susceptible de fonder une abstention des juridictions du for face au caractère plus approprié de la compétence des juridictions de l'ordre juridique d'origine des vraies lois de police. Il semble ainsi pouvoir fonder un système de *prise en compte facultative* des impérativités étrangères, dont l'utilisation pourrait être admise à titre général, pour assurer la coordination des systèmes recherchée dans des hypothèses où la prépondérance d'un ordre juridique ne pourrait être absolument prévisible.

Il devrait, néanmoins, faire l'objet d'adaptations permettant d'assurer son efficacité, notamment pour imposer au juge de relever d'office l'exception de *forum non conveniens* et permettre à celui-ci de *transférer* le litige devant des juridictions plus appropriées. Sa mise en

œuvre devrait être encadrée par des directives et soumises à certaines conditions, limitant la marge de manœuvre conférée à l'autorité saisie pour apprécier le caractère plus approprié de la compétence étrangère. À cet égard, une présélection de juridictions étrangères, présentant avec la situation juridique un rattachement déterminé, permettrait d'établir des hypothèses d'impérativités *respectables*, dont l'autorité juridictionnelle saisie devrait nécessairement apprécier le caractère plus approprié. Celle-ci resterait néanmoins libre de s'abstenir ou non d'exercer sa compétence juridictionnelle et apprécierait l'opportunité de son dessaisissement, au regard de critères préalablement établis, fondés sur les directives et les indices précédemment dégagés pour identifier l'ordre juridique prépondérant

Sous réserve de ces adaptations, la mise en œuvre d'un tel mécanisme serait envisageable, même dans les États de tradition civiliste, en dépit de la réticence généralement éprouvée à l'égard de ce mécanisme, dès lors qu'il pourrait prendre la forme d'une clause d'exception strictement définie. L'assouplissement dont font l'objet les règles de compétence juridictionnelle, en droit français et dans le cadre des instruments européens, confirmerait, d'ailleurs, une telle possibilité.

**939.** Vis-à-vis des vraies lois de police dont l'existence serait unanimement reconnue, et dont il pourrait être déduit avec certitude la prépondérance globale de l'ordre juridique dont elles émanent, les procédés envisagés en doctrine reposant sur la détermination d'un *ordre juridique de référence* pourraient également constituer le fondement de la mise en œuvre de la méthode de coordination des systèmes envisagée.

À cet égard, le mécanisme fondé sur la *dissociation du for de raisonnement et du for de jugement* proposée par G. A. L. Droz, qui présente une étroite parenté avec la théorie du *foreign court theory*, pourrait asseoir une mise à l'écart du point de vue substantiel du for au profit de l'ordre juridique étranger d'origine des vraies lois de police. Cette solution, insusceptible de permettre d'assurer directement le respect de la compétence juridictionnelle de l'ordre juridique étranger, permettrait néanmoins à l'autorité saisie d'adopter intégralement le raisonnement qu'auraient adopté ses juridictions étrangères si elles avaient été directement saisies. Elle permettrait de tenir compte du lien existant inévitablement entre la mise en cause des lois de police et l'autorité saisie, et d'éviter les effets de la décorrélation des compétences sur leur mise en œuvre. Sous cet angle, elle pourrait être satisfaisante lorsque la compétence juridictionnelle du for ne pourrait être écartée, malgré la revendication de compétence juridictionnelle de l'ordre juridique étranger, ou en l'absence d'une telle revendication de compétence, pour assurer le respect effectif des vraies lois de police.

La méthode systématique de référence à l'ordre juridique compétent proposée par P. Picone, d'autre part, pourrait également fonder la mise en œuvre de la méthode de coordination envisagée dans des hypothèses exceptionnelles. Elle repose sur une vision globale des conflits entre ordres juridiques et vise à assurer la coordination des systèmes autour d'un ordre juridique unique pris globalement en référence. Celui-ci est considéré, à titre permanent et général, comme ayant une prépondérance absolue pour faire valoir son point de vue vis-à-vis du traitement d'une situation internationale par rapport à tout autre ordre juridique.

Cette méthode de coordination des systèmes permet ainsi d'assurer le respect unanime du point de vue qu'un ordre juridique déterminé retient au stade de l'instance directe et de l'instance indirecte. Elle pourrait conduire toute autorité juridictionnelle étrangère saisie à s'abstenir d'exercer sa compétence dans la mesure où l'ordre juridique de référence reconnaîtrait la compétence exclusive de ses tribunaux et devrait également assurer une reconnaissance facilitée des jugements que rendraient ses juridictions au stade du contentieux de l'*exequatur*, quelle que soit l'autorité juridictionnelle saisie.

Son utilisation, pour assurer le respect de la prépondérance d'un ordre juridique dont les vraies lois de police seraient mises en cause, serait néanmoins restreinte à des hypothèses où il apparaîtrait possible de présumer du caractère systématique et légitime de la revendication de compétence globale d'un ordre juridique étranger. Elle n'apparaîtrait dès lors opérante que vis-à-vis des lois de police dont la mise en cause pourrait apparaître évidente depuis le for, parce qu'il revendique lui-même l'application de ses lois de police dans cette même hypothèse ou qu'elles sont reconnues par la plupart des législations étatiques.

Dans ces hypothèses exceptionnelles, elle pourrait fonder un système de *prise en compte obligatoire* des impérativités étrangères, imposant à l'autorité saisie de les respecter dans une hypothèse déterminée, sous réserve d'une vérification concrète, lui permettant de s'assurer de la réalité de la prépondérance de l'ordre juridique étranger.

**940.** Les procédés multilatéraux de coopération interjuridictionnelle, tels qu'ils apparaissent de plus en plus fréquemment mis en œuvre et consacrés dans les instruments internationaux, pourraient être exploités pour renforcer l'efficacité des mécanismes de coordination précédemment décrits et faciliter leur mise en œuvre. En droit international privé contemporain, le développement d'une collaboration interjuridictionnelle a conduit à faire émerger des cadres d'échanges et de communication permettant aux ordres juridiques de se faire connaître leur points de vue respectifs, indépendamment de tout contentieux, et à la

consécration de procédés mis en œuvre à *l'occasion d'un procès en cours*. Elle apparaît, dans sa forme la plus aboutie, à travers un dialogue direct entre autorités juridictionnelles.

Ces procédés de coopération pourraient permettre d'inclure l'ordre juridique prépondérant au processus de la coordination des systèmes, en faisant expressément connaître son point de vue à l'autorité juridictionnelle saisie ou en intervenant directement pour participer à la réalisation de cette coordination. Sous cet angle, ils pourraient être mis en œuvre sur le plan du droit substantiel ou sur le plan de la compétence juridictionnelle et être exploités dans la mise en œuvre des mécanismes de coordination des systèmes envisagés, pour éviter les inconvénients et les difficultés résultant de l'unilatéralisme qui les caractérise.

Telle qu'elle apparaît consacrée dans certaines conventions de La Haye et des règlements européens, ou apparaît spontanément mise en œuvre par les juridictions françaises, sur le plan de la compétence juridictionnelle, cette coopération pourrait intervenir pour permettre aux deux juridictions concernées de déterminer conjointement de la juridiction la plus appropriée, grâce à un échange d'informations ou un transfert d'instance d'une juridiction à l'autre. Ce faisant, elle pourrait assurer une connaissance certaine du point de vue retenu par l'ordre juridique étranger par le for, et un transfert direct de l'instance vers les juridictions de cet ordre juridique.

D'un autre côté, elle permettrait de fonder une connaissance certaine de la prépondérance présumée de l'ordre juridique étranger désigné par des règles préétablies dans le for, en permettant à ce dernier d'interroger directement ses autorités, et assurerait la pertinence de la solution consacrée quant à son effacement.



## CONCLUSION GÉNÉRALE

**941.** À l'heure où les solutions explicites du droit positif laissent penser que la *semi-impérativité* des lois de police dans les conflits de juridictions découle nécessairement du principe de séparation des conflits de lois et de juridictions et des impératifs du libéralisme économique, cette étude a permis de mettre en lumière qu'elle n'est ni systématique, ni inéluctable, mais qu'elle peut être évitée grâce à des solutions précisément établies, fondées sur une analyse détaillée des dispositions concernées.

Dans un contexte où la différence de régime des lois de police du for et des lois de police étrangères devient de plus en plus importante et renforce les effets de la décorrélation des compétences, induite par l'expatriation du contentieux en dehors du for d'origine des dispositions applicables, ces solutions permettraient de supprimer ou d'atténuer les contraintes que fait nécessairement peser la mobilité interjuridictionnelle des parties, aujourd'hui favorisée, sur le respect de ces dispositions.

**942.** Face à l'impossibilité de proposer une solution *générale* susceptible de réconcilier parfaitement l'efficacité des politiques législatives impératives avec l'harmonie internationale des solutions sur le plan des conflits de lois, cette thèse propose de déplacer le cadre d'analyse et de traitement des lois de police sur le plan des conflits de juridictions. Une telle solution apparaît opportune s'agissant des dispositions unilatéralement applicables, qui protègent des intérêts étatiques particularistes, dont une diminution de l'impérativité devant les fors étrangers apparaît peu satisfaisante.

Elle aurait vocation à s'appliquer lorsque les lois de police ne bénéficient pas déjà d'un chef de compétence juridictionnelle impératif corrélé, assurant le maintien du contentieux devant leur for d'origine, et subissent effectivement une perte d'impérativité du fait de la décorrélation des compétences juridictionnelle et législative. À cela, le droit de l'Union européenne est susceptible d'apporter un remède efficace, en permettant une *mutation méthodologique* de certaines lois de police. Cette mutation s'opère grâce à l'élaboration de règles de conflits de lois adaptées, *cristallisant* ou *bilatéralisant* des lois de police dont la mise en œuvre est unanimement admise au sein de la communauté juridique des États membres. Or, ainsi insérées au sein d'une règle uniforme, ces lois de police se voient dotées d'une impérativité internationale renforcée et constante quel que soit le juge saisi, et peuvent



se satisfaire d'une décorrélation des compétences juridictionnelle et législative dans les rapports entre Etats membres.

**943.** Pour les lois de police risquant d'être « désactivées »<sup>3232</sup> par l'effet du système consacré, l'étude des différentes solutions qui pourraient être mises en œuvre pour restaurer leur impérativité dans les conflits de juridictions a permis de mettre en lumière qu'il existe une impossibilité de *concilier* l'ouverture des frontières du for au stade de l'instance directe et la réalisation d'une protection efficace des lois de police. Le recours à un système permettant de conditionner la licéité des clauses de règlement des différends au respect de la loi de police du for devant l'autorité juridictionnelle élue, ou reposant sur la restauration d'une protection *in extremis* des impérativités du for au stade du contentieux de l'*exequatur*, apparaît insuffisant et présente des difficultés de mise en œuvre.

Ceci a conduit à admettre l'opportunité de consacrer directement une mise à l'écart exceptionnelle du libéralisme retenu au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle, pour assurer le maintien du contentieux devant les juridictions du for. Serait ainsi établie une liaison absolue du *forum* et du *jus*, seule susceptible d'assurer l'application certaine et nécessaire des lois de police. Sous cet angle, cette thèse propose de prolonger l'absence de coordination existant le plus souvent quant à la mise en œuvre des lois de police sur le fond, par une fermeture exceptionnelle de l'ordre juridique du for sur le plan des conflits de juridictions. Elle envisage par la suite la reconstruction, devant les fors étrangers, d'un système permettant d'assurer l'harmonie internationale des solutions.

**944.** La consécration d'un tel traitement unitaire des compétences juridictionnelle et législative pourrait être fondée, comme nous avons tenté d'en convaincre, sur un recours à la notion d'*ordre juridique prépondérant*. Celle-ci, susceptible d'être utilisée à tous les stades du contentieux et devant des autorités juridictionnelles étatiques et arbitrales, désignerait un ordre juridique dont le titre d'intervention serait *supérieur* à celui du for pour la résolution d'un litige ou le traitement d'une situation internationale, en raison de l'implication de son *ordre public de direction* et de la mise en cause d'une politique législative qu'il estime cruciale pour la défense de son intérêt général. Sa revendication unilatérale de compétence législative, exprimée à travers l'applicabilité de sa loi de police, trouverait ainsi un prolongement sur le plan juridictionnel, pour induire la *compétence prioritaire* de ses tribunaux et fonder sa *compétence globale*.

---

<sup>3232</sup> D. Bureau et H. Muir Watt, « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p. 1 et s.

Une telle solution consisterait ainsi à admettre que la mise en cause de ses impérativités sur le plan du droit applicable peut exercer une attraction sur la compétence de ses juridictions, et constituer le fondement d'un chef de compétence juridictionnelle justifié en opportunité et reposant sur des considérations de souveraineté. Il prendrait en charge l'idée que l'importance des intérêts du for mis en cause sur le plan du droit substantiel justifie de maintenir le contentieux devant ses juridictions, parce qu'elles sont seules susceptibles d'assurer une application certaine et nécessaire de la disposition concernée et apparaissent, pour cette raison, comme les seules bien placées pour statuer. Cette compétence juridictionnelle exprimerait le rejet de toute compétence concurrente des autorités juridictionnelles étatiques et arbitrales étrangères. Elle ferait obstacle au recours à l'arbitrage et revêtirait un caractère à la fois impératif et exclusif, afin de refuser aux parties la possibilité de déroger conventionnellement à la compétence du for et de faire obstacle à la reconnaissance de toute décision prononcée à l'étranger. Elle permettrait ainsi d'apporter des correctifs au système actuel, en évitant la multiplication des risques de violation des lois de police qu'induit l'admission généralisée des clauses de prorogation de for et en permettant de sanctionner *a posteriori* les parties qui auraient voulu les contourner.

Une telle solution peut être reçue dans un système où le droit de la compétence juridictionnelle apparaît généralement et par principe gouverné par le respect du *principe de proximité*, dans la mesure où l'on admettrait qu'il existe, à côté de ce principe, une place pour la prise en compte du *principe de souveraineté*, avec lequel il apparaît compatible et auquel il est, dans certaines hypothèses, assimilable. Il en est ainsi, dans une interprétation extensive de ce principe et détachée de la localisation purement *objective* d'un rapport de droit considéré, si l'on admet que la *proximité* peut intégrer l'idée d'un *rattachement juridique, substantiel*, du rapport de droit à un ordre juridique déterminé, indépendamment de toute matérialité.

**945.** Alors que l'accroissement du nombre de lois de police dans les conflits de lois se traduit par une multiplication de dispositions internationalement impératives ne mettant en cause que très indirectement, et parfois de manière purement *artificielle*, un intérêt étatique, cette résistance du for à l'internationalisation ne pourrait être déduite de la seule applicabilité d'une disposition qualifiée de loi de police. La mise en œuvre d'une telle solution implique nécessairement une analyse de la nature des intérêts qu'elle met en cause et de l'objectif à la réalisation duquel elle apparaît *prioritairement* affectée. Cette analyse permettrait d'évaluer les hypothèses dans lesquelles l'importance que revêt l'application de la disposition concernée rend effectivement *problématique* sa perte d'impérativité probable à l'étranger et s'impose,

compte tenu de l'importance des considérations qui justifient la poursuite d'une politique libérale, pour limiter la mise en place d'une dérogation aux hypothèses où elle apparaît réellement justifiée. Sous cet angle, l'indifférence consacrée à l'égard du droit substantiel impératif applicable, dans le système actuel, semble pouvoir s'expliquer du fait de la conception extensive des lois de police adoptée en droit positif, et de l'impossibilité qui en résulte de fonder une solution raisonnable sur le seul constat de l'applicabilité d'une loi ainsi qualifiée.

La mise en place d'une solution mesurée, permettant d'articuler harmonieusement la poursuite d'une politique libérale et la défense des intérêts étatiques, devrait reposer sur la réalisation d'un tri au sein des lois de police préexistantes, effectué au regard de la distinction entre *ordre public de protection individuelle* et *ordre public de direction collective*<sup>3233</sup>. Il permettrait de distinguer les vraies lois de police poursuivant prioritairement un but d'organisation collective, et dont l'absence d'application conduirait à « déstabiliser les intérêts poursuivis par l'État »<sup>3234</sup>, et celles dont les effets seraient limités à la protection des intérêts d'une personne ou d'une catégorie de personnes, qui interviennent comme des règles impératives de bon comportement individuel.

Le recours à la notion d'ordre juridique prépondérant aurait alors vocation à s'appliquer principalement dans les matières touchant à la régulation économique, où la législation impérative applicable est traditionnellement considérée comme mettant en cause la politique économique et commerciale de l'État concerné. Elle pourrait être utilisée, par exemple en droit de la concurrence, chaque fois que la loi de police applicable, tout en réglant des rapports individuels, vise *principalement* un objectif macroéconomique de régulation du marché. Le principe de licéité des clauses de prorogation de for pourrait et devrait être maintenu, en revanche, s'agissant des lois de police intervenant dans les matières impliquant des parties faibles, telles que le droit du travail ou le droit de la consommation, lorsqu'elles sont *prioritairement* affectées à un objectif de protection d'une personne ou d'un groupe de personnes.

**946.** Pour l'avenir, la mise en place d'un système plus cohérent impliquerait de restreindre, dès le départ, la consécration des lois de police pour la réserver aux hypothèses dans lesquelles les dispositions concernées répondraient à cette définition publiciste, et lorsqu'il

---

<sup>3233</sup> L. d'Avout, « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s., p. 114.

<sup>3234</sup> *Ibid.*

apparaîtrait « clairement et de manière indubitable que celles-ci exigent d'être appliquées à certaines situations internationales, nonobstant le jeu des règles générales de conflit de lois »<sup>3235</sup>. Appelée de ses vœux par une partie de la doctrine et favorisée par les solutions désormais consacrées dans le règlement Rome I, une telle évolution inciterait à formuler des critères précis d'identification des vraies lois de police de type administratif, limitant la marge de manœuvre de l'autorité saisie, ou à procéder, lorsqu'elle serait possible, à une désignation explicite des lois de police dont la prise en compte serait envisageable. La qualification de loi de police serait ainsi restreinte aux dispositions qui méritent légitimement de bénéficier d'une impérativité internationale uniforme et permanente, et dont la protection justifie la mise en place de solutions dérogatoires sur les plans à la fois législatif et juridictionnel. À la fois plus rares et mieux définies, elles seraient alors dégagées de la méfiance qu'elles suscitent en droit positif et pourraient voir leur impérativité internationale mieux respectée grâce au recours à la notion d'*ordre juridique prépondérant* et aux techniques de conflit de juridictions associées à cette notion.

**947.** Déduite de la mise en cause de ces dispositions super-impératives, la prépondérance d'un ordre juridique devrait pouvoir être prise en compte et respectée depuis les fors étrangers afin de réconcilier, sur le plan des conflits de juridictions, le respect des intérêts étatiques et la coordination des systèmes. La revendication de compétence globale de cet ordre juridique, dit prépondérant, justifiée par l'implication de ses intérêts étatiques fondamentaux et explicitement formulée à travers la consécration d'un chef de compétence juridictionnelle exclusif de ses tribunaux, pourrait en effet conduire le for à admettre la priorité d'intervention de celui-ci et la mise à l'écart de son point de vue. La prise en compte de cette prépondérance, éventuellement justifiée par la seule courtoisie internationale et incitant à une coopération réciproque des États à la protection de leurs intérêts respectifs les plus fondamentaux, pourrait être également confortée par la prise en compte des considérations objectives de bonne administration et d'effectivité de la justice. Le respect de cette compétence étrangère pourrait idéalement prendre la forme d'une abstention juridictionnelle du for, déduite d'un *test de légitimité*, mêlant la vérification de certaines conditions objectives et une appréciation « d'opportunité politique »<sup>3236</sup> de la revendication étrangère, réalisée au regard des valeurs qu'il défend et des vues généralement acceptées sur le plan international. Quant à la méthode de coordination utilisée, une solution opportune pourrait reposer sur la mise en place d'un

<sup>3235</sup> L. d'Avout, *art. préc.*, p. 111-112.

<sup>3236</sup> P. Deumier, « La prise en considération de la loi de police étrangère », RDC 2012, n° 4, note sous CA Poitiers, 29 avril 2011.

système dualiste, établi à l'aide d'une adaptation de certains mécanismes préexistants, et dont le choix dépendrait de la certitude éprouvée quant à la prépondérance étrangère.

À condition d'une formulation de critères d'identification précis, idéalement accompagnée d'une présélection explicite des ordres juridiques dont la prépondérance pourrait être respectée, le système de coordination devrait être articulé autour d'un principe de prise en compte *facultative* des impérativités étrangères, faisant dépendre la mise en retrait du point de vue du for d'une évaluation réalisée concrètement par l'autorité saisie. Un tel procédé, qui s'apparenterait à celui du *forum non conveniens* utilisé par les États de *common law*, conférerait un rôle déterminant à l'appréciation réalisée par l'autorité saisie, qui resterait toujours libre de la solution finale à retenir mais serait strictement encadrée pour réaliser son évaluation. Ce procédé assurerait une adaptation des solutions aux circonstances concrètes de chaque espèce et pourrait être appliqué à *titre général*, dans toutes les hypothèses où l'absence de systématisme existant quant à la mise en œuvre des lois de police se traduirait, au for saisi, par une incertitude quant à la prépondérance d'un ordre juridique étranger susceptible d'être définitivement déterminé.

En revanche, pour les lois de police dont la mise en cause peut apparaître évidente depuis le for, parce qu'il revendique lui-même l'application de ses lois de police dans cette même hypothèse ou qu'elles sont reconnues par la plupart des législations étatiques, la systématisme et la certitude de la prépondérance d'un ordre juridique identifiable devraient conduire à privilégier une méthode plus efficace de coordination, reposant sur un système de prise en compte *obligatoire* du point de vue étranger. Une telle solution, inspirée de la méthode de la référence à l'ordre juridique compétent proposée par P. Picone, induirait la formulation d'une présomption de prépondérance d'un ordre juridique précisément identifié et directement désigné par des règles de coordination préétablies dans le for, qui fonderaient en réalité son incompétence dans l'hypothèse indiquée. Le respect du point de vue étranger s'imposerait alors *par principe* à l'autorité saisie, indépendamment des circonstances particulières de chaque espèce, mais serait néanmoins soumis à une vérification concrète de la réalité de la prépondérance étrangère et pourrait être écarté par décision motivée de l'autorité saisie.

Dans la mise en œuvre de ces deux types de mécanismes, un recours à des procédés d'entraide et de coopération interjuridictionnelle, tels qu'ils apparaissent de plus en plus fréquemment consacrés, notamment dans le cadre européen, devrait être admis pour éviter les inconvénients de l'unilatéralisme des points de vue de chacun des ordres juridiques, et assurer une décision finale conjointement acceptée de la part des deux ordres juridiques concernés.

**948.** Un tel système, apparemment innovant, systématiserait en réalité une solution historiquement usitée en matière d'état et de capacité des personnes par les juridictions françaises, pour assurer le respect de la prépondérance de l'ordre juridique de la nationalité, et aujourd'hui encore implicitement mise en œuvre. L'idée de l'existence d'un ordre juridique prépondérant vis-à-vis d'un rapport de droit déterminé pourrait être décelée à travers certaines règles de compétence juridictionnelle dérogatoires instaurées, notamment, dans le cadre européen, pour protéger certaines parties faibles. Elle semble également inspirer certains mécanismes de coopération administrative transfrontière préexistants, servant notamment à trancher les conflits de lois de police. Elle apparaît en pratique consacrée, à travers les chefs de compétence juridictionnelle exclusifs retenus en droit français et européen, qui recouvrent des hypothèses de mise en cause directe d'un service public ou les contentieux en matière de droits réels immobiliers et correspondent, en pratique, à des hypothèses de *forum legis* fondées sur la mise en cause d'un « agrégat de lois de police »<sup>3237</sup> reposant sur un même rattachement. Ces chefs de compétence juridictionnelle assurent, en effet, le maintien du contentieux devant les juridictions d'un ordre juridique dont la mise en cause de la souveraineté fonderait la reconnaissance de sa *prépondérance globale*, et bénéficient d'un respect international dans les ordres juridiques étrangers, grâce à la mise en œuvre de la *théorie de l'effet réflexe*, ou au bilatéralisme des règles de compétence exclusive consacrées au sein du règlement Bruxelles I bis. Sous cet angle, la mise en place du système proposé conduirait simplement à transposer, en l'adaptant et en la systématisant à travers des règles explicites et précisément établies, une solution déjà en pratique retenue vis-à-vis de lois de police unanimement admises et généralement soustraites du mécanisme d'intervention « conflictuellement dérogatoire »<sup>3238</sup> qui les caractérise.

Cette solution permettrait de mettre fin à la solution incohérente du droit positif, qui veut que les lois de police, pourtant internationalement impératives, soient systématiquement sacrifiées sur l'autel du libéralisme économique.

---

<sup>3237</sup> L. d'Avout, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, 2006, *Economica*, n° 22.

<sup>3238</sup> P. de Vareilles-Sommières, « Lois de police et politiques législatives », *RCDIP* 2011, p. 207 et s., n° 17.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **THESES, MONOGRAPHIES, OUVRAGES GENERAUX ET SPECIALISES**

- Alexandre D., *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*, LGDJ, 1970.
- Ancel B. et Lequette Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, Dalloz.
- Ancel P., J.-Cl. proc. civ., Fasc. 1024 : *Conventions d'arbitrage. Conditions de fond. Litiges arbitrables*.
- Ancel P., *L'indisponibilité des droits de la personnalité, Une approche critique des droits de la personnalité*, thèse Dijon, 1978.
- Arfazadeh H., *Ordre public et arbitrage international, à l'épreuve de la mondialisation*, Zurich, 2005.
- Arhel P., Rep dr. com. Dalloz, V<sup>o</sup> *Concurrence (Règles de procédure)*.
- Arroyo D. P. F., *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, RCADI 2006, t. 323, p. 9 et s.
- Arrue Montenegro C. A., *Autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, thèse dactyl., Paris II, 2010.
- Audit B. et Avout L. (d'), *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd. refondue, 2013, Économica.
- Audit B., *La fraude à la loi*, thèse, Paris, 1974, Dalloz.
- Audit B., *Le caractère fonctionnel de la règle de conflit : (sur la crise des conflits de lois)*, RCADI 1984, t. 186, p. 219 et s.
- Audit B., *Le droit international privé en quête d'universalité. Cours général*, RCADI 2001, t. 305, p. 9 et s.
- Audit M., Bollée S., Callé P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2014, LGDJ.
- Avout L. (d') et Audit B., *Droit international privé*, 7<sup>e</sup> éd. refondue, 2013, Économica.
- Avout L. (d'), *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, 2006, Economica.
- Bartin E., *Etudes sur les effets internationaux des jugements*, Dalloz, 1908.
- Bartin E., *Principes de droit international privé*, Domat-Montchrestien, t. I, 1930.
- Basedow J., *Souveraineté territoriale et globalisation des marchés : domaine d'application des lois contre les restrictions de concurrence*, RCADI, 1997, t. 264, p. 9 et s.
- Batiffol H. et Lagarde P., *Droit international privé*, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., 1993, LGDJ.
- Batiffol H. et Lagarde P., *Droit international privé*, t. 2, 7<sup>e</sup> éd., 1983, LGDJ.
- Batiffol H., *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956.
- Batiffol H., *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI 1973, t. 139, p. 75 et s.
- Batiffol H., *Les sources internationales du droit international privé*, Cours IHEI, 1969-1970.
- Batiffol H., *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, RCADI 1967, t. 120, p. 165 et s.
- Batiffol H., *Traité élémentaire de droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1955.
- Bauer H., *Compétence judiciaire internationale des tribunaux civils français et allemands, Étude comparative*, Dalloz, 1965.
- Bischoff J.-M., *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*,

LGDJ, 1959.

Blaise J.-B., *Droit des affaires*, LGDJ, 4<sup>e</sup> éd. 2007.

Bollée S., Audit M., Callé P., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2014, LGDJ.

Bollée S., *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, Paris, 2004.

Boucobza X., *L'acquisition internationale de sociétés*, LGDJ, 1998.

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

Bucher A., *Droit international privé suisse*, t. I., éd. Helbing & Lichtenhahn, 1995.

Bucher A., *La famille en droit international privé*, RCADI 2000, t. 283, p. 9 et s.

Bucher A., *Le nouvel arbitrage international suisse*, Bâle, Helbing und Lichtenhahn, 1988.

Bucher A., *L'ordre public et le but social des lois en droit international privé*, RCADI 1993, t. 239, p. 9 et s.

Bureau D. et Muir Watt H., *Droit international privé*, t. I, *Partie générale* ; t. II, *Partie spéciale*, PUF, coll. Thémis droit, 3<sup>e</sup> éd. Refondue, 2014.

Callé P., Audit M., Bollée S., *Droit du commerce international et des investissements étrangers*, 2014, LGDJ.

Carbonnier J., *Droit civil*, t. I, *Les personnes*, PUF, Paris, 17<sup>e</sup> éd., 1990.

Chalas C., *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2000.

Chapelle A., *Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*, thèse, Paris-II, 1979.

Clavel S., *Le pouvoir d'injonction extraterritoriale pour le règlement des litiges privés internationaux*, thèse dactyl., Paris I, 1999.

Coipel-Cordonnier N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, LGDJ 1999.

Corbion L., *Le déni de justice en droit international privé*, 2004, PU Aix-Marseille, (préf. Y. Lequette).

Corneloup S., *La publicité des situations juridiques : une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2003, préf. P. Lagarde.

Cornut E., *Théorie critique de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois, 2006.

Cosquer-Héraud N., *Ordre public de protection du consommateur et conflit de lois, (Etude de l'article 5 de la Convention de Rome)*, thèse (dactyl.), Paris 1, 2001.

Coursier Ph., *Conflit de lois en matière de contrat de travail*, 1993, LGDJ.

Cuniberti G., *Les mesures conservatoires portant sur des biens situés à l'étranger*, LGDJ, 2000.

David R., *L'arbitrage dans le commerce international*, Paris Economica, 1982.

Deby-Gerard F., *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Paris, Dalloz, Bibli. dr. pr., vol. 16, 1973.

Droz G. A. L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun, Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz Bibli. dr. int. pr., vol. XIII, 1972.

Droz G. A. L., *Regards sur le droit international privé comparé. Cours général de droit international privé*, RCADI 1991, t. 229, p. 9 et s.



Ehrenzweig A., *Specific Principles of Private Transnational Law*, RCADI 1968, t. 124, p. 167 et s.

Fadlallah I., *La famille légitime en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1977.

Fadlallah I., *L'ordre public dans les sentences arbitrales*, RCADI 1994, t. 249, p. 369 et s.

Fauvarque-Cosson B., *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996.

Fawcett J. J., (dir.), *Declining Jurisdiction in Private International Law, Reports to the XIV th Congress*.

Fentiman R., *Foreign Law and the Forum Conveniens*, in *Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, Transnational Publishers, 2002, p. 275 et s.

Fohrer-Dedeurwaerder E., *La prise en considération des normes étrangères*, LGDJ, 2008.

Fouchard Ph., Gaillard E. et Goldman B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

Fragistas C. N., *La compétence internationale en droit international privé*, RCADI 1961, t. 104, p. 159 et s.

Francescakis Ph., *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, 1958, Sirey.

Françq S., *L'applicabilité spatiale du droit communautaire dérivé au regard de la théorie générale du droit international privé*, Bruylant, LGDJ, 2005.

Gaillard E., Fouchard Ph. et Goldman B., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

Gaillard E., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

Gallant E., *Responsabilité parentale et protection des enfants en droit international privé*, Defrénois, 2004.

Gardella A. et Radicati di Brozolo L. G., *Civil Law, Common Law and Market Integration: The EC Approach to Conflicts of Jurisdiction*, in *American Journal of Comparative Law*, 2003.

Gaudemet-Tallon H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd. 2015.

Gaudemet-Tallon H., *La prorogation volontaire de juridiction en droit international privé*, Dalloz, 1965.

Gaudemet-Tallon H., *Le pluralisme en droit international privé : richesses et faiblesses (le funambule et l'arc-en-ciel)*, RCADI 2005, t. 312, p. 9 et s.

Gaudemet-Tallon H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1996.

Giorgini G. C., *Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des nouveaux instruments de règlement de la faillite internationale*, Nouvelle Bibli. de thèses, Dalloz 2006.

Goldman B., Fouchard Ph. et Gaillard E., *Traité de l'arbitrage commercial international*, Litec, 1996.

Goldman B., *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI 1969, t. 128, p. 630 et s.

Goldman B., *Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*, RCADI 1968, t. 109, p. 347 et s.

Goldstein G., *De l'exception d'ordre public aux règles d'application nécessaire, (Etude du rattachement substantiel impératif en droit international privé canadien)*, éd. Thémis, Montréal, Canada, 1996.

Gonzales Campos J. D., *Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé*, RCADI 2002, t. 287, p. 9 et s.

Gonzalès-Campos J. D., *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé*, RCADI 1977, t. 156, p. 227 et s.

Gothot P. et Holleaux D., *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985.

Gourdet G., *L'effectivité en droit international privé*, thèse dactyl. Nice, 1978,

Guez Ph., *L'élection de for en droit international privé*, thèse, Paris X-Nanterre, 2000.

Heuzé V. et Mayer P., *Précis de droit international privé*, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

Heuzé V., *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, 1990, GLN Joly.

Holleaux D. et Gothot P., *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985.

Idot L. et Jarrosson Ch., Rép. dr. comm. Dalloz, V<sup>o</sup> Arbitrage.

Idot L., *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, thèse, Paris II, 1981.

Imhoff-Scheier A.-C., *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Librairie de l'Université Georg & Cie, 1981.

Issad M., *Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur. De la révision au contrôle*, LGDJ Bibl. dr. pr, T. XCIX, 1970.

Jacquet J.-M., *Principe d'autonomie et contrats internationaux*, Economica, Préf., J.-M. Bischoff.

Jarrosson Ch. et Idot L., Rép. dr. comm. Dalloz, V<sup>o</sup> Arbitrage.

Jodlowski J., *Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile*, RCADI 1974, t. 143, p. 475 et s.

Joubert N., *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, Litec, 2007, préf. P. Lagarde.

Juillard P., *L'évolution des sources du droit des investissements*, RCADI 1994, t. 250, p. 9 et s.

Kessedjian C., *Codification du droit commercial international et droit international privé. De la gouvernance normative pour les relations économiques internationales*, RCADI 2002, t. 300, p. 79 et s.

Kessedjian C., *Judicial regulation Regulation of Improper Forum Selections*, in J. Goldsmith, *International Dispute Resolution: The Regulation of Forum Selection*, Transitional Pub., 1997, p. 273 et s.

Kaufmann-Kohler G., *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Bâle, 1980, Helbing & Lichtenhahn.

Kegel G., *The crisis of the conflict of laws*, RCADI 1964, t. 112, p. 91 et s.

Kessedjian C., *Droit du commerce international*, PUF, 2013.

Kinsch P., *Le fait du Prince étranger*, préf., J.-M. Bischoff, Paris, LGDJ, Bibl. dr. pr., t. 240, 1994.

Kröll S., *Future Perspectives of Conflicts, Mandatory Rules in International Contracts*, in *Perspectives of Air Law, Space Law, and International Business Law for the Next Century*, 1996, Carl Heymanns Verlag, p. 87 et s.

Lagarde P. et Batiffol H., *Droit international privé*, t. 1, 8<sup>e</sup> éd., 1993, LGDJ.

Lagarde P. et Batiffol H., *Droit international privé*, t. 2, 7<sup>e</sup> éd., 1983, LGDJ.

Lagarde P., *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*, RCADI 1986, t. 196, p. 9 et s.

Lagarde P., *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, Dalloz, 1959.

Lambertye-Autrard M.-C. (de), *La distinction des meubles et des immeubles en droit international privé*, thèse, Paris I, 2001.

Leclerc F., *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (étude de conflit de lois)*, Bruylant Bruxelles, 1995.

Lequette Y. et Ancel B., *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., 2006, Dalloz.

Lequette Y., *Protection familiale et protection étatique des incapables*, 1976, Dalloz.

Loquin E., J.-Cl. proc. civ., Fasc. 1024 : Arbitrage. Convention d'arbitrage. Conditions de fond. Litige arbitrage.

Loquin E., *Les manifestations de l'illicite*, in *L'illicite dans le commerce international*, (dir. Ph. Kahn et C. Kessedjian), Litec, 1996.

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

Loussouarn Y., *Cours général de droit international privé*, RCADI 1973, t. 139, p. 269 et s.

Lyon-Caen G., *Les relations de travail internationales*, éd. Liaisons, 1991.

Marchand A., *L'embargo en droit du commerce international*, Thèse dactyl., Nancy 2, 2009.

Mayer D., *Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille*, thèse 1972.

Mayer P. et Heuzé V., *Précis de droit international privé*, 11<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014.

Mayer P., *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Bibl. dr. int. pr., Dalloz, 1973.

Mayer P., *Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit international privé*, RCADI 2007, t. 327, p. 9 et s.

Mc Lachlan C., *Third Interm Report ; Declining & Referring Jurisdiction in International Litigation*, Report of the Sixty-Ninth Conference, International Law Association, 2000, p. 137 et s.

Mohamed Salah M.-M., *Loi d'autonomie et méthodes de protection de la partie faible en droit international privé*, RCADI 2005, t. 315, p. 141 et s.

Moissinac Massénat V., *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2007.

Moreau E., *Lois de police et contrat international de travail*, Thèse dactyl., Paris X-Nanterre, 1993.

Muir Watt H. et Bureau D., *Droit international privé*, t. I, *Partie générale* ; t. II, *Partie spéciale*, PUF, coll. Thémis droit, 3<sup>e</sup> éd. Refondue, 2014.

Muir Watt H., *Aspects économiques du droit international privé : (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, RCADI 2004, t. 307, p. 25 et s.

Muir Watt H., *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse dactyl., Paris II, 1985.

Niboyet J.-P., *Traité de droit international privé français*, 1948, Sirey.

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

Nuyts A., *L'exception de forum non conveniens, Etude de droit international privé comparé*, Bruylant, LGDJ, Bruxelles, Paris, 2003.

Oprea E.-A., *Droit de l'Union européenne et lois de police*, L'Harmattan, 2015.

Ortscheidt J. et Seraglini Ch., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat-Montchrestien, 2013.

- Pataut E., *Lois de police et ordre juridique communautaire*, in *Les conflits de lois et l'ordre juridique communautaire*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 117 et s.
- Pataut E., *Principe de souveraineté et conflit de juridictions (étude de droit international privé)*, 1999, t. 298, coll. Bibl. dr. privé, LGDJ.
- Payet M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, vol. 7, 2001.
- Pélichet M., *La vente internationale de marchandises et le conflit de lois*, RCADI 1987, t. 201, p. 9 et s.
- Perreau-Saussine L., *L'immeuble et le droit international privé. Étude des méthodes*, 2006, Defrénois.
- Picone P., *La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé*, RCADI 1986, t. 197, p. 229 et s.
- Picone P., *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé*, RCADI 1999, t. 276, p. 9 et s.
- Pillet A., *Principes de droit international privé*, 1903, Pedone-Allier.
- Pillet A., *Traité pratique de droit international privé*, 2 vol., 1923-1924, Allier-Sirey.
- Pocar F., *La protection de la partie faible en droit international privé*, RCADI 1984, t. 188, p. 339 et s.
- Pollaud-Dulian F., *Propriété industrielle*, Economica, 2010.
- Pommier J.-Ch., *Principe d'autonomie et loi du contrat en droit international privé conventionnel*, Economica, Paris, 1992.
- Racine J.-B., *L'arbitrage commercial international public et l'ordre public*, 1999, t. 309, coll. Bibl. dr. privé, LGDJ.
- Radicati di Brozolo L. G. et Gardella A., *Civil Law, Common Law and Market Integration: The EC Approach to Conflicts of Jurisdiction*, in *American Journal of Comparative Law*, 2003.
- Radicati di Brozolo L. G., *Arbitrage commercial international et lois de police : considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce international*, RCADI 2005, t. 315, p. 265 et s.
- Rémy B., *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, thèse, Paris, Dalloz 2008.
- Rigaux F., *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale : cours générale de droit international privé*, RCADI 1989, t. 213, p. 9 et s.
- Rippert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>e</sup> éd., 1949.
- Robertson D. W., *Forum non conveniens in America and in England : 'A Rather Fantastic Fiction*, L. Q. R., vol. 103, 1987, p. 399 et s.
- Savigny F.-C. (von), *Traité de droit romain*, t. VIII, traduction Guenoux, 2<sup>e</sup> éd., 1860, Firmin-Didot.
- Schlosser P., *Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation*, RCADI 2000, t. 284, p. 9 et s.
- Seraglini Ch. et Ortscheidt J., *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat-Montchrestien, 2013.
- Seraglini Ch., *Lois de police et justice arbitrale internationale*, Nouvelle Bibl. de Thèses, Dalloz 2001, Préf., P. Mayer.
- Sinay-Cytermann A., *L'ordre public en matière de compétence judiciaire*, Strasbourg, thèse, 1980.
- Soirat F., *Les règles de rattachement à caractère substantiel*, thèse dactyl., Paris I, 1995.

Steiger W. E. (von), *La protection des mineurs en droit international privé*, RCADI 1964, t. 112, p. 469 et s.

Théry Ph., *Pouvoir juridictionnel et compétence, Etude de droit international privé*, Thèse Paris II, 1981.

Toubiana A., *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé : contrats internationaux et dirigisme étatique*, Paris, Dalloz, Bibli. dr.pr., vol. 14, 1973.

Usunier L., *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008.

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

Visscher C. (de), *Le déni de justice en droit international*, RCADI 1935, t. 52, p. 365 et s.

Wautelet P., *Les conflits de procédure, Etude de droit international privé comparé*, thèse université catholique de Louvain, 2002.

## ARTICLES, COMMUNICATIONS ET NOTES DE JURISPRUDENCE

Abrahams J.-J., « Convention de compétence et ordre public international », *Clunet* 1964, p. 541 et s.

Ancel B. et Muir Watt H., « Des vérifications auxquelles le juge est tenu de procéder pour accorder l'*exequatur* », RCDIP 2007, p. 420 et s.

Ancel B. et Muir Watt H., « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, chronique d'une séparation », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques* in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 135 et s.

Ancel B., « Les règles de droit international privé et la reconnaissance des décisions étrangères », *Riv. dir. int. pr. e proc.* 1992, p. 201 et s.

Ancel B., « Loi appliquée et effets en France des décisions étrangères », TCFDIP 1986-1987, p. 25 et s.

Ancel B., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 20 février 2007, *Cornelissen*, RCDIP 2007, p. 420 et s.

Ancel B., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 20 juin 2006, *Wildenstein*, RCDIP 2007, p. 384 et s.

Ancel B., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 4 décembre 1979, RCDIP 1980, p. 761 et s.

Ancel B., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 7 janvier 1982, *Le Van Chau*, RCDIP 1983, p. 87 et s.

Ancel P., « Arbitrage et procédures collectives après la loi du 25 janvier 1985 », *Rev. arb.*, 1987, p. 127 et s.

Atallah A., « Quelques réflexions sur le développement du *forum shopping* », DMF 2001, p. 867 et s.

Attal M., « Union Européenne et Convention de La Haye sur les accords d'élection de for : vers un droit communautaire de source non communautaire », Dalloz 2009, p. 2379 et s.

Audit B., « Du bon usage des lois de police », in *Mélanges en l'honneur de P. Mayer*, LGDJ, 2015, p. 25 et s.

Audit B., « Extra-territorialité du commerce international. L'affaire du gazoduc sibérien », RCDIP 1983, p. 401 et s.

Audit B., « La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'article 15 du code civil », Dalloz 2006, *Chron.* 1846.

Audit B., « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé », in *Mélanges J. Foyer*, Economica, 2006, p. 49 et s.

Audit B., « Observation sur la Convention de La Haye du 30 juin 2005 relatives aux accords d'élection de for », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 171 et s.

Audit M. et Niboyet M.-L., « L'affaire *Vivendi Universal SA* ou comment une class action diligentée aux Etats-Unis renouvelle le droit du contentieux international en France », *Gaz. Pal.* 2010, n° 148, p. 11 et s.

Avout L. (d'), « Régime de l'entraide internationale au sein du réseau européen de concurrence », *RCDIP* 2016, p. 521 et s.

Avout L. (d') et Bollée S., « Droit du commerce international », *Chron.*, Dalloz 2007, p. 2568 et s.

Avout L. (d') et Bollée S., « L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers », *Dalloz* 2007 p. 1115 et s.

Avout L. (d') et Bureau D., « Les lois de police étrangères devant le juge du contrat international », note sous *Cass. Com.* 16 mars 2010, *JCP G.* 2010, p. 530 et s.

Avout L. (d') et Bureau D., note sous *Cass. Com.*, 13 juillet 2010, *JCP G.* 2010, p. 972 et s.

Avout L. (d') et Pisani H., « La France laissera-t-elle son contentieux d'affaire partir à l'étranger ? », *Les Echos*, 20-21 novembre 2009, p. 27 et s.

Avout L. (d'), « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », note sous *Cass. Civ. 1<sup>e</sup>*, 22 octobre 2008, *Sté Monster Cable Product Inc. c/ Sté Audio Marketing services*, *JCP G.* 2008, II, 10187.

Avout L. (d'), « La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle », in *Les relations privées internationales*, in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 15 et s.

Avout L. (d'), « Régime de l'entraide internationale au sein du réseau européen de concurrence », *RCDIP* 2016, p. 521 et s.

Avout L. (d'), « De l'entraide judiciaire au contentieux civil intégré », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, *Bibl. de l'institut de Recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc*, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p. 120 et s.

Avout L. (d'), « La clause attributive de juridiction résiste aux lois de police », *JCP G.* 2008, II, 10187.

Avout L. (d'), « Le sort des règles impératives dans le règlement Rome I », *Dalloz* 2008, p. 2165 et s.

Avout L. (d'), « Les lois de police », in *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois ? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Actes du colloque du 14 mars 2014, Université Paris Descartes, Dir. T. Azzi et O. Boskovic, LGDJ, 2015, p. 91 et s.

Avout L. (d'), « Que reste-t-il du principe de la territorialité des faits juridiques ? (une mise en perspective du système Rome II) », *Dalloz* 2009, p. 1629 et s.

Avout L. (d'), « Sens et portée de la *lex fori concursus* », revue *DeCita*, 2009, p. 34 et s.

Avout L. (d'), « *Vivendi* déboutée par la cour de Paris : que dit le bon sens juridique ? », 10 mai 2010, <http://lecercle.lesechoos.fr>.

Avout L. (d'), note sous *CA Paris*, 23 octobre 2012, *Sté Michel A. Chalhoub Inc. c. Sté Daum*, *Rev. arb.* 2013, p. 171 et s.

Avout L. (d'), note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, *Agintis c/Basell*, JCP 2008. II. 10000.

Avout L. (d'), note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 17 décembre 2008, *Ministère public c/ époux X.*, JCP G. 2009. II. 10021, p. 39 et s.

Avout L. (d'), note sous Cass. Soc., 24 février 2004, RCDIP 2005, p. 62 et s.

Avout L. (d'), note sous CJCE, 17 octobre 2014, Aff. C-184/12, *United Antwerp Maritime Agencies (UNAMAR) NV v. Navigation Maritime Bulgare*, Dalloz 2014, p. 60 et s.

Avout L. (d'), note sous, Cass. Civ 1<sup>e</sup>, 14 janvier 2009, *Agrogabon*, RCDIP 2009, p. 332 et s.

Batiffol H., « Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative », in *De conflictu legum*, in *Mélanges R. Duco Kolloewijn et J. Offerhaus*, 1962, A.W. Sijthoff, p. 55 et s.

Batiffol H., note sous Cass. Civ., 5 mai 1962, RCDIP 1963, p. 101 et s.

Batiffol H., note sous Cass. Soc., 22 novembre 1972, *Bloch*, RCDIP 1973, p. 565 et s.

Bellet P., « L'élaboration d'une convention sur la reconnaissance des jugements dans le cadre du Marché commun », *Clunet* 1965, p. 833 et s.

Bellet P., « La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'*exequatur* des jugements étrangers », TCFDIP 1962-1964, p. 251 et s.

Beraudo J.-P., « Regard sur le nouveau règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *Clunet* 2013, p. 6 et s.

Berlioz P., « Qualification de loi de police de la loi du 31 décembre 1975 sur la soustraction », note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, *Agintis c/Basell*, JCP E 2008, p. 1201 et s.

Bernardeau L., « Clauses abusives : l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire », RED consom., 2000, p. 261 et s.

Billarant S., *Le caractère substantiel de la règlementation des successions internationales, Reflexions sur la méthode conflictuelle*, thèse, Dalloz, 2004.

Bischoff J.-M. et Kovar R., « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté », *Clunet* 1976, p. 675 et s.

Bischoff J.-M., note sous CJCE, 14 décembre 1977, *Sanders c/ van der Putte*, *Clunet* 1978, p. 388 et s.

Bollée S. « La gestation pour autrui en droit international privé », TCFDIP 2012-2014, p. 215 et s.

Bollée S. et Avout L. (d'), « Droit du commerce international », *Chron. Dalloz* 2007, p. 2568 et s.

Bollée S. et Avout L. (d'), « L'abandon du contrôle de la loi appliquée par les jugements étrangers », *Dalloz* 2007, p. 1115 et s.

Bollée S., « La concurrence des justices nationales (éléments d'analyse économique des conflits de juridictions) », in *L'efficacité économique en droit, Etudes juridiques*, Economica, 2010, dir. S. Bollée, Y. -M. Laithier, C. Pérès, p. 121 et s.

Bollée S., « L'extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale », RCDIP 2007, p. 307 et s.

Bollée S., « Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt *Front Comor* de la Chambre des Lords) », *Rev. arb.* 2007, p. 223 et s.

Bollée S., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 14 octobre 2009, *Société In Beverage International et al. c/ Société In Zone Brands Inc.*, Dalloz 2010, p. 177 et s.

Bollée S., note sous, CA Paris, 18 novembre 2000, *Thalès Air Defense c/ GIE Euromissile*, RCDIP 2006, p. 104 et s.

Bonet G., note sous CJCE, 15 novembre 1983, *Duijustee c/ Goderbauer*, RCDIP 1984, p. 370 et s.

Bonomi A., « Quelques observations sur le règlement Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Regards comparatistes sur le phénomène contractuel*, PUAM, 2009, p. 225 et s.

Bredin J.-D., note sous CA Paris, 18 juin 1964, *Gunzbourg c/ dame Schrey*, Clunet 1964, p. 816 et s.

Broggini G., « Le contrôle des sentences arbitrales internationales par le juge du siège et par le juge de l'exécution », in *Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haye, 2000, p. 103 et s.

Bucher A., « Vers l'adoption de la méthode des intérêts? Réflexions à la lumière des codifications récentes », TCFDIP 1993-1995, p. 209 et s.

Buhagiar M., note sous Cass. Soc., 22 novembre 1972, *Bloch*, Gaz. Pal. 21 juin 1973, p. 459 et s.

Bureau D. et Avout L. (d'), « Les lois de police étrangères devant le juge du contrat international », note sous Cass. Com. 16 mars 2010, JCP G. 2010, p. 530 et s.

Bureau D. et Avout L. (d'), note sous Cass. Com., 13 juillet 2010, JCP G. 2010, p. 972 et s.

Bureau D. et Muir Watt H., « L'impérativité désactivée ? », RCDIP 2009, p. 1 et s.

Cagniard M. et Sagaut J.-F., « Regard communautaire sur le *forum shopping* et le *forum non conveniens* » in *Les familles sans frontières en Europe. Mythe ou réalité ?*, 101<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, LPA 14 avril 2005, n<sup>o</sup> 74, p. 51 et s.

Canivet G., « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : Raisons, nécessités et réalisations », in L. Idot, S. Peruzzetto (dir.), Actes du colloque : « Internormativité et réseaux d'autorités ; L'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations entre ordres juridiques », PA, 2004, n<sup>o</sup> 199, p. 45 et s.

Carl E., « Communication judiciaire directe dans des procédures régies par la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières*, Actes du colloque, Lyon, 20 et 21 novembre 2003, dir. H. Fulchiron, p. 312 et s.

Chalas C., « L'affaire Ferrexpo: baptême anglais pour l'effet reflexe des articles 22, 27 et 28 du Règlement Bruxelles 1 », RCDIP 2013, p. 359 et s.

Chevalier P., « La nouvelle cartographie des voies ouvertes pour la reconnaissance ou l'exécution en France des décisions étrangères », RCDIP 2014, p. 1 et s.

Clavel S., « *Anti-suit injunctions* et arbitrage », Rev. arb. 2001, p. 669 et s.

Clavel S., « La place de la fraude en droit international privé contemporain », TCFDIP 2010-2012, p. 255 et s.

Clavel S., « Les mutations de l'office du juge à l'aune du développement des règles de droit international privé supranationales », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de Recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p. 57 et s.

Clavel S., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 14 octobre 2009, *Société In Beverage International et al. c. Société In Zone Brands Inc.*, Clunet 2010, p. 148 et s.



Cohen D., « Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping* », Dalloz 2010, p. 975 et s.

Cornut E., « *Forum shopping* et abus du choix de for en droit international privé », Clunet 2007, p. 27 et s.

Couchez G., « Les nouveaux textes de la procédure civile et la compétence internationale », TCFDIP 1977-1979, p. 113 et s.

Courbe P., « L'ordre public de proximité », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, in *Le droit international privé: esprit et méthode*, in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz 2005, p. 227 et s.

Courbe P., « Privilège de juridiction et transmission de la clause de compétence », in *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, 1993, p. 143 et s.

Couturier G., « Présentation d'ensemble, Droit du travail, droits de la consommation et de la concurrence. Comparaison et interactions », dir. G. Couturier, J. Ghestin, Y. Guyon et R. Rodière, Université de Paris I, Panthéon-Sorbonne, 1995, p. 1 et s.

Cuniberti G., « Le principe de territorialité des voies d'exécution », Clunet 2008, p. 963 et s.

Cuniberti G., note sous CA Paris, 25 octobre 2007, Clunet 2008, p. 145 et s.

David R., « Arbitrage du XIXe siècle et arbitrage du XXe siècle », in *Mélanges R. Savatier*, Paris, Dalloz 1965, p. 219 et s.

Denis Tallon H. et Gaudemet-Tallon H., note sous *The Bremen et Al c/ Zapata Off-Shore Co.*, 1972, 407 US 1, 92 S. Ct.1907, 32 L. Ed. 2d 513, RCDIP 1973, p. 530 et s.

Deprez J., « Les clauses relatives au règlement des litiges dans le contrat de travail international », Rev. dr. des aff. int., 1990, p. 833 et s.

Derains Y., « Chronique de jurisprudence française », Rev. arb. 2001, p. 805 et s.

Derains Y., « L'ordre public et le droit applicable au fond du litige dans l'arbitrage international », Rev. arb. 1986, p. 375 et s.

Derains Y., « Les normes d'application immédiate dans la jurisprudence arbitrale internationale », in *Le droit des relations économiques internationales*, *Mélanges B. Goldman*, Paris, Litec, 1982, p. 219 et s.

Derains Y., « Les tendances de la jurisprudence arbitrale internationale », Clunet 1993, p. 829 et s.

Deumier P., note sous Cass. Com., 16 mars 2010, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères*, RDC 2010, p. 1385 et s.

Deumier P., note sous Cass. mixte, 30 novembre 2007, *Agintis c/Basell*, RDC 2008, p. 512 et s.

Droz G. A. L. et Gaudemet-Tallon H., « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », RCDIP 2001, p. 601 et s.

Droz G. A. L., « Evolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la conférence de La Haye », in *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 129 et s.

Droz G. A. L., « La protection des mineurs en droit international privé depuis l'entrée en vigueur de la Convention de la Haye du 05 octobre 1961 », Clunet 1973, p. 603 et s.

Droz G. A. L., « Les droits de la demande dans les relations privées internationales », TCFDIP 1993-1995, p. 97 et s.

Droz G. A. L., « Réflexion sur la réforme des articles 14 et 15 du Code civil français », RCDIP 1975, p. 1 et s.

Edelman B., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 13 avril 1988, *Farah Diba*, Clunet 1988, p. 752 et s.

Fadlallah I., « Nouveau recul de la révision au fond : motivation et fraude dans le contrôle des sentences arbitrales internationale », *Cahiers de l'arbitrage*, Recueil I, p. 148 et s.

Fallon M., « L'applicabilité du règlement 'Bruxelles I', aux situations externes après l'Avis 1/03 », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordre juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 241 et s.

Fallon M., « Le droit des rapports internationaux de consommation », Clunet 1984, p. 765 et s.

Fallon M., Fauvarque-Cosson B. et Francq S., « Le régime du risque transfrontière de la responsabilité environnementale : en marche vers un droit spécial des conflits de lois ? », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen : point de vue franco-belge*, 2006, Bruylant-LGDJ.

Fontaine M., « La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, (rapport de synthèse) », in *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels*, J. Ghestin, M. Fontaine (dir.), LGDJ, Coll. Bibli. dr. pr., vol. 261, 1996, p. 616 et s.

Fouchard Ph., « La portée internationale de l'annulation de la sentence arbitrale dans son pays d'origine », *Rev. arb.*, 1997, p. 328 et s.

Fouchard Ph., « L'arbitrage et la mondialisation de l'économie », in *Mélanges G. Farjat*, Ed. Frison-Roche, 1999, p. 386 et s.

Foyer J., « Les mesures d'assistance éducative en droit international privé », RCDIP 1965, p. 39 et s.

Foyer J., note sous, Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 10 février 1993, Paretti, RCDIP 1993, p. 620 et s.

Francescakis Ph., « Compétence étrangère et jugement étranger », RCDIP 1953, p. 1 et s.

Francescakis Ph., « La prudente élaboration par la Conférence de La Haye d'une convention sur le divorce », *Compte rendu in Mélanges Kolloewijn et Offerhaus*, Clunet 1965, p. 32 et s.

Francescakis Ph., « Le contrôle de la compétence du juge étranger après l'arrêt 'Simitch' de la Cour de cassation », RCDIP 1985, p. 243 et s.

Francescakis Ph., « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », RCDIP 1966, p. 1 et s.

Francescakis Ph., « Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public ? », TCFDIP 1966-1969, p. 165 et s.

Francescakis Ph., note sous CA Rabat, 24 octobre 1950, *Machet*, RCDIP 1952, p. 89 et s.

Francescakis Ph., note sous Cass. Civ., 22 janvier 1951, *Weiller*, RCDIP 1957, p. 491 et s.

Francescakis Ph., note sous. Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 30 octobre 1962, *Scheffel*, RCDIP 1963, p. 393 et s.

Francq S. et Sault-Seseke F., « 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 la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 357, et s.

Francq S., Fallon M. et Fauvarque-Cosson B., « Le régime du risque transfrontière de la responsabilité environnementale : en marche vers un droit spécial des conflits de lois ? », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen : point de vue franco-belge*, 2006, Bruylant-LGDJ.

Franzina P., « Les acteurs de l'espace judiciaire européen en matière civile », in Méлина Douchy-Oudot et E. Guinchard (dir.), *La justice civile européenne en marche*, p. 4 et s.

Gaillard E., « L'exécution des sentences annulées dans leur pays d'origine », *Clunet* 1988, p. 645.

Gannagé L., « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *TDFDIP* 2006-2008, p. 205 et s.

Gannagé L., « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy. Etudes de droit de la consommation*, Dalloz 2004, p. 421 et s.

Gannagé P., « Observations sur les liens de la compétence législative et de la compétence judiciaire dans un système multi-confessionnel (à propos de l'évolution du droit libanais) », in *Mélanges J. Vincent*, Paris, 1981, p. 93 et s.

Gaudemet-Tallon H. et Denis Tallon H., note sous *The Bremen et Al c/ Zapata Off-Shore Co.*, 1972, 407 US 1, 92 S. Ct. 1907, 32 L. Ed. 2d 513, *RCDIP* 1973, p. 530 et s.

Gaudemet-Tallon H. et Droz G. A. L., « La transformation de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », *RCDIP* 2001, p. 601 et s.

Gaudemet-Tallon H. et Tallon D., « Compétence internationale et dettes de monnaie étrangère devant la Chambre des Lords-Nouveaux développements », *RCDIP* 1979, p. 697 et s.

Gaudemet-Tallon H. et Tallon D., « L'incompétence internationale discrétionnaire du juge anglais et ses limites », *RCDIP* 1974, p. 40 et s.

Gaudemet-Tallon H., « De l'abus de droit en droit international privé », in *Les relations privées internationales*, in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 383 et s.

Gaudemet-Tallon H., « France », *Declining Jurisdiction*, p. 175 et s.

Gaudemet-Tallon H., « L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des conventions de La Haye) », in *L'internationalisation du droit*, in *Mélanges en l'honneur de Y. Loussouarn*, Dalloz 1994, p. 182 et s.

Gaudemet-Tallon H., « La clause attributive de juridiction, un moyen d'échapper aux lois de polices ? », in K. Boele-Woelki, T. Einhorn, D. Girsberger et S. Symeonides (eds), *Convergence and Divergence in PIL - Liber Amicorum Kurt Siehr*, Pays-Bas, 2010, Eleven International Publ., p. 707 et s.

Gaudemet-Tallon H., « La compétence internationale à l'épreuve du Nouveau Code de Procédure Civile : aménagement et bouleversement », *RCDIP* 1977, p. 1 et s.

Gaudemet-Tallon H., « La litispendance internationale dans la jurisprudence française », in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 121 s.

Gaudemet-Tallon H., « Le *forum non conveniens*, une menace pour la Convention de Bruxelles ? », *RCDIP* 1991, p. 499 et s.

Gaudemet-Tallon H., « Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale : *Forum non conveniens*, *Lis Pendens* », *RIDC* 1994, p. 423 et s.

Gaudemet-Tallon H., « Réflexions comparatives sur certaines tendances nouvelles en matière de compétence internationale des juges et des arbitres », in *Mélanges G. Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 531 et s.

Gaudemet-Tallon H., note sous Cass. Civ. 1<sup>o</sup>, 17 décembre 1985, *CSEE c/ Sté Sorelec*, *RCDIP* 1986, p. 545 et s.

Gaudemet-Tallon H., note sous CJCE, 20 janvier 1994, *Owens v. Brako*, *RCDIP* 1994, p.

387 et s.

Gaudemet-Tallon H., note sous CJCE, 6 juillet 1988, *Scherrens*, RCDIP 1989, p. 550 et s.

Gothot P., « La méthode unilatéraliste face au droit international privé des contrats », TCFDIP 1975-1977, p. 201 et s.

Gothot P., « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », RCDIP 1971, p. 1 et s., et p. 209 et s.

Gothot P., « Simples réflexions à propos de la saga du conflit de lois », in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz 2005, p. 343 et s.

Grassièrè B. (de la), « La clause d'un connaissance attributive de compétence », DMF 1952, p. 119 et s.

Graulich P., « Règles de conflit et règles d'application immédiate », in *Mélanges Dabin*, tome 2, p. 629 et s.

Gressot-Leger S., « Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en *exequatur* ? », *Clunet* 2003, p. 768 et s.

Guez Ph., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 22 octobre 2008, *Sté Monster Cable Product Inc. c/ Sté Audio Marketing services*, *Gaz. Pal.* 21 février 2008, p. 27 et s.

Guillaumé J., « Ordre public plein, ordre public atténué, ordre public de proximité : quelle rationalité dans le choix du juge ? », in *Le droit, entre tradition et modernité*, in *Mélanges en l'honneur de P. Courbe*, Dalloz, 2012, p. 297 et s.

Guinchard E., « La procédure civile européenne est née. Vive le créancier ! », in *Le droit judiciaire en mutation, en hommage à Alphonse Kohl*, Anthémis 2007, Commission Université Palais, vol. 95, p. 10 et s.

Hammje P. et Pataut E., note sous Cass. Soc., 10 mai 2006, *Époux Moukarim c/ Demoiselle Isopehi*, RCDIP 2006, p. 856 et s.

Hammje P., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 6 avril 2011, 10-19.053, *Menesson*, RCDIP 2011, p. 722 et s.

Hammje P., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 8 juillet 2010, RCDIP 2010, p. 747 et s.

Hanotiau B., « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *Clunet* 1994, p. 899 et s.

Hanotiau B., *L'arbitrabilité*, RCADI 2002, t. 296, p. 25 et s.

Hébraud P., « De la corrélation entre la loi appliquée à un litige et le juge compétent pour en connaître », RCDIP 1968, p. 203 et s.

Hébraud P., note sous Cass. Com., 29 novembre 1950, *Tissot c/ Neff*, RTD civ. 1951, p. 108 et s.

Hecke G. (van), « L'effet sur le marché comme facteur de rattachement du droit de la concurrence », in *Études de droit international en l'honneur de Pierre Lalive*, 1993, Helbing & Lichtenhahn.

Hess B., « Nouvelles techniques de la coopération judiciaire transfrontière en Europe », RCDIP 2003, p. 215 et s.

Heuzé V., « La morale, l'arbitre et le juge », *Rev. arb.*, 1993, p. 179 et s.

Holleaux D., « La litispendance internationale », TCFDIP 1971-1973, p. 203 et s.

Holleaux D., « Les conséquences de la prohibition de la révision », TCFDIP 1980-1981, p. 49 et s.

Holleaux D., *Compétence du juge étranger et reconnaissance des jugements*, Dalloz, *Bibl. dr. int. pr.*, Vol. IX, 1970, préf. H. Batiffol.

Holleaux G., « Remarques sur l'évolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions d'état et de capacité », TDFDIP 1948-1952, p. 179 et s.

Holleaux G., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 8 janvier 1963, *Hohenzollern*, RCDIP 1963, p. 116 et s.

Huet A., « Le Nouveau Code de procédure civile du 5 décembre 1975 et la compétence internationale des tribunaux français », *Clunet* 1976, p. 342 et s.

Huet A., « Le droit de la famille est les conflits de juridictions en droit international privé européen », in *Mélanges D. Huet-Weiller*, PUF, 1994, p. 243 et s.

Huet A., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 22 octobre 2008, *Sté Monster Cable Product Inc. c/ Sté Audio Marketing services*, Dalloz 2009, p. 684 et s.

Huet A., note sous CJCE, 15 janvier 1985, *Rösler c/ Rottwinkel*, *Clunet* 1986, p. 439 et s.

Huet A., note sous CJCE, 5 avril 2001, *Richard Gaillard c/ Alaya Chekili*, *Clunet* 2002, p. 621 et s.

Idot L., « L'arbitrabilité des litiges, l'exemple français », *Rev. jurispr. com.* 1996, p. 6 et s.

Idot L., « Le droit de la concurrence », in *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, A. Fuchs, H. Muir Watt, E. Pataut, (dir), Dalloz 2004, p. 255 et s.

Idot L., « Les conflits de lois en droit de la concurrence », *Clunet* 1995, p. 321 et s.

Idot L., note sous CA Paris, 20 janvier 1989, *SPD c/ SDPF*, *Rev. arb.* 1989, p. 280 et s.

Idot L., note sous Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 20 février 1991, *Société SICA v. Veradour c/ Etab. Larroche*, *Rev. arb.* 1991, p. 447 et s.

Jacquet J.-M., « La norme juridique extraterritoriale dans le commerce international », *Clunet* 1985, p. 327 et s.

Jarrosson Ch., note sous CA Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, *Rev. arb.* 1993, p. 654 et s.

Jault-Seseke F. et Francq S., « 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 la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 357 et s.

Jault-Seseke F., note sous Cass. soc., 16 février 1999, *Société Château Tour Saint-Christophe et a. c/ M. Aström*, et 4 mai 1999, *Picquet c/ Société Sacinter*, RCDIP 1999, p. 745 et s.

Jault-Seseke F., note sous Cass. Soc., 28 juin 2005, RCDIP 2006, p. 159 et s.

Jénard P., « Rapport sur la Convention concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale », JOCE C. du 5 mars 1979, p. 1 et s.

Jeuland E., « Les développements procédurux récents de l'espace judiciaire européen : la naissance d'un ordre processuel interétatique », TCFDIP 2008-2010, p. 55 et s.

Jeuland E., « Les internationalistes et les processualistes ont-ils une vision commune de la notion même de coordination des justices étatiques ? Etude de canardologie », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de Recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, pp. 16-17.

Jobard-Bachellier M.-N. et Train F.-X., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 22 octobre 2008, *Sté Monster Cable Product Inc. c/ Sté Audio Marketing services*, *Clunet* 2009, p. 599 et s.

Juglart M. (de), « La clause attributive de compétence dans le transport maritime », JCP G 1955. I. 1242.

Kessedjian C., « Compétence juridictionnelle internationale et effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale », Document Préliminaire N ° 7 de Avril 1997 l'intention de la Commission Spéciale de Juin 1997, p. 85 et s.

Kennett W., « *Forum non conveniens* in Europe », [1995] 54 C.L. J., p. 552 et s.

Kennett W., « Les injonctions anti-suit », in Caupain et De Leval (Dir.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Larcier, 2000, p. 133 et s.

Kessedjian C., « La Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur l'élection de for », *Clunet* 2006, p. 813 et s.

Kinsch P., « La sauvegarde de certaines politiques législatives, cas d'intervention de l'ordre public international ? », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 447 et s.

Kleiner C., note sous CA Reims, 28 juillet 2009, *Clunet* 2012, p. 16 et s.

Kovar R. et Bischoff J.-M., « L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la communauté », *Clunet* 1976, p. 675 et s.

Kovar R., « Droit communautaire de la concurrence et arbitrage », in *Etudes offertes à B. Goldman*, 1982, p. 109 et s.

Labrusse-Riou C., note sous Cass. Civ. 1<sup>o</sup>, 17 février 1982, RCDIP 1984, p. 451 et s.

Lagarde P. et Tennenbaum A., « De la Convention de Rome au Règlement Rome I », RCDIP 2008, p. 779 et s.

Lagarde P., « Application de la Convention d'exécution aux actions en contrefaçon de brevets nationaux », PIBD 9/1974, p. 41 et s.

Lagarde P., « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures », *RabelsZ*, 2003, p. 225 et s.

Lagarde P., « La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs », RCDIP 1997, p. 217 et s.

Lagarde P., « La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation, l'expérience française », in *Hommage à François Rigaux, Nouveaux itinéraires en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1993, p. 280 et s.

Lagarde P., « Les contrats dans le projet suisse de codification du droit international privé », ASDI, 1979, p. 72 et s.

Lagarde P., « Les locations de vacances dans les conventions européennes de droit international privé », in *Etudes offertes à P. Bellet*, Litec, 1991, p. 281 et s.

Lagarde P., « *Pertuatio fori* et litispendance en matière internationale », TCFDIP 1971-1973, p. 237 et s.

Lagarde P., « Reconnaissance, mode d'emploi », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 479 et s.

Lagarde P., note sous Cass. Civ 1<sup>o</sup>, 17 décembre 2008, *Ministère public c/ époux X.*, RCDIP 2009, p. 320 et s.

Lagarde P., note sous Cass. Soc., 31 mai 1972, RCDIP 1973, p. 683 et s.

Lagarde P., note sous Cour fédérale d'Allemagne, 19 mars 1997, RCDIP 1998, p. 627 et s.

Lagarde P., note sous TGI Nanterre, 18 septembre 1974, RCDIP 1975, p. 124 et s.

Lagarde P., note sous TGI Paris, 23 avril 1979, RCDIP 1980, p. 83 et s.

Lalive P., « Le droit public étranger et le droit international privé », TCFDIP 1973-1975, p.

215 et s.

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

Lardeux G., « La protection légale des sous-traitants est internationalement impérative », note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, *RDI* 2007, p. 511 et s.

Leboulanger Ph., « L'arbitrage des litiges relatifs aux opérations sur les marchés financiers », in, *Mélanges Ph. Kahn*, Paris, 2000, p. 545 et s.

Lerebours-Pigeonnière P., « Observations sur la question du renvoi », *Clunet* 1924, p. 877 et s.

Level P., « L'arbitrabilité », *Rev. arb.* 1992, p. 213 et s.

Libchaber R., « L'exception d'ordre public en droit international privé », in *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, Thèmes et commentaire, 1996, p. 65 et s.

Loquin E., « Le contrôle du seul caractère flagrant effectif et concret de la violation de l'ordre public international de la sentence », *RTD com.* 2008, p. 519 et s.

Loquin E., « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière de l'évolution récente du droit de l'arbitrage commercial international », *Clunet* 1983, p. 293 et s.

Loquin E., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 3 juin 1998, *Rev. arb.* 1999, p. 71 et s.

Lotie P., « Les mécanismes pratiques pour faciliter la communication internationale directe entre autorités judiciaires dans le cadre de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », *Doc. Prél.*, n°6, d'août 2002 à l'intention de la Commission Spéciale de septembre/octobre 2002, p. 7.

Loussouarn Y., note sous CA Paris, 25 octobre 1952, *Dalloz* 1954, p. 255 et s.

Lucas P.-L., « Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ? », *RCDIP* 1959, p. 405 et s.

Lyon-Caen G., note sous Cass. Ass. Plén., 14 octobre 1977, *Bloch c/ soc. Filtex*, *Clunet* 1978, p. 304 et s.

Lyon-Caen G., note sous Cass. Soc., 31 mars 1978, *Royal Air Maroc*, *RCDIP* 1978, p. 701 et s.

Malan A., « L'introuvable critère du contrôle de l'ordre public par le juge de l'*exequatur* des sentences arbitrales (ou les suites de l'arrêt *Thalès*) », *LPA*, 26 mars 2009, n°61.

Marchand A., note sous Cass. Com., 16 mars 2010, *Sté Ap Moller Maersk A/S c/ Sté Viol frères*, *Clunet* 2011, p. 2 et s.

Matscher F., « Le droit international privé face à la Convention européenne des droits de l'homme », *TCFDIP* 1995-1998, p. 211 et s.

Mattout J.-P., « L'application internationale de la législation sur l'usure », *Rev. dr. bancaire et bourse* 1990, p. 100 et s.

Mayer P., « Droit international privé et droit international public étranger », *Clunet* 1977, p. 5 et s.

Mayer P., « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1 et s. et p. 349 et s.

Mayer P., « L'application par l'arbitre des conventions internationales de droit privé », in *L'internationalisation du droit*, in *Mélanges Y. Loussouarn*, Paris, 1994, p. 275 et s.

Mayer P., « L'étendue du contrôle par le juge étatique de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, 2008, p. 459 et s.

Mayer P., « La notion de coordination et le conflit de juridictions », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de Recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p. 5.

Mayer P., « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1996, p. 512 et s.

Mayer P., « La règle morale dans l'arbitrage international », in *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Litec, 1991, p. 379 et s.

Mayer P., « La sentence contraire à l'ordre public de fond », *Rev. arb.*, 1994, p. 615 et s.

Mayer P., « Le contrat illicite », *Rev. arb.*, 1984, p. 205 et s.

Mayer P., « Le rôle du droit public en droit international privé », *RIDC* 1986, p. 467 et s.

Mayer P., « Les clauses relatives à la compétence internationale, insérées dans les contrats de travail », in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 263 et s.

Mayer P., « Les lois de police étrangères », *Clunet* 1981, p. 277 et s.

Mayer P., « Les méthodes de la reconnaissance », in *Le droit international privé: esprit et méthode*, in *Mélanges P. Lagarde*, Dalloz 2005, p. 547 et s.

Mayer P., « L'office du juge dans le règlement des conflits de lois », *TCFDIP 1975-1977*, p. 232 et s.

Mayer P., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 20 décembre 1993, *Municipalité de Khoms El Mergeb c/ Sté Dalico*, *RCDIP* 1994, p. 663 et s.

Mayer P., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 4 et 11 mai 1976, *RCDIP* 1977, p. 356 et s.

Mehren A. (von), « La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : le projet de convention de La Haye peut-il aboutir ? », *RCDIP* 2001, p. 85 et s.

Mello X. (de), « Arbitrage et droit communautaire », *Rev. arb.*, 1982, p. 349 et s.

Montfort C., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 19 octobre 1999, *Dalloz* 2005, p. 878 et s.

Moreau M.-A., « Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne », *Clunet* 1996, p. 889 et s.

Moreau M.-A., note sous CA Grenoble, 13 septembre 1993, *Rev. arb.* 1994, p. 337 et s.

Motulsky H., note sous CA Colmar, 9 novembre 1949, *RCDIP* 1950, p. 437 et s.

Mouralis D., « Conformité des sentences internationales à l'ordre public : la Cour de cassation maintient le principe d'un contrôle limité », note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 12 février 2014, *JCP* 2014, p. 475 et s.

Mourre A., « Le libre arbitre, ou l'aveuglement de Zaleucus », in *Mélanges F. Knoepfler*, Neuchatel, 2005, p. 283 et s.

Mourre A., note sous CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, *Clunet* 2007, p. 581 et s.

Muir Watt H. et Ancel B., « Des vérifications auxquelles le juge est tenu de procéder pour accorder l'*exequatur* », *RCDIP* 2007, p. 420 et s.

Muir Watt H. et Ancel B., « Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois, chronique d'une séparation », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques* in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz 2008, p. 135 et s.

Muir Watt H. et Bureau D., « L'impérativité désactivée ? », *RCDIP* 2009, p. 1 et s.



Muir Watt H., « Le for naturel du litige : l'injonction anti-suit en droit international privé français (réflexion au sujet de l'arrêt *Brachot* de la Cour de cassation) », in *Mélanges Lombois*, Litec, 2004, p. 897 et s.

Muir Watt H., « Délits et analyse des intérêts gouvernementaux », in *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Actes du colloque du 20 septembre 2007, (dir.) S. Corneloup, N. Joubert, Litec, 2008, p. 140 et s.

Muir Watt H., « Droit public et droit privé dans les rapports internationaux, (vers la publicisation des conflits de lois ?) », *Arch. philo. dr.* 1997, t. 41, p. 207 et s.

Muir Watt H., « Harcèlement sur harcèlement ne vaut (des conceptions divergentes du droit fondamental d'accéder à la justice dans l'espace conventionnel européen », *Rev. gén. proc.* 1999, p. 747 et s.

Muir Watt H., « L'affaire *Lloyd's* : globalisation des marchés et contentieux contractuels », *RCDIP* 2002, p. 509 et s.

Muir Watt H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC* 2000, p. 503 et s.

Muir Watt H., « La rencontre dans l'espace de figures hybride (variations autour du conflit international de décisions) », *Rev. gén. proc.* 1998, p. 711 et s.

Muir Watt H., « Qui a peur de la compétence exorbitante ? », *Justices*, 1995, p. 332 et s.

Muir Watt H., « Régulation de l'économie globale et émergence déléguées : sur le droit international privé des actions de groupe. A propos de l'affaire *Vivendi Universal* », *RCDIP* 2008, p. 581 et s.

Muir Watt H., « Rome II et les intérêts gouvernementaux : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », in S. Corneloup et N. Joubert (dir.), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008.

Muir Watt H., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 3 décembre 1996, *RCDIP* 1997, p. 328 et s.

Muir Watt H., note sous CJCE, 13 octobre 2005, *Epoux Klein*, *RCDIP* 2006, p. 183 et s.

Nassar A., « Ordre public international et arbitrage : y a-t-il une évolution ? », *Bull. ASA* 1994, p. 110 et s.

Neumayer K.-H., « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations », *RCDIP* 1958, p. 579 et s.

Neumayer K.-H., « Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé », *RCDIP* 1957, p. 579 et s.

Niboyet M.-L. , « Ebauche d'un droit judiciaire transnational », in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman*, colloque Panthéon-Assas, 2004, p. 47 et s.

Niboyet M.-L. et Audit M., « L'affaire *Vivendi Universal SA* ou comment une class action diligentée aux Etats-Unis renouvelle le droit du contentieux international en France », *Gaz. Pal.* 2010, n° 148, p. 11 et s.

Niboyet M.-L. et Serinet Y.-M., « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Bibl. de l'institut de Recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p.18.

Niboyet M.-L., « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte », *Gaz. Pal* 2007, p. 1387 et s.

Niboyet M.-L., « La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire européen et mondial », *Clunet* 2006, p. 937 et s.

Niboyet M.-L., « Les conflits de procédures », TCFDIP 1995-1998, p. 71 et s.

Nourissat C., « La loi nationale de transposition d'une directive communautaire peut-elle être qualifiée de loi de police dans l'ordre international ? », LPA, 2001, n° 124, p. 10 et s.

Nourissat C., « L'avenir des clauses attributives de juridiction d'après le règlement 'Bruxelles I bis », in *Les relations privées internationales*, in *Mélanges B. Audit*, 2014, LGDJ, p. 567 et s.

Nuyts A., « *Forum shopping* et abus de *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », in *Mélanges J. Kirkpatrick*, Bruylant, 2004, p. 745 et s.

Nuyts A., « L'application des lois de police dans l'espace », RCDIP 1999, p. 31 et s.

Nuyts A., « La refonte du le Règlement Bruxelles I », RCDIP 2013, p. 1 et s.

Nuyts A., « Les lois de police et dispositions impératives dans le règlement Rome I », RDC/TBH 2009, p. 553 et s.

Oppetit B., « Justice étatique et justice arbitrale », in Etudes offertes à P. Bellet, 1991, Litec.

Oppetit B., « L'arbitrage en matière de brevet d'invention après la loi du 13 juillet 1978 », Rev. arb. 1979, p. 83 et s.

Oppetit B., « Sur le concept d'arbitrage », in *Mélanges B. Goldman*, Litec, 1982, p. 229 et s.

Othenin-Girard S., « Quelques observations sur le for de nécessité en droit international privé suisse (art. 3 LDIP) », RSDIE 1999, p. 272 et s.

Overbeck A. E. (von), « Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse de droit international privé », RCDIP 1988, p. 237 et s.

Pataut E. et Hammje P., note sous Cass. Soc., 10 mai 2006, *Époux Moukarim c/ Demoiselle Isopehi*, RCDIP 2006, p. 856 et s.

Pataut E., « Clauses attributives de juridiction et clauses abusives », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy. Études de droit de la consommation*, 2004, Dalloz, p. 807 et s.

Pataut E., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 6 décembre 2005, *Soc. Nestlé France c/ Makour*, RTD. Civ. 2006, p. 153 et s.

Pedamon M., « La liberté des prix et l'intérêt des consommateurs », in Y. Serra, J. Calais-Auloy (dir.), *Concurrence et consommation*, Dalloz, Coll. Thèmes et Commentaires, 1994.

Perreau-Saussine L., note sous Ch. mixte, 30 novembre 2007, *Agintis c/Basell*, Clunet 2008, comm. 13.

Pironon V., « L'entrée du droit de la concurrence dans le règlement Rome II : bonne mauvaise idée ? », Rev. europe, 2008, n° 2, p. 6 et s.

Pisani H. et Avout L. (d'), « La France laissera t'elle son contentieux d'affaire partir à l'étranger ? », Les Echos, 20-21 novembre 2009, p. 27 et s.

Pizzio J.-P., « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations, Colloque Droit du marché et droit commun des obligations », RTD com. 1998, p.53 et s.

Ponsard A., note sous CA Paris, 29 juin 1968, *Fontaine*, RCDIP 1970, p. 298 et s.

Racine J.-B. , note sous CA Paris, 23 février 1996, *Leroy c/ Sté Prodim*, Rev. arb., 2000, p. 471 et s.

Racine J.-B., « Droit économique et lois de police », RIDE 1/2010 (t. XXIV, 1), p. 61 et s.

Racine J.-B., « Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international », Rev. arb., 2005, p. 305 et s.

Racine J.-B., note sous CA Paris, 25 octobre 2011, RDC 2012 n° 2, p. 563 et s.

Racine J.-B., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 19 octobre 1999, Clunet 2000, p. 328 et s.

Radicati di Brozolo L. G., « L'illicéité 'qui crève les yeux' : critère de contrôle des sentences au regard de l'ordre public international (à propos de l'arrêt *Thalès* de la Cour d'appel de Paris », *Rev. arb.*, 2005, p. 529 et s.

Radicati di Brozolo L. G., « Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ? », *RCDIP* 2003, p. 1 et s.

Raimon M., « L'abus de droit d'action dans les litiges internationaux », *JCP G* 2000, I, 256, n° 2, p. 1696 et s.

Rétornaz V. et Volders B., « Le for de nécessité : tableau comparatif et évolutif », *RCDIP* 2008, p. 227.

Rigaux F., « L'objet et la cause de la demande en droit judiciaire privé », note sous *Cass. Civ.*, 4 mai 1972, *RCJB* 1973, p. 241 et s.

Robert J., « De la place de l'arbitrage dans le jeu des Traités instituant les communautés européennes », *Rev. arb.*, 1994, p. 111 et s.

Robert J., « Une date dans l'extension de l'arbitrage international : l'arrêt *Mitsubishi* contre *Soler* », *Rev. arb.*, 1986, p. 173 et s.

Rodriguez A., « Du moment auquel il faut se placer pour apprécier l'ordre public international », *RCDIP* 1972, p. 369 et s.

Romano G. P., « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *RCDIP* 2006, p. 457 et s.

Sagaut J.-F. et Cagniard M., « Regard communautaire sur le *forum shopping* et le *forum non conveniens* » in *Les familles sans frontières en Europe. Mythe ou réalité ?*, 101<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, LPA 14 avril 2005, n° 74, p. 51 et s.

Sault-Seseke F. et Francq S., « 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 la loi dans les contrats internationaux*, Litec, 2011, p. 357 et s.

Schlosser P., « Rapport sur la convention relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Unis de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (signée à Luxembourg le 9 octobre 1978) », *JOCE* n° C 59/71 du 5 mars 1979, p. 97 et s.

Schultsz J.-C., « Les lois de police étrangères », *TCFDIP* 1982-1983, p. 39 et s.

Seraglini Ch., « Le contrôle de la sentence au regard de l'ordre public international par le juge étatique : mythes et réalités », *Gaz. Pal.*, 21 mars 2009, n°80.

Seraglini Ch., « Les parties faibles face à l'arbitrage international : À la recherche de l'équilibre », *Gaz. Pal.*, 15 décembre 2007, p. 5 et s.

Seraglini Ch., note sous *CA Paris*, 14 juin 2001, *SA Compagnie commerciale André c/ SA Tradigrain France*, *Rev. arb.* 2001, p. 773 et s.

Serinet Y.-M. et Niboyet M.-L., « L'action en justice : comparaison entre le contentieux international et le contentieux interne », in *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, *Bibl. de l'institut de Recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc*, Tome 43, éd. IRJS, 2013, Dir. E. Pataut, S. Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland, p.18.

Sinay-Cytermann A., « La protection de la partie faible en droit international privé », in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, in *Mélanges P. Lagarde*, 2005, p. 737 et s.

Sinay-Cytermann A., « Les tendances actuelles de l'ordre public international », in *Les relations privées internationales*, in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 635 et s.

Sinay-Cytermann A., « Une disparité étonnante entre le régime des clauses attributives de juridiction et des clauses compromissaires dans le contrat de travail international et dans le contrat de consommation international », RCDIP 2009, p. 427 et s.

Sinay-Cytermann A., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 23 mai 2006, *Clunet* 2007, p. 8 et s.

Sperduti G., « Droit international privé et droit public étranger », *Clunet* 1977, p. 9 et s.

Sperduti G., « Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public », RCDIP 1977, p. 257 et s.

Struycken T., « L'ordre public de la Communauté européenne », in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques*, in *Mélanges H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 617 et s.

Synvet H., « Les lois de police applicables aux opérations bancaires », *Banque et Droit*, 1993, HS, p. 15 et s.

Synvet H., note sous CA Paris, 17 décembre 1991, *Gatoil c/ NIOC*, *Rev. arb.* 1993, p. 281 et s.

Tallon D. et Gaudemet-Tallon H., « Compétence internationale et dettes de monnaie étrangère devant la Chambre des Lords-Nouveaux développements », RCDIP 1979, p. 697 et s.

Tallon D. et Gaudemet-Tallon H., « L'incompétence internationale discrétionnaire du juge anglais et ses limites », RCDIP 1974, p. 40 et s.

Tenenbaum A., « La compétence internationale des autorités de surveillance des marchés financiers en matière d'offre publique », RCDIP 2006, p. 557 et s.

Tennenbaum A. et Lagarde P., « De la Convention de Rome au Règlement Rome I », RCDIP 2008, p. 779 et s.

Train F.-X. et Jobard-Bachellier M.-N., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 22 octobre 2008, *Sté Monster Cable Product Inc. c/ Sté Audio Marketing services*, *Clunet* 2009, p. 599 et s.

Trochu M., « Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs », *Dalloz* 1993, chron. p. 315 et s.

Usunier L., « La Convention de La Haye du 30 juin 2005, sur les accords d'élection de for, beaucoup de bruit pour rien ? », RCDIP 2010, p. 37 et s.

Vareilles-Sommières P. (de), « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », TCFDIP 1998-1999, p. 49 et s.

Vareilles-Sommières P. (de), « Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation (nature de l'article 5 de la convention de Rome du 19 juin 1980) », *Dalloz*, 2006, p. 2464 et s.

Vareilles-Sommières P. (de), « Lois de police et politiques législatives », RCDIP 2011, p. 207 et s.

Vignal T., note sous Cass. Civ. 1<sup>e</sup>, 3 juillet 2001, *JCP* 2002, II, 10039

Vincent J., « Quelques réflexions sur la compétence exclusive des juridictions civiles », in *Mélanges P. Hébraud*, p. 917 et s.

Wengler W., « Die Gestaltung des internationalen Privatrechts der Schuldverträge unter allgemeinen Leitprinzipien », in *RabelsZ*, 1983, p. 215 et s.

Alexandre D. et Huet A., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale.*

Audit B., J.-Cl. dr. int., Fasc. 535 : *Fraude à la loi.*

Avout L. (d'), Rép. dr. int. Dalloz, V° *Biens.*

Beraudo J.-P. et Beraudo M.-J., J.-Cl. europe, Fasc. 3040 : *Convention de Bruxelles, convention de Lugano et règlement (CE) N° 44/2001. Reconnaissance des décisions juridictionnelles.*

Bonnet V., J.-Cl. dr. int. Fasc. 550 : *Biens.*

Boskovic O., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Règlement Rome II (Obligations non contractuelles).*

Eck J.-P., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Relations financières avec l'étranger.*

Fohrer-Dedeurwaerder E., J.-Cl. dr. int. Fasc. 539-10 : *Conflit de lois. Loi étrangère devant les juridictions françaises. Application d'office de la règle de conflit de lois. Etablissement d'office du contenu de la loi étrangère.*

Fouchard Ph., J.-Cl. dr. int. Fasc. 586-7-1 : *Arbitrage commercial international. Tribunal arbitral. Constitution du tribunal arbitral. Droit commun.*

Francescakis Ph., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Conflits de lois, (Principes généraux).*

Francq S., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Règlement Rome I (Obligations contractuelles).*

Gaillard E., J.-Cl. dr. int., Fasc. 586-3 : *Arbitrage commercial international. Convention d'arbitrage. Arbitrabilité.*

Gaillard E., J.-Cl. dr. int., Fasc. 586-9-1 : *Arbitrage commercial international. Sentence arbitrale. Droit applicable au fond du litige.*

Gaudemet-Tallon H., J.-Cl. dr. int., Fasc. 552-15 : *Convention de Rome du 19 juin 1980 et Règlement Rome I du 17 juin 2008. Détermination de la loi applicable. Domaine de la loi applicable.*

Gaudemet-Tallon H., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Bail.*

Gaudemet-Tallon H., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Compétence internationale : matière civile et commerciale.*

Goldman B., Rép. dr. int., V° *Arbitrage commercial international.*

Huet A. et Alexandre D., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Compétence européenne, reconnaissance et exécution : matières civile et commerciale.*

Huet A., J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-10 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Généralités.*

Huet A., J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-20 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Compétence internationale ordinaire. Principe de l'extension à l'ordre international des règles de compétence territoriale interne.*

Huet A., J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-21 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Compétence internationale ordinaire. Règles de compétence purement internationale.*

Huet A., J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-41 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Clauses attributives de juridiction.*

Huet A., J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-42 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Règlements des incidents de compétence. Incompétence internationale des juridictions françaises.*

Huet A., J.-Cl. dr. int., Fasc. 581-43 : *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux. Règles communes à la compétence internationale ordinaire et à la compétence privilégiée des tribunaux français. Règlements des incidents de compétence. Litispendance et connexité internationale.*

Huet A., J.-Cl. dr. int., Fasc. 582-10 : *Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux. Compétence de la « lex fori ». Domaine de la « lex fori ».*

Huet A., J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-35 : *Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale. Efficacité substantielle et autorité de chose jugée.*

Huet A., J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-40 : *Effets en France des jugements étrangers subordonnés à leur régularité internationale. Objet du contrôle : les conditions de la régularité internationale.*

Idot L., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Concentrations.*

Jacquet J.-M., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Contrats.*

Jobard-Bachellier M.-N., J.-Cl. dr. int., Fasc. 534-2 : *Ordre public international. Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. Applicabilité de règles étrangères et appartenance des valeurs au for. Origine et contenu des valeurs intangibles du for.*

Mayer P., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Lois de police.*

Mourre A., J.-Cl. dr. int. Fasc. 1075 : *Arbitrage commercial international. Instance arbitrale. Intervention du juge étatique. Mesures provisoires et conservatoires.*

Muir Watt H., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Loi étrangère.*

Pataut E., J.-Cl. dr. int., Fasc. 573-1 : *Conflits de lois en droit du travail.*

Peruzzeto S., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Distribution.*

Sindres D., J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-125 : *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale. Compétence. Règles ordinaires de compétence. Dispositions générales. Article 4 du règlement (UE).*

Stoufflet J., J.-Cl. dr. int., Fasc. 120 : *Banque et opérations de banque. Statut bancaire en droit international. Conflits de lois.*

Sturlèse B., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Entraide judiciaire internationale.*

Théry Ph., Rép. dr. int. Dalloz, V° *Voies d'exécution.*

Usunier L., J.-Cl. dr. int., Fasc. 584-160 : *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale, Compétence. Règles de compétence exclusives. Article 24 du règlement (UE) n° 1215/2012.*

Vareilles-Sommières P. (de), Rép. dr. int. Dalloz, V° *Fraude à la loi.*

Vareilles-Sommières P. (de), Rép. dr. int. Dalloz, V° *Jugement étranger : Matière civile et commerciale.*

# INDEX ANALYTIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

Abus de droit, 106 et s., 149, 152, 158, 569 et s.

*Anti-suit injunction*, 595 et s.

Arbitrabilité (des litiges) :

- et contrôle des sentences, 132 et s., 191 et s.
- et lois de police, 24 et s.
- et protection des parties faibles, 277 et s.
- et statut personnel, 251 et s.

*Auctor regit actum*, 244, 372, 431

Autonomie de la volonté, 16 et s., 43 et s., 307, 314, 567

Baux immobiliers, 233, 425 et s., 481 et s., 518

*Bloch*, 4, 452 et s., 543

Brevet d'invention, 241, 426

*Centros*, 165

Choix de for (V. Clause attributive de juridiction)

Clause abusive, 265 et s., 287 et s.

Clause attributive de juridiction :

- conditions de licéité, 41 et s., 94 et s., 159 et s., 248, 261 et s.
- conditions de validité, 45
- licéité conditionnée, 405 et s.

Clause compromissoire (V. Convention d'arbitrage)

Communauté de droit , 55, 178 et s., 560

Compétence :

- concurrente, 55, 96 et s., 464, 479
- exclusive, 230 et s., 423 et s., 461 et s., 516 et s., 533 et s.
- facultative, 266, 276
- flexible, 748, 796 et s.
- impérative, 45 et s., 51, 248, 262 et s., 468 et s.
- indirecte (V. compétence exclusive)

*Compétence-compétence* (principe de), 253, 282, 286, 289, 407, 600, 672

Confiance mutuelle (principe de), 295, 406, 815, 830, 855, 861

Conflit de procédures (V. Litispendance ; Connexité)

Conflit de systèmes, 546, 549, 594, 608, 811, 825 et s., 887 et s.

Connexité, 523, 535, 784, 788, 798 et s.

Contrat de consommation, 263 et s., 284 et s., 307 et s., 362 et s., 428 et s.

Contrat de travail, 269 et s., 278 et s., 307 et s., 312 et s., 367 et s., 428 et s., 452, 458, 702  
 Contrôle de la loi appliquée, 122 et s.  
 Convention d'arbitrage (V. arbitrabilité)  
 Convention de La Haye du 19 octobre 1996 sur la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des mineurs, 435, 828  
 Convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les clauses exclusives d'élection de for, 43, 531, 545  
 Coopération judiciaire, 806 et s. :
 

- et compétences juridictionnelles, 825 et s.
- et loi applicable, 730, 819 et s.

 Coordination des systèmes (harmonie internationale des solutions), 57, 131, 475, 587 et s.  
*Cornelissen*, 6, 124, 127, 392 et s., 474, 487 et s.  
 Courtoisie internationale, 499, 555, 579, 601, 733, 753, 836, 840 et s., 956  
 Déni de justice, 797, 933 et s.  
 Détachement du travailleur, 273, 370, 430  
 Dialogue judiciaire (ou intejuridictionnel), 727 et s., 816 et s., 829 et s., 845 et s.  
 Droit bancaire, 358  
 Droit boursier, 34, 357, 771, 830  
 Droit de la concurrence, 31, 51, 161, 177, 194, 200, 325, 341, 360 et s., 506, 513 et s., 523, 715, 839 et s.  
 Droit public (et lois de police), 1, 65, 236, 345, 354 et s., 369 et s., 426  
 Droit réel immobilier (V. immeuble), 232 et s., 325, 424 et s., 479, 500, 507, 538, 592, 896, 919 et s., 957  
*Effet réflexe*, 538, 707, 739, 788, 929, 957  
 Embargo, 355, 638, 667  
 Equivalence (des lois), 52 et s., 123 et s., 297 et s., 307, 409 et s., 529  
 Etat tiers (à la Communauté européenne), (V. *Effet réflexe*)  
 Faillite, 359, 436 et s., 568, 839 et s.  
*Foreign court theory*, 629, 867 et s.  
*Forum non conveniens*, 744 et s.  
*Forum shopping* :
 

- clause de prorogation de for, 95 et s.
- et fraude, 136 et s.
- et juge étranger, 564 et s.

 Fraude :
 

- à la juridiction, 142,
- à la loi, 98, 104, 139 et s., 155, 398, 568
- au jugement, 98, 104, 143 et s., 216

 Gestation pour autrui, 396 et s.  
*Injonction anti-suit* (V. *Anti-suit Injunction*)  
 Investissement, 356



*Lex concursus*, 437 et s., 842

*Lex rei sitae* (V. droit réel immobilier)

Litispendance internationale, 496 ; 523 ; 672 ; 784 et s.

*Lloyd's*, 53, 60, 410

Loi d'application immédiate (V. loi de police)

Lois de police :

- administratives, 9, 334 et s., 514
- bilatéralisées (cristallisées), 235 et s., 242 et s., 255 et s., 303 et s., 428 et s., 477 et s.
- conflit de, 503 et s.
- étrangères, 63 et s. (juge étatique), 78 et s. (arbitre)
- protectrices, 261 et s., 312 et s., 363 et s., 428 et s., 505 et s.

*Mitsubishi*, 29 et s., 52 et s., 410

*Monster Cable*, 5 et s., 51 et s., 361 et s., 406, 454, 543

*Munzer*, 122, 139, 142

Office du juge, 664 et s.

Option de compétence, 96 et s., 141 et s., 152, 216, 265, 274, 565 et s.

Ordre juridique de référence, 622, 742, 864, 888 et s.

Ordre juridique prépondérant, 548, 660, 687 et s.

Ordre public :

- de direction, 327, 337 et s., 336 et s., 499, 531
- de protection (V. lois de police protectrices)
- de proximité, 147, 186, 250, 395
- effet atténué, 185 et s., 395 et s.
- et lois de police, 128 et s., 172 et s.
- procédural, 134, 156, 161

Principe :

- de confiance mutuelle, 295, 406, 830, 855, 861
- de non-révision, 123, 171, 193 et s., 207 et s.
- de proximité, 1, 10, 43, 449, 576 et s., 750 et s., 869, 953
- de souveraineté, 10, 239, 241, 256, 368, 426, 500, 684, 809
- d'effectivité, 188, 479 et s., 498 et s., 513, 587 et s., 711, 717, 734, 928 et s.

Prise en considération, 77 et s., 146, 366, 509, 633 et s.

Procédures collectives (V. Faillite)

Procédures parallèles ( V. Litispendance)

Proportionnalité (contrôle de), 296 et s.

Résidence habituelle (critère de rattachement) (V. contrat de consommation)

*Second look*, 32, 39, 52, 60, 81, 117, 129, 135, 150, 174, 193, 216 et s., 394, 410

*Simitch*, 142 et s., 250, 465 et s., 473, 485, 488, 788, 799

Sous-traitant, 325, 330, 331

*Thalès*, 200

Voies d'exécution, 239, 424, 500

# **TABLES DES MATIÈRES**

INTRODUCTION GÉNÉRALE .....	1
<b>TITRE I : L'ÈRE DES INDIFFÉRENCES RÉCIPROQUES.....</b>	<b>14</b>
<b>CHAPITRE I : LES LOIS DE POLICE ET LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE     DIRECTE .....</b>	<b>16</b>
<i>SECTION I : ABSENCE D'INCIDENCE DES LOIS DE POLICE SUR L'ADMISSION         DES CLAUSES DE PROROGATIONS DE FOR.....</i>	<i>17</i>
I- Conventions d'arbitrage.....	18
A) Fondements d'une possible incidence des lois de police.....	18
1- Encadrement étatique de l'institution arbitrale .....	19
2- Lois de police et arbitrabilité des litiges.....	21
B) Déconnexion de l'arbitrabilité de la question des lois de police.....	24
1- Indifférence progressive vis-à-vis des lois de police applicables.....	24
a) Réticences anciennes à l'égard de la justice arbitrale .....	24
b) Reconnaissance de l'arbitrabilité des litiges mettant en cause des lois de police .....	28
2- Fondements de l'indifférence.....	32
a) Prise en compte des exigences du commerce international .....	33
b) Absence d'atteinte présumée pour le respect des lois de police .....	35
II- Clauses attributives de juridiction .....	37
A) Contexte défavorable à une prise en compte des lois de police.....	38
1- Utilité avérée des clauses attributives de juridictions .....	38
2- Affirmation du principe de licéité des clauses attributives de juridiction .....	41
B) Indifférence consacrée vis-à-vis des lois de police .....	44
1- Maintien du principe de licéité malgré l'applicabilité d'une loi de police .....	44
a) Position européenne .....	44
b) Position américaine .....	47
2- Fondements de la solution consacrée .....	49
a) Principe de séparation des conflits de lois et des conflits de juridictions .....	50
b) Existence d'une confiance interjuridictionnelle .....	52
<i>SECTION II : RÉPERCUSSIONS SUR LE RESPECT DES LOIS DE POLICE.....</i>	<i>55</i>
I-Dilution de l'impérativité des lois de police du for .....	56
A) Application des lois de police par les juridictions étrangères.....	57
1- Fragilités théoriques.....	57
a) Arguments en faveur d'une application des lois de police étrangères .....	57
b) Faible probabilité d'une prise en compte des lois de police étrangères.....	60
2- Difficultés pratiques .....	63
a) Caractère aléatoire de l'identification des lois de police étrangères applicables .....	64
b) Caractère aléatoire du respect des intérêts étatiques mis en cause .....	66
B) Application des lois de police par les arbitres.....	69
1- Limites relatives à la prise en compte des lois de police étatiques.....	69

a) Absence de caractère obligatoire.....	69
b) Difficulté d'identification des lois de police applicables.....	72
2- Limites relative à la mise en œuvre des lois de police étatiques .....	74
a) Soumission de la mise en œuvre à l'appréciation subjective de l'arbitre .....	75
b) Encadrement par la volonté des parties .....	77
II- Contournement volontaire des lois de police du for .....	79
A) Exploitation possible des règles de compétence juridictionnelle.....	80
1- Caractéristiques de la pratique du <i>forum shopping</i> .....	80
2- Moyen d'une maîtrise des impérativités par les parties .....	83
B) Instrumentalisation permise des règles de compétence juridictionnelle .....	84
1- Incertitudes quant à la licéité du procédé .....	86
2- Immunité du procédé dans le for au stade direct.....	88
 CONCLUSION DU CHAPITRE I .....	 92
 CHAPITRE II : LES LOIS DE POLICE AU STADE DU CONTRÔLE DES SENTENCES ET DES JUGEMENTS ÉTRANGERS.....	 96
 <i>SECTION I : DÉTERMINATION DES CHEFS PERTINENTS DE CONTRÔLE.....</i>	 <i>97</i>
I- Contrôles portant sur la solution donnée au litige .....	98
A) Ancienne condition de conformité à la loi appliquée .....	98
1- Contours de la condition de la loi appliquée .....	99
2- Condition de la loi appliquée et respect des lois de police.....	102
B) Condition de conformité à l'ordre public.....	105
1- Contrôle des jugements étrangers .....	105
2- Contrôle des sentences arbitrales .....	108
II- Contrôles portant sur l'absence de comportement frauduleux des parties .....	112
A) Reconnaissance et exécution des jugements en droit français.....	113
1- Contours de la réserve fondée sur l'absence de fraude .....	113
a) Condition autonome de l'absence de fraude.....	113
b) Condition de l'absence de choix de for frauduleux .....	115
2- Absence de fraude et sanction du contournement des lois de police.....	118
a) Utilité du contrôle.....	118
b) Insuffisance du contrôle .....	122
B) Reconnaissance des jugements étrangers dans le cadre de l'Union européenne.....	125
1- Incertitudes relatives au fondement du contrôle.....	125
2- Incertitudes relatives à l'efficacité du contrôle .....	128
a) Déplacement progressif du contrôle vers le for d'origine.....	128
b) Conception restrictive des comportements frauduleux.....	130
C) Contrôle des sentences arbitrales .....	135
 <i>SECTION II : DÉSACTIVATION DES IMPÉRATIVITÉS DU FOR.....</i>	 <i>138</i>
I- Insuffisance du contrôle de l'ordre public.....	139
A) Inadaptation quant à la prise en compte de l'ensemble des lois de police .....	140

1- Conception restrictive de la notion d'ordre public .....	140
2- Déplacement progressif des sources de l'ordre public .....	143
B) Inadaptation quant à la sanction de la violation des lois de police .....	147
1- Existence d'une violation <i>concrète</i> de l'ordre public.....	147
2- Existence d'une violation <i>effective</i> .....	149
II- Neutralisation du contrôle de l'ordre public à l'égard des lois de police .....	152
A) Limitation de l'intensité du contrôle malgré l'existence de lois de police .....	153
1- Dualité des conceptions relatives à l'étendue du contrôle.....	153
a) Contours de la conception <i>minimaliste</i> .....	153
b) Conception <i>maximaliste</i> du contrôle .....	156
2- Consécration de la conception <i>minimaliste</i> .....	159
a) Limitation du contrôle aux cas de violations <i>flagrantes</i> de l'ordre public.....	159
b) Conséquences quant au respect des lois de police.....	164
B) Expression d'une semi-impérativité consentie des lois de police .....	166
1- Faiblesse de l'argument tiré de l'interdiction de la révision au fond .....	166
2- Justification sous l'angle d'arguments d'opportunité .....	171
 CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ET DU TITRE I .....	 175
 <b>TITRE II : RESTAURER L'IMPÉRATIVITÉ DES LOIS DE POLICE AU FOR D'ORIGINE .....</b>	 <b>179</b>
 CHAPITRE I : OBSERVATION À PARTIR DU DROIT POSITIF .....	 182
<i>SECTION I : IMPÉRATIVITÉS DÉFENDUES PAR LE SYSTÈME DE COMPÉTENCE</i> .....	 184
I- Hypothèses de compétences indérogeables .....	185
A) Compétences exclusives en matière patrimoniale .....	186
1- Compétence exclusive en matière réelle immobilière.....	186
a) Corrélation des compétences de l'ordre juridique du <i>situs</i> .....	186
b) Caractère de loi de police de la <i>lex rei sitae</i> .....	189
2- Autres chefs de compétence exclusifs.....	192
a) Coïncidence systématique des compétences juridictionnelle et législative .....	192
b) Hypothèses d'intervention <i>massive</i> d'impérativités substantielles .....	198
B) Compétences impératives dans les matières extrapatrimoniales.....	201
1-Exclusion généralisée des clauses de prorogation de for .....	201
a) Illicéité des clauses attributives de juridiction .....	201
b) Nullité des conventions d'arbitrage.....	204
2- Système de protection des lois de police.....	209
a) Domaine d'intervention <i>massive</i> de lois de police .....	209
b) Corrélation généralisée des impérativités.....	213
II-Régimes dérogatoires de licéité des clauses de prorogation de for .....	216
A) Clauses attributives de juridictions .....	216
1-Système de protection des lois de police dans les contrats de consommation .....	216
a) Règles protectrices du règlement Bruxelles I bis.....	217
b) Protection limitée de la législation sur les clauses abusives .....	219

2- Système de protection des lois de police dans les contrats de travail.....	223
a) Protection satisfaisante de certaines impérativités substantielles en droit français.....	223
b) Protection relative en droit européen.....	228
B) Convention d'arbitrage .....	230
1- Clauses compromissoires et contrats de travail.....	231
a) Inopposabilité des clauses compromissoires .....	231
b) Mécanisme de protection des impérativités .....	233
2-Clauses compromissoires et contrats de consommation .....	234
a) Méfiance relative vis-à-vis des clauses compromissoires.....	234
b) Protection limitée des lois de police en matière de consommation .....	236
 <b>SECTION II : IMPÉRATIVITÉS DÉCORRÉLÉES DU SYSTÈME DE COMPÉTENCE</b>	
.....	239
 I-Hypothèses non problématiques .....	240
A) Les lois de police protégées par le droit de l'Union européenne .....	240
1- Diminution des conséquences de l'inapplication des lois de police du for à l'étranger .....	240
a) Contrôle européen uniforme des lois de police .....	241
b) Harmonisation européenne des lois de police .....	244
2- Certitude d'une application des lois de police du for à l'étranger.....	247
a) Intégration des lois de police dans un procédé bilatéral .....	249
b) Bilatéralisation des lois de police protectrices du consommateur et du travailleur .....	252
B) Les fausses lois de police.....	256
1- Caractéristiques des nouvelles lois de police protectrices.....	256
a) Défense de l'ordre public de protection.....	257
b) Absence d'applicabilité immédiate .....	261
2- Fondements d'un recours abusif au mécanisme des lois de police .....	264
a) Rattachement artificiel à la mise en cause d'un intérêt étatique .....	264
b) Utilisation purement <i>fonctionnelle</i> du mécanisme .....	269
 II-Hypothèses problématiques.....	275
A) Méthode d'identification des vraies lois de police .....	276
1- Critères d'identification fondés sur l'analyse de l'objectif poursuivi .....	276
a) Mise en cause des intérêts étatiques <i>stricto sensu</i> .....	276
b) Implication directe des intérêts étatiques .....	281
2-Indices complémentaires d'identification .....	283
a) Éléments portant directement sur la norme considérée .....	284
b) Éléments extérieurs à la règle.....	288
B) Délimitation concrète des hypothèses problématiques .....	290
1- Identification des vraies lois de police dans les domaines rattachés à l'ordre public de direction .....	292
a) Réglementations en matière de régulation économique .....	292
b) Réglementation en matière de droit de la concurrence.....	296
2- Domaines de mise en cause fréquente de l'ordre public de protection .....	299
a) Dispositions relevant du droit de la consommation.....	300
b) Réglementation en matière de droit du travail.....	303
3- Hypothèses nécessitant la mise en place de nouvelles solutions.....	307
 CONCLUSION DU CHAPITRE I .....	312
 CHAPITRE II : PROPOSITION D'ÉVOLUTION .....	316

**SECTION I : CONSÉCRATION D'UNE RÈGLE DE COMPÉTENCE FONDÉE SUR L'APPLICABILITÉ D'UNE LOI DE POLICE** ..... 318

I- Mise en place opportune d'un chef de compétence corrélée .....	318
A) Insuffisance d'une restauration du contrôle des lois de police au stade de l' <i>exequatur</i> .....	319
1- Protection <i>in extremis</i> des impérativités .....	319
a) Moyens disponibles.....	319
b) Moyens utilisés .....	322
2- Insuffisance du procédé .....	326
a) Difficultés de mise en œuvre.....	326
b) Inopportunité de la solution obtenue.....	328
B) Insuffisance d'un procédé empêchant ponctuellement l'expatriation du contentieux .....	330
1- Mécanisme de <i>licéité conditionnée</i> des clauses attributives de juridiction .....	330
a) Fondement d'une évaluation des conséquences de l'expatriation du contentieux .....	330
b) Utilisation du mécanisme .....	333
2- Absence d'efficacité du mécanisme.....	336
a) Limites intrinsèques du mécanisme.....	336
b) Inopportunité des conséquences de sa mise en œuvre.....	338
II- Consécration possible d'un chef de compétence corrélée .....	342
A) Préexistence de chefs de compétence indérogables influencés par l'applicabilité de lois de police .....	342
1- Règles de compétences exclusives.....	343
2- Règles de compétence visant à protéger une partie faible.....	347
3- Domaines d'intervention d'autorités publiques .....	350
a) Règles de compétence en matière de statut personnel.....	351
b) Règles de compétence consacrée en matière de faillites .....	355
B) Mise en place d'un chef de compétence <i>autonome</i> fondé sur l'applicabilité d'une loi de police .	359
1- Admissibilité théorique .....	361
a) Critiques généralement avancées.....	361
b) Reconnaissance possible d'une compétence corrélée à l'applicabilité d'une <i>vraie</i> loi de police .....	363
2- Conformité de la solution avec la jurisprudence française de droit commun.....	367
a) Absence d'incompatibilité avec les décisions retenues .....	367
b) Appui jurisprudentiel favorable .....	371

**SECTION II : RÉGIME DE LA COMPÉTENCE CORRÉLÉE** ..... 375

I- Nature de la compétence corrélée .....	375
A) Reconnaissance possible du caractère exclusif.....	375
1- Exclusivité déduite de l'impérativité .....	376
a) Ambivalence de la notion de compétence exclusive .....	376
b) Liaison des caractères impératifs et exclusifs de la compétence corrélée .....	379
2- Exclusivité déduite de la fonction de la règle de compétence juridictionnelle.....	382
a) Incidence possible de l'ordre public substantiel sur le caractère exclusif.....	384
b) Correspondance possible entre l'applicabilité d'une loi de police et l'exclusivité .....	387
B) Utilité du caractère exclusif .....	393
1- Conséquences de l'exclusivité dans le contentieux de l' <i>exequatur</i> .....	394
a) Fonction de l'exclusivité au stade du contrôle des jugements étrangers.....	394
b) Opportunité des conséquences de l'exclusivité .....	397
2- Conséquences de l'exclusivité consacrée au stade de la détermination de la compétence juridictionnelle .....	400
a) Effets de l'exclusivité devant les juridictions du for .....	400

b) Effets théoriques de l'exclusivité devant les juridictions étrangères .....	401
<b>II- Hypothèses particulières.....</b>	<b>405</b>
A) Circonstances d'un conflit de lois de police .....	405
1- Délimitation du problème .....	407
a) Hypothèses de conflits de lois de police.....	407
b) Difficultés suscitées dans l'hypothèse d'une compétence juridictionnelle corrélée .....	410
2-Solutions envisageables .....	412
a) Cas du conflit de lois de police au sens strict .....	412
b) Cas du conflit de compétences exclusives.....	416
B) Cadre de l'Union européenne .....	419
1- Consécration du chef de compétence corrélé .....	419
a) Difficultés suscitées par les solutions consacrées en droit positif.....	420
b) Absence d'incompatibilité absolue avec le droit positif.....	423
2- Régime de la compétence juridictionnelle corrélée .....	427
a) Mise en œuvre dans les relations entre États membres.....	427
b) Mise en œuvre dans les relations avec des États tiers .....	430
 <b>CONCLUSION DU CHAPITRE 2 ET DU TITRE 2.....</b>	 <b>434</b>
 <b>TITRE III : COORDINATION À PARTIR D'UN FOR ÉTRANGER.....</b>	 <b>440</b>
 <b>CHAPITRE I : EFFACEMENT AU PROFIT DU FOR PRÉPONDÉRANT.....</b>	 <b>443</b>
 <i>SECTION I : OBJECTIFS .....</i>	 <i>443</i>
I-Fondement de la coordination.....	444
A) Raisons de l'effacement .....	444
1- Contribution au respect des impérativités étrangères.....	445
a) Coopération à la protection des intérêts étatiques.....	445
b) Conditions de la coopération du for .....	449
2- Sanction du comportement frauduleux des parties.....	453
a) Prise en compte du contournement des impérativités étrangères.....	453
b) Fondement de la prise en compte .....	457
B) Incidence de considérations objectives .....	461
1-Liens étroits de la situation avec le for étranger.....	462
a) Contour du principe de proximité.....	462
b) Conformité de la compétence étrangère au critère de la proximité .....	465
2-Réalisation de l'harmonie internationale des solutions .....	468
a) Teneur de l'argument .....	468
b) Portée relative de l'argument .....	471
3- Incidence d'une <i>anti-suit injunction</i> étrangère.....	475
a) Efficacité théorique des <i>anti-suit injunctions</i> .....	475
b) Faiblesse de l'incidence effective des injonctions.....	479
II-Décomposition du raisonnement .....	483
A) Mise en retrait des conceptions du for .....	484
1- Effacement sur le plan juridictionnel .....	484
a) Reconnaissance de la <i>prépondérance globale</i> de l'ordre juridique étranger .....	484
b) Forme de l'abstention juridictionnelle .....	487
2- Effacement sur le plan substantiel.....	490



a) Reconnaissance de la compétence législative revendiquée .....	490
b) Reconnaissance partielle de la revendication de compétence <i>globale</i> revendiquée .....	491
3- Effacement au stade du contentieux de l' <i>exequatur</i> .....	493
B) Réalisation du point de vue étranger.....	496
1- <i>Prise en compte</i> du point de vue étranger .....	496
a) <i>Substitution</i> du point de vue étranger à celui du for .....	497
b) <i>Assimilation</i> du point de vue étranger dans le for.....	498
2- Prise en considération du point de vue étranger.....	502
a) Prise en considération de la loi de police étrangère.....	502
b) Prise en considération de la compétence juridictionnelle étrangère .....	506
<b>SECTION II : RÉALISATION DE LA COORDINATION.....</b>	<b>509</b>
I- Prise en compte de la prépondérance de l'ordre juridique étranger.....	509
A) Méthodes de coordination envisageables .....	510
1-Système de prise en compte <i>facultative</i> des impérativités étrangères .....	510
a) Caractéristiques du mécanisme de coordination.....	510
b) Efficacité conditionnée du mécanisme .....	513
2-Système de prise en compte <i>obligatoire</i> des impérativités étrangères .....	515
a) Caractéristiques de la méthode de coordination .....	515
b) Efficacité de la méthode.....	519
B) Mise en œuvre de la coordination.....	521
1- Incidence du comportement procédural des parties .....	521
a) Contribution possible au respect des impérativités étrangères .....	522
b) Autonomie nécessaire de la mise en œuvre du procédé .....	525
2- Office de l'autorité juridictionnelle saisie .....	528
a) Opportunité d'une mise en œuvre imposée .....	529
b) Hypothèse de mise en cause d'impérativités substantielles étrangères .....	531
c) Hypothèse d'une compétence juridictionnelle exclusive étrangère .....	534
II- Identification de l'ordre juridique prépondérant .....	538
A) Méthode de l'identification .....	538
1- Prédétermination de l'ordre juridique étranger prépondérant .....	538
2- Appréciation concrète de la prépondérance de l'ordre juridique étranger .....	541
3- Rapports des deux composantes de l'identification .....	543
B) Fondements de l'identification .....	547
1- Directives d'identification abstraite .....	547
a) Fondements d'une présélection des impérativités .....	549
b) Détermination de critères d'identification opérants .....	553
2- Réalisation de l'appréciation concrète .....	559
a) Appréciation unilatérale du point de vue étranger.....	559
b) Extériorisation du point de vue étranger .....	564
<b>CONCLUSION DU CHAPITRE I .....</b>	<b>568</b>
<b>CHAPITRE II : VARIÉTÉ DES PROCÉDÉS D'EFFACEMENT .....</b>	<b>574</b>
<b>SECTION I : PROCÉDÉ UNILATÉRAL FONDÉ SUR LE FORUM NON CONVENIENS</b> .....	<b>576</b>
I- Utilité théorique du <i>forum non conveniens</i> .....	576

A) Compatibilité des fondements du mécanisme .....	577
1- Pouvoir discrétionnaire général de dessaisissement du juge du for .....	577
2- Prise en compte de la compétence juridictionnelle étrangère .....	580
B) Compatibilité des objectifs du mécanisme .....	583
1- Absence d'incompatibilité avec l'objectif de protection des intérêts privés .....	584
2- Conformité avec l'objectif de protection des intérêts publics .....	586
II- Exploitation pratique du mécanisme .....	591
A) Adaptations nécessaires du mécanisme .....	591
1- Affectation du mécanisme à la sauvegarde des politiques législatives étrangères .....	591
2- Adaptations formelles du procédé de coordination .....	595
B) Mise en œuvre généralisée du mécanisme adapté .....	599
1- Absence de clause générale de <i>forum non conveniens</i> dans les États de tradition civiliste .....	599
a) Rejet de toute possibilité de dessaisissement discrétionnaire .....	599
b) Insuffisance du pouvoir de dessaisissement résiduel consacré .....	603
2- Admissibilité du mécanisme de coordination inspiré du <i>forum non conveniens</i> .....	608
a) Compatibilité d'une clause d'exception strictement définie avec les conceptions civilistes .....	608
b) Apparitions ponctuelles du <i>forum non conveniens</i> dans les États de tradition civiliste .....	611
 <b>SECTION II : PROCÉDÉS MULTILATÉRAUX FONDÉS SUR LA COOPÉRATION INTERJURIDICTIONNELLE</b> .....	
<b>618</b>	
I- Utilité de la coopération interétatique .....	619
A) Fondement d'une méthode de coordination des systèmes .....	619
1- Méthode multilatérale de coordination .....	619
2- Variété des fondements de la coordination .....	622
B) Résolution des conflits de systèmes .....	626
1- Coordination sur le plan substantiel .....	627
2- Coordination sur le plan de la compétence juridictionnelle .....	631
II- Utilisation pratique de la coopération judiciaire internationale .....	637
A) Opportunité du recours à la coopération .....	637
1- Protection possible des impérativités étrangères .....	638
a) Compatibilité théorique avec les objectifs poursuivis .....	638
b) Préexistence de procédés affectés à la réalisation de l'objectif poursuivi .....	641
2- Protection effective des impérativités étrangères .....	647
a) <i>Délocalisation ponctuelle</i> du contentieux dans l'ordre juridique prépondérant .....	647
b) <i>Relocalisation effective</i> du contentieux dans l'ordre juridique étranger .....	651
B) Conditions de l'opportunité du recours à la coopération .....	654
1- Encadrement nécessaire de la coopération .....	654
2- Détermination d'une méthode de règlementation de la coopération .....	659
 <b>SECTION III : PROCÉDÉS FONDÉS SUR LA DÉTERMINATION D'UN ORDRE JURIDIQUE DE RÉFÉRENCE</b> .....	
<b>663</b>	
I- Mécanismes consacrant un effacement partiel du for .....	663
A) Contours des théories proposées .....	664

1- <i>Foreign court theory</i> .....	664
2- Procédé fondé sur la dissociation du for de raisonnement et du for de jugement .....	667
B) Utilité des mécanismes envisagés .....	670
1- Respect des lois de police étrangères .....	670
2- Adaptations nécessaires .....	672
II- Méthode de référence à l'ordre juridique compétent.....	675
A) Utilité possible de la méthode .....	675
1- Compatibilité des fondements de la méthode .....	675
a) Conception globale des conflits de systèmes.....	675
b) Méthode systématique de résolution des conflits de systèmes .....	679
c) Rattachement possible à un objectif de protection des impérativités étatiques.....	682
2- Compatibilité des effets .....	685
a) Respect des impérativités étrangères dans l'instance directe.....	685
b) Respect des impérativités étrangères dans le contentieux de l' <i>exequatur</i> .....	687
c) Protection définitive des impérativités étrangères dès l'instance directe.....	691
B) Utilisation de la méthode .....	694
1- Consécration des procédés de coordination .....	694
a) Physionomie envisageable des règles de coordination .....	696
b) Détermination de l'ordre juridique de référence .....	699
2- Mise en œuvre de la méthode .....	702
a) Incidence concrète du <i>principe d'effectivité</i> .....	702
b) Recours envisageable au concept de déni de justice .....	705
 CONCLUSION DU CHAPITRE II .....	 710
 CONCLUSION GÉNÉRALE.....	 715
 BIBLIOGRAPHIE.....	 722
 INDEX ANALYTIQUE .....	 746
 TABLES DES MATIÈRES .....	 750