



**HAL**  
open science

# L'UTILISATION DE LA LEX FORI DANS LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE LOIS

Peggy Carlier

► **To cite this version:**

Peggy Carlier. L'UTILISATION DE LA LEX FORI DANS LA RÉSOLUTION DES CONFLITS DE LOIS. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2008. Français. NNT: . tel-00287077

**HAL Id: tel-00287077**

**<https://theses.hal.science/tel-00287077>**

Submitted on 10 Jun 2008

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

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



UNIVERSITÉ DE LILLE 2 – Droit et santé

Faculté des sciences juridiques, politiques et  
sociales

École doctorale n° 74

**L'UTILISATION DE LA *LEX FORI*  
DANS LA RÉOLUTION DES CONFLITS DE LOIS**

par

**Peggy CARLIER**

THÈSE

pour obtenir le grade de DOCTEUR en droit

Discipline : droit international privé

Présentée et soutenue publiquement le 14 mars 2008

Sous la direction de : Madame Annie BOTTIAU  
*Maître de conférences à l'Université de Lille 2*

Membres du jury : Monsieur Éric KERCKHOVE  
*Professeur à l'Université de Lille 2*

Monsieur Étienne PATAUT  
*Professeur à l'Université de Cergy-Pontoise*

Monsieur Benjamin RÉMY  
*Professeur à l'Université de Poitiers*



L'Université de Lille 2 n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



À la mémoire de mon grand-père



## REMERCIEMENTS

Je remercie Mademoiselle BOTTIAU d'avoir accepté de diriger mes travaux et de m'avoir laissé tant d'indépendance dans la conduction de cette réflexion.

Je tiens aussi à exprimer ma profonde reconnaissance et ma gratitude à Monsieur le Professeur KERCKHOVE pour l'attention qu'il a portée à mes travaux, pour tous les encouragements qu'il m'a adressés, qui m'ont donné foi en mes capacités, et pour la bienveillance avec laquelle il a toujours su m'écouter lorsqu'une difficulté théorique se présentait à moi.

Je remercie vivement Madame EECKHOUDT, Madame BENMBAREK-LESAFFRE et, surtout, Mademoiselle HECQUET d'avoir procédé à la relecture de mon travail. Leurs corrections et remarques ont été très précieuses.

Je suis reconnaissante envers plusieurs professeurs qui m'ont offerts leurs conseils au début de mes travaux de recherche : Monsieur le Professeur FALLON, Monsieur le Professeur VERWHILGHEN, Madame le Professeur GANNAGÉ, ainsi que Monsieur le Professeur BOLLÉE.

Je remercie aussi le Curatorium de l'Académie de droit international de La Haye d'avoir permis le financement d'une partie de mes séjours de recherche à la Bibliothèque du Palais de la Paix et à l'Académie de droit international. J'y ai fait la connaissance de nombreux amis juristes. J'y ai surtout rencontré des professeurs dont les qualités scientifiques et intellectuelles m'ont inspiré l'envie de me surpasser.

Je remercie également l'Université de Paris 1 Panthéon-Sorbonne et l'Université d'Artois de m'avoir donné pleinement l'opportunité, en me recrutant en tant qu'ATER, d'enseigner et de communiquer ma passion pour le droit.

Enfin, cette thèse doit beaucoup aux proches qui m'ont accompagnée durant ces longues années de doctorat. Parmi ceux-ci, je souhaite plus précisément remercier ma mère et Émilie pour leur inconditionnel soutien affectif et moral. Des remerciements très particuliers vont aussi à Richard pour tout le réconfort, les sourires et les encouragements qu'il m'a apportés. Merci infiniment.



## TABLE DES ABRÉVIATIONS

### A. JURIDICTIONS

Cass. Ass. Plén.	arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. Ch. mixte	arrêt de la Cour de cassation (chambre mixte)
Cass. Civ.	arrêt de la Cour de cassation (chambre civile)
Cass. Com.	arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale)
Cass. Crim.	arrêt de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Cass. Req.	arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes, supprimée en 1947)
Cass. Soc.	arrêt de la Cour de cassation (chambre sociale)
CEDH	arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
CIJ	arrêt de la Cour internationale de justice
CJCE	arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
TGI	jugement d'un Tribunal de grande instance
TI	jugement d'un Tribunal d'instance
TPICE	jugement du Tribunal de première instance des Communautés européennes
Trib. Civ.	jugement d'un Tribunal civil

### B. ORGANISMES D'ÉDITION, COLLECTIONS

BDI	Bibliothèque de droit international
BDIP	Bibliothèque de droit international privé
BDP	Bibliothèque de droit privé
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
NBT	Nouvelle bibliothèque de thèses
PUAM	Presses Universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France

### C. PÉRIODIQUES

AJCL	American Journal of Comparative Law
AJ fam.	Actualité juridique famille
AIDI	Annuaire de l'Institut de droit international
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (Suisse)
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
BYBIL	British Year Book of International Law

D.	Recueil Dalloz (Dalloz-Sirey, depuis 1965) ; I.R. : informations rapides ; Pan. : panorama de jurisprudence ; D.H. : Dalloz Hebdomadaire ; D. P. : Dalloz Périodique
Dr. Fam.	Droit de la famille
DROITS	Revue française de théorie juridique
GADIP	Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
J-CI.	Juris-Classeur
JCP	Semaine juridique - Jurisclasseur périodique - édition générale
JDI	Journal de droit international (Clunet) : Journal de Droit International Privé de 1874 à 1941 et Journal de Droit International depuis 1941
JOCE	Journal Officiel des Communautés européennes ; C : série Communications ; L : série Législation
JO	Journal Officiel
NILQ	Northern Ireland Legal Quarterly
R.	Rapport annuel de la Cour de cassation
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye
RCDI	Voir RCDIP
RCDIP	Cette abréviation désigne la Revue critique de droit international privé et ses appellations successives, à savoir : <ul style="list-style-type: none"> <li>- Revue de droit international privé et de droit pénal international (1905-1921),</li> <li>- Revue de droit international privé – RDIP (1922-1933),</li> <li>- Revue critique de droit international – RCDI (1934-1946),</li> <li>- Revue critique de droit international privé (depuis 1947).</li> </ul>
Rec.	Recueil des arrêts de la Cour de justice (I) et du Tribunal de première instance (II) des Communautés européennes
Rép. Def.	Répertoire du notariat Defrénois
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDIP	Voir RCDIP
RHDI	Revue hellénique de droit international
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RRJ	Revue de la recherche juridique, Droit prospectif
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey
TCFDIP	Travaux du Comité français de droit international privé

## **D. TEXTES CONCERNANT LES PAYS MEMBRES DE L'UNION EUROPÉENNE ET DE L'ASSOCIATION EUROPÉENNE DE LIBRE ÉCHANGE**

Convention de Bruxelles	Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale
Convention de Lugano	Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale
Convention de Rome	Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles
Règlement Bruxelles 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
Règlement Bruxelles II <i>bis</i>	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 abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000
Proposition de Règlement Rome I	Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2005 sur la loi applicable aux obligations contractuelles
Règlement Rome II	Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles

## E. ABRÉVIATIONS DIVERSES, LOCUTIONS

& : et	fasc. : fascicule
§ : paragraphe	<i>ibid.</i> : <i>ibidem</i> (au même endroit)
a. : autres	impr. : imprimerie
<i>adde</i> : ajouter	<i>in fine</i> : à la fin
aff. : affaire	<i>in</i> : dans
al. : alinéa	<i>inc.</i> : <i>incorporated</i>
art. : article	<i>infra</i> : voir plus loin
c/ : contre	jur. : jurisprudence
CE : Communauté européenne	n° : numéro(s)
ch. : chambre	NCPC : voir CPC
chron. : chronique	obs. : observations
c <sup>ie</sup> : compagnie	<i>op. cit.</i> : <i>opere citato</i> (ouvrage cité)
CNRS : Centre national de la recherche scientifique	p. : page(s)
coll. : collection	préc. : précité(e)(s)
comm. : commentaire	rapp. : rapprocher
comp. : comparer	rééd. : réédition
concl. : conclusions	réf. : référé
<i>contra</i> : en sens contraire	s. : et suivant(e)(s)
CPC : Code de procédure civile*	sect. : section
dactyl. : dactylographié	soc. : société
diff. : diffuseur	somm. : sommaire
dir. : direction	spéc. : spécialement
doct. : doctrine	<i>supra</i> : voir plus haut
e. g. : <i>exempli gratia</i> (par exemple)	t. : tome
éd. : édition(s)	th. : thèse
EGBGB : <i>Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch</i>	trad. : traduction
esp. : espèce	UE : Union européenne
etc. : <i>et cætera</i>	v. : voir
	v° : <i>verbo</i>
	vol. : volume

\* Selon l'art. 26 de la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit, le nouveau code de procédure civile (NCPC), institué par le décret n° 75-1123 du 5 décembre 1975, devient le code de procédure civile (CPC), v. J.O n° 296 du 21 décembre 2007 p. 20639.

# PLAN SOMMAIRE

(un plan détaillé figure à la fin de l'ouvrage)

## **PARTIE I L'INÉGALITÉ ENTRE LA LOI ÉTRANGÈRE ET LA *LEX FORI*.... 45**

### **TITRE I LES FORMES MÉTHODOLOGIQUES D'INÉGALITÉ ENTRE LA LOI ÉTRANGÈRE ET LA *LEX FORI* ..... 47**

CHAPITRE I LA SUPÉRIORITÉ DE LA <i>LEX FORI</i> LORS DE LA DÉSIGNATION DE LA LOI APPLICABLE .....	49
CHAPITRE II LA SUPÉRIORITÉ DE LA <i>LEX FORI</i> LORS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI APPLICABLE .....	117

### **TITRE II LES FONDEMENTS SOCIO-ÉCONOMIQUES DE L'INÉGALITÉ ENTRE LA LOI ÉTRANGÈRE ET LA *LEX FORI* ..... 231**

CHAPITRE I L'ETHNOCENTRISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ .....	235
CHAPITRE II L'INFLUENCE DE LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE.....	295

## **PARTIE II VERS UN RAPPROCHEMENT DE LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE ET DE LA LOI APPLICABLE..... 351**

### **TITRE I LES FAIBLESSES DU PRINCIPE DE SÉPARATION DU *FORUM* ET DU *JUS* ..... 355**

CHAPITRE I L'INTENSITÉ DU PRINCIPE DE SÉPARATION DANS LES SOURCES ET AUTORITÉS DU DROIT.....	357
CHAPITRE II LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT AU PRINCIPE DE SÉPARATION .....	371
CHAPITRE III L'IMPUISSANCE DU PRINCIPE DE SÉPARATION FACE AUX INCONVÉNIENTS DE LA <i>LEX FORI</i> .....	415

### **TITRE II LES FORMES DE COÏNCIDENCE DU *JUS* AVEC LE *FORUM* ..... 453**

CHAPITRE I LA COÏNCIDENCE SYSTÉMATIQUE DU CRITÈRE DE RATTACHEMENT AVEC LE CHEF DE COMPÉTENCE.....	457
CHAPITRE II LA COÏNCIDENCE POTENTIELLE DU CRITÈRE DE RATTACHEMENT AVEC LE CHEF DE COMPÉTENCE.....	493



# INTRODUCTION

Dans l'histoire de la finalité du droit international privé, il n'y a qu'« une seule conception authentique dont le droit international privé doit s'inspirer ; c'est l'esprit d'une idéologie que l'on peut appeler "cosmopolitisme juridique", qui, loin de prêcher une amorphe unité du monde, conjugue le patriotisme avec le respect des autres pays. À elle s'oppose passionnément le "chauvinisme" juridique, qui considère le droit étranger comme une armée d'envahisseurs qu'un juriste patriote doit mettre en fuite »<sup>1</sup>.

1. À en croire certains auteurs, toute théorie dont l'axe méthodologique reposerait sur l'application de la *lex fori* conduirait à l'anéantissement du droit international privé<sup>2</sup>. Le reproche touche en fait, plus spécifiquement, la résolution des conflits de lois car, en cette partie du droit international privé, la loi étrangère dispute assidûment la place de la *lex fori*, au point d'ailleurs que l'application de la loi étrangère soit progressivement devenue le fer de lance du droit international privé.

2. En effet, comme le souligne FRANCESKAKIS, « n'est-il pas vrai (...) qu'à partir du moment où l'on admet que chaque pays applique sa propre loi, on rompt avec la théorie des conflits de lois et on renonce à son séculaire bénéfice ? »<sup>3</sup>. Cette fausse interrogation ne suggère, en réalité, qu'une seule réponse possible, qui consiste à poser que l'utilisation de la loi du for serait néfaste pour la résolution des conflits de lois. D'ailleurs, pour adhérer au principe de la règle de conflit bilatérale, dit-on, un État doit forcément être disposé à

---

<sup>1</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Système et philosophie du droit international privé*, RCDIP 1955 p. 661.

<sup>2</sup> « Cette primauté accordée à la *lex fori* constitue la négation logique et méthodologique du droit international privé », Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Bibliothèque de droit international privé vol. 20, Dalloz Paris, 1976, n° 148 p. 115 (à propos des critiques adressées aux théories d'EHRENZWEIG). Un auteur écrit aussi que l'application systématique de la loi du for entraînerait la disparition du droit international privé, B. RÉMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, th. Paris I 2006, n° 1 p. 1.

<sup>3</sup> Ph. FRANCESKAKIS, *La prudente élaboration par la Conférence de La Haye d'une convention sur le divorce*, JDI 1965 p 37.

renoncer à l'application de la *lex fori*<sup>4</sup>. De là à considérer que tout recours à la loi du for doit être éliminé au bénéfice de la loi étrangère, il n'y a qu'un pas que lesdits auteurs semblent, en apparence, régulièrement prêts à franchir.

3. De cette manière, il est expliqué que, sur le plan scientifique, la négation du caractère international de la situation juridique, prétendument causée par la loi du for, serait une régression<sup>5</sup>. L'application par le juge de sa propre loi aux litiges internationaux est même qualifiée d'« idée primitive », tandis que la possibilité d'appliquer la loi étrangère appropriée serait, quant à elle, « un progrès notable dans la conception de la fonction judiciaire »<sup>6</sup>. Dans le même ordre d'idées, l'application de la *lex fori* est considérée comme trop simple, trop réaliste et surtout trop contraire à la vision internationale qu'est censée véhiculer le droit international privé<sup>7</sup>.

4. Au regard de ces considérations, engager une réflexion d'ensemble sur l'utilisation de la *lex fori* dans la résolution des conflits de lois est une démarche qui révèle forcément une profonde contradiction : comment est-il possible d'étudier l'utilisation de la loi du for en droit international privé si, justement, cette loi s'avère contraire à l'esprit de cette discipline ? Pourtant, à partir du moment où le droit international privé utilise la notion de *lex fori* et lui reconnaît un domaine d'application, il est radicalement impossible de lui attribuer un rôle destructeur de la matière : cette notion en est, au contraire, l'une des

---

<sup>4</sup> L. RADICATI DI BROZOLO, Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ?, RCDIP 2003 p. 3.

<sup>5</sup> En ce sens, v. P. MAYER, Les lois de police étrangères, JDI 1981 p. 345.

<sup>6</sup> H. YNTEMA, Les objectifs du droit international privé, RCDIP 1959 p. 2 (à propos de la *local law theory* de COOK). Sur la *local law theory*, v. *infra* n° 733.

<sup>7</sup> « Le système le plus simple est celui où le législateur impose l'application de son propre droit à toutes relations juridiques dès le moment où celle-ci est jugée par ses tribunaux. Les tribunaux suisses appliqueraient toujours la loi suisse, les tribunaux français, la loi française, etc. Cette application systématique de la *lex fori*, ce territorialisme outrancier a pu se concevoir à certaines époques où l'étranger était privé de droit et où les rapports entre individus ne dépassaient pas le cadre du fief moyenâgeux. Certes, rien n'interdit au législateur de chaque État une attitude aussi peu coopérative. Cette conception qui envisage le monde comme un échiquier où chaque relation juridique peut s'inscrire nettement dans une case, sans empiéter l'une sur l'autre, manque évidemment de courtoisie internationale et surtout d'efficacité. Elle n'est admise par personne », F. KNOEPFLER, Le droit international privé : froideur mécanique ou justice casuistique, Conférences universitaires de Neuchâtel 1976, p. 36. Sur le caractère simple de cette approche, *adde*, H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (sous la dir. de), Travaux dirigés de droit international privé, 3<sup>e</sup> éd. 2007, Litec Paris, p. 1.

composantes<sup>8</sup>. C'est pourquoi, il ne faut pas s'arrêter à l'opinion de ceux qui souhaitent dénier à la *lex fori* toute fonction en droit international privé.

**5. Définition.** Dans cette matière, qui est d'ailleurs la seule discipline où se rencontre la notion de *lex fori*, on appelle « loi du for » la loi du tribunal saisi. L'expression trouve son origine dans le mot latin *forum* – lequel signifie au sens figuré : place ou tribunal. En d'autres termes, il s'agit de la loi qui coïncide avec celle du pays dans lequel le tribunal siège<sup>9</sup>. Toutefois, le vocabulaire ne doit pas être trompeur : l'expression, qui est traduite par « loi du for »<sup>10</sup> ou « loi du juge saisi »<sup>11</sup>, équivaut en France – mais cela vaut pour chaque pays – à la « loi française » ou, plus largement, au « droit français »<sup>12</sup>.

**6.** D'ailleurs, l'identification de la *lex fori* s'avère parfois délicate. La difficulté réside dans le caractère fluctuant du vocable utilisé pour la désigner. Incontestablement, la *lex fori* a pour caractéristique d'être polymorphe puisqu'elle se confond avec la loi territoriale<sup>13</sup>, la loi nationale, la loi locale, voire la loi étatique ou la loi interne. Elle est aussi relative parce qu'il existe autant de lois du for qu'il y a de lois locales, nationales, territoriales, étatiques ou

---

<sup>8</sup> En ce sens, « l'application éventuelle de la *lex fori* à une situation juridique préalablement qualifiée d'internationale n'est aucunement contradictoire : l'extranéité suffit à déclencher l'application d'une règle de droit international privé pouvant elle-même conduire à la désignation d'une loi étrangère ou de la *lex fori* », D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, Partie générale, PUF Paris 2007, n° 9 p. 28.

<sup>9</sup> G. CORNU (sous la dir. de), *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, 8<sup>e</sup> éd. 2007, PUF Paris, v° *Lex*, p. 546 et v° *For*, p. 420 ; H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines du droit français*, 4<sup>e</sup> éd. 1999, Litec Paris, p. 275, v° « *Lex fori* ».

<sup>10</sup> L'expression est employée par exemple dans l'intitulé de l'article de Monsieur GANNAGÉ : P. GANNAGÉ, *Les limites à l'application de la loi du for dans le droit international privé contemporain*, in *Mélanges offerts à Albert Chavanne : droit pénal, propriété industrielle*, Litec Paris 1990, p. 3.

<sup>11</sup> C'est l'expression choisie par Madame SANTA-CROCE CÉALIS, sans doute pour susciter une meilleure compréhension de la part des non-initiés : M. SANTA-CROCE CÉALIS, *La vocation subsidiaire de la loi du juge saisi dans le règlement des conflits de lois*, th. Paris II, 1975.

<sup>12</sup> En témoigne le titre des travaux de BISCHOFF (J.-M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans les règlements de conflits de lois*, th. Paris 1959) et de LOUIS-LUCAS (P. LOUIS-LUCAS, *Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ?*, RCDIP 1959 p. 405).

<sup>13</sup> « La loi territoriale est parfois usitée comme synonyme de *lex fori* », P. ARMINJON, *L'objet et la méthode du droit international privé*, RCADI 1928-I t. 21, p. 505. Sur le caractère protéiforme de la loi territoriale, v. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Précis de droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 128 p. 145.

encore internes, qu'il existe de pays dans le monde. Cependant, à y regarder de plus près, une identité bien particulière de la *lex fori* peut se profiler parmi cette multitude d'expressions.

**7. *Lex fori* et loi nationale ou loi territoriale.** En particulier, le droit international privé assigne aux concepts de « loi territoriale » et de « loi nationale » une signification tout à fait précise. La loi nationale désigne, en effet, la loi du lieu de la nationalité d'une personne, tandis que la loi territoriale désigne celle de la situation géographique, notamment, d'une chose. Ces expressions doivent nécessairement être nuancées par rapport à la loi du for puisque ce qui caractérise la *lex fori* n'est ni la nationalité, ni le territoire, c'est le juge saisi, même si ces éléments se confondent bien souvent.

**8.** En fait, cette confusion naît de ce que la juridiction est instituée à l'intérieur de l'entité étatique, dont les caractéristiques principales sont le territoire et la nation<sup>14</sup>. Pour autant, le juge peut appliquer la loi d'un territoire qui n'est pas celui de sa juridiction. Il peut aussi appliquer la loi d'une nationalité qui ne correspond pas à celle des personnes juridiquement liées à l'État sur le territoire duquel la juridiction est instituée. En conséquence, les expressions qui contiennent une indication soit à la nationalité (par exemple, le nationalisme<sup>15</sup>), soit au territoire (par exemple, la territorialité<sup>16</sup>) sont inappropriées pour qualifier le recours à la loi du for. Le néologisme de « *lex forisme* » apparaît donc plus

---

<sup>14</sup> V. Q. D. NGUYÊN, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, LGDJ Paris, 7<sup>e</sup> éd. 2002, n° 267 p. 410-411.

<sup>15</sup> Le terme de « nationalisme » est chargé d'un sens politique qui pourrait être traduit en droit par le principe de souveraineté ou par tout autre concept qui privilégie l'indépendance étatique au détriment de la coopération internationale, sachant que cette autonomie génère des inégalités ou, du moins, les exacerbe. Sur le concept de souveraineté en droit international public, v. Q. Dinh NGUYÊN, P. DAILLIER et A. PELLET, *op. cit.*, n° 274 s. Comp. la définition du nationalisme, apportée par LOBIN, d'après laquelle « la tendance nationaliste, dans sa forme la plus pure, considère les règles du droit international privé comme droit de l'État souverain et nie toute dépendance à l'égard du droit d'autres États ou de principes placés au dessus de ceux-ci. La base de la conception nationaliste est claire. Chaque État, chaque législateur est souverain. Il règle par ses lois non seulement les relations de ses nationaux entre eux, mais encore les relations juridiques des étrangers entre eux et des nationaux avec les étrangers », Y. LOBIN, *Les tendances nationalistes de notre système français de droit international privé*, éd. impr. de M. Leconte Marseille 1937, p. 7.

<sup>16</sup> Sur la territorialité du droit, v. *infra* n° 631.

indiqué pour décrire la fréquente utilisation de la loi du juge saisi<sup>17</sup>. En effet, le nationalisme ou la territorialité font référence aux éléments constitutifs de l'État tandis que le *lex forisme* se rapporte uniquement au juge.

**9. *Lex fori* et loi locale.** *A priori*, la *lex fori* peut également se confondre avec la loi locale<sup>18</sup>. Pourtant, la loi locale ne se définit pas comme la loi du juge saisi mais comme « la loi interne qui, dans l'ordre du conflit des lois, s'applique rationnellement à une relation juridique quelconque parce que cette loi interne est en vigueur au lieu où se produit le fait, fait matériel ou juridique, qui a donné naissance à cette relation juridique »<sup>19</sup>. Tandis que pour certains, la loi locale serait tout simplement la loi territoriale<sup>20</sup>, mais elle ne se confondrait pas systématiquement avec la *lex fori*<sup>21</sup> ou alors elle serait une fausse loi territoriale<sup>22</sup>. D'emblée, on le constate aisément, ces définitions ne viennent pas vraiment clarifier la notion de *lex fori* car elles renvoient à d'autres expressions assez proches, telles que celle de « loi interne » ou de « loi territoriale ».

**10. *Lex fori* et loi interne.** Il est vrai que, parmi la variété d'expressions qui renvoient à la loi du for, les juristes utilisent parfois l'expression de « loi interne ». En fait, la référence à la loi française équivaut, si on la relativise, à une référence à la loi interne. Il apparaît alors bien malaisé de découvrir en jurisprudence l'existence de la *lex fori* lorsqu'elle se cache derrière l'application de la loi interne. Il n'y a rien de plus commun pour un juge que d'appliquer la loi du pays dans lequel il est institué. Comme le précisent le doyen BATIFFOL et Monsieur LAGARDE, « la loi interne s'applique à l'immense majorité des relations privées soumises aux juges, elle résout des problèmes humains de portée immédiate

---

<sup>17</sup> Le *lex forisme* se définit comme la « tendance à privilégier l'application de la loi du for », M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, p. XXV.

<sup>18</sup> « Le système de la réalité des coutumes, qui aurait prévalu en France aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles, équivaut, dans l'opinion générale, à l'application exclusive par le seigneur de la loi locale, *lex fori* », E. M. MEIJERS, Études d'histoire du droit international privé, éd. du CNRS Paris 1967, p. 16.

<sup>19</sup> É. BARTIN, Une conception nouvelle de l'empire de la loi locale par opposition à la loi personnelle et à la loi territoriale, RCADI 1935-II t. 52, p. 583.

<sup>20</sup> P. LOUIS-LUCAS, L'impérieuse territorialité du Droit, RCDI 1935 p. 651 et 655 ; J.-P. NIBOYET, Traité de droit international privé français, t. III, Librairie du Recueil Sirey Paris 1944, n° 920 p. 204.

<sup>21</sup> P. LOUIS-LUCAS, Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de J.-P. Niboyet, TCFDIP 1951-1954, Librairie Dalloz 1955, p. 19.

<sup>22</sup> P. LOUIS-LUCAS, J.-P. Niboyet (1886-1952), JDI 1952 p. 16.

sur la vie de la collectivité »<sup>23</sup>.

**11.** Mais, là aussi, une distinction s'impose car l'expression de *lex fori* est porteuse d'une nuance que celle de loi interne ne contient pas. La *lex fori* est la loi interne *du juge saisi*. L'expression de *lex fori* renseigne immédiatement l'interlocuteur ou le lecteur sur l'origine de la loi appliquée. Au sens strict, il faut donc préférer les termes de *lex fori* à ceux de loi interne lorsque l'on souhaite marquer une référence au tribunal ou, de manière plus précise, une référence à la loi du pays dans lequel le litige est pendante. Par extension, cela signifie que les utilisateurs de l'expression « *lex fori* » raisonnent nécessairement au niveau contentieux voire qu'ils projettent leur discours vers les hypothèses où une intervention judiciaire sera requise<sup>24</sup>.

**12. *Lex fori* et loi étrangère.** Par suite, dans le conflit de lois, la *lex fori* ne se comprend que par opposition à une loi étrangère pour la simple raison que s'il n'y avait aucune intervention de cette dernière, il n'y aurait aucun intérêt à employer les termes de « *lex fori* ». Cela permet, alors, d'expliquer pourquoi l'expression de *lex fori* ne trouve aucune place dans les matières où le juge n'applique jamais de lois étrangères. Cela permet, aussi, de supposer que l'emploi des termes « *lex fori* » est vraisemblablement aussi ancien que celle de l'utilisation de la loi étrangère dans la résolution de conflits de lois dans l'espace. Cela permet, enfin, de conclure qu'il semble plus approprié de parler de *loi interne* lorsqu'on veut l'opposer à une *loi internationale* parce que si la *lex fori* est une loi interne, la loi

---

<sup>23</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 305 p. 499.

<sup>24</sup> Naturellement, il en va différemment en matière d'arbitrage international parce que, par définition, l'arbitre n'a pas de *lex fori*. En effet, le lieu de l'arbitrage est choisi « pour son absence totale de liens avec les parties et le litige », G. FLÉCHEUX et I. HAUTOT, *Le forum shopping*, *Droit et pratique du commerce international* 1988 (vol. 14, n° 3), p. 400. Cette absence de liens favorise d'ailleurs l'impartialité de l'arbitre : « un arbitre doit être impartial, et l'on peut dire que jamais un for interne ne peut prétendre à l'impartialité (...) un for n'est jamais désintéressé, sans quoi il ne viendrait pas à connaître de l'espèce en question », B. AUDIT, *La fraude à la loi*, *BDIP* vol. 18, Dalloz Paris 1974, n° 102 p. 87, « ou s'il est réellement désintéressé, il doit se déclarer incompétent », B. AUDIT, *op. cit.*, note n° 3 p. 87. Certes, cette présomption de neutralité du lieu d'arbitrage doit être prise avec précaution. De toute évidence, il existe un lien entre le lieu de l'arbitrage et la loi appliquée au fond : l'arbitre ne tire pas sa justice du néant. Le siège de l'arbitrage peut donc remplir un rôle important. Ne dit-on pas que c'est la loi qui fait l'arbitrage (*lex facti arbitrum*) ? La remarque ne vaut pas, cependant, si l'arbitre applique la *lex mercatoria* car, dans ce cas, il s'abstrait de toute loi étatique. Sur l'incidence de la loi

étrangère en est une également. Seul le juge peut indifféremment faire référence à la *lex fori* et à sa loi interne<sup>25</sup>.

**13. Lex fori et loi uniforme internationale.** Cette approche rend d'ailleurs incertaine l'insertion des lois uniformes internationales dans le domaine de la *lex fori*<sup>26</sup>. En effet, l'adoption de règles uniformes au niveau supranational a pour résultat de supprimer tout conflit de lois étatiques. Par conséquent, sauf lacune, la *lex fori* n'a aucune raison d'intervenir en ce domaine. En l'absence de conflits de lois, l'insertion de la loi uniforme dans le champ de la *lex fori* doit être fatalement écartée. En outre, le rôle de la *lex fori* dans la résolution des conflits de lois ne concerne que les conflits entre plusieurs ordres juridiques étatiques et pas les conflits de sources au sein de l'ordre juridique étatique (par exemple, un conflit entre une règle de source étatique et une règle de source internationale).

**14. Loi étatique du juge.** À un autre égard, il faut préférer l'expression de « loi étatique » du juge à celle de « loi nationale » du juge, cette dernière étant abusivement employée pour personnifier l'institution judiciaire<sup>27</sup>. Or, la Justice ne peut être représentée

---

du siège de l'arbitrage, v. B. HANOTIAU, L'arbitrabilité, RCADI 2002 t. 296, n° 63 s. p. 67 s.

<sup>25</sup> Dans le même sens, un auteur écrit que « l'internationalité de la relation, recherchée au départ du raisonnement, disparaît aussitôt qu'intervient le rattachement à l'ordre juridique du for ou à un ordre juridique étranger : dans le premier cas, il apparaît qu'elle n'a jamais été que nationale ; dans le second, elle est tout au plus étrangère au for, c'est-à-dire interne à un for étranger », J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé, JDI 2003 p. 53-54.

<sup>26</sup> V. par exemple, Ph. MALAURIE, Loi uniforme et conflit de lois, TCFDIP 1964-1966, Dalloz Paris 1967, p. 87.

<sup>27</sup> La nationalité est un « lien purement juridique » qui rattache l'individu à l'État, D. LOCHAK, Étrangers et citoyens au regard du droit, in La citoyenneté et les changements de structures sociale et nationale de la population française, Ouvrage coordonné par C. WIHTOL DE WENDEN, Edilig - Fondation Diderot Paris 1988, p. 75. Plus que juridique, ce lien serait même politique : selon NIBOYET, la nationalité « *constate un rapport d'ordre politique entre un individu et un État* », J.-P. NIBOYET, Existe-il vraiment une Nationalité des Sociétés ?, RCDIP 1927 p. 404-405, (en italiques dans le texte). Pourtant, au sens étymologique, *natio*, qui vient de *nascere*, fait référence à l'origine et non à une allégeance politique, D. LOCHAK, *op. cit.*, p. 77. Comp. « en tant qu'élément constitutif de l'État, la population est (...) entendue comme la masse des individus rattachés de façon stable à l'État par un lien juridique, le lien de nationalité (...) la nationalité crée une *allégeance personnelle* de l'individu envers l'État national ; elle fonde la *compétence personnelle* de l'État, compétence qui l'autorise à exercer certains pouvoirs sur ses nationaux où qu'ils se trouvent », Q. D. NGUYÊN, P. DAILLIER et A. PELLET, *op. cit.*, n° 266 p. 409, (en italiques dans le texte). En ce sens,

comme le titulaire d'une personnalité juridique. Par définition, elle ne peut être pourvue d'une nationalité puisqu'elle *intervient au nom du peuple*<sup>28</sup>. Ainsi, la formule de « loi nationale du juge saisi » est inappropriée et devrait, autant que possible, être évitée<sup>29</sup>.

**15.** De la même façon, il est exagéré de qualifier la *lex fori* de « loi du forum compétent » : l'expression est manifestement redondante. Sur le plan de la résolution des conflits de lois, le centre de l'analyse est, en effet, placé au moment où le juge a préalablement statué sur sa compétence, c'est-à-dire au moment de la détermination de la loi applicable au fond. Implicitement, le tribunal qui se reconnaît compétent est déjà fixé<sup>30</sup>.

**16. Élément de la théorie générale du droit international privé.** Au regard de toutes ces précisions terminologiques, il n'apparaît pas surprenant que la *lex fori* puisse donner l'impression d'être une notion très couramment utilisée en droit international privé. La multiplicité des expressions renvoyant à la *lex fori* contribue à lui conférer un caractère général car, pour le peu que l'attention soit tout entière portée sur elle, la présence de la *lex fori* se constate absolument partout. D'ailleurs, au sein du droit international privé, l'utilisation de la *lex fori* n'est pas seulement récurrente, elle est également transversale. Elle constitue résolument un élément de la théorie générale du droit international privé, c'est-à-dire une notion constante de la matière.

---

v. aussi J.-L. ELHOUEISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, th. Paris II, 2000, vol. 1, n° 12 p. 10.

<sup>28</sup> C'est la formule qui figure en tête de chaque décision judiciaire en vertu de l'art. 454, al. 1, du Code de procédure civile (« Le jugement est rendu au nom du peuple français ») et de l'art. L 111-1 du Code de l'organisation judiciaire (« Les juridictions judiciaires rendent leurs décisions au nom du peuple français »).

<sup>29</sup> Pour un exemple d'emploi irrégulier de cette expression, v. J.-É. LABBÉ, *Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause*, *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée* 1885 p. 5 (l'article traite au demeurant du problème du renvoi et non de la *lex fori* à proprement parler).

<sup>30</sup> L'expression ne se retrouve d'ailleurs que dans un seul article, traduit de l'anglais : A. EHRENZWEIG, *La loi du forum compétent : l'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions*, in *Mélanges « Liber amicorum professor Baron Louis Fredericq »*, t. I, éd. Story-Scienta Gent 1966, p. 399. Cela s'explique par le système de pensée de cet auteur qui conduit à faire de la compétence juridictionnelle « le problème central de tout le droit des conflits » (article précité, p. 404). Il ne reconnaît donc pas le postulat implicite selon lequel la question de la compétence juridictionnelle est déjà réglée lorsque le juge s'interroge sur la loi applicable à la question de droit litigieuse.

**17.** De ce fait, la tentation est grande de croire que la définition de la *lex fori* a déjà abondamment été exploitée par les auteurs de droit international privé. Il n'en est rien cependant car, malgré toute l'attraction intellectuelle qu'une notion de la théorie générale peut provoquer, il est aisé de constater que la doctrine a toujours eu plus d'affection pour la loi étrangère que pour la loi du for. Cette dernière demeure une facette peu valorisée du droit international privé. Au demeurant, dans les manuels généraux et traités de droit international privé, la *lex fori* n'est abordée que pour son caractère subsidiaire, un thème qui n'appelle que peu de commentaires<sup>31</sup>.

**18.** Un tel point de vue, fondé exclusivement sur la subsidiarité, est pour le moins réducteur et démontre le peu d'intérêt que manifestent, en général, les auteurs du droit international privé pour le rôle que joue la loi du for dans la résolution des conflits de lois. Cela s'explique sans doute par le fait que, lorsque le juge met en œuvre sa propre loi, il applique la même solution qu'il aurait appliquée pour une situation juridique interne. Le résultat est beaucoup plus habituel et tellement peu problématique qu'il éloigne inéluctablement tout intérêt doctrinal. D'autre part, en légitimant le recours à la loi du for, les auteurs craignent d'encourager le repli du système juridique étatique sur lui-même (ce qui est contraire à la conception d'ouverture sur l'international). Pourtant, la *lex fori* est une facette essentielle du conflit de lois : dans ce cadre, elle fait partie intégrante du processus de résolution du litige international.

**19.** Le désintérêt dont souffre la loi du for semble alors frappant lorsqu'on sait que la doctrine est particulièrement attachée à la sélection égalitaire des lois qui sont en conflit<sup>32</sup>. En fait, à chaque fois qu'ils rendent une présentation qui est exclusivement axée autour de la loi étrangère, les auteurs occultent toute place visible à l'autre facette de la résolution des

---

<sup>31</sup> V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 346 s. p. 563 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 32-34, § 13-17, p. 294-298 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Précis de droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 234 p. 301-302 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ Paris 2007, n° 303 p. 219-220 ; G. BELIART, É. RIQUIER et X.-Y. ZANG, *Glossaire de droit international privé*, Bruylant Bruxelles 1992, v° « *Lex fori* », p. 174-175 et « Suppléance de la *lex fori* », p. 264-265. Sur la vocation subsidiaire de la *lex fori*, v. *infra* n° 198 s.

<sup>32</sup> Sur le principe de bilatéralité ou d'égalité entre la loi du for et la loi étrangère, v. *infra* n° 69 s.

conflits de lois : l'utilisation de la *lex fori*<sup>33</sup>. Une telle négligence des auteurs à l'égard de la *lex fori* peut être expliquée. Cette dernière est souvent malaisée à cerner parce que la fréquence de son application est elle-même difficilement quantifiable. Mais alors, justement, pourquoi imposer que les lois en conflit soient mises à égalité si cette égalité ne peut être appréciée à cause des utilisations masquées de la loi du for<sup>34</sup> ?

**20.** En contraste avec ce délaissement dont les auteurs de droit international privé sont à l'origine, la notion de *lex fori* trouve davantage écho dans la jurisprudence. Certes, il ne s'agit pas pour les juges français d'employer explicitement l'expression de loi du for, puisque celle de « loi française » est incontestablement plus utilisée que celle de « *lex fori* », mais il ne faut pas y voir une volonté de se démarquer de la doctrine. Il faut, au contraire, en saluer la parfaite légitimité puisque les utilisateurs de cette expression ne sont autres que les magistrats. Dans ce cas de figure, apparaissent les deux éléments qui composent la *lex fori*, à savoir le *forum* (juge étatique utilisé comme point de référence) et la *lex* (ordre juridique étatique corrélatif).

**21. Éléments constitutifs de la *lex fori*.** L'existence de la *lex fori* suppose, en effet, la réunion de deux éléments qui en forment l'essence : une juridiction étatique, d'une part, et une loi étatique, d'autre part. Cela signifie que la *lex fori* n'aurait aucun rôle à jouer si l'ordre juridique international était suffisamment développé pour prendre en charge la réglementation et le contentieux relatifs aux situations juridiques internationales. L'état actuel des choses ne permet pas de conclure à l'existence d'un ordre juridique international

---

<sup>33</sup> Étant donné que les lois en conflit sont la *lex fori* et la loi étrangère, l'hypothèse de conflit entre deux lois étrangères, bien que théoriquement possible, ne se retrouve pas en pratique. En effet, la *lex fori* ne se trouve jamais exclue du conflit car la compétence juridictionnelle réclame au moins un lien quelconque avec le *forum*, même lorsque la compétence est exorbitante. De ce fait, la *lex fori* a toujours un titre quelconque à s'appliquer car elle est l'une des lois parmi lesquelles le juge devra sélectionner la loi applicable. Cela s'explique par le lien que revêt la situation avec l'État du juge saisi et qui a justifié la compétence juridictionnelle de celui-ci. Dans la jurisprudence, il n'existe d'ailleurs aucun arrêt susceptible d'illustrer un conflit de lois exempt de la *lex fori*. La loi du for « appartient, en principe, aux lois potentiellement applicables, puisque la saisine des tribunaux du pays du for présuppose que le cas d'espèce présente des attaches avec ce pays (...) il en résulte que la loi du for possède, en principe, un titre quelconque d'application », E. VASSILAKAKIS, Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, n° 27 p. 29.

<sup>34</sup> Sur la revendication d'un traitement égal des lois en conflit, v. *infra* n° 77 s.

homogène et autonome qui puisse tenir ce rôle<sup>35</sup> : la communauté des États souverains n'est pas suffisamment solidaire pour se transformer en une « *civitas maxima* »<sup>36</sup>.

**22.** Il est vrai que soumettre des litiges internationaux à des juridictions internes pourrait sembler tout à fait paradoxal aux yeux d'un observateur extérieur au droit international privé : l'office du juge judiciaire ne se limite-t-il pas à connaître des actions à caractère purement interne ? À en suivre cette logique, les situations juridiques qui dépassent le cadre interne devraient être exclues du domaine de la justice étatique. Pour expliquer alors la légitimité institutionnelle des juridictions étatiques à connaître des litiges présentant un élément d'extranéité, il faut au préalable rappeler que le droit d'accès à la justice est un droit universel qui ne peut être restreint aux ressortissants du pays pour lequel a été institué le juge. Il faut aussi s'efforcer d'expliquer l'absence de juridiction internationale pour connaître de ce contentieux spécifique.

**23. Absence de juridiction internationale.** Au niveau mondial, il n'y a pas de juridiction spécialisée instituée pour statuer sur les litiges nés de situations juridiques internationales impliquant des particuliers<sup>37</sup>. Dans d'autres domaines, il existe pourtant des organes internationaux de résolution des litiges. C'est le cas, notamment, en matière pénale<sup>38</sup> et commerciale<sup>39</sup>. En pratique, il serait d'ailleurs tout à fait possible de laisser les arbitres internationaux se charger des litiges internationaux de façon à ce que ce type d'affaires

---

<sup>35</sup> « Le conflit international de lois, survenant dans une communauté inorganisée au moins partiellement, la communauté internationale, se trouve, en l'absence d'une autorité supranationale, réglé par des pouvoirs nationaux indépendants les uns des autres, ce qui le rend tributaire de règlements différents. La diversité des systèmes de conflits constitue toujours en effet le paradoxe du Droit international privé, international par son objet, mais national dans ses sources », P. GANNAGÉ, La distinction des conflits internes et des conflits internationaux de lois, in Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, t. I, Dalloz Sirey 1961, p. 234.

<sup>36</sup> W. GOLDSCHMIDT, Système et philosophie du droit international privé, RCDIP 1955 p. 652.

<sup>37</sup> En 1930, PRUDHOMME appelait déjà de ses vœux la création d'une juridiction internationale car il n'y a « pas de vrai droit international sans juge international », écrivait-il, « pas de vrai droit international sans contrôle par le juge international de l'application des règles de droit, qu'elles soient consacrées par le droit positif national ou par les traités diplomatiques », A. PRUDHOMME, Le droit international privé dans son développement moderne, JDI 1930 p. 932.

<sup>38</sup> V. le site internet de la Cour pénale internationale : [www.icc-cpi.int/home.html&l=fr](http://www.icc-cpi.int/home.html&l=fr).

<sup>39</sup> Par exemple, les tribunaux arbitraux tels que la Cour permanente d'arbitrage, l'Organe de Règlement des Différends de l'Organisation Mondiale du Commerce. V. le site internet de l'Organisation mondiale du commerce : [www.wto.org/indexfr.htm](http://www.wto.org/indexfr.htm).

puisse échapper à la connaissance des juridictions étatiques<sup>40</sup>. En réalité, il existe quelques obstacles à l'attribution de l'entier contentieux de droit international privé aux tribunaux arbitraux.

**24.** Premièrement, cette privatisation de la justice anéantit le service public de la justice, auquel l'État et les contribuables restent tout de même attachés, que l'affaire soit internationale ou pas. Deuxièmement, le règlement arbitral des litiges ne peut annihiler l'intervention des juridictions étatiques étant donné que celles-ci ont le monopole de la reconnaissance et du contrôle des sentences arbitrales. Troisièmement, pour des raisons d'ordre public, il existe des litiges qui sont inarbitrables<sup>41</sup>, même si certains auteurs remarquent que le domaine de l'arbitrabilité des litiges se trouve plus en plus étendu<sup>42</sup> et que le rôle juridictionnel de l'État se voit de plus en plus atténué sous l'effet de la mondialisation<sup>43</sup>.

**25. Défaut de contrainte internationale.** À défaut d'autorités internationales, le juge judiciaire étatique se révèle donc être le mieux placé pour statuer. Les États conservent ainsi une part de leur souveraineté dans l'appréhension de litiges qui dépassent leurs frontières. Ils jouissent, en outre, d'un élément indispensable à l'effectivité des règles juridiques : la

---

<sup>40</sup> Pour un exposé de l'essor de l'arbitrage international comme mode de règlement des litiges, v. Ph. FOUCHARD, *L'arbitrage et la mondialisation de l'économie, Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, in *Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT*, éd. Frison-Roche Paris, 1999 p. 381 s.

<sup>41</sup> Pour des exemples d'arbitrabilité objective, v. B. HANOTIAU, *L'arbitrabilité*, *op. cit.*, p. 25 s., spéc. p. 117 s. *Contra*, M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ Paris 2007, n° 378 p. 281-283. Sur l'intensité du contrôle de l'arbitrabilité, v. Paris, 18 novembre 2004, THALÈS, *JDI* 2005 p. 357, note A. MOURRE ; *RCDIP* 2006 p. 104, note S. BOLLÉE ; *JCP* 2005 II 10038, note G. CHABOT ; *RTD Com.* 2005 p. 263, obs. É. LOQUIN ; *JCP* 2005 I 134, chron. Chr. SERAGLINI ; *Revue de l'arbitrage* 2005 p. 529, note L. RADICATI DI BROZOLO ; *Gaz. Pal.* 22 octobre 2005, n° 295, p. 5, note Chr. SERAGLINI ; L.-Chr. DELANOY, *Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions*, *Revue de l'arbitrage* 2007 p. 177.

<sup>42</sup> « On assiste partout à une tendance à interpréter la limite de l'arbitrabilité de manière de moins en moins restrictive, avec la conséquence que beaucoup de matières faisant l'objet de lois de police sont néanmoins considérées comme arbitrables », L. RADICATI DI BROZOLO, *Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ?*, *RCDIP* 2003 p. 8. *Adde*, H. MUIR WATT, *L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel*, *RCDIP* 2002 p. 509 s.

<sup>43</sup> « La mondialisation se traduit par un recul du pouvoir des États pris isolément et une remise en cause de leurs règles et de leur autorité territoriale », Ph. FOUCHARD, *op. cit.*, p. 382.

contrainte. Cette composante essentielle de la règle juridique, n'existe pas au niveau international<sup>44</sup> parce que « le droit, en effet, suppose une autorité supérieure, acceptée ou subie par ceux qu'il doit régir, et les États souverains n'en reconnaissent pas »<sup>45</sup>. De ce fait, l'État jouit d'un monopole sur l'exécution des décisions intervenant sur son territoire<sup>46</sup>.

**26. Force de la juridiction étatique.** Cela étant, le fait que la justice de droit international privé soit rendue par des institutions étatiques, et non par un juge international, peut être une source d'avantages puisque « l'ordre international ne peut, en l'état actuel de la société internationale, se prévaloir de l'organisation, de la cohésion et de l'effectivité que présentent les ordres juridiques étatiques »<sup>47</sup>. De la sorte, la structure judiciaire interne du droit international privé permet au justiciable de bénéficier d'institutions qui ont fait la preuve de leur efficacité à l'intérieur de l'État, d'une jurisprudence dûment motivée et de l'expérience des magistrats locaux. Le droit international privé dispose donc d'une force particulière reposant précisément sur la structure étatique de sa mise en œuvre, parce que, comme l'indique le doyen BATIFFOL, « ses prescriptions, s'adressant aux particuliers, sont normalement sanctionnées par les tribunaux internes. Le volume de leurs jurisprudences, la précision nécessaire des décisions contentieuses motivées, l'amplitude des expériences sur lesquelles elles reposent permettent d'apercevoir des réalités qui n'apparaissent pas ailleurs »<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> « L'ordre international ne dispose pas, comme les ordres juridiques étatiques, d'un ensemble d'institutions hiérarchisées permettant d'assurer globalement, par la coercition, l'application effective de l'ensemble des normes et des situations formellement valables », J. TOUSCOZ, *Le principe d'effectivité dans l'ordre international*, LGDJ Paris 1964, p. 6.

<sup>45</sup> A. LAINÉ, *Introduction au droit international privé*, t. I, Librairie Cotillon Paris 1888, p. 20.

<sup>46</sup> La loi du for règne en monopole sur les voies d'exécution : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 octobre 2006, OFFICE DES POURSUITES ET DES FAILLITES DE NYON, Bull. 2006 I, n° 449 p. 385 ; RTDC 2007 p. 180, obs. R. PERROT, où il est décidé que si une décision étrangère ayant force exécutoire en France autorisait le bénéficiaire de ladite décision à en poursuivre l'exécution dans ce pays sur les biens de son débiteur, il ne pouvait agir qu'en respectant les voies d'exécution régies par la loi du for.

<sup>47</sup> M.-Cl. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, NBT vol. 49, Dalloz Paris 2005, n° 118 p. 110.

<sup>48</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 46 p. 104.

**27. Défaillance de la réglementation uniforme internationale.** D'un autre côté, du point de vue de la règle applicable, rien ne paraît mieux indiqué qu'une norme d'origine internationale pour répondre à un problème juridique international : le parallèle répond à une association élémentaire entre la nature du phénomène et la source du droit censée l'appréhender<sup>49</sup>. Opérant une coïncidence entre l'objet (situation internationale) et l'origine de la règle (internationale), l'instauration de règles universelles coercitives serait, dans cette logique, le plus parfait moyen de parvenir à une organisation homogène de la société civile internationale. Cependant, en pratique, cette réglementation est loin d'être aboutie<sup>50</sup>.

**28.** En somme, aucune juridiction internationale (le *forum* international) n'a été instituée et aucun régime juridique unitaire et global de source internationale (la *lex* internationale) n'a vu le jour jusqu'à présent. Il en résulte une concurrence des ordres juridiques étatiques dans la résolution des litiges présentant des éléments d'extranéité. Le révélateur premier de cette concurrence est d'ailleurs celui des conflits de lois dans le domaine du droit privé.

**29. Conflit de lois.** En effet, pour qu'il soit possible de faire référence à la *lex fori* dans la résolution des conflits de lois, il est sous-entendu que soit présent, parmi les données du litige, un contact conflictuel avec un ordre juridique étranger, c'est-à-dire un ordre juridique différent de celui qui sert de référence pour le juge. Ce contact est provoqué par l'existence d'éléments d'extranéité dans la situation juridique qui est soumise au juge. Le conflit résulte, quant à lui, de la différence entre le contenu de la *lex fori* et celui de la loi étrangère. Le raisonnement suppose, par ailleurs, qu'il n'y ait aucun obstacle pour le juge à recourir à une loi étrangère pour résoudre la question de droit qui lui est exposée.

---

<sup>49</sup> Cela provient aussi du fait que, lorsque la situation juridique est en contact avec plus de deux pays, « la nature internationale même du rapport, autrement dit le fait d'intéresser plusieurs pays, (...) ne s'accommode pas de la compétence d'un droit [*étatique*] unique », W. WENGLER, Les conflits de lois et le principe d'égalité, RCDIP 1963 p. 503 [*ajouté par nous*].

<sup>50</sup> Ces règles existent partiellement. Par exemple, en matière de vente internationale, la convention de Vienne du 11 avril 1980 porte loi uniforme en matière de contrats de vente internationale de marchandises. Elle compte 70 États parties ; texte disponible sur le site internet de la Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI) : [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG.html). V. V. HEUZÉ, La vente internationale de marchandises : droit uniforme, Traité des contrats sous la dir. de Jacques Ghestin, LGDJ Paris 2000.

30. Ainsi la *lex fori* ne peut-elle prétendre à exister que si une norme étrangère entre potentiellement en jeu dans la résolution du litige. Cela subordonne, au minimum, l'autonomie du concept de la *lex fori* à la découverte d'au moins un fait étranger qui rendra, par là même, la situation internationale. À défaut de ce fait étranger, la loi interne prend le relais et la *lex fori* perd toute sa spécificité car, bien évidemment, l'application par le juge de normes matérielles internes<sup>51</sup> à une situation interne n'appelle aucun commentaire particulier du point de vue du droit international privé.

31. **Émergence d'une *lex fori* communautaire européenne ?** Comme nous l'avons exposé, il est indéniable que la *lex fori* ne puisse revêtir une origine internationale, faute de juridiction de cette dimension. Néanmoins, il pourrait apparaître une *lex fori* d'un genre nouveau avec le développement de l'Union Européenne. Voyons si, à ce niveau, il est possible de constater un dépassement du qualificatif étatique qui caractérise les deux éléments constitutifs de la *lex fori*.

32. Le *forum*, tout d'abord, se trouve partiellement projeté du stade national au stade régional européen. La projection est partielle car, si le traitement des litiges internationaux d'origine européenne ne fait pas directement partie des attributions formelles de la Cour de justice des communautés européennes, et ce malgré l'absence d'obstacle théorique, il est possible de déceler dans la jurisprudence de cette cour une expression nouvelle des problématiques classiques en matière de conflit de lois. Le droit international privé reçoit, dès lors, l'influence de la méthodologie employée par les juges de la Cour de justice. Ceci dit, il reste un obstacle : la compétence de droit commun en matière de droit international privé communautaire européen est, en principe, assumée par les juridictions étatiques, qui suppléent la Cour de justice dans ce domaine, celle-ci n'intervenant qu'à titre préjudiciel<sup>52</sup>. Il peut donc subsister un risque d'interprétation divergente, d'autant que la loi européenne

---

<sup>51</sup> En droit international privé, une règle est dite matérielle lorsqu'elle résout directement le problème de droit, tandis que la méthode savignienne de résolution des conflits de lois est une méthode ayant un degré supplémentaire de fonctionnement. Elle répartit, elle classe ou encore elle désigne l'ordre juridique au sein duquel le juge pourra puiser la règle de droit directement applicable, Y. LOUSSOUARN, La règle de conflit est-elle une règle neutre ?, TCFDIP 1980-1981, t. 2, éd. du CNRS Paris, p. 46.

<sup>52</sup> « Le juge national agit en qualité de juge communautaire de droit commun », TPICE, 10 juillet 1990, TETRA PAK RAUSING c/ COMMISSION, aff. T-51/89, Rec. p. II-309, point 42. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>. V. O. DUBOS, Les juridictions nationales, juge communautaire, NBT vol. 4, Dalloz Paris 2001.

applicable (*lex*), quant à elle, ne reçoit pas de caractère plénier dans tous les domaines du droit.

**33.** Cela résulte du fait que l'Union européenne, en tant qu'organisation internationale, a développé son propre système de droit destiné à se poser en hiérarchie par rapport aux ordres juridiques des États qui en sont membres. Le système juridique européen forme alors sa propre *lex*, sous le commandement des politiques communautaires. Pourtant, cette *lex* se trouve limitée par les principes de subsidiarité et de proportionnalité qui, de fait, restreignent son hégémonie. La *lex* communautaire revêt donc un caractère par nature incomplet<sup>53</sup>.

**34.** À cet égard, un auteur montre que le développement des notions autonomes dans la jurisprudence de la Cour de justice « rencontre des obstacles importants, lesquels sont liés à l'absence d'un droit matériel sur lequel la réception de celles-ci pourrait s'appuyer »<sup>54</sup>. C'est que la notion autonome employée dans la jurisprudence « n'est étayée par – pratiquement – aucun autre système de référence, en particulier textuel ou doctrinal »<sup>55</sup> de sorte que le concept « ne correspond à aucune réalité juridique véritable »<sup>56</sup>. En effet, le domaine du droit communautaire européen est limité par les strictes nécessités qu'imposent les objectifs de l'Union européenne et par la capacité des États membres à réaliser par eux seuls des actions

---

<sup>53</sup> Un auteur affirme même que « la Communauté [européenne] n'a pas de *lex fori* en matière de droit privé », J. BASEDOW, Spécificité et coordination du droit international privé communautaire, TCFDIP 2002-2004, éd. Pedone Paris 2005, p. 280 [ajouté par nous]. Comp. « en droit privé, le droit communautaire ne dispose pas, en quelque sorte, d'une "*lex fori* d'arrière-plan", dans la mesure où le droit communautaire matériel est encore peu développé », D. ARCHER, Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflit de lois), t. 1, th. Cergy-Pontoise 2006, n° 188 p. 190. *Adde*, Fr. VIANGALLI, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire, PUAM Aix-en-provence 2004, n° 28 p. 23 et n° 697 s. p. 269 s.

<sup>54</sup> M. AUDIT, L'interprétation autonome du droit international privé communautaire, JDI 2004 n° 35 p. 804. Comp. A. MARMISSE, La libre circulation des décisions de justice en Europe, Presses Universitaires de Limoges Limoges 2000, n° 74-119 p. 62-82.

<sup>55</sup> M. AUDIT, *op. cit.*, n° 37 p. 805. Un autre auteur affirme qu'il s'agit d'« une difficulté inhérente au caractère inachevé du droit communautaire, qui vient compliquer davantage sa mise en relation avec la théorie des conflits de lois. Ce droit est en effet très jeune, et sa clarté conceptuelle n'atteint pas encore celle du droit national », Fr. VIANGALLI, *op. cit.*, n° 15 p. 19.

<sup>56</sup> M. AUDIT, *op. cit.*, n° 39 p. 806. Comp. : « ce constat est très certainement lié au manque de préméditation du projet communautaire lui-même, en ce sens que les questions juridiques s'y découvrent au jour le jour (...) l'impression générale est celle d'une structure qui cherche son identité », D. ARCHER, *op. cit.*, n° 7-8 p. 17.

relevant de la compétence partagée avec l'Union. Par conséquent, il peut paraître précoce de développer le concept de *lex fori* communautaire, les éléments constitutifs de la *lex fori* n'étant pas dans ce domaine pleinement aboutis.

**35. Domaine de la *lex fori*.** Quant à cerner le domaine juridique de la loi du for, précisons tout d'abord que cela s'oppose à certaines difficultés. Comme il a été précédemment précisé, l'utilisation de la loi du for est souvent latente puisqu'il est difficile de la différencier concrètement de la loi interne. En outre, le domaine de la *lex fori* est lui aussi difficile à systématiser, parce que les utilisations de la *lex fori* suivent des procédés très variés. En réalité, il manque au droit international privé un concept homogène qui puisse systématiser<sup>57</sup> toutes les utilisations de la *lex fori*.

**36.** Premièrement, il existe une variété de méthodes, plus ou moins directes, qui permettent de désigner la *lex fori* au détriment de la loi étrangère. Deuxièmement, il existe aussi une variété d'exceptions à l'application de la loi étrangère qui ont pour résultat de faire ressurgir la *lex fori* dans la solution du litige. Ces utilisations de la loi du for n'empruntent pas le même cheminement : dans le premier cas, la *lex fori* s'applique par principe, dans le second, la *lex fori* s'applique par exception. Par ailleurs, les méthodes contribuant à la désignation de la loi du juge saisi sont elles-mêmes envisagées comme des exceptions à la règle classique de conflit de lois, c'est-à-dire à la règle post-savignienne<sup>58</sup>. En fait, les auteurs qui tentent de dégager une présentation de la résolution des conflits de lois centrée

---

<sup>57</sup> Sachant que « la systématisation est liée à la perception de réalités intelligibles sous-jacentes aux formules des solutions particulières », H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 127 p. 285.

<sup>58</sup> La méthode savignienne consiste à partir, non pas du champ d'application de la loi, mais de la situation juridique elle-même (méthode analytique). Il s'agit alors de localiser cette situation à partir d'un élément déterminant. Cet élément permettra de rattacher la situation à un pays donné : c'est le critère de rattachement. Par exemple, pour déterminer la solution applicable à un litige résultant d'un accident entre un Néerlandais et un Français sur la route des vacances en Espagne, on peut utiliser le lieu de l'accident comme élément de rattachement. Dans cet exemple, il faut donc rattacher la situation juridique à la loi espagnole (la loi du lieu de l'accident, *lex loci delicti*). Par ailleurs, ce que nous appellerons la « règle de conflit post-savignienne » au cours de nos développements correspond à l'interprétation postmoderne de cette méthode analytique, qui veut que la règle de conflit soit bilatérale, indirecte et neutre (sur ce dernier caractère, on dit aussi que la règle est abstraite ou objective), v. B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 105 p. 82-83 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 114 p. 83-84 ;

sur la loi étrangère en font de même avec l'exposé de chacun des procédés qui concourent à l'application de la loi du for : ils les considèrent comme minimes au sein du droit international privé.

**37.** Pourtant, ce qui est frappant, c'est la multiplicité et la variété des moyens qui permettent au juge de recourir à la *lex fori*. Ce dernier se trouve devant l'embarras du choix pour écarter la loi étrangère de la résolution du litige. De tels procédés peuvent se manifester lors de l'élaboration de la règle chargée de résoudre les conflits de lois<sup>59</sup> et lors de la mise en œuvre de cette règle. Il faut, du reste, soupçonner que le stade de la mise en œuvre soit beaucoup plus riche en occasions de s'y rallier<sup>60</sup>.

**38.** En plus de ces procédés, l'apparition de la *lex fori* se produit à chaque fois qu'il y a une coïncidence entre la localisation de la juridiction<sup>61</sup> compétente (*forum*) et celle de la loi applicable (*jus*). *A contrario*, le recours à la loi étrangère survient lorsque le juge saisi admet de dissocier sa compétence juridictionnelle de la loi qu'il applique pour résoudre le litige au fond (séparation du *forum* et du *jus*).

**39.** En considération de tous ces moyens qui permettent de parvenir à l'utilisation de la *lex fori*, le champ de notre étude doit être principalement tourné vers les questions touchant

---

Th. VIGNAL, Droit international privé, Armand Colin-Dalloz Paris 2005, n° 58-84 p. 42-57.

<sup>59</sup> « La compétence de la loi du for doit ainsi être généralement être fondée sur la règle de conflit pour pouvoir être accréditée internationalement », P. GANNAGÉ, Les limites à l'application de la loi du for dans le droit international privé contemporain, in Mélanges offerts à A. Chavanne : droit pénal, propriété industrielle, Litec Paris, 1990, p. 3.

<sup>60</sup> « L'égalité de traitement entre la loi étrangère et la loi du for ne dépend pas seulement de la détermination des points de rattachement dans le règlement du conflit de lois. Elle est nécessairement influencée par le régime de mise en œuvre de la règle de conflit, par les procédés de qualification, par les prises de position adoptées à l'égard du renvoi. Elle se ressent surtout du régime d'application et de preuve de la loi étrangère, de l'étendue du pouvoir d'initiative accordé au juge dans ces deux domaines. Elle est enfin fonction de la fréquence d'intervention de l'ordre public », P. GANNAGÉ, L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, Rapport provisoire, Annuaire de l'institut de droit international 1989 (vol. 63-I), n° 6 p. 210.

<sup>61</sup> Le terme juridiction vient du latin *jurisdictio*, de *jus dicere* qui signifie « dire le droit ». La juridiction correspond au pouvoir de rendre la justice par application des règles du droit : c'est la mission de juger, G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8<sup>e</sup> éd. 2007, PUF Paris, v° Juridiction, p. 527.

au fond du droit et non vers les questions procédurales, auxquelles pourtant la loi du for se trouve souvent adjointe. Il est, en fait, relativement aisé de démontrer que le domaine de la loi du for ne se réduit pas à la procédure.

**40. Procédure et *lex fori*.** Incontestablement certes, la *lex fori* jouit d'un quasi-monopole dans la procédure. En d'autres termes, les questions procédurales sont traditionnellement assignées au domaine de la *lex fori*. De ce fait, l'intrusion de la loi étrangère n'y est, en principe, jamais admise, y compris pour résoudre un conflit de règles procédurales. Dans ce domaine, les conflits de lois ne peuvent exister car, en général, la loi étrangère n'y a pas de place, c'est pourquoi d'ailleurs l'élargissement de la catégorie de la procédure permet de soustraire certaines questions à l'emprise de la loi étrangère<sup>62</sup>. La procédure demeure donc le domaine le plus indiscutable et le plus intangible de la *lex fori*<sup>63</sup>. Il ne faut, du reste, qu'une seule phrase pour consacrer ce précepte<sup>64</sup>, ce qui explique que la catégorie de la procédure reçoive une place aussi minime dans les ouvrages de droit international privé<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> « Finally, one might note that the choice of jurisdiction always carries with it the choice of its own law of procedure ; and, when, as in the English sense, procedure includes so many matters, such as the measure of damages, onus of proof, set-off and counter-claim, limitation of actions, and statutory requirements of written evidence, the existence of the rule that procedure is governed by the *lex fori* creates an exception of major importance both to the existence of the two questions of choice of law and choice of jurisdiction and to their mutual independence », R. GRAVESON, Choice of Law and Choice of Jurisdiction in the English Conflict of Laws, BYBIL 1951, p. 278. *Adde*, sur l'évolution de cette position, v. L. COLLINS (dir.), Dickey and Morris on the Conflict of Laws, (vol. 1), 13<sup>th</sup> ed. 2000, Sweet & Maxwell, London, n° 7R-003 p. 157.

<sup>63</sup> Pour une étude de la catégorie procédure, v. A. HUET, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP), J-Cl. Procédure civile, fasc. 57-10, fasc. 57-20 et fasc. 57-30 (2001) ; P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 492-506 p. 365-375.

<sup>64</sup> Pour une reconnaissance de ce principe par la Cour de justice : « il résulte d'ailleurs d'une jurisprudence constante que, s'agissant des règles de procédure, il convient de se reporter aux règles nationales applicables par la juridiction nationale », CJCE, 15 mai 1990, KONGRESS AGENTUR HAGEN, aff. C-365/88, (point 19), Rec. 1990 p. I-1860, RCDIP 1990 p. 564, note H. GAUDEMET-TALLON ; JDI 1991 p. 499, chron. A. HUET. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>65</sup> Sur la distinction entre la procédure et la compétence juridictionnelle, v. A. BOLZE, Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international, (2 vol.), th. Paris II 1996. Cette distinction est aussi utilisée par les auteurs du Précis Dalloz où le choix de cette présentation révèle une disproportion entre les deux thèmes, les développements concernant la compétence étant beaucoup nombreux (101 pages) que ceux relatifs à la procédure *stricto sensu* (7 pages). V. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 438 s. p. 599 s.

**41.** En comparaison, certaines législations associent expressément la procédure à la *lex fori*<sup>66</sup>. De la même façon, le principe selon lequel la procédure est déterminée par les règles du droit du for se retrouve dans les systèmes jurisprudentiels, tels que le droit français<sup>67</sup> et le

---

<sup>66</sup> L'article 48 de la loi de l'ancienne Tchécoslovaquie énonce qu'« au cours de la procédure, les tribunaux et notariats tchécoslovaques procèdent conformément aux prescriptions procédurales tchécoslovaques », Loi n° 97 du 4 décembre 1963 sur le droit international privé et de procédure, Recueil des lois de la République socialiste tchécoslovaque 16 décembre 1963, RCDIP 1965 p. 626 ; le paragraphe 63 du décret loi sur le droit international privé hongrois précise, quant à lui, que, « sauf disposition contraire du présent décret-loi, la procédure devant les tribunaux ou les autorités hongroises est soumise au droit hongrois », Décret-loi n° 13/1979 du Présidium de la République populaire hongroise sur le droit international privé, *Magyar Közlöny* 31 mai 1979 p. 495, RCDIP 1981 p. 173, note F. MAJOROS ; de manière beaucoup plus explicite, la loi italienne prévoit que « le procès civil qui se déroule en Italie est régi par la loi italienne » (article 12), Loi n° 218 du 31 mai 1995, réforme du système italien de droit international privé, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, 3 juin 1995, supplément ordinaire n. 128 – série générale, RCDIP 1996 p. 176 ; disponible sur le site *Iusreporter (il sito per la ricerca giuridica su internet)* : <http://www.iusreporter.it/Testi/legge218-1995.htm>. La loi roumaine précise pareillement que, « dans les procès qui concernent des rapports de droit international privé, les instances roumaines appliquent la loi procédurale roumaine, sauf autres dispositions expresses » (article 159), Loi n° 105 du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé, *Monitorul Oficial de la Roumanie*, Partie I<sup>re</sup>, n° 245 du 1<sup>er</sup> octobre 1992, RCDIP 1994 p. 191 ; les législations belge et suisse, pourtant très complètes, puisqu'elles comportent respectivement 140 articles et 200 articles, ne comprennent pas de dispositions à ce sujet, v. Loi fédérale sur le droit international privé (L.D.I.P.) du 18 décembre 1987, Feuille fédérale, 12 janvier 1988 [1988.I.5] ; RCDIP 1988 p. 409 ; disponible sur le site internet des autorités fédérales de la Confédération suisse : [www.admin.ch/ch/f/rs/291/](http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/) ; Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *Moniteur belge* 27 juillet 2004, p. 57344 ; RCDIP 2005 p. 154 ; disponible sur le site internet du Conseil francophone de la fédération du notariat belge : [www.notaire.be/info/actes/100\\_code\\_dip.htm](http://www.notaire.be/info/actes/100_code_dip.htm) ; J.-Y. CARLIER, M. FALLON, et B. MARTIN-BOSLY, *Code de droit international privé*, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Bruylant Bruxelles, p. 579 s.

<sup>67</sup> Pour des exemples jurisprudentiels, v. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 décembre 2006, M. X, Bull. 2006 I n° 540 p. 481 (v. le titrage « Distinction de la loi régissant le fond du divorce et de la loi de la procédure du divorce (lex fori) ») ; « l'exigence d'un intérêt né et actuel est commandée, en raison de son caractère procédural, par la loi du for », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 1990, SOC. COVECO ET A., Bull. 1990 I n° 272 p. 193 ; JDI 1991 p. 371, note D. BUREAU ; RCDIP 1991 p. 558, note M.-L. NIBOYET-HOEGY ; « si la procédure d'une instance engagée en France ne peut être régie que par la loi française, rien ne s'oppose à ce qu'il soit fait état, au cours de cette instance, de témoignages recueillis dans un pays étranger, par l'autorité compétente en vertu de la loi de ce pays, procédant selon les formes définies par cette loi, et saisie, soit par commission rogatoire du juge français, soit par requête de l'une des parties », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 1978, LAVIE, Bull. 1978 I n° 73 p. 62 ; RCDIP 1979 p. 593, note G. COUCHEZ ; « la procédure suivie à l'étranger relève de la loi du Tribunal saisi, sous réserve de ne pouvoir porter atteinte aux règles de fond applicables au divorce », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 1974, BONNEFOI, Bull. 1974 I n° 123 p. 106, JDI 1974 p. 850, note A. PONSARD (exequatur). Pour

droit anglais, où il existe une distinction entre *rights* (substance ou fond) et *remedies* (procédure)<sup>68</sup>. Au regard de cette consécration, il convient d'adhérer à l'assertion selon laquelle « il est universellement admis qu'en ce qui concerne le déroulement du litige, une juridiction interne applique ses propres règles de procédure : c'est le principe de soumission de la procédure à la loi du for »<sup>69</sup>.

**42. Théorie de la soumission de la procédure à la *lex fori*.** Historiquement, la soumission de la procédure à la *lex fori* est née d'une distinction, inventée au XIII<sup>e</sup> siècle par Jacobus BALDUINI, entre la coutume qui se rapporte à la procédure et celle qui se rapporte à la décision du procès<sup>70</sup>. La séparation de la loi applicable à la procédure par rapport à celle qui est applicable au fond du droit trouve donc son origine historique dans une distinction

---

l'ordonnement du procès, « l'application de la loi du for est tellement évidente qu'elle n'est jamais débattue par les plaideurs, bien qu'elle ne soit pas explicitement consacrée ni par le législateur ni par les juges. Ces derniers se réfèrent quasi instinctivement au droit français, sans estimer nécessaire de s'expliquer sur la vocation de celui-ci », M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 564 p. 402.

<sup>68</sup> « *One of the eternal truths of every system of private international law is that a distinction must be made between substance and procedure, between rights and remedy. The substantive rights of the parties to an action may be governed by a foreign law, but all matters appertaining to procedure are governed exclusively by the law of the forum* », P. NORTH and J. FAWCETT, Cheshire and North's Private International Law, 13<sup>th</sup> ed. 1999, Butterworths London/Edinburgh/Dublin, p. 67-68 ; E. SPIRO, Forum Regit Processum (Procedure is Governed by the Lex Fori), ICLQ 1969 (vol. 18) p. 950 ; « *RULE 17 – All matters of procedure are governed by the domestic law of the country to which the court wherein any legal proceedings are taken belongs (lex fori)* », L. COLLINS (dir.), Dicey and Morris on the Conflict of Laws, (vol. 1), 13<sup>th</sup> ed. 2000, Sweet & Maxwell, London, n° 7R-001 p. 157.

<sup>69</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> édition 2006, Economica Paris, n° 14 p. 11. Le vocable de la soumission est également repris par Monsieur HUET, A. HUET, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) - Compétence de la « lex fori » - Domaine de la « lex fori » : action en justice, J-Cl. Procédure civile, fasc. 57-10 (2001), n° 1 p. 2. Sur le caractère universel, v. aussi L. COLLINS (dir.), Dicey and Morris on the Conflict of Laws, (vol. 1), 13<sup>th</sup> ed. 2000, Sweet & Maxwell, London, n° 7R-002 p. 157 : « *the principle that procedure is governed by the lex fori is of general application and universally admitted* ».

<sup>70</sup> E. M. MEIJERS, L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Âge, spécialement dans l'Europe occidentale, RCADI 1934-III t. 49, p. 595 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 215 p. 372 ; E. SPIRO, Forum Regit Processum (Procedure is Governed by the Lex Fori), ICLQ 1969 (vol. 18) p. 949 ; A. HUET, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) - Compétence de la « lex fori » - Domaine de la « lex fori » : action en justice, J-Cl. Procédure civile, fasc. 57-10 (2001), n° 7 p. 3.

opérée entre la *litis ordinatio* et la *litis decisio*<sup>71</sup>. Ainsi, selon la théorie de BALDUINI, les questions de procédure dépendent strictement des règles de la loi du for (*ad ordinandam litem*) tandis que le juge peut admettre d'avoir recours à une loi étrangère pour décider de la solution au fond du litige (*ad decidendam litem*)<sup>72</sup>.

**43.** Malheureusement, la théorie ne permet pas de justifier l'utilisation d'une règle tirée d'un ordre juridique étranger<sup>73</sup>. La classification binaire ne permet pas non plus d'apporter une délimitation définitive du domaine de la loi étrangère et encore moins de celui de la *lex fori*. Premièrement, la loi étrangère peut faire exceptionnellement intrusion en matière de procédure puisqu'il est possible de recourir à la loi étrangère régissant le fond pour déterminer la qualité d'une partie au procès ou à la loi nationale du titulaire du droit d'action pour fixer sa capacité d'agir en justice<sup>74</sup>.

**44.** Deuxièmement, la théorie de BALDUINI revient à dire que la solution du litige peut être guidée soit par la loi étrangère, soit par la *lex fori*. Or, la théorie n'apporte pas le critère qui départagera ces deux lois au moment de rendre la décision au fond. Elle suggère seulement que ni la loi étrangère, ni la *lex fori* ne doivent jouir d'une exclusivité d'application sur les relations internationales. En d'autres termes, elle consiste à poser qu'il est impossible d'abandonner la résolution de tous les litiges internationaux à l'une seule de ces deux lois. Partant, seul doit être désavoué le monopole de la loi du for sur la résolution des litiges internationaux car, sans conteste, « la compétence *illimitée* de la *lex fori* est l'incompréhension même de ce que doit être le droit international privé »<sup>75</sup>. L'affirmation mérite néanmoins d'être complétée car il en va pareillement de l'application illimitée de la

---

<sup>71</sup> H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, Librairie du Recueil Sirey Paris 1929, p. 253.

<sup>72</sup> « Dans le premier cas, il faut suivre la coutume du juge ; dans le second cas, il faut qu'on décide selon la coutume du lieu où le contrat fut célébré », E. M. MEIJERS, *op. cit.*, p. 595.

<sup>73</sup> Sur les faiblesses des fondements se rapportant à l'application de la loi étrangère, v. n° 620 s.

<sup>74</sup> Pour une étude détaillée, v. A. HUET, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) - Domaine de la « lex fori » : instance, J-Cl. Procédure civile fasc. 57-20 (2001), p. 1 s. ; *adde*, J. GONZÁLEZ CAMPOS, Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé, RCADI 1977-III t. 156, p. 291 s. ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 507-208 p. 364-365.

<sup>75</sup> P. LOUIS-LUCAS, Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ?, RCDIP 1959 p. 408 [*les italiques sont de nous*].

loi étrangère, ce que les auteurs omettent très souvent de signaler.

**45.** Troisièmement, la théorie de la distinction entre procédure et fond ne peut rendre compte du domaine de la *lex fori* en droit international privé<sup>76</sup>. Limiter le domaine de la loi du juge saisi à la catégorie procédure occulte entièrement la place qu'occupe la *lex fori* dans la résolution du litige au fond du droit : il s'agit du rôle de la *lex fori* en tant que *lex causae*, c'est-à-dire en tant que loi désignée par la règle de résolution du conflit de lois et qui s'applique pour résoudre le problème de droit. Par exemple, si l'élément de rattachement utilisé par la règle de conflit est localisé en France, le juge français doit appliquer la loi française, même si d'autres éléments de la situation sont localisés à l'étranger. L'association de la procédure à la *lex fori* ne permet donc pas de rendre compte du domaine de la loi du for qui est bien plus large que la catégorie de procédure. En d'autres termes, le rôle de la *lex fori* en tant que loi applicable au fond du droit permet de sortir la loi du for de son cantonnement à la catégorie de la procédure.

**46. Ordre chronologique.** En principe, le droit international privé n'accorde, du reste, que peu de considération à la procédure car elle ne fait pas partie de ses problématiques. Il faut dire que le choix de la juridiction compétente entraîne automatiquement l'application des règles procédurales attachées à cette juridiction, et non l'inverse. La détermination du juge compétent précède l'identification de la *lex fori* puisque, tant que le juge n'est pas saisi, il n'est pas possible d'identifier la loi étatique qui lui correspond (autrement dit la loi du for). Cet ordre chronologique, propre au droit international privé, occulte les questions procédurales dès lors que le choix d'un juge entraîne *ipso facto* le choix de sa propre loi de procédure. Un auteur relève d'ailleurs que cette chronologie, consistant à placer les règles de procédure dans le champ des règles de droit international privé, est une inversion critiquable

---

<sup>76</sup> « La loi substantielle compétente est désignée par le jeu de tout un clavier de points de rattachement, définis par l'analyse abstraite des divers aspects de la situation juridique. La *lex fori* y occupe une place, au même titre et sur le même plan que toutes autres, pour régir normalement tout ce qui concerne le fonctionnement des institutions judiciaires, par opposition à tout ce qui touche au fond du procès. À cette base rationnelle de répartition, il faut pourtant bien constater que des perturbations sont apportées par une pénétration et une extension envahissante de la loi substantielle du juge sur le fond du procès, assurant à la *lex fori* une position prépondérante par rapport à toute autre », P. HÉBRAUD, De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître, RCDIP 1968 p. 247-248.

des questions qui ne répond aucunement à la logique du droit judiciaire privé<sup>77</sup>.

**47. Justification institutionnelle.** Quel serait donc le fondement du lien entre la procédure et la *lex fori* en droit international privé ? À défaut d'être exclusivement axée sur la souveraineté étatique, la justification apportée en doctrine est institutionnelle. Messieurs MAYER et HEUZÉ expliquent que les tribunaux, organes étatiques internes auxquels a été confié le service public interne de la justice, sont liés par la loi dont ils tiennent leurs pouvoirs. Cette dernière leur impose la façon dont ils doivent se comporter, c'est-à-dire la façon dont ils doivent *procéder*<sup>78</sup>. Monsieur MAYER précise aussi que « l'État dont l'organe doit intervenir est libre de lui ordonner de suivre, non pas ses règles internes de procédure, mais celles d'un autre État. Toutefois, on ne voit guère pourquoi il renoncerait à préciser lui-même les formes qu'il estime les plus aptes à assurer le meilleur fonctionnement de l'organe »<sup>79</sup>. C'est donc un principe de droit international public, selon lequel l'État fixe souverainement l'organisation et le fonctionnement de ses institutions internes, qui est souvent évoqué en doctrine pour expliquer le lien entre la *lex fori* et la procédure<sup>80</sup>.

**48.** Il s'ensuit que la procédure suivie pour la résolution des litiges internationaux est quasiment identique à celle qui est suivie pour les litiges internes. Le caractère international de la situation juridique n'a donc que très peu d'influence sur les règles de procédure<sup>81</sup>. À partir du moment où les règles internes y sont *a priori* toujours considérées comme suffisantes pour garantir la bonne tenue de ces procès particuliers, la procédure ne fait pas

---

<sup>77</sup> A. BOLZE, L'application de la loi étrangère par le juge français : le point de vue d'un processualiste, D. 2001 p. 1818.

<sup>78</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 492 p. 365. V. aussi É. BARTIN, Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises, éd. Domat-Montchrestien, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd. 1930, § 94 p. 253.

<sup>79</sup> P. MAYER, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, RCDIP 1979, n° 63 p. 379-380.

<sup>80</sup> V. les références citées dans : A. HUET, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) - Compétence de la « lex fori » – Domaine de la « lex fori » : action en justice, J-Cl. Procédure civile fasc. 57-10 (2001), n° 14 s. p. 4 s.

<sup>81</sup> En droit français, une exception figure par exemple à l'article 643 du CPC : « Lorsque la demande est portée devant une juridiction qui a son siège en France métropolitaine, les délais de comparution, d'appel, d'opposition, de recours en révision et de pourvoi en cassation sont augmentés de : 1. Un mois pour les personnes qui demeurent dans un département d'outre-mer ou dans un territoire d'outre-mer ; 2. Deux mois

partie du droit international privé mais plutôt du droit judiciaire privé.

**49.** Toutefois, l'augmentation du nombre de règles procédurales spécialement créées pour les situations juridiques internationales vient porter exception à cette affirmation. En effet, le caractère interne des règles de procédure civile n'est pas insurmontable. Il reste possible à l'État d'adopter des règles internationales de procédure. Il ne s'agit certainement pas d'une hypothèse d'école puisqu'en 2004, l'American Law Institute et Unidroit ont adopté une série de principes de procédure civile transnationale<sup>82</sup>. En effet, la procédure revêt théoriquement, comme toute règle juridique, un potentiel d'universalité : elle peut être désolidarisée de sa source interne<sup>83</sup>. L'exclusion de la procédure du champ du droit international privé méconnaît donc la possibilité pour l'État d'adopter des règles procédurales internationales (*lex litigatorum*<sup>84</sup>).

**50.** En résumé, la catégorie des règles procédurales ne rend pas entièrement compte du domaine d'utilisation de la *lex fori*, d'autant que cette catégorie peut très bien faire l'objet de règles universelles. Or, le propre de la *lex fori* est d'être attaché à un juge étatique déterminé, à défaut de juge international disposé à régler le contentieux des relations juridiques internationales entre les personnes privées. Il nous faut alors rechercher un principe qui permette de délimiter l'utilisation de la loi du for dans la résolution des conflits de lois.

**51. Principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for.** Évidemment, il ne faut pas chercher bien loin puisque ce principe existe déjà en droit international privé. Précisément, le principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for, qui consiste à résoudre les conflits de lois de façon bilatérale, apporte une idée quantitative de la répartition opérée entre ces deux

---

pour celles qui demeurent à l'étranger ».

<sup>82</sup> Texte disponible sur le site internet d'Unidroit : [www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf](http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf). Sur ce texte, v. M.-L. NIBOYET, Ébauche d'un droit judiciaire transnational, L'actualité de la pensée de Berthold Goldman (journée organisée au centre de droit européen de l'Université de Paris II le 1<sup>er</sup> octobre 2003), éd. Panthéon-Assas Paris, 2004, p. 47. V. aussi le rapport de S. GUINCHARD, La procédure mondiale modélisée : le projet de l'American Law Institute et d'Unidroit de principes et règles transnationaux de procédure civile, D. 2003 p. 2183.

<sup>83</sup> Certains auteurs estiment d'ailleurs que, de ce fait, le fondement du principe de soumission de la procédure à la loi du for est un « fondement évanescent », M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 555 p. 398.

<sup>84</sup> M.-L. NIBOYET, article précité, p. 47.

lois. Le principe d'égalité sera donc le point de départ de notre réflexion.

**52.** Il faut cependant dire qu'en doctrine, la réputation de la *lex fori* n'est pas de se poser en égalité avec la loi étrangère. L'idée souvent véhiculée par les auteurs est que la première est toujours abusivement dominante, tandis que la seconde ne trouve que très rarement place à s'appliquer<sup>85</sup>. Il s'agit du postulat selon lequel le juge, et les juristes en général, ont tendance à rester sur le plan interne et à occulter les problématiques liées à la dimension internationale du litige. Naturellement, ce postulat prend implicitement le parti de regrouper l'application de la loi interne et celle de la *lex fori*, dont on a vu qu'elles pouvaient être communément confondues.

**53. Problématique.** Au contraire, il faudrait considérer que le recours à titre principal à la loi du for pour résoudre le conflit de lois n'a pas pour effet d'ignorer la nature internationale du rapport juridique lorsqu'elle est justifiée par la localisation du chef de compétence et celle du critère de rattachement. C'est pourquoi, une étude plus précise de la proportion qu'occupe chacune des lois en conflit nous permettra certainement de nous faire notre propre idée sur le domaine d'utilisation de la loi du for et de savoir si, malgré la spécificité des litiges internationaux, les praticiens du droit ont tendance à recourir plus que de raison à la *lex fori*.

**54.** Si cette tendance venait à se vérifier, comme cela est somme toute vraisemblable, il faudra sans aucun doute tenter d'en trouver les explications puis en tirer naturellement les conséquences sur le plan de la théorie générale du droit international privé. Sans vouloir déflorer les développements qui vont suivre, il est d'ores et déjà possible d'apporter ici une clé de lecture qui repose sur les deux éléments constitutifs de la *lex fori*.

**55.** Concrètement, chaque application de la loi du for correspond à opérer une coïncidence entre le juge saisi (*forum*) et le droit qu'il applique (*jus*). Quantifier les nombreuses utilisations de la *lex fori* permet donc, sans aller jusqu'à préconiser une

---

<sup>85</sup> « Les auteurs invoquent volontiers, comme une vérité d'évidence, la plénitude d'autorité de notre droit. La jurisprudence lui reconnaît une valeur préférentielle, qui n'est pas sans lui faciliter la solution de litiges délicats. La puissance publique sent le prix d'une suprématie protectrice. L'opinion courante fait instinctivement confiance à l'organisation sociale qui lui est la plus familière », P. LOUIS-LUCAS, Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ?, RCDIP 1959 p. 406.

coïncidence systématique (puisque le recours exclusif à la loi du for est généralement exclu de la résolution des litiges internationaux), de ne retenir qu'un simple rapprochement du *forum* et du *jus*, ce que VON SAVIGNY lui-même ne rejette pas<sup>86</sup>. N'en déplaise aux partisans de la loi étrangère, cette approche est envisagée dans la doctrine savignienne : elle doit aboutir « à faire appliquer le plus souvent au juge sa propre loi, mais en soulignant justement qu'il est désirable *que les règles de conflits de lois se modèlent jusqu'à un certain point sur les règles de compétence judiciaire* »<sup>87</sup>. Nous verrons alors comment le droit international privé postmoderne s'est détourné de ce schéma pour emprunter, via de multiples sophistications, un chemin qui le mène, en définitive, à la *lex fori*.

**56. Approche.** Quant à l'approche retenue, précisons que, par définition, l'étude d'une notion telle que la *lex fori* appelle nécessairement un positionnement dans l'opposition entre l'universalisme et le particularisme<sup>88</sup>. Pour nous y être essayée, il est possible d'affirmer que l'approche universaliste s'avère ici inadéquate : elle empêche fatalement de discerner les tendances *lex foristes* puisque, par définition, elle les combat. Aussi le lecteur doit-il être averti que les conclusions auxquelles nous sommes parvenues sont le fruit d'un patient processus de réflexion sur un sujet qui, par nature, a réclamé l'analyse de solutions juridiques qui ne répondent pas vraiment à l'universalisme, sauf à considérer que la tendance du juge à appliquer sa propre loi soit un phénomène universel.

**57.** En vérité, il faut dire que l'objectif majeur du droit international privé procède d'une pacification des conflits entre les différents ordres juridiques étatiques et, à notre sens, cet objectif apparaît tout entier marqué par un délicat équilibre entre une perception nationale et

---

<sup>86</sup> VON SAVIGNY montre « qu'en droit romain, et jusqu'à un certain point en droit actuel, il existe un lien intime entre la juridiction et le droit local à appliquer. Quant à la personne, ce lien résulte de l'obéissance qu'elle doit également aux magistrats et au droit local. Cette double sujétion existe aussi pour les rapports de droits, mais l'analogie ne va pas jusqu'à l'identité », Fr.-C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Guénoux, 2<sup>e</sup> éd. 1860, éd. Firmin Didot frères Paris, rééd. Panthéon-Assas, diff. LGDJ, Paris, 2002, § 360 p. 109-110. Il s'agit d'une approche que BATIFFOL a lui aussi envisagée lorsqu'il écrit qu'il existe évidemment des parallèles entre le *jus* et le *forum* « mais [*qu'*] il est faux, comme le démontre [*SAVIGNY*], de prétendre à un impérialisme d'une des méthodes sur l'autre », H. BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI 1973-II, t. 139, p. 97, [*ajouté par nous*].

<sup>87</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 239 p. 401 (en italiques dans le texte).

<sup>88</sup> Sur ce sujet, v. É. KERCKHOVE, *Particularisme et universalisme dans les conflits de lois*, th. Lille II, 1988.

une perception internationale des relations juridiques. Il apparaît donc difficile de prendre radicalement parti dans le clivage, dès lors que « tout juriste s'intéressant à cette matière [*le droit international privé*] est à la fois un "internationaliste" et un nationaliste. Même les nationalistes les plus déterminés ont fait preuve d'un minimum d'ouverture vers l'étranger que suppose leur spécialité et il est difficile de s'abstraire de tout préjugé national, y compris pour les internationalistes les plus engagés »<sup>89</sup>.

**58.** Ce qui nous semble donc important est de ne pas trop vite abandonner notre raisonnement à un séduisant idéal<sup>90</sup> mais plutôt de dégager une vision réaliste du droit international privé, même si cela doit passer par la remise en cause de nos positions initiales. Pour ce faire, nous essayerons, autant que l'exercice le permet, d'enrichir nos développements théoriques de données concrètes issues de la jurisprudence et de l'observation de la pratique juridique, comme il se doit pour tout ouvrage de cette ampleur.

**59. Plan.** Le plan que nous retiendrons nous amènera alors à contester deux principes fondamentaux de la résolution des conflits de lois<sup>91</sup>. Il apparaît en effet que, dans l'histoire du droit international privé, la mise en évidence du rôle que joue la *lex fori* impose inévitablement de remettre en cause certains aspects de la méthode post-savignienne<sup>92</sup>. Tout

---

<sup>89</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF Paris 1999 p. 4, [*ajouté par nous*]. V. aussi J. PONTIER, *Review on « Johan MEEUSEN, Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht. Analyse van het Belgische Conflictenrecht »*, *Netherlands International Law Review* (n° 1 / vol. XLVI) 1999, p. 117.

<sup>90</sup> « Il est, en effet, peu d'idées aussi séduisantes que celle de l'universalisme », Y. LEQUETTE, *Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, *RCADI* 1994-II t. 246, n° 252 p. 226.

<sup>91</sup> Sur la pluralité de principes directeurs en droit international privé : « aucun principe ne peut fonder, à lui seul, l'élaboration ou l'interprétation des règles de droit international privé : aucun ne peut suffire à expliquer ou à livrer l'ensemble des solutions du droit positif, ni à épuiser toutes les difficultés qui se posent. La pluralité de principes directeurs apparaît ainsi comme une donnée inhérente au droit international privé », M.-Cl. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, *NBT* vol. 49, Dalloz Paris 2005, n° 71 p. 75.

<sup>92</sup> J. A. CARRILLO SALCEDO, *Observations sur l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé*, *AIDI* 1989 (vol. 63-I), p. 245. Sur le terme de « post-savignien », v. note n° 58.

d'abord, le caractère bilatéral de la règle de conflit de lois sera mis à mal : un diagnostic des utilisations de la *lex fori* nous guidera ainsi à reconsidérer le principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for (première partie).

**60.** Dans la logique de cette première analyse, il sera ensuite traité du principe de séparation entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable, qui est la condition *sine qua non* de l'utilisation par le juge d'une règle tirée d'un ordre juridique étatique autre que le sien. En fonction des résultats obtenus dans l'étude de la répartition entre la loi étrangère et la loi du for, opérée dans la première partie, il sera alors possible de montrer que la résolution des conflits de lois n'est pas guidée par la séparation systématique entre le *forum* et le *jus*, mais qu'au contraire, elle est partagée entre des séparations et des coïncidences dont les formes sont subtilement articulées au moment de l'adoption des chefs de compétence et des critères de rattachement, et ceci en marge totale avec les procédés sophistiqués qui tendent à réduire l'utilisation immodérée de lois étrangères imposées par le principe d'égalité entre la loi du for et la loi étrangère (deuxième partie).

**Première partie – L'inégalité entre la loi étrangère et la *lex fori*.**

**Deuxième partie – Vers un rapprochement de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable.**



## PARTIE I L'INÉGALITÉ ENTRE LA LOI ETRANGÈRE ET LA *LEX FORI*

**61. Présentation.** L'utilisation du terme « inégalité » pour qualifier les rapports entre la loi étrangère et la *lex fori* pourrait s'interpréter comme une tentative d'imposer la dominance de l'une sur l'autre. Pourtant l'inégalité dont nous allons traiter ici ne doit absolument pas se traduire par l'existence d'une hiérarchie de valeurs entre les systèmes juridiques étatiques. Le propos n'est certainement pas de dégager un hypothétique classement dans lequel le système du juge saisi sortirait forcément vainqueur. Ce serait d'ailleurs totalement antinomique au regard de l'ouverture et du relativisme dont font preuve tous les juristes de droit international privé.

**62.** En réalité, l'inégalité que nous aborderons dans cette partie est d'ordre statistique. Elle tend à cerner le domaine de la *lex fori* en mesurant toutes les utilisations qui en sont faites, aussi variées soient elles. L'objectif consiste donc à quantifier l'utilisation de la *lex fori* et celle de la loi étrangère. Pour ce faire, il serait complètement illusoire de distinguer la théorie de la pratique, parce que ces deux domaines s'entremêlent constamment. C'est pourquoi, nous tâcherons, autant que possible, de garder un lien régulier entre les considérations théoriques et les considérations pratiques.

**63.** Ceci étant précisé, il faut maintenant étudier le fonctionnement des procédés qui composent le droit international privé dans le but d'identifier la place avérée qu'occupe la *lex fori* au sein de la résolution des conflits de lois. Le résultat de cette étude permettra alors de déterminer les formes précises que revêt l'inégalité. C'est ainsi qu'après avoir exposé les différentes formes méthodologiques d'inégalité entre la loi étrangère et la *lex fori* (Titre I), l'analyse sera approfondie à l'aide d'une explication plus générale qui nous conduira à dégager les fondements de l'inégalité entre les deux lois (Titre II).



## TITRE I LES FORMES MÉTHODOLOGIQUES D'INÉGALITÉ ENTRE LA LOI ÉTRANGÈRE ET LA *LEX FORI*

**64. Présentation.** Les méthodes de résolution des conflits de lois sont parfois marquées par une tendance qui consiste à éluder délibérément la loi étrangère. Cela se produit lorsque l'État et ses institutions entendent profiter du procès international pour étendre le champ de valeurs qui leur sont propres. La prévalence accordée à la loi du for peut alors être le résultat de nombreux procédés qui parsèment le régime de la résolution des conflits de lois. En effet, il existe de nombreuses occasions de recenser l'utilisation de la *lex fori* dans ce processus. Ainsi, le droit international privé confère à la loi du for un rôle qui est loin d'être seulement subsidiaire<sup>93</sup> : il devient même prépondérant dès lors que les utilisations de *lex fori* sont recensées puis systématisées. C'est l'idée qu'un ordre juridique peut se montrer disposé à asseoir la *lex fori* sur un champ d'application délibérément très étendu.

**65. Champ de recherche.** D'un point de vue méthodologique, les manifestations de la *lex fori* se trouvent principalement au sein de la théorie générale qui domine la résolution des conflits de lois<sup>94</sup>. En d'autres termes, la théorie générale des conflits de lois apparaît être le terrain privilégié de l'élargissement des utilisations de la *lex fori*, malgré une amélioration récente, en apparence, du statut procédural de la loi étrangère<sup>95</sup>. L'œuvre doctrinale en matière de conflit de lois semble donc des plus paradoxales : elle privilégie d'un côté

---

<sup>93</sup> Sur le constat que le rôle attribué à la *lex fori* est souvent réduit à son caractère subsidiaire, v. *supra* n° 17 (introduction).

<sup>94</sup> V. A. EHRENZWEIG, *The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws*, Michigan Law Review 1960 (vol. 58) p. 637 ; A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Laws*, West publishing co. ed., St Paul Minn., 1962 ; A. EHRENZWEIG, *La loi du forum compétent : l'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions*, in Mélanges « Liber amicorum professor Baron Louis Fredericq », t. I, Story-Scienta Gent 1966, p. 399). V. aussi E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987 ; J.-M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans les règlements de conflits de lois*, LGDJ Paris 1959, p. 140 s. (deuxième partie). Pour la théorie générale présentée incidemment au soutien d'une interprétation territorialiste de la jurisprudence, v. J. DONNEDIEU DE VABRES, *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle*, Sirey Paris 1937, spéc. p. 415-416 ; P. LOUIS-LUCAS, *L'impérieuse territorialité du Droit*, RCDI 1935 p. 633, spéc. n° 6 s. p. 638 s.

<sup>95</sup> Sur l'évolution du statut procédural de la loi étrangère, v. *infra* les développements sur la vocation subsidiaire de la *lex fori* au cours de la procédure, n° 216 s.

l'égalité de la *lex fori* et de la loi étrangère au sein du conflit de lois (en accordant notamment une importance considérable à cette problématique du droit international privé), tandis qu'elle fournit par ailleurs les instruments théoriques pour élargir le domaine d'application de la *lex fori*, ce qui annule le premier effet escompté.

**66.** Au sein de la théorie générale, les manifestations de la prévalence de la *lex fori* se situent plus précisément lors de l'élaboration de la règle de conflit et lors de l'intervention de mécanismes qui en perturbent ou en modulent la mise en œuvre<sup>96</sup>. Dans la résolution du litige international, ce sont en effet les deux moments où la loi étrangère peut être éludée. La présentation des utilisations de la *lex fori* dans le raisonnement conflictuel réclame alors de distinguer, d'une part, les méthodes de réduction de la désignation de la loi étrangère qui se retrouvent au moment de l'établissement de la règle de résolution des conflits de lois (Chapitre I), et, d'autre part, les exceptions à la mise en œuvre de la loi étrangère, qui se manifestent postérieurement à la désignation de la loi applicable (Chapitre II)<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> Il faut dire qu'en droit international privé, « la conceptualisation de la règle de conflit est indépendante de sa mise en œuvre », A. BOLZE, Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international, (2 vol.), th. Paris II 1996, n° 329 s. p. 208 s. (titre).

<sup>97</sup> Pour cette présentation, v. E. VITTA, Cours général de droit international privé, RCADI 1979-I t. 162, p. 80-83. Cet auteur distingue l'application directe de la *lex fori* (par désignation de la règle de conflit) de l'application indirecte (par subsidiarité à la loi étrangère défailante).

## CHAPITRE I LA SUPÉRIORITÉ DE LA *LEX FORI* LORS DE LA DÉSIGNATION DE LA LOI APPLICABLE

**67.** Définir la supériorité des utilisations de la *lex fori* dans la résolution des conflits de lois impose tout particulièrement de discuter son égalité théorique avec la loi étrangère. Dans quelle mesure la loi étrangère est-elle effectivement appliquée ? La *lex fori* ne bénéficie-t-elle pas, d'emblée, d'une certaine faveur d'application ? C'est ce qu'il faudra déterminer dans une première section intitulée « la mise à l'épreuve du principe de bilatéralité » (Section 1).

Par ailleurs, la justice propre au droit international privé est-elle totalement exempte de la politique du for d'étendre ses propres conceptions juridiques aux situations internationales qui se présenteraient devant lui ? Nous verrons dans la deuxième section qu'il existe plusieurs manières de porter atteinte à l'abstraction et à l'impartialité que sont censées revêtir les règles de conflit de lois (Section 2).

### Section 1 La mise à l'épreuve du principe de bilatéralité

**68.** La règle de conflit bilatérale est décrite comme le moyen le plus adéquat de parvenir à la justice en droit international privé. Certains auteurs la considèrent même comme la *méthode reine* de résolution des conflits de lois<sup>98</sup>. Pourtant, sans qu'il soit permis de savoir si un tel type de règle a pu un jour fonctionner à l'état pur (une période symbolisée par une sorte d'âge d'or de la méthode bilatérale<sup>99</sup>), l'évolution du droit international privé semble avoir engendré un déclin progressif des règles de conflit bilatérales<sup>100</sup>. En fait, l'adhésion constante à ce type de règles comme modèle de résolution des conflits de lois a corrélativement occasionné toute une série d'atteintes aux caractères essentiels de cette méthode, tout spécialement au caractère bilatéral de la règle de conflit de lois. La discussion

---

<sup>98</sup> L. GANNAGÉ, La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, *in* Études de droit de la consommation : mélanges Jean Calais-Auloy, Dalloz Paris 2004, p. 421.

<sup>99</sup> J. FOYER, Les vicissitudes contemporaines de la règle de conflit de lois, *in* Clés pour le siècle, Dalloz Paris 2000, p. 153.

<sup>100</sup> Madame GANNAGÉ parle même d'un « dévoiement progressif de la règle de conflit », L. GANNAGÉ, *op. cit.*, p. 444.

se trouve alors ouverte sur le principe de bilatéralité de la règle de conflit, c'est-à-dire sur le principe qui postule une égalité de désignation entre la loi étrangère et la loi du for. Il faut, plus précisément, se demander s'il est unanimement admis par les auteurs (§ 1) et s'il correspond à un parfait reflet de la jurisprudence (§ 2).

§ 1 L'égalité de principe entre la *lex fori* et la loi étrangère

**69. Définition de l'égalité (ou bilatéralité).** Au sens post-savignien, l'égalité prend une forme bien particulière qui reçoit le qualificatif de « bilatérale ». Ce qualificatif, qui est assigné à la règle de conflit, marque parfaitement l'alternative qui existe entre la *lex fori* et la loi étrangère. La définition de la règle de conflit bilatérale peut alors se résumer ainsi : « une règle de conflit est bilatérale lorsque son facteur de rattachement vaut de manière générale et est donc destiné à désigner aussi bien, selon les cas, l'ordre juridique dont elle émane qu'un ordre juridique étranger. La règle de conflit bilatérale commande l'application de la loi désignée par le facteur de rattachement, sans se préoccuper de l'origine de celle-ci »<sup>101</sup>. Par exemple, la règle de conflit qui veut que l'état d'une personne soit régi par la loi de sa nationalité ne distingue pas selon qu'il s'agit de la loi française (*lex fori*) ou de la loi étrangère. Dans cette optique, il lui est indifférent de savoir si la nationalité de cette personne doit conduire le juge à appliquer d'une loi étrangère ou non.

**70.** La règle de conflit présente alors la caractéristique de ne former aucun préjugé d'infériorité sur la règle de droit étrangère, ni aucun préjugé de supériorité sur la loi du for<sup>102</sup>. Elle s'intéresse principalement à localiser le siège de la situation juridique et non pas à évaluer le bien-fondé politique de chaque règle de droit étranger, notamment en comparaison de la loi du for. La neutralité est donc intrinsèquement liée à l'égalité que renferme la règle de conflit. Cela étant, l'égalité des lois en conflit est aussi fortement tributaire de la vision du droit international privé que se font les différents courants

---

<sup>101</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 1 § 7 p. 6-7.

<sup>102</sup> « Dans un système bilatéraliste, la règle de rattachement est censée assurer le traitement égal du droit du for et du droit étranger, puisque les deux sont désignés à l'aide du même critère de rattachement. La méthode assure que l'application du droit du for ne soit pas systématiquement favorisée dans les situations internationales », S. FRANCO, L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé, Bruylant Bruxelles, LGDJ Paris 2005, p. 23.

doctrinaux. Le domaine du droit international privé est-il un espace où les lois s'affrontent en obéissant à des principes directeurs (A) de nature universelle (B) ? L'inventeur de la règle de conflit savignienne avait-il lui-même postulé une égalité entre la loi étrangère et la loi du for (C) ? Peut-on, par ailleurs, expliquer le principe d'égalité des lois sous l'angle du droit international public (D) ? Enfin, le réalisme n'impose-t-il pas un certain scepticisme à l'égard dudit principe (E) ?

A/ Un principe général du droit international privé

**71. Principe général du droit international privé.** La bilatéralité, ou encore l'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère au sein de la règle de conflit, ne figure ni dans les codes ni dans les traités. Elle a pourtant reçu le titre de principe directeur du droit international privé<sup>103</sup> ou de principe essentiel à la conception internationaliste du droit international privé<sup>104</sup>. Ce sont là des termes qui ont résonné dans des lieux aussi prestigieux que l'Académie de droit international ou que l'Institut de droit international. Ainsi, lors d'une session de travail de l'Institut de droit international, un professeur a clairement affirmé que « le principe d'égalité ou parité de traitement entre la loi du for et les autres lois doit être considéré (...) comme un des principes généraux du droit international privé. Il signifie que toute tendance à favoriser l'application de cette première loi pour la seule raison qu'elle est le droit national du juge saisi, doit être combattue »<sup>105</sup>.

**72.** Cette affirmation a été approuvée par les autres participants de cette session de l'Institut de droit international<sup>106</sup>, au point que l'égalité de traitement entre la loi du for et la

---

<sup>103</sup> P. VALLINDAS, La structure de la règle de conflit, RCADI 1960-III t. 101, p. 353 et p. 371 ; P. VALLINDAS, Le droit international privé dans le Code civil hellénique, RIDC 1949 p. 97, disponible sur [www.persee.fr](http://www.persee.fr) ; Madame NAJM y voit quant à elle un moyen qui permet de réaliser un principe directeur de droit international privé tel que le celui de l'harmonisation internationale des solutions, M.-Cl. NAJM, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, relations entre systèmes laïques et systèmes religieux, NBT vol. 49, Dalloz Paris 2005, n° 70 s. p. 75 s.

<sup>104</sup> G. VAN HECKE, Principes et méthodes de solution des conflits de lois, RCADI 1969-I t. 126, p. 399, spéc. p. 471.

<sup>105</sup> A. FERRER-CORREIA, Observations, in L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, AIDI 1989 (vol. 63-I), p. 247.

<sup>106</sup> Soit : Messieurs G. VAN HECKE (Belgique), E. JAYME (Allemagne) et G. PARRA ARANGUREN (Venezuela). Seul dissident, le professeur PHILIP (Danemark), refuse d'y voir un principe mais plutôt un

loi étrangère a pu faire l'objet d'une résolution adoptée par cet institut scientifique, aux termes de laquelle il est « contraire à une réglementation équilibrée et ouverte des relations internationales de donner à la loi du for une supériorité de nature sur la loi étrangère »<sup>107</sup>. Une partie de la résolution recommande donc aux États d'éviter l'adoption de règles de conflit qui étendent le domaine d'application de la *lex fori* aux dépens de celui de la loi étrangère.

**73.** Or, l'intervention de l'Institut de droit international sur ce sujet aurait pu laisser augurer que la réaction de ces auteurs faisait suite à un climat très favorable à la supériorité de la *lex fori*. Il n'en est rien cependant parce que tout absolutisme de la *lex fori* sur les litiges internationaux est constamment rejeté non seulement par la doctrine<sup>108</sup> mais aussi par les législateurs. À la même époque en effet, l'étude comparative menée par Monsieur VASSILAKAKIS montre qu'aucune législation de droit international privé ne désavoue la règle bilatérale de conflit en lui préférant un recours systématique à loi du for<sup>109</sup>.

---

objectif souhaitable et qui dépendrait de la politique suivie par le tribunal étatique : « *Equality of the law of the forum and foreign law in my view is not and should not be an overriding principle of private international law but one of several ways of pursuing different aims and purposes (...) equality of the law of the forum is not a rule or principle of private or public international law. It represents a desirable result which can only be achieved where the policy of the forum so permits* », A. PHILIP, Observations in L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, AIDI 1989 (vol. 63-I), p. 265-266.

<sup>107</sup> AIDI 1990 (vol. 63-II), p. 332 s. La résolution peut être consultée sur le site internet de l'Institut de droit international : [http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1989\\_comp\\_02\\_fr.PDF](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1989_comp_02_fr.PDF).

<sup>108</sup> Il s'agit du minimum que l'on puisse dire en matière de résolution des conflits de lois : « la tendance à multiplier les cas d'application de la loi du for est critiquable (...) lorsqu'elle favorise *systématiquement* l'application de la *lex fori* », J. A. CARILLO SALCEDO, Observations, in L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, AIDI 1989, vol. 63-I, p. 245 ; « la loi étrangère est, sous la seule réserve de l'ordre public, sur un *ped d'égalité* avec la loi interne », H. MOTULSKY, Ecrits vol. 3 : études et notes de droit international privé, Dalloz Paris 1978, n° 38 p. 111. V. aussi J. A. CARILLO SALCEDO, Le renouveau du particularisme en droit international privé, RCADI 1978-II t. 160, p. 206.

<sup>109</sup> « L'attachement à la règle de conflit bilatérale qui caractérise les codifications récentes se concilie assez difficilement avec la prédilection systématique pour la loi du for » (l'auteur a principalement analysé le projet suisse de 1982, la loi tchécoslovaque, le décret-loi hongrois, la loi yougoslave, la loi est-allemande, les codifications portugaise, espagnole, polonaise et autrichienne), E. VASSILAKAKIS, Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, n° 132 p. 126.

B/ Le principe d'égalité chez les défenseurs de la loi étrangère

74. À dire vrai, l'explication de cet intérêt de l'Institut de droit international pour la question de l'égalité ne réside pas dans une hypothétique et soudaine consécration de la *lex fori* mais plutôt dans le constat récurrent que la loi étrangère ne bénéficie pas de l'applicabilité que devraient en théorie lui conférer les règles de conflit. C'est que, aux yeux des auteurs les plus universalistes, l'application de la loi étrangère est devenue, par extension, le symbole de la règle de conflit bilatérale, puis le symbole de la résolution des conflits de lois et, enfin, le symbole du droit international privé tout entier<sup>110</sup>. Une telle présentation rend une vision subjective, de surcroît non avérée, du droit international privé puisque, à en croire certains auteurs, la quasi-intégralité des situations internationales serait soumise à la loi étrangère.

75. Cette conception se retrouve dans de nombreux écrits. Par exemple, dans un article intitulé « l'égalité de la loi étrangère et de la loi interne dans les rapports internationaux », SCHNITZER affirme que l'application de la loi étrangère ne doit pas du tout être considérée comme exceptionnelle dans la réglementation des rapports internationaux et qu'au contraire, ces derniers sont majoritairement régis par elle<sup>111</sup>. Ce professeur en conclut que la préférence accordée à la loi interne serait un péché commis contre le but du droit international privé<sup>112</sup>. Plus récemment, Madame RALSER écrit aussi que les règles de conflit de lois, en particulier les règles bilatérales, sont beaucoup plus respectueuses de la diversité car elles sont égalitaires et conduisent plus souvent à la désignation d'une loi étrangère<sup>113</sup>. Les exemples de cette vision doctrinale tout à fait clémente à l'égard des lois étrangères sont multiples.

---

<sup>110</sup> Par exemple, au sens de SCHNITZER, l'application de la loi étrangère est le critère du droit international privé, A. F. SCHNITZER, L'égalité de la loi étrangère et de la loi interne dans les rapports internationaux, RHDI 1969, p. 50. BATIFFOL écrit aussi que « l'opération originale du droit international privé » consiste dans l'application d'une loi étrangère par le juge, H. BATIFFOL, Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit, RIDC 1970 p. 664 ; disponible sur : [www.persee.fr/](http://www.persee.fr/). Sur les fondements de la séparation entre la loi applicable et le juge compétent, v. *infra* n° 620 s.

<sup>111</sup> A. F. SCHNITZER, L'égalité de la loi étrangère et de la loi interne dans les rapports internationaux, Revue hellénique de droit int. 1969, p. 42.

<sup>112</sup> A. F. SCHNITZER, *op. cit.*, p. 42.

<sup>113</sup> E. RALSER, Pluralisme juridique et droit international privé, RRJ 2003-4 p. 2576.

76. À ce sujet, Monsieur DE BOER explique d'ailleurs que la plupart des spécialistes sont soucieux de ne pas donner l'impression qu'ils soutiennent la primauté de la loi du for mais plutôt qu'ils ont foi en l'égalité des ordres juridiques<sup>114</sup>. La raison d'une telle adhésion au principe d'égalité doit, en réalité, être trouvée dans sa fonction même : celle de permettre au juge étatique d'utiliser la loi étrangère.

77. **Revendication doctrinale de l'égalité de la loi étrangère avec celle du for.** La lecture des nombreuses publications qui concernent la loi étrangère donne nettement l'impression que la défense du statut de la loi étrangère passe par une quête d'identité de traitement avec sa concurrente, la loi du for. Il est ainsi permis de constater au sein de la doctrine une véritable revendication de l'égalité des lois en conflit<sup>115</sup>. Pourquoi existe-t-il alors un tel plaidoyer en faveur de la loi étrangère ?

En fait, si la règle de conflit bilatérale constitue surtout l'idéal des universalistes, c'est parce qu'elle est, à leur sens, la forme la plus parfaite et impartiale de résolution des conflits de lois. Les partisans de cette approche ont donc naturellement tendance à condamner la multiplicité des recours à la *lex fori* parce qu'elle brise l'égalité voulue<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> « *Most conflicts specialists are anxious not to give the impression, right or wrong, that they support the primacy of forum law. With a few exceptions, they like to be seen as believers in the one true faith, that is : adherence to the equivalence of legal systems as the foundation of choice of law* », Th. M. DE BOER, *Facultative choice of law: the procedural status of choice-of-law rules and foreign law*, RCADI 1996 t. 257, p. 256.

<sup>115</sup> Pour un exemple de revendication en faveur d'une meilleure égalité entre *lex fori* et droit étranger, v. P. LOUIS-LUCAS, *Existe t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ?*, RCDIP 1959 p. 405.

<sup>116</sup> *Contra*, « il ne paraît pas que l'idéal d'universalisme vers lequel doit tendre le droit international privé exige une parfaite égalité quantitative entre les cas d'application de la *lex fori* et des lois étrangères ». Monsieur BISCHOFF est favorable à l'application de la *lex fori*. Il considère ainsi qu'un système qui applique la *lex fori* n'est pas nationaliste puisqu'il s'agit d'une coïncidence naturelle entre le juge compétent et la loi applicable. Il explique aussi que la loi étrangère est plus rarement appliquée que la loi du for car il y a une infériorité de fait et une infériorité juridique du droit étranger par rapport au droit du for, J.-M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans les règlements de conflits de lois*, LGDJ Paris, 1959, p. 12. Mais de telles affirmations ne peuvent guère encore être soutenues : le statut procédural de la loi étrangère connaît une amélioration dans la plupart des pays européens et nous verrons plus loin que la coïncidence entre le juge compétent et la loi qu'il applique n'est jamais fortuite, v. *infra* n° 802 s.

**78.** Ces auteurs refusent même toute idée de particularisme national au sein des ordres juridiques étatiques. Par exemple, partant du postulat que les systèmes juridiques sont également aptes à rendre la justice, un auteur affirme que « la norme bilatérale, qui signale la loi applicable, soit la loi nationale, soit l'étrangère, est hétérodoxe vis-à-vis de la théorie de la séparation des ordres juridiques (...) elle est la doctrine dominante et la pratique légale usuelle, à condition qu'elle garde l'équivalence et l'égalité de traitement entre la loi du for et les lois étrangères, sans recourir à des discriminations »<sup>117</sup>. En d'autres termes, le principe de bilatéralité ou d'égalité permet de poser les prémisses de l'universalité des solutions.

**79. Égalité et justice de droit international privé.** La sélection égalitaire de la loi applicable et l'universalisme présentent un lien manifeste. Selon KEGEL, notamment, la justice adaptée aux situations internationales est une justice qui serait par essence fondée sur la règle de conflit de lois bilatérale<sup>118</sup>. Le professeur VALLINDAS parle, quant à lui, de l'égalité des lois mises en conflit comme d'un « postulat de la Justice », d'un « credo de la Science juridique internationale en matière de conflits de lois », en ce sens que la règle de conflit ne doit pas favoriser la loi interne ni en assurer la prévalence<sup>119</sup>. Le succès du système décrit par les universalistes est, en réalité, facilité par l'abstraction qui caractérise la règle de conflit énoncée par VON SAVIGNY. Par sa formulation générale, la règle destinée à favoriser l'harmonisation des solutions au sein d'une communauté de droit revêt, dans sa nature même, une vocation universelle. Elle traduit la neutralité, voire mieux l'impartialité, ainsi que l'objectivité que doit revêtir la justice en matière de résolution des conflits de lois. D'ailleurs, pour faire le lien entre le système de VON SAVIGNY et la bilatéralité des règles de conflit, EVRIGENIS interprète la pensée de cet auteur comme une doctrine fondée sur « la parité entre loi du for et loi étrangère »<sup>120</sup> : VON SAVIGNY serait-il l'inventeur du

---

<sup>117</sup> J. DE YANGUAS MESSIA, *Les tendances autonomistes contemporaines en droit international privé*, Mélanges offerts à Jacques MAURY, vol. I, Dalloz Paris 1960, p. 567-568.

<sup>118</sup> Pour un exposé de la pensée de KEGEL, v. Fr. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (études de conflit de lois)*, Bruylant Bruxelles 1995, p. 63 s.

<sup>119</sup> P. VALLINDAS, *La structure de la règle de conflit*, RCADI 1960-III t. 101, p. 344 et 351 (mais il dirige sa pensée sur l'aspect du champ d'application des règles nationales et des règles étrangères, parce que selon lui le rôle de la règle de conflit est la détermination du champ d'application des lois dans l'espace ; or la résolution post-savignienne des conflits de lois ne s'emploie pas à assigner un champ particulier aux règles nationales, elle part plus volontiers d'une localisation du rapport juridique litigieux).

<sup>120</sup> D. EVRIGENIS, *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, RCADI 1966-II t. 118, p. 381.

principe d'égalité des lois en conflit ?

C/ Le principe d'égalité chez VON SAVIGNY

**80.** La pensée de VON SAVIGNY semble légèrement différente de l'interprétation qui en est donnée par les auteurs universalistes. VON SAVIGNY traite effectivement du principe d'égalité dans le huitième tome de son traité de droit romain. Plus précisément, il aborde deux formes d'égalité : dans la première, il préconise un traitement égal du citoyen et de l'étranger, tandis que, dans la deuxième, il insiste sur une harmonisation des solutions afin que les rapports juridiques puissent être jugés de la même façon quelle que soit la juridiction saisie. Plus exactement, il écrit que : « plus les relations entre les peuples sont nombreuses et actives, plus on doit se convaincre qu'il faut renoncer à ce principe d'exclusion pour adopter le principe contraire. C'est ainsi que l'on tend à la réciprocité dans l'appréciation des rapports de droit à établir, devant la justice entre les étrangers et les nationaux, une égalité que réclame l'intérêt des peuples et des individus. Si cette égalité était complètement réalisée, non seulement dans chaque État les tribunaux seraient accessibles aux étrangers comme aux nationaux (ce qui constitue l'égalité de traitement pour les personnes), mais, dans le cas de collision des lois, la décision rendue sur le rapport de droit serait toujours la même, quel que soit le pays où le jugement aurait été prononcé »<sup>121</sup>.

**81.** En conséquence, la pensée de VON SAVIGNY ne doit pas s'interpréter comme postulant une égalité entre la loi étrangère et loi du for. L'éminent auteur envisage uniquement l'égalité des personnes devant l'accès aux tribunaux, une égalité qui doit, selon lui, faciliter la réciprocité dans l'appréciation des rapports de droit. Il évoque aussi une égalité des solutions au sein de la communauté de droit, rendue possible par la localisation abstraite du rapport juridique. Les égalités dont il s'agit sont effectivement distinctes.

**82. Égalité des lois et égalité des personnes.** Il semble inapproprié, au XXI<sup>e</sup> siècle, de lier le principe d'égalité des citoyens et celui des ordres juridiques étatiques<sup>122</sup>. Le siècle

---

<sup>121</sup> Fr.-C. VON SAVIGNY, Traité de droit romain, t. VIII, trad. Guénoux, 2<sup>e</sup> éd. 1860, éd. Firmin Didot frères Paris, rééd. Panthéon-Assas, diff. LGDJ Paris 2002, § 348 p. 29-30.

<sup>122</sup> Pour une étude des inégalités entre les parties potentiellement engendrées par le choix du facteur de rattachement (nationalité, sexe...), v. la communication de P. KINSCH, Principe d'égalité et conflits de lois, TCFDIP 2002-2004, éd. Pedone Paris, 2005 p. 117.

précédent a connu de considérables progrès dans l'accès à la justice et dans la lutte contre les discriminations, particulièrement sous l'influence de la protection des droits de l'Homme. Ainsi l'amélioration générale de la condition des étrangers conduit-elle à dissocier l'égalité des justiciables de l'égalité des lois. Cette première égalité se rattache aux droits fondamentaux : il s'agit de droits subjectifs qui sont évidemment pris en compte par la résolution des conflits de lois mais qui ne font pas partie de l'ordre de ses questionnements essentiels. Ils ne doivent être utilisés qu'*a posteriori*, c'est-à-dire au stade de l'éviction – au nom de la préservation de l'ordre public – des lois étrangères ayant un contenu discriminant.

**83.** D'ailleurs, lors de la mise en œuvre de la règle de conflit savignienne, il ne doit théoriquement pas y avoir d'introspection dans le contenu des règles parce que le critère employé pour opérer une sélection objective entre plusieurs ordres juridiques étatiques se doit d'être neutre. Un tel résultat peut paraître paradoxal mais il s'explique par la différence de niveau de la règle de conflit par rapport à la règle matérielle. Pour autant, il se peut qu'il y ait, de fait, une confusion entre la règle de conflit et le résultat matériel issu de son fonctionnement. En particulier, selon Monsieur GANNAGÉ, seul le principe d'égalité permet de « lutter contre une invasion abusive et fâcheuse de la *lex fori*, nécessairement nuisible à la réglementation des relations internationales, surtout lorsqu'elle entraîne une discrimination entre les personnes privées, établie suivant leur nationalité ou leur religion »<sup>123</sup>. Ce discours révèle qu'il n'est pas souhaitable, pour l'ordre juridique international, qu'un droit étatique soit considéré comme supérieur à un autre, surtout si son contenu est une source d'inégalités entre les personnes<sup>124</sup>.

**84.** Il faut, néanmoins, remarquer que le strict respect de la règle de conflit bilatérale conduit nécessairement à une discrimination puisque, par nature, elle impose une sélection. En outre, la règle de conflit introduit une différence entre les rapports juridiques internationaux et les rapports juridiques strictement internes<sup>125</sup>. Le problème semble alors

---

<sup>123</sup> P. GANNAGÉ, L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, Rapport provisoire, AIDI 1989 (vol. 63-I), n° 29 p. 236.

<sup>124</sup> Pour des exemples de règles de conflit ouvertement discriminatoires au regard du droit communautaire européen, v. D. ARCHER, Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflit de lois), t. 1, th. Cergy-Pontoise 2006, n° 168-170 p. 166-169.

<sup>125</sup> « Il est vrai que tout rattachement porte en lui-même le risque d'être discriminatoire, puisque par définition il conduit à soumettre à des régimes juridiques différents des situations substantiellement identiques »,

insoluble. Par ailleurs, il ne nous aide pas à définir l'inventeur du principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for. Peut-être se trouve-t-il parmi les auteurs qui s'intéressent au droit international public (D).

D/ Le principe d'égalité et le droit international public

**85. Égalité des lois et égalité des États.** S'il l'on ne peut trouver le fondement du principe d'égalité dans les travaux de VON SAVIGNY, il est peut-être possible de le relier à la notion juridique d'État. Mais la tentative ne semble pas beaucoup plus féconde car Monsieur GRAVESON a montré que l'inégalité entre les ordres juridiques n'avait pas de lien non plus avec l'inégalité politique et sociale des États. L'argument de l'égalité des systèmes de droit international privé tiré de l'égalité des États au sens du droit international public est ainsi fallacieux parce que la désignation du droit applicable ne dépend pas de l'autorité que le droit international public accorde à un État.

**86.** L'approche retenue par le professeur GRAVESON fournit alors d'autres explications de l'inégalité des ordres juridiques. Elles sont extérieures au droit international public : une protection par l'État de son ordre public, un rejet des lois étrangères contraires à la solution en vigueur dans le pays du juge saisi, une faible reconnaissance de l'autorité des jugements étrangers, un statut procédural de la loi étrangère peu favorable à son application, une préférence générale du juge pour sa propre loi, etc. L'auteur explique ainsi que la légitimation de la loi étrangère ne repose pas sur un critère politique, comme en matière de droit international public, mais plutôt sur son caractère approprié du point de vue de la technique juridique<sup>126</sup>.

**87.** De cette manière, l'égalité entre les lois en conflit est un objectif du droit international privé : « la raison qu'il y a à traiter tous les systèmes selon une égale autorité est la raison précise pour laquelle le droit international privé existe. Cela est une nécessité pour la relation internationale et pour la réalisation d'une justice qui prend en compte tous

---

P. LAGARDE, *Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures*, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2004 (vol. 68) p. 237.

<sup>126</sup> « *Whereas recognition for the purpose of public international law is based on a political factor, recognition of the foreign law and its judicial system has depended more on its technical adequacy than on its political acceptability* », R. GRAVESON, *The Inequality of the Applicable Law*, *BYBIL* 1980 (t. 51) p. 236.

les systèmes juridiques pertinents »<sup>127</sup>. La justice dont il s'agit ici est une justice qui fait abstraction des politiques interétatiques et qui doit tenter de concilier les ordres juridiques quel que soit leur stade de développement.

**88. Le traitement égalitaire des lois est-il obligatoire ?** Même s'il n'y a pas de lien entre l'égalité des lois et l'égalité des États, il faut tout de même se demander s'il ne serait pas possible de puiser dans le droit international public le fondement juridique du principe d'égalité des ordres juridiques. Cependant, l'hypothèse est fermement rejetée par WENGLER qui pense que « le droit des gens n'empêche nullement un État, dans l'élaboration de ses règles de conflit, même formellement paritaires, de choisir le point de rattachement de telle manière que ses tribunaux appliquent plus souvent la loi du for que la loi étrangère »<sup>128</sup>.

**89.** Postérieurement à ces affirmations, le point de savoir s'il existe à la charge des États une obligation de traitement égalitaire entre la loi étrangère et la loi du for a été discuté par les membres de l'Institut de droit international. Selon les uns, le droit international privé ressort du devoir, imposé par le droit international public, de coopérer mutuellement. Ils ne précisent pas cependant le degré que doit revêtir cette coopération. Il ne précise pas non plus que les États doivent chacun y sacrifier leurs intérêts fondamentaux. Au contraire, la coopération mutuelle semble supplétive par rapport aux politiques fondamentales de chaque État. La filiation avec le droit international public entraînerait donc, en pratique, une inégalité due aux intérêts politiques des États<sup>129</sup>.

---

<sup>127</sup> « *The reason for treating all systems as of equal authority for private international law is the reason for the existence of private international law itself. It is necessity in international intercourse and the achievement of justice by taking account of all relevant legal systems* », R. GRAVESON, *op. cit.*, p. 245.

<sup>128</sup> W. WENGLER, Les conflits de lois et le principe d'égalité, RCDIP 1963 p. 207.

<sup>129</sup> À ce sujet, Monsieur CARRILLO SALCEDO déclare que : « une institution comme l'Institut de Droit International doit être consciente du rôle de l'État et des intérêts étatiques dans la réglementation des relations internationales et, en conséquence, du fait d'une certaine inégalité entre la *lex fori* et la loi étrangère dans l'organisation de ladite réglementation. Dans ce sens, il me paraît difficile d'affirmer, dans l'état actuel de la pratique des États, que le Droit international privé exige des États qu'ils traitent leur propre droit et les droits étrangers sur un pied d'égalité. La *lex fori* est certainement en *prius* ; mais cette prépondérance de la loi du for ne devrait pas signifier que le Droit international privé serait dominé par les intérêts politiques des États. Une chose est l'exclusivisme de l'ordre juridique du for et une autre chose, bien différente, que la loi du for veille à son homogénéité et à son autorité. En définitive, le Droit international privé plonge ses racines dans l'ordre

De cette manière, l'absence de discrimination entre la *lex fori* et la loi étrangère ne serait viable qu'à condition que les institutions impliquées ne mettent pas en jeu les intérêts étatiques. Mais alors, à en suivre ce raisonnement, l'affaiblissement du rôle de l'État et de la protection de ses intérêts qui s'est produit à la fin du XX<sup>e</sup> siècle<sup>130</sup> devrait avoir supprimé toute source d'inégalité de la loi étrangère face à la loi du for. Or, cela n'est pas le cas.

**90.** Pour les autres intervenants de l'Institut de droit international, la résolution des conflits de lois est complètement détachée des obligations posées par le droit international public. Monsieur VAN HECKE expose notamment que l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère n'est pas imposée par le droit international public, qui se limite à interdire aux États d'éliminer de manière absolue toute application du droit étranger et de prétendre appliquer leur propre droit d'une manière portant atteinte à la souveraineté d'un autre État<sup>131</sup>. Il est vrai que les États ne peuvent jouir d'une compétence universelle à l'égard

---

international, en dehors duquel il serait à peine concevable ; on ne peut donc pas faire abstraction de la réalité d'une société internationale, et du fait que le Droit international privé constitue une expression juridique du devoir des États de coopérer mutuellement », J. A. CARRILLO SALCEDO, Observations, *in* L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, AIDI 1989 (vol. 63-I), p. 245. La même critique sur l'influence de l'État apparaissait déjà dans son cours sur le renouveau du particularisme en droit international privé : J. A. CARRILLO SALCEDO, Le renouveau du particularisme en droit international privé, RCADI 1978-II t. 160, p. 181.

<sup>130</sup> « L'État occidental aurait perdu sa légitimité à revendiquer le monopole de la gestion dans l'espace de son ordre juridique (...) il semble en fait que le phénomène soit plus "global", et s'inscrive dans la perte de la maîtrise par l'État de ses frontières territoriales et le sentiment grandissant de son impuissance à conduire une politique nationale indépendante de son environnement international », M. JOSSELIN-GALL, La place de l'État dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales, *in* Le droit international privé : esprit *et* méthodes, Mélanges Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, n° 3 p. 495. Comp. « la mondialisation – en anglais *globalisation* – est une étape postérieure à celle de l'internationalisation, qui a occupé les trois dernières décennies. Elle est marquée par : la toute-puissance des marchés financiers internationaux, la libre circulation des produits et des technologies, la tyrannie des marchés ou "le marché-roi", et enfin – et cela commence à intéresser le juriste – l'affaiblissement de l'autorité, du pouvoir et du droit des États, qui sont littéralement "débordés", au moins dans le domaine de la régulation économique », Ph. FOUCHARD, L'arbitrage et la mondialisation de l'économie, Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?, *in* Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, éd. Frison-Roche Paris 1999, p. 381.

<sup>131</sup> G. VAN HECKE, Observations, *in* L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, AIDI 1989 (vol. 63-I), p. 256 ; v. G. VAN HECKE, Principes et méthodes de résolution des conflits de lois, RCADI 1969-I t. 126, p. 419-426.

des litiges internationaux : le droit international public ne donne pourtant aucun des moyens qui permettraient d'assurer le principe d'égalité.

À force de chercher en vain un fondement théorique au principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du juge saisi, un certain nombre d'auteurs en sont logiquement venus à douter de la réalité de ce principe (E).

E/ Le principe d'égalité chez les auteurs réalistes

**91. Scepticisme.** Selon la méthode post-savignienne de résolution des conflits de lois, la loi applicable est choisie parmi plusieurs ordres juridiques étatiques. Or, en raison de la première localisation résultant des chefs de compétence juridictionnelle, la *lex fori* fait quasi-inéluctablement partie des lois potentiellement applicables. Néanmoins, ces dernières sont-elles toutes sur un plan d'égalité ? La *lex fori* paraît bien être prééminente<sup>132</sup>. D'expérience, en effet, de nombreux auteurs constatent qu'il n'y a pas d'égalité entre la loi du for et la loi étrangère<sup>133</sup>, qu'il y a un « déséquilibre au profit de la loi du for »<sup>134</sup> ou encore, de façon plus imagée, qu'« il subsiste dans la règle de conflit elle-même une certaine côte d'amour en faveur de la loi du for »<sup>135</sup>.

**92.** Qui plus est, ce ne sont pas les seuls universitaires à avoir exprimé leur scepticisme à l'égard du principe de bilatéralité. Ce fut également le cas d'un auteur qui a consacré tout un article à cette question et l'intitulé de cet article ne laisse aucun doute au lecteur : « *The Inequality of the Applicable Law* ». Il y est écrit que l'axiome du droit international privé est l'inégalité des systèmes juridiques et que ceux qui affirment le contraire « se voilent la face »<sup>136</sup>. Dans sa thèse de doctorat, Monsieur AUDIT, quant à lui, n'a pas hésité à fortement

---

<sup>132</sup> « *Yet for generations we have recognized the pre-eminence of the lex fori* », R. GRAVESON, *The Inequality of the Applicable Law*, BYBIL 1980 (t. 51) p. 232.

<sup>133</sup> É. KERCKHOVE, *Particularisme et universalisme dans les conflits de lois*, th. Lille II, 1988, p. 8 ; J. M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans les règlements de conflits de lois*, LGDJ Paris 1959, p. 14.

<sup>134</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 328 p. 278.

<sup>135</sup> Y. LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, TCFDIP 1980-1981, t. 2, éd. du CNRS, p. 45.

<sup>136</sup> « *The axiom of private international law is not the equality of legal systems, but their inequality* », R. GRAVESON, *op. cit.*, p. 232. Un autre auteur explique que cette vision est du moins celle du système

relativiser le principe de bilatéralité. Il écrit que « l'application indifférente de la loi du for et des lois étrangères est en particulier un dogme et un postulat d'un système de conflit de lois fondé sur des règles de conflit bilatérales, tel qu'en principe le système français, mais en dépit de l'inspiration généreuse et internationaliste de cette vue, on ne doit pas s'en dissimuler les faiblesses théoriques et le défaut de réalisme »<sup>137</sup>.

**93.** À en suivre ces derniers auteurs, le conflit de lois ne serait jamais égalitaire puisque la loi du for jouirait d'une supériorité de fait sur la loi étrangère. Il s'agirait d'un constat préliminaire à l'étude de la résolution des conflits de lois. En d'autres termes, la *lex fori* serait, de toute façon, plus fréquemment appliquée que la loi étrangère. Comment pourrait-il en être autrement au vu de tous les procédés qui permettent d'étendre le domaine de la loi du for ? Par exemple, l'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère ne peut absolument pas être radicale puisqu'elle est limitée par la préservation de l'ordre public : nul ne pourrait remettre en cause la pertinence de ce frein à l'application irraisonnée de toutes les lois étrangères.

**94.** La bilatéralité ne serait-elle alors qu'une doctrine énoncée de *lege ferenda* ? Un auteur l'affirme : le « principe de bilatéralité des règles du droit international privé, constitue sans doute un *desideratum* de la doctrine » et « les solutions apportées aux questions de conflits de lois sont basées sur un examen scientifique *ex cathedra*, dénué de l'intention de favoriser arbitrairement la loi du pays par rapport aux lois étrangères »<sup>138</sup>. Le principe d'égalité entre la loi du for et la loi étrangère serait donc fondamentalement impraticable car « le réalisme oblige (...) à constater que l'égalité en question ne répond pas à la nature des choses », comme l'écrit BATIFFOL<sup>139</sup>.

**95.** Peut-être les auteurs réalistes ont-ils le sentiment que le principe d'égalité manque de force obligatoire et doutent ainsi de l'importance de son rôle conducteur au sein des sources de droit international privé. La véritable valeur du bilatéralisme serait alors dépendante

---

anglais : « *English law does not proceed on the assumption that the world's laws are equal partners in the community of the law of nations* », Richard FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts*, *The Law Quarterly Review* 1992 (vol. 108) p. 143.

<sup>137</sup> B. AUDIT, *La fraude à la loi*, BDIP vol. 18, Dalloz Paris, 1974, n° 58 p. 53-54.

<sup>138</sup> P. VALLINDAS, *Les principes de la bilatéralité et de la possibilité d'internationalisation des règles de droit international privé*, RHDJ 1948 n° 1 p. 330.

<sup>139</sup> H. BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI 1973-II t. 139, p. 99.

d'une prise de position théorique vis-à-vis du rôle des principes généraux du droit : n'ont-ils que le rôle de directive pour les créateurs et les interprètes du droit<sup>140</sup> ? L'énoncé itératif de l'égalité entre *lex fori* et loi étrangère n'a-t-il pour seul but que de mettre en garde les juristes contre la tentation de favoriser leur propre loi ?

**96. Conclusion du paragraphe.** En conclusion, il faut bien admettre que le principe de bilatéralité jouit d'une variété d'opinions à son sujet : tantôt consacré par d'éminents auteurs universalistes, il est aussi mis à l'index par d'autres auteurs non moins éminents. Un retour aux écrits de VON SAVIGNY n'a même pas permis de départager ces deux courants de la doctrine. Le droit international public a, de surcroît, été d'un maigre secours dans cette tâche. Ce survol des différentes idées émises au sujet du caractère bilatéral de la règle de conflit doit conduire à une analyse plus concrète de la proportion d'application qui existe entre la loi étrangère et la loi du for au sein de la justice de droit international privé. Une recherche jurisprudentielle s'impose donc avant toute conclusion hâtive sur la place respective de ces deux types de lois. De cette manière, l'étude des décisions de justice rendues en droit français nous permettra-t-elle peut-être de vérifier les assertions émises par chaque courant doctrinal (§ 2).

## § 2 L'inégalité de fait entre *lex fori* et loi étrangère

**97.** Si l'usage des statistiques reste extrêmement modéré en droit<sup>141</sup>, le domaine des conflits de lois a déjà fait l'objet d'une ample étude jurisprudentielle en France<sup>142</sup>. Menée par

---

<sup>140</sup> W. WENGLER, Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits, RCDIP 1952 p. 595-622 et RCDIP 1953 p. 37-60 ; M.-Cl. NAJM, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux, NBT vol. 49, Dalloz Paris 2005 ; D. BUREAU, Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, th. Paris II, 1992.

<sup>141</sup> Le ministère français de la Justice s'attache pourtant à fournir des statistiques annuelles sur l'activité judiciaire (v. le site du ministère [www.justice.gouv.fr](http://www.justice.gouv.fr)), elles concernent peu le droit international privé. Une exception notable est celle d'une étude scientifique commandée par le ministère au sujet des pratiques judiciaires françaises en matière d'accueil des jugements étrangers : M.-L. NIBOYET et L. SINOPOLI, L'exequatur des jugements étrangers en France : étude de 1.390 décisions inédites (1999-2001), Gazette du palais 2004 n° spécial 168 à 169. Par ailleurs, la Mission de recherche Droit et Justice, créée en 1994 à l'initiative conjointe du ministère de la Justice et du CNRS sous la forme d'un groupement d'intérêt public, a produit quelques études qui intéressent de près le droit international privé. On citera : « L'étranger en France, face et au regard du droit », 1999 (ayant donné lieu à l'ouvrage « L'étranger et le droit de la famille : pluralité

DONNEDIEU DE VABRES au début du XX<sup>e</sup> siècle, cette étude montre notamment que « les progrès de la personnalité du droit provoquaient des réactions d'exception en faveur de la *lex fori*, réactions qui en venaient à paralyser complètement le principe dont elles auraient dû limiter seulement les excès »<sup>143</sup>. Cette période, peu propice à l'ouverture des juridictions aux bienfaits du droit international privé, semble définitivement révolue mais seule une introspection dans la jurisprudence de la fin du XX<sup>e</sup> siècle pourra en apporter quelques certitudes.

**98.** En effet, comme l'indique BATIFFOL, tout système doit être confronté à une expérimentation expliquée et la méthode de recherche nécessite toujours une prise en compte des spécificités de l'objet à étudier<sup>144</sup>. L'objet de l'analyse statistique consiste ici à étudier la fréquence d'application de la loi du for dans la jurisprudence pour déterminer si elle se retrouve en proportion égale avec la loi étrangère. La finalité est, dès lors, de savoir si la *lex fori* est effectivement majoritairement appliquée par les magistrats. Il s'agit de décrire, puis d'expliquer, la réalité de la répartition statistique entre la loi étrangère et la loi du for. Mais, préalablement, l'analyse de la jurisprudence doit passer par une définition du champ de recherche. La sélection des données revêt, en effet, une importance particulière parce qu'elle est susceptible d'avoir une influence sur les conclusions de l'étude. De ce fait, il convient de choisir une base de données qui soit la plus neutre possible afin de préserver l'objet de l'investigation. Rien de plus facile, en effet, que d'effectuer une sélection des arrêts qui soit favorable à l'objectif recherché, que ce soit pour démontrer la supériorité de la *lex fori* ou pour constater l'exacte égalité entre les deux lois.

**99.** Il faut remarquer qu'il existe d'ores et déjà de nombreux cas qui échappent, de toute façon, à toute possibilité d'analyse<sup>145</sup>. Il s'agit tout d'abord des affaires qui se situent hors du

---

ethnique, pluralisme juridique », sous la dir. de Ph. KAHN, Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française Paris, 2001) mais aussi « Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe », 2002. Les synthèses sont disponibles sur internet : [www.gip-recherche-justice.fr](http://www.gip-recherche-justice.fr).

<sup>142</sup> J. DONNEDIEU DE VABRES, L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, Sirey Paris, 1937.

<sup>143</sup> J. DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.*, p. 410.

<sup>144</sup> H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 9 p. 22-23.

<sup>145</sup> Comme l'écrit CARBONNIER, « toutes les relations juridiques ne donnent pas lieu à procès. Tantôt les

champ des *juridictions* civiles et commerciales. Les personnes géographiquement éloignées l'une de l'autre, comme c'est souvent le cas en matière de situation internationale, pourront par exemple préférer recourir à une résolution amiable de leur litige (négociations et arrangements avant le procès<sup>146</sup>), voire parfois à des solutions novatrices comme la résolution en ligne (ODR pour « *Online Dispute Resolution* »)<sup>147</sup> ou encore avoir recours à l'arbitrage international, où la confidentialité des débats est garantie.

**100.** Ensuite, l'étude de la jurisprudence ne peut être exhaustive en raison des limites qui affectent l'accès aux sources des décisions judiciaires : pour l'instant, la base de données officielle de la jurisprudence française, à savoir Legifrance<sup>148</sup>, ne contient pratiquement pas de jugements rendus au premier et au second degré. Hormis la publication officielle des arrêts de la Cour de cassation, la diffusion des décisions est beaucoup plus hétérogène, particulièrement s'agissant des décisions rendues par les juges du fond. Il faut, par conséquent, se concentrer sur la jurisprudence de la Cour de cassation. L'expérience trouvera donc nécessairement ses limites dans le champ de compétence de cette dernière. De surcroît, à la lecture du résultat, il faudra garder à l'esprit que la jurisprudence analysée ne reflète qu'une certaine partie du contentieux, celle qui concerne des parties ayant les moyens de se pourvoir en cassation, c'est-à-dire ayant les ressources en temps et en argent.

**101.** L'ensemble des arrêts analysés devra aussi être délimité par des contours clairs et précis : l'étude ne doit concerner que les questions de loi applicable *stricto sensu*. Sont ainsi exclues les décisions concernant la compétence juridictionnelle, ou encore la reconnaissance et l'exécution des décisions étrangères, malgré les interactions que ces domaines du droit

---

intéressés sont trop pauvres pour plaider, ou trop timides, ou trop raisonnables (le droit jurisprudentiel est nécessairement un peu du droit pathologique). Tantôt ils sont trop puissants (les multinationales entre elles recourent à des arrangements, ou à des arbitrages, dont on ne sait rien) », J. CARBONNIER, Droit civil, Introduction, vol. I, PUF Paris, 27<sup>e</sup> éd. 2004, n° 147 p. 292.

<sup>146</sup> Pour les matières qui peuvent faire l'objet d'une transaction, deux personnes de la même origine étrangère peuvent, par exemple, consentir à s'en remettre à l'arbitrage du consul, Fr. LORCERIE (sous la dir. de), Sl. BARIKI, Fr. BRUSCHI, Les populations d'origine maghrébine et comorienne de Marseille, in L'étranger en France, face et au regard du droit, Mission de recherche Droit et justice, 1999 p. 3. Disponible sur le site de la Mission de recherche Droit et justice : [www.gip-recherche-justice.fr/](http://www.gip-recherche-justice.fr/).

<sup>147</sup> V. G. KAUFMANN-KOHLER and Th. SCHULTZ, Online dispute resolution : challenges for contemporary justice, Kluwer law international The Hague, 2004.

<sup>148</sup> Accessible gratuitement sur le site internet suivant : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

international privé revêtent avec les conflits de lois. Le recueil des données doit, en outre, fournir des réponses à la fois limitées en quantité pour permettre d'étoffer le champ d'étude dans le temps, mais aussi suffisamment nombreuses pour dégager des tendances générales.

**102.** Bien sûr, la jurisprudence n'autorise pas ses observateurs à déceler une vérité absolue sur la manière dont le droit international privé français fonctionne. C'est pourquoi, il est préférable de proposer l'étude de deux sélections différentes : la première porte sur les arrêts significatifs du droit international privé français (A), tandis que la seconde concerne les arrêts dont l'importance au sein de la jurisprudence est plus variable mais qui sont suffisamment pertinents pour être sélectionnés par la Cour de cassation dans le but de les diffuser au public (B).

A/ L'étude de la proportion entre la loi étrangère et la *lex fori* dans les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé

**103.** En tout premier lieu, il est possible de porter l'analyse sur une sélection d'arrêts qui sont considérés comme les arrêts fondateurs du droit international privé français. Cette sélection existe depuis 1987 : elle est l'œuvre de Messieurs ANCEL et LEQUETTE et s'est enrichie au cours des éditions successives<sup>149</sup>. Dans leur avant-propos, les deux auteurs exposent leur premier critère de sélection. Seules sont retenues les décisions ayant permis de modeler un certain niveau de généralité : les arrêts de principe rendus par la Cour de cassation française, les arrêts didactiques qui illustrent un courant jurisprudentiel important, mais aussi les arrêts à thèse, qui ont par exemple donné l'occasion à BARTIN et à FRANCESKAKIS de réfléchir sur des problèmes tels que le conflit de qualifications et les conflits de systèmes dans le temps<sup>150</sup>.

**104.** L'ouvrage comporte un total de quatre-vingt sept arrêts rendus quasi-exclusivement par la Cour de cassation au cours de la période 1814-2006. Cinquante-quatre de ces décisions concernent les conflits de lois au sens strict. Comme pour confirmer l'intérêt récent de la question de la compétence juridictionnelle, il est notable que les grands arrêts ne contiennent que neuf décisions sur ce sujet, toutes rendues après 1962.

---

<sup>149</sup> Dernière en date à ce jour : B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris.

**105.** Une fois isolés les arrêts concernant les conflits de lois au sens strict, il faut examiner ceux d'entre eux qui appliquent ou sont favorables à l'application de la loi étrangère. Cette dernière catégorie contient, par exemple, les arrêts de la Cour de cassation qui sanctionnent les juges du fond d'avoir appliqué la loi du for sans s'être interrogés sur l'application de la loi étrangère. Dans ces affaires, il est alors quasi-certain que la cour de renvoi remplira cet office et appliquera finalement la loi étrangère. C'est pourquoi, au stade de l'examen de l'arrêt de cassation, on dira simplement qu'il y a « faveur à l'application de la loi étrangère ». Il s'agit d'un type d'arrêt tout à fait fréquent, comme l'analyse de la seconde sélection nous le montrera.

**106. Résultat de l'examen.** Pour autant, l'étude des grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé n'apparaît pas du tout favorable à la loi étrangère : seulement 37 % des décisions rendues en matière de conflit de lois appliquent ou sont favorables à l'application de la loi étrangère (voir tableau ci-dessous). Un tel résultat témoigne de la grande place qui est accordée à la loi du for au sein des arrêts sélectionnés par Messieurs ANCEL et LEQUETTE.

	Période 1814-2006
Nombre total d'arrêts	87
Nombre d'arrêts qui concernent les conflits de lois	54 / 87
Nombre d'arrêts ayant appliqué une loi étrangère	20 / 54
Proportion d'application de la loi étrangère	37 %

**107. Comparaison avec l'étude statistique de Monsieur DE BOER.** À titre comparatif, une autre étude doctrinale a été menée aux Pays-Bas par Monsieur DE BOER. Elle se trouve spécifiquement tournée vers la recherche de la proportion qui existe respectivement entre la loi étrangère et la loi du juge saisi. Afin de déterminer la place de la loi étrangère dans la jurisprudence, cet auteur a élaboré des statistiques pour 629 décisions néerlandaises rendues en matière de conflit de lois et publiées entre 1998 et 2002. Il a déterminé que la loi étrangère était tenue pour applicable dans 36,9 % des décisions (soit 232). D'après son analyse, la loi étrangère n'était décisive à l'égard de l'issue du litige que dans 97 décisions

---

<sup>150</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. VIII.

(soit 15,4 % du nombre total de décisions étudiées) dont 46 ont posé une solution relativement identique à celle qui est contenue dans la *lex fori*. Finalement, seules 51 décisions (8,1 %) ont appliqué une loi étrangère pour résoudre un réel conflit de lois<sup>151</sup>. L'étude montre donc que l'application de la loi étrangère est loin d'être égalitaire avec celle de la *lex fori*. Voyons si l'étude de la jurisprudence française nous conduit aux mêmes résultats (B).

B/ L'étude de la proportion entre la loi étrangère et la *lex fori* dans les arrêts diffusés sur le site internet Legifrance

**108. Méthodologie de la recherche.** La recherche des arrêts rendus par la Cour de cassation en matière de conflit de lois est facilitée par le moteur de recherche du site internet Legifrance. Il est en effet possible, non seulement de préciser les mots clefs qui délimiteront la recherche (en l'occurrence « conflit de lois »), mais aussi de préciser la sélection d'arrêts à partir d'une période donnée (ici, année par année). La grille de recherche permet ensuite de différencier les arrêts publiés au bulletin de la Cour de cassation et ceux qui ne le sont pas, étant entendu que les premiers sont toujours plus nombreux que les seconds. Les critères de choix des décisions rendues publiques sont d'ailleurs précisés sur le site internet. Il y est mentionné que la publication au Bulletin est proposée par le Président de chaque chambre. Dans ce cadre, les décisions considérées par les magistrats de chaque chambre comme dépourvues de tout intérêt jurisprudentiel ou les décisions de non admission du pourvoi sont exclues du fonds documentaire de la jurisprudence judiciaire.

**109. Sélection des arrêts pertinents.** Une fois la recherche effectuée, il faut ensuite vérifier la pertinence du résultat de sorte que la sélection soit exempte des arrêts relatifs aux conflits de lois dans le temps et aux conflits de lois inter-régionaux. Cette dernière série d'arrêts concerne en particulier les conflits entre le droit local de l'Alsace-Moselle et le droit commun des autres régions de la France métropolitaine<sup>152</sup>. Il faut aussi, comme précédemment, mettre de côté les arrêts qui concernent la compétence juridictionnelle ou l'exécution des décisions étrangères.

---

<sup>151</sup> Th. M. DE BOER, Forum Preferences in Contemporary European Conflicts Law: The Myth of a 'Neutral Choice', in Festschrift für Erik JAYME, band 1, herausgegeben von H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, Herbert KRONKE, Chr. KOHLER, R. HAUSMANN, éd. Sellier München 2004, p. 51-53.

<sup>152</sup> V. le site internet de l'Institut de droit local Alsacien-Mosellan : [www.idl-am.org/](http://www.idl-am.org/).

**110. Nombre de réponses.** La première constatation porte sur le nombre de réponses : les arrêts de la Cour de cassation rendus spécifiquement sur les conflits de lois sont annuellement bien moins nombreux que l'on aurait pu le penser. La quantité des arrêts ne paraît pas ainsi à la mesure de la production doctrinale suscitée par la résolution des conflits de lois. Elle relativise aussi la réalité de l'accroissement des relations internationales qui est un lieu commun cultivé par les auteurs de droit international privé<sup>153</sup>. Certes le résultat ne tient pas compte des litiges soumis à l'arbitrage international, pourtant, au vu de ce maigre reflet contentieux, qui ne pourrait pas mettre en doute le phénomène de la multiplication des situations juridiques internationales ?

**111.** L'explication de la tendance pour les auteurs de droit international privé à faire référence à l'amplification des relations internationales se trouve peut-être dans le fait que l'appréciation du phénomène de la mondialisation est déformée par le développement des techniques de communication<sup>154</sup>. En rendant plus visibles la migration des populations ainsi que le commerce international, les techniques de communication ont artificiellement octroyé un caractère récent à des phénomènes historiquement récurrents<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> « Les conditions d'apparition du droit international privé sont réunies depuis l'Antiquité, et ne semblent pas proches de disparaître. La fréquence des problèmes tend même à s'intensifier car l'unification, juridique ou politique, ne se réalise que lentement, tandis que les déplacements des personnes et des biens se multiplient », P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, Montchrestien Paris, 9<sup>e</sup> éd. 2007, n° 7 p. 6.

<sup>154</sup> « Chacun voit tout, sait tout, mais réalise aussi ce qui le sépare des autres, sans avoir forcément envie de s'en rapprocher. L'Autre, hier, était différent, mais éloigné. Aujourd'hui, il est tout aussi différent, mais omniprésent, dans le téléviseur de la salle à manger comme au bout des réseaux (...) l'omniprésence de l'Autre est un facteur aggravant l'incompréhension. Hier, l'Autre était une réalité ethnologique, lointaine ; aujourd'hui il est une réalité sociologique, avec laquelle il faut cohabiter. Les distances ne sont plus physiques, elles sont culturelles », D. WOLTON, *L'autre mondialisation*, éd. Flammarion Paris 2003, p. 9-10.

<sup>155</sup> Quelques auteurs sont moins dupes : « la mobilité en Europe n'est pas, en soi, une nouveauté. Depuis toujours, les Européens ont circulé au sein de notre continent. Que ce soit pour se faire la guerre, que ce soit pour étudier, que ce soit pour l'agrément ou que ce soit sous la contrainte des régimes dictatoriaux qui ont scandé les siècles passés de notre histoire commune, cette mobilité a toujours été une réalité (...) la nouveauté de l'époque réside dans le fait que cette mobilité volontaire et même choisie des Européens prend une ampleur jusque-là jamais atteinte », C. NOURISSAT, *Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ?*, Rapport de synthèse du 101<sup>e</sup> congrès des notaires de France, Rép. Def. 2005, Doct., art. 38202, p. 1194 ; « rien ne permet d'affirmer qu'il existe un lien de causalité, ni même de corrélation, entre le fait de l'immigration et le contenu des règles de droit international privé. La méthode intellectuelle de leur élaboration, leurs caractères

**112. Résultat des statistiques.** La deuxième surprise porte sur le résultat des statistiques concernant la proportion entre la loi du for et la loi étrangère : l'examen des arrêts sélectionnés à l'aide du moteur de recherche révèle que la loi étrangère est en moyenne plus appliquée que la *lex fori*. L'interprétation ne peut être équivoque : en matière de résolution des conflits de lois, la Cour de cassation use d'une politique, plus qu'égalitaire, largement favorable à l'application de la loi étrangère même. Elle défend cette loi au point d'en assurer la prédominance dans ses arrêts. Ce faisant, elle fait de l'application de la loi étrangère un gage de qualité de la justice de droit international privé. Du moins, l'image diffusée par la Cour de cassation donne le sentiment que l'application de la loi étrangère assure une meilleure justice que la *lex fori* en matière de conflit de lois. Cela pourrait expliquer pourquoi tant d'auteurs de droit international privé ont une vision de leur discipline axée sur l'application de la loi étrangère.

Année	Nombre total d'arrêts	Proportion d'application de la loi étrangère
2006	27	44 %
2005	20	70 %
2004	10	40 %
2003	11	64 %
2002	12	50 %
2001	11	45 %
2000	13	54 %
1999	18	55,5 %
1998	9	67 %
1997	19	53 %
1996	7	57 %
1995	11	54,5 %
1994	12	58 %
1993	16	37,5 %
1992	18	33 %
<b>Moyenne 1992-2006</b>	<b>214</b>	<b>52,17 %</b>

---

jurisprudenciel et bilatéral expliquent peut-être en partie cette absence de lien », C. LABRUSSE, La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère, TCFDIP 1975-1977, éd. du CNRS Paris, p. 114.

**113.** Il est alors troublant de remarquer l'importance du contentieux de la Cour de cassation sur le thème de la mise en œuvre de la loi étrangère. À cet égard, l'analyse des arrêts rendus en 2005 par la Cour de cassation française en matière de conflit de lois est tout à fait significative. Cette année, particulièrement favorable à la loi étrangère puisque 70 % des arrêts ont appliqué (ou sont en faveur de l'application de) la loi étrangère, marque une franche volonté de la Cour de sanctionner les juges du fond qui ne remplissent pas leur office en matière de recherche du contenu de la loi étrangère. La moitié des arrêts rendus en matière de conflit de lois – soit plus de 71 % des arrêts ayant appliqué une loi étrangère – ont en effet porté sur la question de l'office du juge en ce domaine<sup>156</sup>. En tant que juge du droit, la Cour de cassation veille au respect de la règle de conflit, que la loi désignée soit la loi française ou la loi étrangère.

	<b>Arrêts rendus en 2005 diffusés sur Legifrance : « conflit de lois »</b>	<b>Arrêts qui ont appliqué ou qui sont favorables à l'application de la loi étrangère</b>
<b>Arrêts de la Cour de cassation publiés au Bulletin</b>	20 arrêts pertinents sur un résultat de 25 arrêts	14
<b>Arrêts rendus par la Cour de Cassation non publiés au Bulletin</b>	Aucun arrêt pertinent sur un résultat de 4 arrêts	0
<b>Arrêts rendus par les Cours d'appel</b>	Aucun	0
<b>Total</b>	20	14
<b>Proportion</b>	100 %	<b>70 %</b>

<sup>156</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janvier 2005, M. HERMANN X, Bull. 2005 I n° 33 p. 26 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 2005, MAIF, Bull. 2005 I n° 90 p. 79 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, M<sup>me</sup> CARLA X, Bull. 2005 I n° 243 p. 206 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, M<sup>me</sup> KARAKA ÉPOUSE KAYIKCI Bull. 2005 I n° 244 p. 206 (rejet) ; Cass. Com, 28 juin 2005, SOC. ITRACO, Bull. 2005 IV n° 138 p. 148 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, AUBIN, Bull. 2005 I n° 289 p. 240 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, M<sup>me</sup> STAFI, Bull. 2005 I n° 432 p. 361 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, M. BOUGHIDACHE, Bull. 2005 I n° 429 p. 359 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, M<sup>me</sup> SPENCE, Bull. 2005 I n° 425 p. 355 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 décembre 2005, SOC. DYNARGIE FRANCE ET A., Bull. 2005 I n° 461 p. 389.

**114.** Les difficultés rencontrées par la Cour de cassation au sujet de l'application de la loi étrangère pourraient être expliquées par la réticence des cours inférieures à quitter le terrain de la loi du for. À ce sujet, des chercheurs ont démontré que la tendance des juges du fond à recourir à leur propre loi n'était pas factice. Ils rapportent que « les auteurs de l'enquête réalisée à partir des jugements du tribunal de grande instance de Lyon relatifs aux problèmes de droit de la famille (...) constatent que, pour les annulations de mariage et pour les questions relatives aussi bien à la dévolution de l'autorité parentale qu'aux problèmes relevant de son contrôle ou de sa limitation, il est fait une application exclusive de la loi française à la fois parce que les époux n'ont pas évoqué leur droit personnel mais aussi parce que les juges ont été enclins à appliquer leur propre loi alors même que la loi étrangère a vocation à s'appliquer au regard de la règle française de conflit de lois »<sup>157</sup>. Cette étude, portant sur environ cinq cent dossiers des différentes juridictions lyonnaises qui traitent du droit de la famille et du droit des personnes, a permis de démontrer que lorsqu'un dossier contient des éléments d'extranéité, « le litige est presque toujours résolu par application du droit français » et que lorsqu'un avocat soulève l'application de la loi étrangère, il s'agit surtout d'un argument opposé en défense<sup>158</sup>.

**115.** Madame RUDE-ANTOINE déclare ainsi que « de nombreux arrêts sanctionnent les juges du fond de ne pas avoir respecté la règle de conflit applicable au litige. De fait, le droit étranger est rarement mis en œuvre. Le succès des conventions bilatérales qui visent à résoudre les problèmes juridiques posés par la présence d'étrangers en France est très relatif. Dans ce jeu de réciprocité des conventions bilatérales, les intérêts des uns et des autres ne

---

<sup>157</sup> Ed. RUDE-ANTOINE, La coexistence des systèmes juridiques différents en France : l'exemple du droit familial, *in* L'étranger et le droit de la famille, pluralité ethnique, pluralisme juridique, sous la dir. de Ph. KAHN, Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française Paris, 2001, p. 154. Sur l'inapplication du droit international privé, v. aussi : H. FULCHIRON, Les populations d'origine maghrébine dans les régions lyonnaise et stéphanoise, *in* L'étranger en France, face et au regard du droit, Mission de recherche Droit et justice, 1999 n° 16 p. 7, disponible sur le site de la Mission de recherche Droit et justice : [www.gip-recherche-justice.fr/](http://www.gip-recherche-justice.fr/); ainsi que Fr. MONÉGER, L'applicabilité du droit international privé de la famille, *in* L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique, Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française, Paris 2001, p. 11.

<sup>158</sup> M. SIMONET, L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français, *in* Ph. KAHN (sous la dir. de), L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique, Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française Paris, 2001, p. 133-134.

sont pas toujours convergents. En somme, les revirements jurisprudentiels ne semblent pas avoir pénétré la pratique puisque l'on continue à appliquer la loi française »<sup>159</sup> ; et l'auteur de continuer que « de fait, si la règle de conflit est une règle de droit qui doit être appliquée par le juge, le respect de cette obligation dépend sans doute "de la tendance plus ou moins internationaliste de chaque juge" ou "du souci de ne pas alourdir la tâche". Certes, il existe un abîme entre les solutions de la Cour de cassation et la pratique des juges de fond. Ne peut-on pas alors penser que la Cour de cassation est responsable en ce sens où elle a longtemps prôné que la règle de conflit n'est pas obligatoire ? »<sup>160</sup>. La réponse à cette interrogation mériterait une recherche dans les décisions rendues par les juges du fond. Pour l'instant, elle ne peut être menée faute de base de données suffisamment complète. Il faut néanmoins souligner qu'en ce qui concerne la Cour de cassation, les revirements relatifs à la force obligatoire de la règle de conflit et à l'office du juge en matière d'établissement de la teneur des lois étrangères n'ont pas eu d'incidence sur la proportion d'application entre la loi étrangère et la loi du for. Ils n'ont pas eu non plus de conséquences sur le nombre d'arrêts rendus chaque année sous la nomenclature « conflit de lois ». En général, le pourcentage d'application de la loi étrangère est resté constant.

**116. Autre sélection envisageable.** Une autre sélection possible consisterait à enlever les arrêts qui concernent la théorie générale des conflits de lois (y compris le statut procédural de la loi étrangère) pour ne retenir que les arrêts où la résolution de conflit de lois ne souffre pas de la mise en œuvre d'une exception. Par exemple, l'année 2002 est marquée par plusieurs arrêts portant sur la protection de l'ordre public international, sur la preuve du contenu de la loi étrangère ou encore sur les lois de police. Sur un total de treize décisions, seuls cinq arrêts ne sont pas concernés par les exceptions relevant de la théorie générale des conflits de lois. Trois de ces cinq arrêts appliquent la loi française. Cependant, le nombre d'arrêts n'est pas assez élevé pour être le support de conclusions significatives.

**117. Conclusion de l'étude statistique.** Il faut en tout cas conclure que la Cour de cassation française ne fait pas un recours abusif à la *lex fori* en matière de résolution des conflits de lois : elle se trouve être, au contraire, une très bonne gardienne des règles de

---

<sup>159</sup> Ed. RUDE-ANTOINE, La coexistence des systèmes juridiques différents en France : l'exemple du droit familial, in Ph. KAHN (sous la dir. de), L'étranger et le droit de la famille, pluralité ethnique, pluralisme juridique, Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française Paris 2001, p. 156-157.

<sup>160</sup> Ed. RUDE-ANTOINE, *op. cit.*, p. 159.

conflit axées sur un principe de bilatéralité. Pourtant, ce n'est pas ce que donne à penser l'état des méthodes de résolution des conflits de lois. Sous le prétexte d'assouplir la rigidité de la règle savignienne, une variété de mutations est venue altérer la nature égalitaire de la règle de conflit de lois. Il s'agit d'un véritable « déclasserement de la méthode conflictuelle »<sup>161</sup> qui, naturellement, occasionne tous les soupçons de faveur à la *lex fori* (Section 2).

## Section 2 L'insertion des intérêts du for dans le règlement des conflits de lois

**118.** D'un point de vue strictement normatif, le droit international privé est traditionnellement interprété comme étant un domaine où le fait de favoriser arbitrairement le recours à la *lex fori* est prohibé. Néanmoins, rien ne dit que les règles de droit international privé soient imperméables à l'intrusion de considérations matérielles, y compris et surtout lorsqu'elles sont de nature à favoriser l'expansion des conceptions défendues par la loi du for.

**119.** Dans cette catégorie, figurent à la fois les règles de conflit à finalité matérielle et les règles matérielles à proprement parler<sup>162</sup>. Ces deux types de règles se distinguent seulement par le caractère plus ou moins direct de la solution qu'elles consacrent<sup>163</sup>, mais elles ont pour point commun d'être des règles dirigistes, c'est-à-dire d'aller vers un résultat préalablement décidé par les autorités étatiques. Un tel effet peut également provenir de normes où l'auteur s'est uniquement préoccupé de satisfaire à l'application immédiate de ses règles. Cela réunit

---

<sup>161</sup> L. GANNAGÉ, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille, BDP t. 353, LGDJ Paris 2001, n° 202 p. 132.

<sup>162</sup> Pour un tel regroupement des règles de conflit à finalité matérielle et des règles matérielles, v. M.-Cl. NAJM, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, relations entre systèmes laïques et systèmes religieux, NBT vol. 49, Dalloz Paris 2005, n° 533 s., p. 507 s. L'auteur détermine que l'adoption de règles matérielles ou de règles à finalité matérielle dans un système de droit international privé conduit à un sacrifice injustifié des principes directeurs à finalité internationale tels que le principe de continuité des situations juridiques, le principe d'effectivité des situations juridiques et le principe de prévisibilité des solutions (*op. cit.* spéc. n° 538 s.).

<sup>163</sup> La règle de conflit à finalité matérielle est un « procédé hybride : une règle de conflit derrière laquelle "*se profile*" une règle de droit international privé matériel, un procédé à mi-chemin entre la méthode conflictuelle et la méthode des règles matérielles internationales », M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 213 p. 137.

les règles d'applicabilité telles que les règles unilatérales de rattachement ainsi que les lois de police<sup>164</sup>. Dans l'ensemble, il ne s'agit pas de mécanismes généraux : les rattachements unilatéraux sont assez rares en droit positif (§ 1), tout comme les règles matérielles de source interne (§ 4). Le droit international privé connaît en revanche une multiplication non négligeable des règles de conflit à coloration matérielle (§ 2) et des lois de police (§ 3).

## § 1 Le rattachement unilatéral à la loi du for

**120. Critique de la règle bilatérale.** En l'absence de règles uniformes internationales, il revient à la règle bilatérale de résolution des conflits de lois de désigner la loi qui correspond à la localisation géographique de la situation juridique : cela peut être soit la loi du for, soit la loi étrangère. Mais un tel système peut faire l'objet de reproches car, dans son énoncé, la règle bilatérale fixe indirectement le champ d'application des lois étrangères, sans même que l'on sache si le législateur étranger entendait faire appliquer sa loi à la situation litigieuse.

**121. Définition de la règle unilatérale.** La règle unilatérale, quant à elle, est une règle qui s'occupe uniquement de fixer le champ d'application dans l'espace de la loi interne. En d'autres termes, la règle unilatérale est une règle de délimitation. Elle repose sur l'idée que le juge ou le législateur d'un pays ne peut s'occuper de déterminer le champ d'application des lois étrangères : cela relève de la souveraineté de chaque État étranger, sur laquelle il lui est interdit d'empiéter. La règle unilatérale ne s'intéresse pas au droit étranger, elle confère une exclusivité d'intérêt à la loi interne.

**122. Domaine des règles unilatérales.** De nombreux pans du droit international privé revêtent, par exemple, un caractère unilatéral. Il en va ainsi en matière de nationalité, de compétence juridictionnelle ou encore de reconnaissance des décisions étrangères<sup>165</sup>. Monsieur HUET rappelle à ce propos que « les règles françaises de compétence internationale directe ne remplissent aucune fonction de répartition des litiges entre les

---

<sup>164</sup> « Sur le plan de l'expression, la loi d'application immédiate peut être qualifiée de règle directe d'applicabilité, la règle de rattachement de règle indirecte », M. FALLON, Les règles d'applicabilité en droit international privé, Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, t. 1, Éditions Nemesis 1986, p. 298.

<sup>165</sup> Fr. RIGAUX, La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie, RCDIP 1985 p. 6-7 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 108 p. 114.

juridictions des États du monde »<sup>166</sup>.

**123. Exemple de l'article 3, alinéa 3, du Code civil français.** En dehors de ces domaines où foisonnent les règles unilatérales, il faut aussi mentionner que les rédacteurs du Code civil français ont posé que « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger » (art. 3, al. 3, du Code civil). Ici la règle ne s'occupe que de déterminer l'application de la loi française<sup>167</sup>. Cependant, cette disposition ne peut plus servir à illustrer la notion d'unilatéralité. Certes la lettre de l'article 3 est restée inchangée, mais son interprétation bilatérale a été dégagée par la jurisprudence dès 1814, selon la formulation suivante : l'état et la capacité d'une personne relèvent de la loi de son pays<sup>168</sup>.

**124.** Il s'agit, en l'occurrence, d'un raisonnement par analogie : le critère retenu pour délimiter le recours à la *lex fori* est élevé au rang d'un critère général qui permettra de désigner non seulement la *lex fori* mais aussi la loi étrangère<sup>169</sup>. En revanche, si le raisonnement par analogie est impossible, on dira que la règle ne peut être « bilatéralisée ». Il est vrai que d'autres formulations unilatérales présentes dans la loi ne peuvent absolument pas être traduites sous forme bilatérale : le rattachement est choisi de façon à ne jamais conduire à la loi étrangère, c'est le cas d'une combinaison contenue dans l'article 309 du Code civil français<sup>170</sup>.

---

<sup>166</sup> A. HUET, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - généralités, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 10 (2001), n° 23 p. 11.

<sup>167</sup> Sur le caractère unilatéral de l'article 3 du Code civil français, v. H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, Librairie du Recueil Sirey Paris 1929, p. 74-77.

<sup>168</sup> « Considérant qu'il ne peut y avoir mariage qu'entre personnes que la loi en rend capables ; que cette capacité, comme tout ce qui intéresse l'état civil, se règle par le statut personnel qui affecte la personne et la suit, en quelque lieu qu'elle aille et se trouve ; que Busqueta, capucin et diacre espagnol, était à ce double titre inhabile au mariage, en vertu des lois de son pays », Paris, 13 juin 1814, BUSQUETA, S. 1814 II 393 ; GADIP n° 1.

<sup>169</sup> P. GOTHOT, Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, RCDIP 1971 p. 2 ; M. FALLON, Les règles d'applicabilité en droit international privé, Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, t. 1, Editions Nemesis 1986, p. 310.

<sup>170</sup> Ancien article 310 (résultant de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975) devenu article 309 depuis l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (art. 2 du JO du 6 juillet 2005 en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2006). V. Fr. MONÉGER, Brèves remarques sur le droit international privé touché par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, Droit de la famille 2005, n° 10 p. 7.

**125. Exemple de l'article 309 du Code civil français (divorce international).** L'article 309 du Code civil concernant les conflits de lois en matière de divorce et de séparation de corps précise que :

« Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :

- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce et de la séparation de corps ».

Les règles posées sont, on le constate aisément, techniquement impossibles à « bilatéraliser » : la deuxième branche (« le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ») empêche la première branche de désigner la loi étrangère en cas de divorce d'époux de nationalité étrangère commune. Pareillement, la première branche (« le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ») empêche la seconde branche de désigner la loi étrangère lorsque des époux Français sont domiciliés à l'étranger<sup>171</sup>. L'article 309 retient deux rattachements complémentaires qui aboutissent uniquement à localiser la loi applicable en France. Elle assure pour le juge français une forte attraction de la loi du for en matière de divorce et de séparation de corps.

**126.** Quant à la troisième branche de l'article 309, elle ne jouera que dans un très faible nombre de cas, notamment dans celui d'époux n'ayant pas de nationalité française commune, ni de domicile commun en France au moment de l'introduction de la demande. Deux décisions de jurisprudence peuvent illustrer cette hypothèse. Dans la première espèce, il s'agissait d'une action en divorce introduite par une Française domiciliée en France contre

---

<sup>171</sup> Il s'agit de règles « impossibles à bilatéraliser, toute tentative en ce sens conduisant à un télescopage entre elles », Y. LOUSSOUARN, L'évolution de la règle de conflit de lois, TCFDIP, Journée commémorative du cinquantenaire : problèmes actuels de méthode en droit international privé, éd. du CNRS Paris, 1988 p. 90.

son mari italien domicilié en Italie. La Cour de cassation a sanctionné la cour d'appel de ne pas avoir recherché, ainsi qu'il lui était demandé par des conclusions laissées sans réponse, si la loi italienne se reconnaissait compétente et, le cas échéant, de ne pas en avoir fait application<sup>172</sup>.

Dans une autre affaire, qui concernait la demande en divorce d'une épouse de nationalité espagnole domiciliée en France formée contre son mari de même nationalité domicilié en Espagne, la Cour de cassation a décidé que la cour d'appel avait négligé d'appliquer la loi espagnole rendue compétente par le Code civil de ce pays (aux termes duquel le divorce est régi par la loi nationale commune des époux au moment de la présentation de la demande)<sup>173</sup>.

Ces deux affaires, dans lesquelles la Cour de cassation a cassé l'arrêt attaqué, sont parfaitement révélatrices de la réticence qu'ont les juges du fond à appliquer la loi étrangère dans les hypothèses qui relèvent de l'article 309, alinéa 3. De fait, la loi française sera quasiment toujours appliquée en matière de divorce international. Un auteur a pu justement en conclure que l'article 309 ne posait pas une règle de conflit mais plutôt une règle de rattachement à la loi française<sup>174</sup>.

**127. Application de la *lex fori* : appréciation du procédé.** L'article 309 du Code civil fournit alors des occasions d'encourager les mérites de la *lex fori* et du particularisme français. De cette manière, Monsieur GUTMANN n'est pas avare de louanges sur la simplicité du résultat obtenu grâce à cette disposition parce qu'« un domicile en France suffit à éviter au juge la fastidieuse entreprise de rechercher le contenu de la loi étrangère »<sup>175</sup>. Qui plus est, la France semble être le seul État membre de l'Union européenne à avoir adopté un rattachement unilatéral en matière de divorce : n'y a-t-il pas là une position contestable ? D'un point de vue strictement comparatif, il faut tout de même remarquer qu'il s'agit d'une matière souvent expressément et directement soumise à la *lex fori*.

---

<sup>172</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1994, n° 92-11236, Legifrance.

<sup>173</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1987, M<sup>me</sup> X., Bull. 1987 I n° 168 p. 127.

<sup>174</sup> Cela « répond à la volonté du législateur d'étendre le domaine d'application de sa loi au détriment des lois étrangères », B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 115 p. 95.

<sup>175</sup> D. GUTMANN, Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille, BDP t. 327, LGDJ Paris 2000, n° 456 p. 381-382.

**128.** Les données recueillies par la Commission européenne établissent qu'il en est ainsi dans des pays tels que Chypre, le Danemark, la Finlande, l'Irlande, la Lettonie, la Suède (avec la possibilité de tenir compte de la loi étrangère dans certains cas) et le Royaume-Uni (sauf en Écosse où il est possible de prendre en compte la loi étrangère dans certaines hypothèses)<sup>176</sup>. En Suède, par exemple, la demande de divorce présentée à un juge suédois est soumise au droit suédois<sup>177</sup>. Les traités inter-nordiques adoptés en matière de famille et de successions aboutissent à l'application de la *lex fori*, que ce soit directement ou sous l'effet d'une coïncidence entre le tribunal du domicile et la loi du domicile<sup>178</sup>. En droit anglais, les questions matrimoniales, telles que celles qui concernent le divorce, la séparation légale ou la pension alimentaire, sont exclusivement soumises à la loi du for<sup>179</sup>.

**129.** L'application de la *lex fori* en matière de divorce trouve, par ailleurs, de savants partisans tels que FRANCESKAKIS qui la justifie par « la liaison du divorce avec la puissance étatique » et la primauté de la compétence sur la loi applicable en cette matière<sup>180</sup>. Selon l'auteur, « le divorce n'est pas affaire des seuls époux, il est aussi, parce qu'il intéresse la constitution de la famille, affaire de l'État »<sup>181</sup>. Dans ce domaine, on peut donc déceler le poids de la souveraineté étatique, notamment au travers de la préservation de son ordre public. La solution retenue n'est pas anodine puisqu'il a été observé que le divorce était le contentieux le plus important de tout le droit de la famille chez les populations d'origine

---

<sup>176</sup> Commission staff working paper, Annex to the green paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, COM (2005) 82 final, 14 mars 2005, disponible au centre de documentation virtuel de la Commission européenne : [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/doc/sec\\_2005\\_331\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/doc/sec_2005_331_en.pdf) (en anglais).

<sup>177</sup> M. JÄNTERÄ-JAREBORG, Foreign law in national courts, a comparative perspective, RCADI 2003 t. 304 p. 211.

<sup>178</sup> M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *op. cit.*, p. 222. *Adde*, Commission staff working paper, Annex to the green paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, précité, [http://ec.europa.eu/justice\\_home/doc\\_centre/civil/studies/doc/report\\_conflits\\_suede.pdf](http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc/report_conflits_suede.pdf).

<sup>179</sup> R. FENTIMAN, Foreign Law in English Courts : pleading, proof, and choice of law, ed. Oxford University Press Oxford New-York, 1998 p. 31. L'auteur ajoute qu'il en va de même dans la plupart des litiges qui intéressent les enfants (filiation adoptive, garde parentale).

<sup>180</sup> Ph. FRANCESKAKIS, La prudente élaboration par la Conférence de La Haye d'une convention sur le divorce, JDI 1965 p. 37.

<sup>181</sup> Ph. FRANCESKAKIS, *op. cit.*, p. 29.

étrangère<sup>182</sup>.

**130.** Si l'on devait alors porter une appréciation sur la solution imposée par le législateur français en matière de divorce, il faudrait alors nécessairement condamner le détournement de la philosophie de la règle unilatérale. La manœuvre n'avait manifestement ici que pour objectif d'asseoir indirectement la suprématie de la *lex fori*. Il aurait donc été plus honnête et, surtout, moins compliqué de retenir un franc recours à loi du for comme le font d'autres pays européens<sup>183</sup>. Après tout, le divorce n'est-il pas une catégorie fortement empreinte de procédure ?

**131.** En vérité, les spécialistes du droit international privé, pensent – à tort ou à raison – que le fait de maquiller le recours à la *lex fori* sous des procédés indirects peut empêcher les parties de manipuler le droit international privé à leur profit, notamment par le biais du *forum shopping*<sup>184</sup>. Pourtant, le caractère indirect du procédé n'anéantit certainement pas son effet *lex foriste*.

**132. Distinction entre l'unilatéralisme particulariste et l'unilatéralisme universaliste.**  
Il faut préciser qu'au départ, la théorie unilatéraliste « n'est pas nécessairement nationaliste

---

<sup>182</sup> Fr. MONÉGER, Les populations d'origine étrangère dans l'agglomération orléanaise, in L'étranger en France, face et au regard du droit, Mission de recherche Droit et justice, 1999 p. 3. Disponible sur le site de la Mission de recherche Droit et justice : [www.gip-recherche-justice.fr/](http://www.gip-recherche-justice.fr/)

<sup>183</sup> En matière de droit international privé comparé du divorce, « une tendance s'observe en faveur de règles qui, sous des formes diverses, expriment le souci de garantir, autant que possible, l'application du droit du juge », M. FALLON, Le droit international privé en 2004, entre *ius commune*, codification et droit privé européen, in Le Code civil entre *ius commune* et droit privé européen : études réunies et présentées par Alain WIJFFELS, Bruylant Bruxelles 2005, p. 228.

<sup>184</sup> En raison de la multiplicité de chefs de compétence applicables en matière de divorce (v. le Règlement Bruxelles II bis, JOCE n° L 338 du 23/12/2003 p. 1, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/>), l'application de la *lex fori* entraînerait des risques évidents de *forum shopping*. Comme autre solution, Monsieur LAGARDE suggère le rattachement de la situation juridique à la loi de la résidence habituelle des époux car « le tribunal saisi sera souvent celui dans le ressort duquel se trouve cette résidence habituelle, en sorte que le forum et le jus se trouveront coïncider », P. LAGARDE, Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2004 (vol. 68) p. 238. Cette solution évite une application systématique de la *lex fori* pour ne retenir qu'une application vraisemblablement fréquente de cette dernière. La nuance entre les deux propositions est manifestement ténue. Plus largement, sur le phénomène du *forum shopping*, v. *infra* n° 748 s.

parce qu'au contraire, elle peut être très ouverte à l'universalisme juridique et aux exigences de la collaboration internationale »<sup>185</sup>. Cela peut s'expliquer par un retour aux sources de la théorie unilatéraliste<sup>186</sup>. On y apprend toute l'importance que les adeptes de l'unilatéralisme accordent au respect du pouvoir souverain des États à légiférer. Il n'en va pas ainsi des règles bilatérales, expliquent-ils, car « le législateur étatique, en empruntant ou en se donnant un pouvoir qui n'est pas le sien, établit une règle qui ne résout qu'une apparence de conflit, un conflit imaginaire, et de ce fait n'en établit pas pour résoudre le problème réel, les conflits véritables. Si un législateur étatique édicte et pense une règle de droit international privé qui n'est pas universelle comme si elle l'était, il en vient nécessairement à la comprendre et à l'interpréter de manière en quelque sorte impérialiste : l'universalisme dont la règle entend s'inspirer est le propre ferment de sa destruction car il la fait aboutir au particularisme et au nationalisme le plus exacerbé »<sup>187</sup>. Selon ce raisonnement, la règle unilatérale peut assurer une harmonisation beaucoup plus efficace que la règle bilatérale puisque cette dernière se veut universelle alors qu'elle ne l'est pas<sup>188</sup>.

**133.** Par conséquent, le bilatéralisme et l'unilatéralisme sont des théories qui se fondent sur une conception différente de la norme de droit privé<sup>189</sup> : l'une part du postulat que la situation juridique peut être appréhendée par l'un des ordres juridiques avec lesquels elle est en contact (norme potentiellement universelle), l'autre s'attache au contraire à vérifier que la situation juridique entre bien dans le domaine d'application des ordres juridiques avec lesquels elle est en contact (norme nécessairement délimitée).

**134.** Dans la théorie unilatéraliste universaliste, le respect du pouvoir souverain des États à légiférer impose de rechercher si la loi étrangère accepte de s'appliquer à la situation juridique : la loi du for ne trouve à s'appliquer que si la loi étrangère n'entend pas régir le

---

<sup>185</sup> J. A. CARRILLO SALCEDO, Le renouveau du particularisme en droit international privé, RCADI 1978-II t. 160, p. 210-211.

<sup>186</sup> La conception universaliste de l'unilatéralisme est attribuée à QUADRI et fut relayée par un célèbre article écrit par Monsieur GOTHOT : P. GOTHOT, Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, RCDIP 1971 p. 1 ; p. 209 ; p. 415.

<sup>187</sup> P. GOTHOT, *op. cit.* p. 22-23.

<sup>188</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 111 p. 89.

<sup>189</sup> S. FRANCO, L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2005 p. 18.

cas. Il s'agit d'une règle d'applicabilité<sup>190</sup>. Or, dans ce système, il n'est absolument pas contesté que l'unilatéralisme octroie une priorité à la loi du for puisque la *lex fori* est appliquée dès que la situation juridique répond aux conditions de sa mise en œuvre. Si, et seulement si, ces conditions ne sont pas remplies, il sera alors possible d'examiner la prétention de la loi étrangère à régir la situation juridique<sup>191</sup>.

**135.** En revanche, le rattachement unilatéral qui n'est pas accompagné de la recherche d'applicabilité du droit étranger ne peut être qualifié d'universaliste. Il est alors très aisé de constater que l'unilatéralisme particulariste est plus pratiqué que l'unilatéralisme universaliste, comme l'indique le fonctionnement de l'article 309 du Code civil français. Ce dernier opère même un élargissement abusif du champ d'application de la *lex fori*, ce qui ne figure pas dans l'essence de la conception moderne de l'unilatéralisme développée par ses auteurs. Pour mériter la qualification d'universaliste, la règle unilatérale doit prévoir un champ d'application qui n'est pas extensif ainsi que le respect de la volonté d'application des législations étrangères. De telles caractéristiques ne figurent dans aucune règle de droit positif. Dans les législations de droit international privé, il y a certes peu de règles unilatérales, mais elles ont toujours pour but avoué d'écarter les lois étrangères ou d'attribuer à la *lex fori* un caractère impératif du moment que l'intérêt de l'État du for ou celui de ses ressortissants est estimé prépondérant : la démarche correspond ainsi à une volonté de protection de la souveraineté étatique.

**136. Règles unilatérales en droit communautaire dérivé.** Le droit communautaire dérivé permet de donner d'autres exemples de l'unilatéralisme particulariste<sup>192</sup>. Il est notoire que de nombreux actes de droit communautaire contiennent en leur sein une disposition délimitant leur propre champ d'application. Il s'agit tout aussi bien de normes ayant un effet direct horizontal (règlements) que de normes qui nécessitent d'être transposées dans le droit

---

<sup>190</sup> V. Fr. RIGAUX, La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie, RCDIP 1985 p. 1. Pour une analyse plus poussée du concept, v. M. FALLON, Les règles d'applicabilité en droit international privé, in Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, t. 1, Editions Nemesis 1986, p. 285.

<sup>191</sup> S. FRANCO, *op. cit.*, p. 23.

<sup>192</sup> S. FRANCO, L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris, 2005. V. aussi L. GANNAGÉ, La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, in Études de droit de la consommation : mélanges Jean Calais-

interne des États membres de la Communauté européenne (directives). Elles fleurissent en matière de réglementation de la concurrence et des transports mais aussi dans le domaine du droit de la consommation, du droit du travail et de l'agence commerciale.

**137.** Une analyse attentive de ces actes communautaires de droit dérivé, menée par Madame FRANCQ, montre sans ambiguïté que le système unilatéral retenu en droit communautaire dérivé n'est pas universaliste, c'est-à-dire au sens de l'auteur qu'il n'est pas véritablement unilatéraliste<sup>193</sup>. En effet, si le domaine d'application des règles communautaires est bel et bien fixé, les institutions européennes se refusent, d'un autre côté, à prévoir dans ces actes les hypothèses subsidiaires dans lesquelles il y aura recours à une règle étrangère se voulant applicable. Or, le droit communautaire dérivé ne se prononce pas sur l'application de la loi qui trouve son origine dans le système juridique d'un État tiers à la Communauté européenne<sup>194</sup>.

À proprement parler, il ne s'agit pas spécifiquement d'une extension abusive de la *lex fori*. L'ordre juridique communautaire étant pour l'instant incomplet, il transite par le biais des juridictions des États membres. Ainsi, l'Union européenne, contrairement aux États qui la composent, ne dispose pas de sa propre *lex fori*.

Toutefois, il s'agit incontestablement d'une volonté d'assurer l'application des conceptions communautaires dans la sphère géographique de l'Union européenne. La dominance des valeurs communautaires sur le territoire européen, pourtant en accord avec les préceptes du droit communautaire, rompt ainsi catégoriquement avec le principe d'égalité entre la *lex fori*

---

Auloy, Dalloz Paris 2004, p. 426 s.

<sup>193</sup> L'auteur explique ainsi que si « tout le corpus législatif communautaire fonctionne conformément au postulat unilatéraliste, l'ordre juridique communautaire ne constitue pas, en tout cas à l'heure actuelle, un système unilatéraliste », S. FRANCQ, *op. cit.*, p. 646. Comp. le commentaire de Monsieur VIANGALLI : « manifestement, les rédacteurs de ces textes communautaires n'ont pas étudié au préalable les mérites respectifs de l'unilatéralisme et du bilatéralisme. Leur seule et unique préoccupation a été de sauvegarder l'application des règles de fond qu'ils ont énoncées en définissant de manière extensive leur champ d'application dans l'espace (...). Cette tendance récurrente à l'unilatéralisme s'explique en réalité davantage par l'ignorance de la science des conflits de lois que par le choix délibéré d'une méthode aujourd'hui délaissée », Fr. VIANGALLI, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire, PUAM Aix-en-provence 2004, n° 527 p. 203-204.

<sup>194</sup> S. FRANCQ, *op. cit.*, p. 597-598.

et la loi étrangère qui fait foi dans la doctrine bilatéraliste. Ce dernier modèle est pourtant explicitement choisi par les institutions européennes pour façonner le nouveau paysage européen du droit international privé. Le droit communautaire dérivé tranche alors singulièrement avec l'harmonisation des règles de conflit de lois engagée par la Commission européenne sur le modèle de la règle de conflit bilatérale.

**138. Bilan.** Un rapide bilan s'impose : malgré une interprétation moderne se voulant généreuse à l'égard des souverainetés étrangères, en pratique la méthode unilatérale n'est qu'une manifestation de l'intérêt prévalant qui est accordé par celui qui l'adopte à son propre système juridique. Elle fait donc partie des procédés qui contrarient la vision égalitaire encouragée par la méthode bilatérale de résolution des conflits de lois<sup>195</sup>. Il en va de même pour certaines règles de conflit à finalité matérielle (§ 2).

## § 2 Les règles de conflit à finalité matérielle

**139. Présentation.** La règle de conflit de lois n'est pas un mécanisme totalement indifférent vis-à-vis de la solution finale apportée au litige. En effet, en raison du lien des règles de conflit avec les règles matérielles prises pour les situations internes, le choix d'un facteur de rattachement est guidé par la volonté, si ce n'est de favoriser ou d'éviter un résultat, du moins d'aller dans une orientation souvent calquée sur celle du droit interne<sup>196</sup>. Il suffit, par exemple, de rappeler comment, en matière de conflit de lois, à la suite de la réforme adoptée en droit interne belge, le législateur a fait passer le mariage homosexuel d'un statut négatif (refus, au nom de la protection de l'ordre public, de reconnaître la validité de tels mariages prononcés à l'étranger) à un statut positif (mise à l'écart des lois étrangères

---

<sup>195</sup> En ce sens : « [*la méthode unilatéraliste*] est parfois plus décevante et risque de conduire à l'application quasi systématique de la loi de l'autorité saisie. Dans la mise en œuvre de cette méthode, on commence par demander à la loi du for saisi si elle peut ou non s'appliquer ; ce n'est qu'à défaut de cette volonté d'application que l'on cherchera à connaître, parmi les lois du monde celle qui peut s'appliquer. Et, en l'absence de volonté affirmée, on reviendra vers la loi du for. La loi étrangère est, en quelque sorte, "coincée", "étouffée" entre deux compétences de la loi du Tribunal ou de l'autorité saisie. Un raisonnement internationaliste conduit ainsi à un résultat nationaliste », J. FOYER, *Loi française et loi étrangère*, in *La loi - bilan et perspectives*, sous la dir. de Catherine PUIGELIER, Economica Paris 2005, p. 80-81, [*ajouté par nous*].

<sup>196</sup> Fr. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (études de conflit de lois)*, éd. Bruylant Bruxelles 1995, spéc. p. 60-61.

n'autorisant pas les mariages homosexuels)<sup>197</sup>.

**140.** Dans cette optique, il est évident qu'aucune règle de conflit bilatérale ne peut être trouvée avec un caractère purement abstrait puisqu'il y aura toujours une idée sous-jacente, propre à l'auteur de la règle, pour guider la sélection de tel rattachement plutôt qu'un autre : c'est la principale cause de disparités entre les pays concernant les règles de conflit. De fait, le droit, compris au sens large, n'entend-t-il pas influencer directement la conduite des individus et servir des objectifs politiques ou économiques précis, formant nécessairement un obstacle à tout potentiel d'universalité de la règle de droit<sup>198</sup> ?

**141.** Un professeur de la Faculté de droit de Liège s'est penché sur les imperfections qui atteignent la pseudo neutralité de la règle de conflit. Il s'est plus exactement interrogé sur le sens et la finalité de celle-ci pour en conclure qu'« elle est une norme qui, au-delà d'une technique qui paraît départager la compétence des lois, poursuit des objectifs concrets et précis quant aux modalités qu'elle exige pour obtenir une réglementation satisfaisante des relations privées internationales »<sup>199</sup>. Il rappelle, par exemple, que le choix du rattachement à la nationalité en matière de statut personnel est motivé, non par la sujétion des personnes à leurs autorités nationales, mais plutôt par la volonté de retenir une loi susceptible d'assurer permanence et stabilité à l'état de leur personnalité juridique.

**142.** Au-delà d'une simple fonction répartitrice, la règle de conflit peut donc être créée dans le but de réaliser une politique juridique prédéterminée, par exemple celle de protéger les intérêts d'une partie considérée comme faible au sein des relations contractuelles<sup>200</sup>. La

---

<sup>197</sup> J.-Y. CARLIER, *Le Code belge de droit international privé*, RCDIP 2005 p. 32. On pourrait tout aussi bien citer l'exemple du droit français de la filiation où la suppression des filiations naturelle et légitime en droit interne a entraîné l'abrogation de la règle de conflit relative à la légitimation : à croire que la disparition d'une notion en droit interne entraîne la disparition dans tous les autres droits (article 311-16 du Code civil aujourd'hui abrogé par l'ordonnance du 4 juillet 2005) ; A. BOTTIAU, *Conflit de lois et légitimation : suppression de l'article 311-16 du Code civil*, *Revue Lamy droit civil* 2007 n° 35 (février) p. 63 s. ; Fr. MONÉGER, *Brèves remarques sur le droit international privé touché par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation*, *Droit de la famille* 2005 n° 10 p. 7.

<sup>198</sup> S. FRANCO, *op. cit.*, p. 581-582.

<sup>199</sup> P. GRAULICH, *La signification actuelle de la règle de conflit*, *Études dédiées à Alex WEILL*, Dalloz - Litec Paris, 1983, p. 301.

<sup>200</sup> Fr. LECLERC, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (études de conflit de lois)*,

partialité des règles de conflit est alors d'une intensité variable, souvent dépendante du degré d'élaboration des facteurs de rattachement<sup>201</sup>. L'obtention d'un résultat peut ainsi être simplement favorisée ou au contraire clairement assurée. Dans ce dernier cas, où le degré d'élaboration de la règle est particulièrement élevé, la dénomination consacrée est celle de « règles de conflit à caractère substantiel »<sup>202</sup>. Toutefois, on parle encore de « règles de conflit à coloration matérielle »<sup>203</sup>, de « règles de conflit à coloration substantielle »<sup>204</sup>, de « règles de conflit orientées »<sup>205</sup> ou de « règles de conflit à finalité matérielle ».

**143.** Les facteurs de rattachement utilisés dans ce type de règles, tout en étant en apparence ouverts à la loi étrangère, se révèlent au contraire être conçus pour favoriser un résultat qui correspond à la prise de position de l'État du for sur la façon dont les situations juridiques doivent être régies<sup>206</sup>. Reprenons l'hypothèse du législateur qui souhaite promouvoir les mariages homosexuels non seulement à l'égard des situations internes, mais aussi à l'égard des situations internationales qui tombent sous le joug de ses juridictions. Il pourra prévoir qu'en ce domaine le juge applique la loi de l'État qui admet ce type d'union comme valide (finalité matérielle). Il pourra autrement prévoir que le juge appliquera la loi

---

précité ; Chr. BRIDGE, *La faveur dans les conflits de lois*, th. Lille II, 2006. Plus généralement, v. H. MUIR WATT, *La fonction de la règle de conflit de lois*, th. Paris II, 1985.

<sup>201</sup> En ce sens : la règle de conflit à caractère substantiel « n'a donc pas avec cette dernière [*la règle de conflit classique et bilatérale*] de différence de nature mais bien plutôt une différence de degré, car la règle classique n'est jamais elle-même purement mécanique et abstraite », Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Précis de droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 147-1 p. 182, [*ajouté par nous*].

<sup>202</sup> Pour une définition du caractère substantiel, v. S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales : réflexions sur la méthode conflictuelle*, NBT vol. 31, Dalloz Paris, 2004, n° 11 p. 10.

<sup>203</sup> Y. LOUSSOUARN, *L'évolution de la règle de conflit de lois*, in TCFDIP, *Journée commémorative du cinquantenaire : problèmes actuels de méthode en droit international privé*, éd. du CNRS Paris, 1988 p. 83 et 92 s. ; B. AUDIT, *Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul*, RIDC 1998, p. 527 s.

<sup>204</sup> D. ARCHER, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflit de lois)*, t. 1, th. Cergy-Pontoise 2006, n° 60 s. p. 64 s.

<sup>205</sup> M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ Paris, 2007, n° 213 p. 137.

<sup>206</sup> Un auteur met d'ailleurs en lumière que les règles de conflit à coloration matérielle reviennent, en définitive, à consulter (ou à prendre en considération) des règles étrangères pour ensuite appliquer la *lex fori*, E. FOHRER, *La prise en considération des normes étrangères*, th. Paris II 2004, n° 503 p. 395.

de la nationalité commune des époux et que, subsidiairement, il appliquera la loi qui permet le mariage homosexuel dans l'hypothèse où la loi de la nationalité commune des époux ne connaît pas ce type de mariage (rattachement en apparence bilatéral mais qui est subsidiairement corrigé par un rattachement à finalité matérielle).

**144. Typologie des règles à finalité matérielle.** Cet exemple décrit le fonctionnement d'une règle de conflit à rattachement subsidiaire mais il existe d'autres façons d'aboutir à une solution déterminée en travaillant l'énoncé de la règle de conflit. La doctrine en distingue trois types, selon le mode de rattachement utilisé par le concepteur de la règle : les rattachements alternatifs, les rattachements subsidiaires et les rattachements cumulatifs. Au sein de cette typologie tripartite, il convient de mesurer la place qui est octroyée à la *lex fori*.

**145.** Les rattachements cumulatifs sont les moins employés en pratique, dans la mesure où ils traduisent l'hostilité d'un ordre juridique à l'égard d'une institution donnée (une union polygamique par exemple). Les rattachements cumulatifs ne visent pas *a priori* à favoriser directement la *lex fori*, puisque chaque aspect de la situation est rattaché à une loi différente. Pourtant ce type de rattachement poursuit délibérément les objectifs de l'ordre juridique qui les produit (dans notre exemple, ils tendent à empêcher les unions polygamiques).

**146.** Les rattachements subsidiaires semblent pas non plus être particulièrement favorables à la loi du for. Une illustration tout à fait significative de ce propos peut être trouvée dans l'échelle de KEGEL (*Kegelsche Leiter*). Il s'agit d'une règle de conflit de lois qui contient plusieurs rattachements disposés en cascade. L'échelle de KEGEL a pour dessein de recourir à un rattachement subsidiaire lorsque le rattachement principal est insatisfaisant, ceci afin d'éviter la vocation subsidiaire de la *lex fori*<sup>207</sup>. L'article 14 de la loi d'introduction du Code civil allemand (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch – EGBGB*) prévoit, par exemple, une échelle de points de rattachement pour les effets généraux de mariage : nationalité commune, à défaut, dernière nationalité commune, à défaut, résidence habituelle commune, à défaut, dernière résidence commune et enfin en l'absence de tous les autres éléments, lien le plus étroit<sup>208</sup>. Une solution similaire est en vigueur au Québec<sup>209</sup>.

---

<sup>207</sup> P. GANNAGÉ, Les limites à l'application de la loi du for dans le droit international privé contemporain, Mélanges offerts à Albert Chavanne : droit pénal, propriété industrielle, Litec Paris 1990, p. 4.

<sup>208</sup> Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé, RCDIP 1987 p. 170, commentaires de H.-J. SONNENBERGER, Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République

Aux Pays-Bas, l'article 1<sup>er</sup>, § 1, de la loi du 14 mars 2002 sur les conflits de lois en matière de filiation prévoit également des rattachements en cascade pour déterminer la loi applicable à l'établissement des liens de filiation par la naissance : nationalité commune de la mère et du mari (ou de l'ex-mari) de la mère, résidence habituelle commune de la mère et du mari (ou de l'ex-mari) de la mère, résidence habituelle de l'enfant<sup>210</sup>.

Le Code belge de droit international privé retient, au contraire, une échelle de KEGEL inversée puisqu'il place la résidence habituelle commune avant la nationalité commune en ce qui concerne la loi applicable aux effets du mariage. Le dernier point de rattachement désigne par ailleurs la *lex fori* lorsque les époux n'ont en commun ni la résidence habituelle ni la nationalité<sup>211</sup>. L'exemple du droit belge témoigne alors de la possibilité de panachage qui est ouverte en matière de rattachements subsidiaires, un panachage dont la *lex fori* n'est pas exempte. La qualification de règle à rattachements subsidiaires est, à cet égard, plus problématique en ce qui concerne l'article 311-15 du Code civil français<sup>212</sup>.

---

fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986, RCDIP 1987 p. 1, spéc. p. 13.

<sup>209</sup> L'article 3089 du Code civil du Québec énonce que « les effets du mariage, notamment ceux qui s'imposent à tous les époux quel que soit leur régime matrimonial, sont soumis à la loi de leur domicile. Lorsque les époux sont domiciliés dans des États différents, la loi du lieu de leur résidence commune s'applique ou, à défaut, la loi de leur dernière résidence commune ou, à défaut, la loi du lieu de la célébration du mariage », loi du 18 décembre 1991 codifiant le droit international privé en un livre dixième du nouveau Code civil du Québec (art. 3076 à 3168), RCDIP 1992 p. 574 spéc. p. 575 ; commentaire E. GROFFIER RCDIP 1992 p. 584.

<sup>210</sup> Loi du 14 mars 2002 portant règlement des conflits de lois en matière de liens de filiation, JO n° 153 ; RCDIP 2002 p. 389, commentaire D. VAN ITERSOM RCDIP 2002 p. 895 ; I. SUMNER, H. WARENDORF, Family law legislation of the Netherlands, a translation including book 1 of the Dutch Civil Code, procedural and transitional provision and private international law legislation, Intersentia / Oxford ed. 2003, p. 234.

<sup>211</sup> Art. 48 du Code belge de droit international privé : « § 1<sup>er</sup>. Sous réserve des articles 49 à 54, les effets du mariage sont régis : 1° par le droit de l'État sur le territoire duquel l'un et l'autre époux ont leur résidence habituelle au moment où ces effets sont invoqués ou, lorsque l'effet invoqué affecte un acte juridique, au moment où celui-ci a été passé ; 2° à défaut de résidence habituelle sur le territoire d'un même État, par le droit de l'État dont l'un et l'autre époux ont la nationalité au moment où ces effets sont invoqués ou, lorsque l'effet invoqué affecte un acte juridique, au moment où celui-ci a été passé ; 3° dans les autres cas, par le droit belge », Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, Moniteur belge 27 juillet 2004, p. 57344 ; RCDIP 2005 p. 165. J.-Y. CARLIER, M. FALLON, et B. MARTIN-BOSLY, Code de droit international privé, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Bruylant Bruxelles, p. 593. Texte disponible sur : [www.notaire.be/info/actes/100\\_code\\_dip.htm](http://www.notaire.be/info/actes/100_code_dip.htm)

<sup>212</sup> Art. 311-15 du Code civil français : « Toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en

**147. Exemple de l'article 311-15 du Code civil français.** En substance, cette disposition désigne la loi du for pour s'appliquer aux effets de la possession d'état lorsque l'enfant et l'un de ses parents ont leur résidence en France. La loi étrangère applicable à la filiation et désignée par le rattachement général de l'article 311-14 du Code civil se trouve donc être supplantée par la *lex fori*. Le rattachement subsidiaire n'a, dans ce cas, aucune vocation à pallier l'injustice qui résulterait du rattachement principal mais conduit plutôt à faire appliquer au juge français sa propre loi.

**148.** L'extension du champ de la *lex fori* qui est offerte par l'article 311-15 ne semble pourtant pas avoir tenté les juridictions judiciaires françaises au vu du maigre contentieux qui en découle<sup>213</sup>. Le constat est ainsi rassurant : rien ne permet de démontrer que cette disposition est à l'origine d'un déséquilibre entre la loi étrangère et la loi du for. D'autant que la nature du rattachement adopté au sein de l'article 311-15, et donc son classement parmi les règles à rattachements subsidiaires, est assez obscure : ne pourrait-on pas déceler dans l'article 311-15 un rattachement unilatéral à la loi française, voire une loi d'application nécessaire<sup>214</sup> ?

**149. Rattachements alternatifs.** À l'examen des règles qui contiennent des rattachements alternatifs, il est possible de constater que ce mode de rattachement à finalité matérielle est plus particulièrement favorable aux solutions contenues dans la *lex fori*. Pris dans leur

---

découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère ». Disponible sur le site internet Legifrance : [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>213</sup> Recherche effectuée dans la base de données de Legifrance avec les mots clés « article 311-15 » et « possession d'état ». Seuls trois arrêts figurent dans la liste des résultats : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 avril 2007, M. X, Bull. 2007 I n° 158 p. 141 ; Petites affiches 10 décembre 2007, n° 246, p. 6, chron. Annie BOTTIAU ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 1993, M. X, Bull. 1993 I n° 64 p. 42 et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1988, CASSAN, Bull. 1988 I n° 236 p. 164 ; RCDIP 1989 p. 81, note P.-Y. GAUTIER.

<sup>214</sup> Messieurs MAYER et HEUZÉ expliquent à cet égard que l'expression de la règle est unilatérale mais qu'elle apparaît davantage être une loi d'application nécessaire ou plutôt « *une règle qui transforme en lois d'application nécessaire, les règles internes qui font produire des effets à la possession d'état* » (en italiques dans le texte). La précision est utile d'autant que ces auteurs avouent eux-mêmes que la formulation choisie par le législateur français « n'est pas des plus claires », P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 612 p. 455. V. aussi J. FOYER, Tournant et retour aux sources en droit international privé ? (l'article 310 nouveau du Code civil), JCP 1976 I 2762, n° 4.

définition, les rattachements alternatifs consistent presque toujours à favoriser soit une institution (loi qui considère un acte juridique comme valable), soit une des parties au rapport de droit (loi la plus favorable au créancier d'aliments, à l'enfant dont il s'agit d'établir la filiation, à la victime d'un dommage, au travailleur, au consommateur, etc.)<sup>215</sup>. Prises dans leur fonctionnement, de telles règles prennent pourtant indirectement le parti de la loi du for. En effet, l'option entre les facteurs de rattachement exprime sans équivoque la volonté de l'auteur de la règle de faire triompher les idéaux du droit interne dont la *lex fori* est porteuse. Bien entendu, utilisé à l'extrême, cela produit une censure matérielle à l'égard de toute loi étrangère qui n'irait pas dans ce sens.

**150. Effets des règles de conflit à finalité matérielle.** En apparence, alors, il importe peu que ce soit la *lex fori* ou la loi étrangère qui soit appliquée. Cette indifférence est cependant artificielle puisque l'autorité qui édicte la règle n'admettra que les lois qui sont conformes au résultat qu'elle désire assurer. Le procédé donne, par conséquent, une supériorité au résultat contenu dans la loi du juge saisi<sup>216</sup> car il est bien évident que « sous le couvert d'une faveur à un certain type de solution matérielle se dissimule, en réalité, une faveur à la loi du for »<sup>217</sup>. En d'autres termes, l'application de la *lex fori* apporte la garantie que la justice sera rendue à la façon de celui qui l'édicte et c'est essentiellement ce que veut accomplir chaque règle de conflit qui privilégie un résultat<sup>218</sup>. La règle de conflit à finalité matérielle fait alors « de la désignation de la loi étrangère, non plus l'effet juridique de la règle mais une composante de

---

<sup>215</sup> V. Y. LOUSSOUARN, L'évolution de la règle de conflit de lois, TCFDIP, Journée commémorative du cinquantième : problèmes actuels de méthode en droit international privé, éd. du CNRS Paris, 1988 p. 92. En matière de filiation, on peut citer à titre d'exemple l'article 311-17 du Code civil français : « la reconnaissance volontaire de paternité ou de maternité est valable si elle a été faite en conformité, soit de la loi personnelle de son auteur, soit de la loi personnelle de l'enfant ». Disponible sur le site internet Legifrance.

<sup>216</sup> P. GANNAGÉ, L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, Rapport provisoire, AIDI 1989 (vol. 63-I), n° 19 p. 223.

<sup>217</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 21 § 10, p. 193. Monsieur AUDIT écrit aussi que « l'adoption de rattachements alternatifs recouvre en outre le plus souvent une faveur envers la loi du for », B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006 Economica Paris, n° 109 p. 87 ; du même auteur v. aussi B. AUDIT, Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul, RIDC 1998, p. 430.

<sup>218</sup> « *Application of lex fori ensures that justice is done "our way", and that is essentially what any result-selective choice-of-law method tries to achieve* », Th. M. DE BOER, Facultative choice of law: the procedural status of choice-of-law rules and foreign law, RCADI 1996 t. 257, p. 296-297.

son présupposé »<sup>219</sup>. En fait, la loi étrangère n'est choisie que lorsqu'elle correspond au résultat voulu par celui qui a énoncé la règle de conflit : ainsi « la loi étrangère n'est plus à proprement parler appliquée ; elle est prise en compte pour obtenir le résultat visé par la loi française ; elle n'est qu'un moyen au service de la loi du for »<sup>220</sup>.

**151. Autre dénomination : la clause spéciale d'ordre public.** La règle de conflit à finalité matérielle revêt alors un effet correcteur vis-à-vis de la loi étrangère qui est comparable à celui du mécanisme de la protection de l'ordre public<sup>221</sup>. En effet, en insérant directement le résultat à atteindre dans la règle de conflit de lois, le législateur injecte une dose d'ordre public et la fait revêtir une redoutable efficacité puisqu'il exclut par avance toute possibilité pour le juge d'apprécier le contenu de l'ordre public. Le procédé a de la sorte reçu l'appellation de « clause spéciale d'ordre public ». De telles clauses ont été plus précisément définies par Monsieur LAGARDE comme étant « des dispositions législatives particulières qui, généralement, définissent dans une situation donnée, d'une part, les exigences de l'ordre public du for ou, si l'on préfère, le seuil d'intolérance de l'ordre juridique du for à la loi étrangère, d'autre part, le lien requis avec le for pour provoquer l'éviction de la loi étrangère »<sup>222</sup>. Il en va ainsi de la règle de conflit qui impose le recours subsidiaire à la *lex fori* (ou à toute loi conforme à la *lex fori*) lorsque la loi étrangère ne permet pas le divorce ou rend très difficile la dissolution du lien conjugal.

---

<sup>219</sup> Y. LEQUETTE, L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988), RCDIP 1989 n° 41 p. 323.

<sup>220</sup> J. FOYER, Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde, *in* Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris, 2005 p. 288. *Adde*, « *the substantive result (...) is preconceived in the rule* », Fr. VISCHER, General course on private international law, RCADI 1992 t. 232, p. 117.

<sup>221</sup> En ce sens : « le principe de l'ordre public reste, malgré tout, le plus important de ceux parmi les principes généraux du droit international privé qui font manifestement dépendre du contenu de certaines règles matérielles le point de savoir quelle règle matérielle – étrangère ou nationale – sera appliquée, et qui examinent le résultat concret à obtenir à l'aide des règles qui entrent en considération avant de décider définitivement sur le choix de la législation applicable », W. WENGLER, Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits, RCDIP 1952 p. 602.

<sup>222</sup> P. LAGARDE, La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation : l'expérience française, *in* Nouveaux itinéraires en droit, hommage à François Rigaux, Bruylant Bruxelles, 1993 p. 279. V. aussi : M. HUNTER-HENIN, Pour une redéfinition du statut personnel, PUAM Aix-en-Provence 2004, n° 477 p. 357.

**152.** À ce sujet, Monsieur VASSILAKAKIS explique que « de telles dispositions constituent des clauses spéciales d'ordre public, en ce sens qu'elles font intervenir la loi du juge saisi à la place de la loi étrangère initialement désignée dont l'application produit des effets jugés indésirables »<sup>223</sup>. Par exemple, l'article 55 § 3 du Code belge de droit international privé traduit la volonté du législateur de favoriser la possibilité de divorcer en Belgique car il évince la désignation de toute loi étrangère qui ignorerait l'institution du divorce (parmi les pays membres de l'Union européenne, cela ne vaut guère qu'à l'encontre de la loi maltaise)<sup>224</sup>. Il a été procédé d'une façon comparable au sujet de la loi applicable aux conditions de validité d'un mariage homosexuel. Le dispositif, qui figure à l'article 46 du Code, est le suivant :

« Sous réserve de l'article 47, les conditions de validité du mariage sont régies, pour chacun des époux, par le droit de l'État dont il a la nationalité au moment de la célébration du mariage.

L'application d'une disposition du droit désigné en vertu de l'alinéa 1<sup>er</sup> est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l'une d'elles a la nationalité d'un État ou a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État dont le droit permet un tel mariage »<sup>225</sup>.

**153.** Le droit international privé belge entend alors favoriser la validité des mariages homosexuels. Pourtant, contrairement à l'article 55 § 3, l'article 46 mentionne le lien que la situation juridique doit revêtir non pas avec la Belgique mais avec les États qui ont adopté la même solution que la Belgique (l'un des deux futurs époux doit posséder la nationalité ou

---

<sup>223</sup> E. VASSILAKAKIS, Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, n° 135 p. 129.

<sup>224</sup> Art. 55 § 3 du Code belge de droit international privé (divorce et séparation de corps) : « § 3. L'application du droit désigné au § 1<sup>er</sup> est écartée dans la mesure où ce droit ignore l'institution du divorce. Dans ce cas, il est fait application du droit désigné en fonction du critère établi de manière subsidiaire par le § 1<sup>er</sup> », Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, Moniteur belge 27 juillet 2004, p. 57344, RCDIP 2005 p. 167 ; J.-Y. CARLIER, M. FALLON, et B. MARTIN-BOSLY, Code de droit international privé, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Bruylant Bruxelles, p. 595. Texte disponible sur : [www.notaire.be/info/actes/100\\_code\\_dip.htm](http://www.notaire.be/info/actes/100_code_dip.htm).

<sup>225</sup> Art. 46 du Code belge de droit international privé (loi applicable à la formation du mariage), RCDIP 2005 p. 165 ; J.-Y. CARLIER, M. FALLON, et B. MARTIN-BOSLY, Code de droit international privé, précité, p. 592. Texte disponible sur : [www.notaire.be/info/actes/100\\_code\\_dip.htm](http://www.notaire.be/info/actes/100_code_dip.htm).

avoir sa résidence habituelle sur le territoire d'un État qui autorise les mariages homosexuels). Cela est particulièrement révélateur de la nécessité d'élargir la définition des clauses spéciales d'ordre public. Ainsi faut-il prendre en compte non seulement l'ordre juridique du for (comme le précise Monsieur VASSILAKAKIS) mais aussi tous les ordres juridiques dont la solution est équivalente à celle du for.

**154.** Mais alors, si un tel raisonnement est conforme à la finalité substantielle poursuivie par ce type de règles au rattachement élaboré, il est complètement antinomique à l'égard de la règle de résolution *des conflits de lois*. La règle à finalité matérielle entend, en effet, appréhender la situation juridique internationale en rejetant toute idée de conflit de lois puisque, grâce à elle de toute façon, le tribunal n'appliquera pas les lois dont le contenu risque d'entrer en rivalité avec la *lex fori*. Or, le principe d'égalité entre la loi du for et la loi étrangère requiert que l'ordre juridique étatique accepte par avance d'appliquer des règles de droit différentes des siennes : aucun système juridique, fût-il extraordinairement fermé, ne saurait opposer à l'égard des autres systèmes juridiques un refus généralisé de leurs différences normatives.

**155. Règle à finalité matérielle de source internationale.** Le procédé des règles à finalité matérielle est-il moins contestable dès lors qu'il revêt une origine internationale ? Il répond certes à l'objectif d'assurer, chez tous les États parties, un traitement prédéterminé des situations internationales (par exemple d'assurer la validité d'un divorce) : un tel résultat est alors considéré comme un bienfait aux yeux du droit international général. Néanmoins, un bilan des avantages et des inconvénients du procédé, conduit par Madame GAUDEMET-TALLON, montre que ce bienfait mérite sévèrement d'être relativisé<sup>226</sup>.

**156. Avantages.** Parmi les avantages, il est traditionnellement admis que les règles internationales à finalité matérielle rendent inutiles des mécanismes tels que le renvoi et la protection de l'ordre public (des mécanismes qui, au demeurant, contribuent à l'application de la loi du for<sup>227</sup>). Les règles internationales à finalité matérielle ont encore pour avantage de faciliter l'appréhension des situations de pluri-nationalité. En revanche, l'utilisation des

---

<sup>226</sup> H. GAUDEMET-TALLON, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye), in *Mélanges en l'honneur d'Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz Paris 1994, p. 181.

<sup>227</sup> Sur ces procédés, v. *infra* n° 316 s.

règles de conflit à finalité matérielle dans les conventions internationales est une grande source de difficultés. Nous les exposerons succinctement.

**157. Inconvénients.** Il existe trois sortes d'inconvénients à faire figurer des règles à finalité matérielle dans un traité. Premièrement, elles ne fédèrent que les États qui ont la même politique juridique : un consensus n'est possible que si l'objectif poursuivi est unanimement admis. Dans ce cas, l'unification des règles de conflit est complètement inutile puisqu'il n'y a pas de divergences fondamentales entre le droit international privé des États parties. Il est alors hautement préférable de recourir directement à une règle matérielle.

Deuxièmement, elles sont un facteur d'insécurité juridique : comment savoir si la loi désignée par la règle à finalité matérielle sera telle que son auteur l'a prévue pour *tous* les aspects du litige ? Il se peut notamment que plusieurs lois soient favorables à une partie faible : selon quel critère peut-on à l'avance les départager ?

Troisièmement, la règle de conflit substantielle est un facteur de déséquilibre dans l'ordre international car elle revêt un caractère expansionniste au bénéfice des dispositions d'origine interne. Des auteurs remarquent, à ce sujet, qu'« en introduisant des considérations d'ordre matériel dans la détermination même de la loi applicable, chaque État cherche à exporter ses propres conceptions touchant au fond du droit et l'expérience révèle que dans la grande majorité des cas, l'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel débouche sur l'application de la loi du for »<sup>228</sup>. Ceci est particulièrement révélateur de l'intérêt qu'ont les autorités étatiques à faire prévaloir leurs propres conceptions du droit privé en matière de traitement des situations juridiques internationales.

**158.** En somme, les inconvénients des règles à finalité substantielle de source internationale sont plus nombreux que leurs avantages. On peut même affirmer que la mise en commun de particularismes étatiques fait nécessairement obstacle à la construction d'un ordre juridique international homogène<sup>229</sup>. Pourtant, si on les recense, les règles à finalité

---

<sup>228</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 147-3 p. 185.

<sup>229</sup> En ce sens, v. H. GAUDEMET-TALLON, *L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye)*, in *Mélanges en l'honneur d'Yvon LOUSSOUARN*, Dalloz Paris 1994, p. 186 s. et spéc. p. 187-188 : « loin de faciliter la négociation et la

matérielle sont fort nombreuses dans les traités, notamment au sein des conventions de La Haye sur la forme des dispositions testamentaires<sup>230</sup>, sur les accidents de circulation routière<sup>231</sup>, sur la responsabilité du fait des produits<sup>232</sup>, sur les obligations alimentaires<sup>233</sup> et sur les régimes matrimoniaux<sup>234</sup>. On peut tout aussi bien citer la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>235</sup> ainsi que la convention de la Commission internationale de l'état civil sur la légitimation par mariage<sup>236</sup> qui contiennent aussi des règles à finalité matérielle. Doit-on alors déduire de ce succès international que les règles à finalité matérielle sont beaucoup plus fédératrices que les règles de conflit bilatérales ? En tout cas, elles semblent actuellement convaincre ceux qui élaborent les textes internationaux.

**159. Conclusion du paragraphe.** En résumé, grâce aux règles à finalité matérielle, l'auteur de la règle écarte d'emblée les solutions qui sont contraires à ses objectifs

---

ratification de conventions internationales, la méthode de la règle de conflit à caractère substantiel peut parfois être un obstacle sérieux à ce mode d'internationalisation des sources du droit international privé que sont les conventions internationales (...) plus radicalement, ces règles paraissent finalement être un obstacle à la réalisation d'une bonne coordination internationale ».

<sup>230</sup> V. art. 1<sup>er</sup> de la Convention du 5 octobre 1961 sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires entrée en vigueur le 5 janvier 1964 ; trente-neuf États en sont parties au 1<sup>er</sup> septembre 2007. Texte disponible sur le site de la Conférence de La Haye de droit international privé : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>231</sup> V. art. 9 de la Convention du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière entrée en vigueur le 3 juin 1975 ; dix-neuf États en sont parties au 1<sup>er</sup> septembre 2007. Texte disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>232</sup> V. art. 6 de la Convention du 2 octobre 1973 concernant la reconnaissance et l'exécution de décisions relatives aux obligations alimentaires sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1977 ; onze États en sont parties au 1<sup>er</sup> septembre 2007. Texte disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>233</sup> V. art. 4 à 6 de la Convention du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 1977 ; quatorze États en sont parties au 1<sup>er</sup> septembre 2007. Texte disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>234</sup> V. art. 9, 12 et 13 de la Convention du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 1992 ; trois États en sont parties au 1<sup>er</sup> septembre 2007. Texte disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>235</sup> V. art. 5, 6 et 9 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 1991 ; JO n° C 27 du 26.01.1998 p. 34, v. <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>236</sup> V. art. 1<sup>er</sup> de la Convention de la Commission internationale de l'État Civil sur la légitimation par mariage, signée à Rome le 10 septembre 1970 (sept États parties). Disponible sur : <http://www.cieci1.org/Conventions/Conv12.pdf>.

régulateurs. Mesdames WATTÉ et BARBÉ écrivent à ce propos que « de telles règles spéciales de conflit de lois sont évidemment empreintes de "*nationalisme*" puisqu'en voulant atteindre tel résultat déterminé leurs auteurs imposent leur point de vue dans une relation internationale »<sup>237</sup>. Le reproche est alors révélateur de la tournure que pourrait bien prendre le droit international privé s'il était utilisé et interprété dans des termes strictement *lex foristes*. Ce n'est pourtant pas l'orientation impérialiste des règles à finalité matérielle qui est le plus contestable mais plutôt, ici encore, la *sophistication* par laquelle l'auteur de la règle parvient à son objectif. Quel paysage donnent-elles ainsi de la théorie des conflits de lois ? Celui d'un domaine du droit aux combinaisons complexes et qui apparaît de ce chef terriblement hermétique ? Il semble que l'explication réside dans la profonde ambivalence que les règles à finalité matérielle recèlent. Elles introduisent une part de pragmatisme et de sécurité juridique dans l'appréhension des situations internationales (un résultat prédéterminé), tout en conservant une apparente similitude avec les règles abstraites de conflit de lois (grâce au procédé du rattachement localisateur).

Une autre méthode, beaucoup plus directe et moins sophistiquée cette fois, permet également de faire prévaloir les conceptions du for : il s'agit des lois de police (§ 3).

### § 3 Les lois de police

**160. Exposé de la notion.** Les lois de police sont des règles étatiques qui s'appliquent directement à une situation internationale en raison de leur contenu. C'est pourquoi, certains auteurs utilisent parfois l'expression de « règles d'application immédiate » pour les désigner<sup>238</sup>. L'expression de « loi d'application nécessaire » est tout aussi adaptée pour décrire le phénomène, tant et si bien qu'il s'agit de lois de droit privé dont l'application semble particulièrement importante pour les autorités saisies<sup>239</sup>. Elles traduisent l'intérêt que peut avoir un État à faire appliquer sa loi interne dans un domaine où il estime qu'aucun recours aux lois étrangères ne doit être admis : « l'autorité saisie considère les intérêts défendus par sa loi trop étroitement impliqués, eu égard aux rattachements de la situation,

---

<sup>237</sup> N. WATTÉ et C. BARBÉ, Le nouveau droit international privé belge : étude critique des fondements des règles de conflit de lois, JDI 2006 p. 909 (en italiques dans le texte).

<sup>238</sup> Ph. FRANCESKAKIS, Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, RCDIP 1966 p. 1.

<sup>239</sup> En ce sens, v. D. BUREAU, note sous Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 juin 2004, RCDIP 2004 p. 752-753.

pour que cette loi souffre le cas échéant d'être écartée par le jeu normal de la règle de conflit »<sup>240</sup>.

**161.** En réalité, il n'y a pas véritablement de critères objectifs de définition pour distinguer une loi de police d'une autre loi interne. L'inventeur de la notion de loi d'application immédiate reconnaît lui-même que « l'imprécision du terme lui est congénitale » ou encore que c'est « une notion (...) suffisamment imprécise pour justifier des interprétations d'une extrême inégalité »<sup>241</sup>. De telles difficultés de définition ne sont d'ailleurs pas propres au droit international privé français<sup>242</sup>.

**162.** Il faut reconnaître qu'il n'existe pas de critères décisifs pour définir les lois de police<sup>243</sup>. Monsieur AUDIT explique ainsi que « les lois de police ne se découvrent pas par la mise en œuvre d'un critère synthétique et elles ne s'appliquent pas en fonction de critères généraux et prédéterminés. Ce sont des dispositions considérées, dans l'ordre juridique dont elles émanent, comme internationalement impératives en fonction de leur teneur et de leur but ; et leur application dans un cas donné est fonction des rattachements de l'espèce »<sup>244</sup>.

**163.** L'existence d'une loi de police relève alors de l'appréciation du juge selon l'espèce. Cela produit une imprévisibilité de la solution : il s'agit d'une difficulté supplémentaire pour fixer la sécurité des situations juridiques déjà constituées et pour évaluer les risques à l'égard des situations juridiques à venir. En France, où les solutions s'expriment généralement de façon déductive, il est notable que la difficulté à conceptualiser les lois de police ne soit pas considérée comme contraire à la tradition juridique nationale : n'enseigne-t-on pas que

---

<sup>240</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 117 p. 98.

<sup>241</sup> Ph. FRANCESKAKIS, Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, RCDIP 1966 p. 6.

<sup>242</sup> « *English law does not provide clear guidance as to what constitutes a mandatory rule of a type which will be applied irrespective of the normal rules of private international law* », R. FENTIMAN, Foreign Law in English Courts : pleading, proof, and choice of law, Oxford University Press Oxford New-York, 1998 p. 31.

<sup>243</sup> M. FARGE, Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle, éd. L'Harmattan Paris 2003, spéc. n° 368 p. 352 ; v., dans le même sens, V. HEUZÉ, La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes, GLN Editions Paris 1990, n° 355 s. p. 171 s., spéc. n° 372 p. 178.

<sup>244</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 120 p. 102.

l'ordre juridique français répugne à avaliser toute forme de solution au cas par cas<sup>245</sup> ?

**164.** Pour revenir à une description de la notion, il est tout aussi bien possible de tirer un exemple de la jurisprudence française qui illustrera le mécanisme. Dans une affaire où les juridictions françaises étaient saisies de l'indemnisation d'une victime française pour un accident de la circulation survenu en Italie, les juges du fond avaient décidé d'appliquer la *lex fori* en dépit de la convention de La Haye du 4 mai 1971 qui désignait la loi italienne. Cette méthode ne fut pas récusée par la Cour de cassation, motifs pris que « la législation française concernant l'indemnisation des victimes d'infractions par les commissions d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI) institue un droit à réparation du dommage résultant d'une infraction commise à l'étranger ; que cette loi est destinée à assurer une indemnisation fondée sur la solidarité nationale, au moyen d'un système de garantie du risque social de la délinquance, confié à une juridiction civile spécialisée, avec une dérogation à la règle d'application de la loi du lieu du délit ; qu'elle a, ainsi, le caractère d'une loi d'application nécessaire excluant toute référence à un droit étranger »<sup>246</sup>.

**165. Loi de police et protection de l'ordre public.** Envisagé sous un angle finaliste, on constate que le mécanisme s'apparente de façon flagrante à celui de l'ordre public<sup>247</sup>. Le

---

<sup>245</sup> B. AUDIT, Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul, RIDC 1998, p. 447.

<sup>246</sup> Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 juin 2004, FGVAT, Bull. 2004 II n<sup>o</sup> 265 p. 224, RCDIP 2004 p. 750, note D. BUREAU ; confirmé par Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 25 janvier 2007, CASANOVA, Bull. 2007 II n<sup>o</sup> 18 p. 14 ; JDI 2007 p. 943, note G. LÉGIER.

<sup>247</sup> Sur la parenté des lois de police avec l'ordre public, v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n<sup>o</sup> 354 p. 568. Comp. : « il est malaisé de distinguer les deux concepts. D'une part, ils se confondent par l'identité des valeurs dont ils assurent la défense (...). D'autre part, ils se rapprochent en assumant, l'un par le recours à la territorialité, l'autre par la contagion du principe de proximité, une mission localisatrice en faveur de la soumission des immigrés à la loi du milieu d'accueil », M. FARGE, Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle, éd. L'Harmattan Paris 2003, spéc. n<sup>o</sup> 639 p. 579-580. Pour une comparaison abstraite des deux notions, v. B. RÉMY, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, th. Paris I, 2006. V. aussi pour le droit communautaire européen : la Commission « ne fait pas le départ entre les lois de police et les "dispositions impératives protectrices" (...). Il n'y a en cela rien de surprenant : on sait en effet que le droit communautaire raisonne en fonction de ses exigences propres. Il faut y voir une manifestation de son approche téléologique, selon laquelle son intervention est guidée par ses objectifs », D. ARCHER, Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflit de lois), t. 2, th. Cergy-Pontoise 2006, n<sup>o</sup> 433 p. 418.

doyen BATIFFOL a d'ailleurs enseigné que ce « procédé rappelle celui de l'intervention de l'ordre public, mais avec cette différence formelle que l'ordre public au sens traditionnel de l'expression intervient à l'encontre de la loi étrangère désignée par la règle de conflit, qui a donc joué, tandis qu'ici il s'agit d'écarter le jeu même des règles de conflit »<sup>248</sup>. L'auteur distingue donc le moment auquel intervient la loi de police de celui auquel intervient l'ordre public.

**166.** Mais la différenciation proposée apparaît somme toute assez théorique dans le processus intellectuel de la résolution des conflits de lois. Elle néglige le fait que la distinction entre l'existence de la règle de conflit et sa mise en œuvre est sans doute excessivement accentuée dans la méthodologie du droit international privé. En effet, la loi de police étant un concept propre au droit international privé, le juge saisi est vraisemblablement toujours conscient, avant de l'utiliser, qu'il existe des règles de conflit de lois pour le litige international qui lui est soumis. Très probablement, il a aussi en tête le résultat auquel pourrait conduire cette règle de conflit<sup>249</sup>. Le critère de distinction fondé sur le moment d'intervention de la loi de police et celui de la protection de l'ordre public n'apparaît donc pas totalement convaincant.

**167. Effet de la mise œuvre.** Davantage pertinent est celui de l'effet produit par la mise en œuvre de chacun des procédés : la protection de l'ordre public se fait seulement en réaction aux lois qui heurtent profondément le système juridique du juge saisi, pour un litige précis, tandis que les lois de police interdisent plus largement le recours à toutes les lois étrangères, quelles qu'elles soient, dès lors qu'une politique législative majeure est en jeu. Le résultat est certes identique (l'éviction de la loi étrangère) mais la force d'intervention est différente<sup>250</sup>, d'autant que l'exception d'ordre public peut être écartée lorsque la situation

---

<sup>248</sup> H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II t.139, p. 139.

<sup>249</sup> « Juger, c'est nécessairement effectuer un choix, guidé certes par un raisonnement et des règles, mais aussi et surtout par la décision », G. CANIVET et N. MOLFESSIS, L'imagination du juge, in Mélanges Jean Buffet : la procédure dans tous ses états, éd. Petites affiches Paris 2004, n° 5 p. 135. *Adde*, « l'idée d'un juge qui se prononcerait *a priori* sur la loi applicable, sans savoir à ce moment quelles seront les conséquences de cette décision, est étrangère à la réalité », G. VAN HECKE, Principes et méthodes de solution des conflits de lois, RCADI 1969-I t. 126, p. 399, spéc. p. 481.

<sup>250</sup> Le professeur HEUZÉ explique pareillement que « les deux méthodes examinées correspondent à deux façons d'assurer la prééminence des conceptions du for dans la réglementation des relations internationales. La première est minimaliste : elle se borne à filtrer le droit étranger, en écartant seulement celles de ses

litigieuse a peu de liens avec l'ordre juridique du juge saisi (principe de proximité<sup>251</sup>).

**168. Confusion étymologique.** La confusion entre les lois de police et la protection de l'ordre public est pourtant présente chez de savants auteurs. VON SAVIGNY envisage « les lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires » mais aussi « les institutions d'un État étranger dont l'existence n'est pas reconnue dans [l'ordre juridique du for] »<sup>252</sup>. MANCINI parle de « lois d'ordre public et de police »<sup>253</sup>. PILLET trouve le fondement des lois d'ordre public dans la lettre de l'article 3 du Code civil<sup>254</sup>. Chez tous ces auteurs, loi de police et ordre public sont « mis sur le même plan, traités en même temps et dans une très large mesure assimilés »<sup>255</sup>. Un article plus récent ajoute sans conteste au trouble en mentionnant que « les lois d'application nécessaire sont des lois d'ordre public »<sup>256</sup>. Un autre auteur écrit, quant à lui, que les lois de police sont l'« aspect positif » de l'ordre public<sup>257</sup>.

---

dispositions qui paraissent véritablement inadmissibles. La seconde est maximaliste : elle interdit toute intervention du droit étranger », V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, GLN Editions Paris 1990, n° 390 p. 184.

<sup>251</sup> Sur les atténuations apportées à l'exception d'ordre public, v. *infra* n° 375 s. Sur le principe de proximité, v. *infra* n° 436.

<sup>252</sup> Fr.-C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Guénoux, 2<sup>e</sup> éd. 1860, éd. Firmin Didot frères Paris, rééd. Panthéon-Assas, diff. LGDJ Paris 2002, § 349 p. 35 s. [*ajouté par nous*]. *Contra*, selon l'interprétation de Monsieur BODEN, VON SAVIGNY n'étudierait pas l'exception d'ordre public, D. BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *Recherches sur le pluralisme juridique*, (2 vol.) th. Paris I 2002, n° 24 p. 21-22, note 54. Ceci étant, il faut dire que l'expression n'avait pas encore été inventée à l'époque de VON SAVIGNY.

<sup>253</sup> P.-St. MANCINI, *De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux*, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, JDI 1874 p. 221 et 284 spéc. p. 296.

<sup>254</sup> A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. 1<sup>er</sup>, Librairie de la société du Recueil Sirey Paris 1923, n° 48 p. 131.

<sup>255</sup> N. NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, th. Strasbourg, 2003, n° 6 p. 3.

<sup>256</sup> G. SPERDUTI, *Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public*, RCDIP 1977 p. 257, spéc. n° 6 p. 265. Monsieur SPERDUTI annonce d'ailleurs que son objectif est « d'illustrer, si possible avec une plus grande force de persuasion, les liens indéniables qui existent entre les lois d'application nécessaire et l'ordre public », G. SPERDUTI, *op. cit.*, n° 1 p. 260.

<sup>257</sup> L. CHEDLY, *L'ordre public en droit international privé, instrument de chauvinisme, d'impérialisme ou d'universalisme ?*, in *Impérialisme et chauvinisme juridiques : rapports présentés au colloque à l'occasion du 20<sup>e</sup> anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé*, Lausanne, 3-4 octobre 2002, Schulthess Genève, Zurich,

**169.** Quelques temps avant de publier son article sur les lois d'application immédiate, FRANCESKAKIS a même écrit que la définition jurisprudentielle de l'ordre public international était celle de dispositions internes s'appliquant immédiatement au cas et écartant de la sorte toute intervention d'une règle de conflit<sup>258</sup> : cela conduit à octroyer à l'ordre public la définition actuelle des lois de police. Il est vrai que la jurisprudence a opéré une confusion entre les deux notions jusqu'en 1960<sup>259</sup>. Quelques traces en subsistent encore à la fin du XX<sup>e</sup> siècle.

**170.** En particulier, les juges du fond ont parfois tendance à confondre ordre public et loi de police. Ainsi, les juges de la cour d'appel de Paris, bien qu'ayant fait référence à l'ordre public, ont pu directement appliquer la *lex fori* au statut personnel d'un Argentin en vertu d'un rattachement de la situation litigieuse à la loi de la nationalité française ou du domicile en France. Ils ont décidé que « la matière des droits de l'homme est d'ordre public et que la protection de ces droits doit être assurée tant à l'égard des nationaux qu'à l'égard des ressortissants des États non parties à la Convention s'ils sont domiciliés sur le territoire national ». Ils n'ont donc pas examiné le résultat concret produit par la mise en œuvre de la loi étrangère pour savoir s'il heurtait en l'espèce l'ordre public français et réclamait l'éviction de la loi étrangère<sup>260</sup>.

**171. La *lex fori*, point commun des deux mécanismes.** La persistance de la confusion entre le mécanisme des lois de police et celui de la protection de l'ordre public s'explique alors, selon Monsieur NORD, par le résultat produit par ces derniers qui n'est autre que l'application de la *lex fori*<sup>261</sup>. Monsieur HEUZÉ suggère ainsi la possibilité d'analyser les

---

Bâle 2004, p. 150.

<sup>258</sup> Ph. FRANCESKAKIS, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Sirey Paris 1958, n° 9 p. 13.

<sup>259</sup> N. NORD, Ordre public et lois de police en droit international privé, th. Strasbourg 2003, n° 9 p. 5 ; v. aussi le détail de la jurisprudence citée par Monsieur HEUZÉ, V. HEUZÉ, La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes, GLN Editions Paris 1990, note 116 p. 180.

<sup>260</sup> Paris, 14 juin 1994, OSMAR B., RCDIP 1995 p. 308, note Y. LEQUETTE, spéc. p. 310 ; comp. Paris, 2 avril 1998, PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COUR D'APPEL DE PARIS, D. 1998 IR p. 137, « un intérêt d'ordre public s'attache à ce que toute personne vivant habituellement en France, même si elle est née à l'étranger et possède une nationalité étrangère, soit pourvue d'un état civil ».

<sup>261</sup> Comp. : « règle d'application immédiate comme exception d'ordre public telle qu'elle est généralement

lois de police comme une simple commodité pratique du fonctionnement de la théorie de l'ordre public<sup>262</sup>. La commodité dont il s'agit consiste, en fait, à épargner aux parties et au juge la recherche patente d'un droit étranger qu'ils savent, par avance, contraire aux politiques fondamentales du for et donc contraire au maintien de l'ordre public. Or, le constat apparaît fâcheux dès lors qu'il conduit, d'une part, à avouer que le but recherché par le juge peut prendre le pas sur la rigueur du raisonnement juridique et, d'autre part, à encourager les décisions où la *lex fori* est appliquée sans véritable fondement juridique apparent<sup>263</sup>.

**172. Facteur de simplification.** Le recours à la notion de loi de police traduit sans doute un désir de simplification dans le traitement des situations juridiques internationales qui doit, selon toute vraisemblance, être pris en compte<sup>264</sup>. La loi de police permet, en effet, d'appliquer directement la *lex fori* sans faire apparaître de façon manifeste la règle de conflit et la loi étrangère. Monsieur HEUZÉ parle d'une « économie de raisonnement » ou encore, ce qui lui permet de suggérer la fusion de la notion de loi de police dans la théorie de l'ordre public, d'une simple commodité pratique dans la mise en œuvre d'une préservation de l'ordre public<sup>265</sup>. L'argument trouve parfois application sur le terrain de la compétence juridictionnelle<sup>266</sup>.

**173. Deux notions garantes de l'efficacité des politiques législatives du for.** Plusieurs auteurs ont souligné le caractère artificiel de la distinction entre la loi de police et la

---

comprise, jouent un rôle assez similaire, ne fût-ce que dans la mesure où elles situent toutes deux le niveau de tolérance du droit du for vis-à-vis des systèmes étrangers », P. GRAULICH, Règles de conflit et règles d'application immédiate, in Mélanges en l'honneur de Jean Dabin, t. II, Sirey Paris / Bruylant Bruxelles, 1963, n° 3 p. 634-635 (note 4).

<sup>262</sup> V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 407 p. 191.

<sup>263</sup> N. NORD, *op. cit.*, n° 25 p. 13.

<sup>264</sup> N. WATTÉ et C. BARBÉ, Le nouveau droit international privé belge : étude critique des fondements des règles de conflit de lois, JDI 2006 n° 101 p. 921.

<sup>265</sup> V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 391 p. 184 et n° 407 p. 191.

<sup>266</sup> Au sujet de l'influence de la loi de police sur la compétence juridictionnelle, v. *infra* n° 916 s. Comp. S. KROKHALEV, L'ordre public en droit international privé comparé français et russe, th. Paris XII et Académie juridique de l'État de l'Oural 2005, n° 201 s. p. 73. Disponible sur : <http://doxa.scd.univ-paris12.fr/theses/th0245648.pdf>. Comp, le chef impératif de compétence en matière de crédit à la consommation, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, M<sup>me</sup> RICHT, Bull. 2006 I n° 258 p. 226.

protection de l'ordre public<sup>267</sup>. Il a, en particulier, été exposé que les lois de police venaient assumer une partie de la fonction auparavant dévolue à l'exception de l'ordre public : celle de traduire dans l'ordre international une impérativité qui trouve son origine dans l'ordre interne<sup>268</sup> ou, en d'autres termes, celle d'être le « support actif des objectifs législatifs du for, dont elle s'impose de sauvegarder l'efficacité »<sup>269</sup>. Il est incontestable que le chevauchement mutuel des deux notions conforte cette interprétation, tout particulièrement lorsqu'il s'agit d'imposer des politiques législatives étatiques<sup>270</sup>. C'est d'ailleurs à ce titre que nous faisons figurer ce procédé au sein des méthodes du droit international privé que nous considérons comme empreintes des conceptions du for.

**174. Hypothèse de la fusion des notions.** Une fusion de l'ordre public et des lois de police serait-elle souhaitable ? Elle serait assurément plus didactique. Elle permettrait surtout d'éviter tout errement quant à la définition des lois de police. Aussi pertinente que puisse paraître une telle approche, il nous faut pourtant conserver la distinction fonctionnelle parce qu'elle est tout à fait déterminante pour décrire l'usage qui est fait de la *lex fori*. La fonction d'impérativité attribuée à certains objectifs législatifs par le juge traduit fort bien la volonté de ce dernier d'imposer la *lex fori*. La fonction de protection de l'ordre juridique contre les politiques législatives étrangères choquantes illustre, quant à elle, une utilisation plus passive de la loi du for (exprimant une sorte de réaction défensive ou un instinct de conservation).

---

<sup>267</sup> M. FARGE, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, éd. L'Harmattan Paris, 2003 spéc. n° 369 s. p. 353 s. ; Monsieur NORD ne cesse d'en dénombrer les similitudes mais se refuse cependant à se poser en partisan d'une fusion entre loi de police et ordre public, N. NORD, *op. cit.*, n° 27 p. 14.

<sup>268</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*, colloque Avignon du 7 octobre 1994, coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz Paris 1996, n° 6 p. 70. À l'inverse, l'ordre public peut venir emprunter la méthode des lois de police : « dans d'autres hypothèses, les juges se servent de l'exception d'ordre public avant même d'avoir identifié les dispositions du droit étranger susceptibles de venir heurter les valeurs du for. L'application des règles du for est alors déclenchée immédiatement, sans passer par le détour de la méthode conflictuelle. On peut y voir une économie de raisonnement, revenant à ériger les valeurs du for en lois d'application immédiate. Mais il faut néanmoins reconnaître que cette démarche brouille la distinction entre ordre public et lois de police et encourage le "lex forisme" », M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ Paris 2007, n° 215 p. 140.

<sup>269</sup> R. LIBCHABER, *op. cit.*, n° 13 p. 76.

<sup>270</sup> Le phénomène est soigneusement analysé par Monsieur NORD, N. NORD, *op. cit.*, n° 81 s. p. 48 s.

Il faut aussi noter que, contrairement aux lois de police, l'utilisation de l'ordre public n'a pas toujours pour effet d'évincer la loi étrangère. Il peut ainsi servir en matière d'exequatur des décisions étrangères<sup>271</sup>. L'ordre public possède donc un domaine plus large que les lois de police. Ceci dit, la remarque serait inopérante si à l'avenir le juge français décidait d'utiliser les lois de police pour apprécier sa décision d'accorder l'exequatur.

**175.** Il faut, de surcroît, souligner, au bénéfice de la distinction entre les lois de police et la sauvegarde de l'ordre public, que cette dernière est affectée de nombreuses atténuations qui en restreignent l'usage abusif : l'ordre public est apprécié en fonction de son actualité ; son intervention est limitée à la règle étrangère qui porte atteinte aux valeurs du for et non à la loi étrangère toute entière ; l'exception d'ordre public ne s'applique pas aux droits régulièrement acquis à l'étranger ou aux situations sans aucun liens significatifs avec le for. Les lois de police ne connaissent, pour l'heure, aucune de ces atténuations. Elles contribuent, au contraire, à épargner au juge toute obligation de motiver le rejet d'une loi étrangère qui aurait dû être applicable en vertu de la règle de conflit de lois. Ce faisant, les lois de police facilitent l'administration de la justice, mais elles ruinent la valeur ajoutée du droit international privé, à savoir la recherche de l'harmonie internationale des solutions.

**176. Expérimentation du critère fonctionnel.** La mise en œuvre d'un critère fonctionnel de distinction entre ordre public et loi de police a, par ailleurs, été testée par Monsieur FARGE en matière de droit de la famille. Ce dernier a, tout d'abord, montré que le critère était difficilement praticable dans le sens où il conduirait à ranger parmi les lois de police toutes les dispositions internes conformes aux principes de liberté individuelle, d'égalité entre les personnes et de sauvegarde de l'intérêt des plus faibles. L'auteur propose alors de restreindre ce rôle aux particularités reconnues comme invincibles dans les politiques législatives étatiques : par exemple l'accouchement anonyme ou encore le principe d'anonymat des donneurs<sup>272</sup>. La proposition est intéressante parce qu'elle s'appuie implicitement sur une connaissance comparée du droit civil qui autorise l'auteur à distinguer, pour le droit français, ce qui est fondamental de ce qui ne l'est pas.

**177. Caractère *lex foriste* des lois de police.** Quant à son résultat, le mécanisme des lois

---

<sup>271</sup> En ce sens, D. BODEN, L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique, (vol. 1), th. Paris I 2002, n° 24 p. 21 (note 53).

<sup>272</sup> M. FARGE, *op. cit.*, n° 369-421, p. 353-395.

de police procède en tout cas d'un présupposé péjoratif à l'égard des lois étrangères puisqu'il n'autorise aucune exception à l'application de la loi de police du for. Plus qu'un caractère unilatéral, c'est un « refus global et indifférencié des lois étrangères » qui ressort de ce mécanisme<sup>273</sup>. Les lois de police témoignent ainsi de la supériorité des conceptions de la loi du for sur celles qui sont véhiculées par les lois étrangères. Il s'agit, de toute évidence, d'une forme directe de *lex forisme* qui agit au détriment du principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for<sup>274</sup>. Plus généralement, il est reconnu que l'utilisation des lois de police a pour effet de désorganiser la coexistence des systèmes juridiques<sup>275</sup>. Autrement dit, elle opère un sacrifice de l'harmonie internationale des solutions au bénéfice des nécessités dictées par l'ordre interne<sup>276</sup>.

**178.** Prise dans ce sens, la loi de police est assurément insusceptible d'être bilatéralisée puisque cela consisterait à projeter dans les ordres juridiques étrangers une politique juridique à laquelle ils n'adhèrent probablement pas<sup>277</sup>. Cependant, le *lex forisme* dont est taxé le concept de loi de police pourrait être atténué dès lors qu'il serait permis au juge, d'une certaine manière, d'appliquer des lois de police qui n'émanent pas du pays dans lequel il statue. Si la jurisprudence pouvait alors fournir des illustrations de mise en œuvre des lois de police étrangères aussi nombreuses que celles du for, une réciprocité serait instaurée et chasserait le caractère *lex foriste* des lois de police.

**179.** Une telle possibilité de donner effet aux lois de police étrangères est manifestement

---

<sup>273</sup> Ph. FRANCESCAKIS, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Sirey Paris 1958, n° 10 p. 14.

<sup>274</sup> En ce sens, v. V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 385 p. 182.

<sup>275</sup> H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II t.139, p. 143.

<sup>276</sup> B. AUDIT, Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul, RIDC 1998 p. 441. Comp. au sujet des lois de police de droit communautaire européen : « l'interférence de l'ordre juridique communautaire, en exaltant le recours aux lois de police, contribue à refouler, à travers la règle de conflit protectrice, une certaine manière d'appréhender les relations transfrontières pour lui en substituer une autre, encore hésitante, mais qui paraît moins soucieuse de l'harmonie internationale des solutions que de la valorisation du droit communautaire », L. GANNAGÉ, La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, in *Études de droit de la consommation : mélanges Jean Calais-Auloy*, Dalloz Paris 2004, p. 434.

<sup>277</sup> En ce sens : « dès lors que l'on bilatéralise une loi de police, on la disqualifie », D. ARCHER, Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflit de lois), t. 1,

ouverte par les textes. D'abord, elle est autorisée par des traités tels que la convention de La Haye du 14 mars 1978<sup>278</sup> et la convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985<sup>279</sup>. L'article 7 § 1 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles offre aussi la possibilité au juge de donner effet aux lois de police étrangères<sup>280</sup>. Il n'y a cependant pas à notre connaissance d'exemples de décisions où il a été fait usage de cette disposition. Certains pays ont, de surcroît, réservé l'application de l'article 7 § 1 du traité<sup>281</sup>.

**180.** La même possibilité de tenir compte des lois de police étrangères figure dans certaines législations étatiques : l'article 19 de la loi fédérale suisse<sup>282</sup>, l'article 3079 du Code civil québécois<sup>283</sup> et l'article 20, alinéa 2, du Code belge de droit international privé<sup>284</sup> selon une formulation similaire à la loi suisse. Elle apparaît tout autant dans la lettre de

---

th. Cergy-Pontoise 2006, n° 45 p. 53.

<sup>278</sup> « Lors de l'application de la présente Convention, il pourra être donné effet aux dispositions impératives de tout État avec lequel la situation présente un lien effectif, si et dans la mesure où, selon le droit de cet État, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi désignée par ses règles de conflit », art. 16 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation, texte disponible sur : [www.hcch.net](http://www.hcch.net) .

<sup>279</sup> V. art. 16 de la convention de La Haye du 1<sup>er</sup> juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, texte disponible sur : [www.hcch.net](http://www.hcch.net) .

<sup>280</sup> V. art. 7 § 1 de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, texte disponible sur : [www.rome-convention.org](http://www.rome-convention.org).

<sup>281</sup> En vertu de l'art. 22, 1. de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles, « tout État contractant, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation, pourra se réserver le droit de ne pas appliquer l'article 7 paragraphe 1 ». L'Allemagne, le Royaume-Uni et le Luxembourg ont utilisé cette réserve, v. B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 840 p. 678.

<sup>282</sup> V. art. 19 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, texte disponible sur le site internet des autorités fédérales de la confédération suisse : [www.admin.ch/ch/f/rs/291/](http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/). V. aussi : Fr. KNOEPFLER et Ph. SCHWEIZER, La nouvelle loi fédérale suisse sur la droit international privé (partie générale), RCDIP 1988 p. 207.

<sup>283</sup> V. art. 3079 du Code civil résultant de la loi du 18 décembre 1991 codifiant le droit international privé en un livre dixième du nouveau Code civil du Québec (art. 3076 à 3168), RCDIP 1992 p. 574 ; commentaire d'E. GROFFIER, RCDIP 1992 p. 584.

<sup>284</sup> V. art. 20, alinéa 2, du Code de droit international privé issu de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, Moniteur belge 27 juillet 2004, p. 57344 ; RCDIP 2005 p. 158 ; J.-Y. CARLIER, M. FALLON, et B. MARTIN-BOSLY, Code de droit international privé, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Bruylant Bruxelles, p. 584 ; disponible sur le site internet du Conseil francophone de la fédération du notariat belge :

l'article 38 du Code tunisien de droit international privé de 1998<sup>285</sup> et dans celle de l'article 1192, alinéa 2, du Code civil russe<sup>286</sup>.

**181.** Une incursion dans le droit international privé suisse montre cependant que la mise en œuvre des lois de police étrangères doit être sévèrement relativisée car elle n'est pas effective en jurisprudence<sup>287</sup>. Une décision du tribunal fédéral suisse précise, par exemple, que la prise en considération de normes impératives étrangères est une exception qui, en particulier, n'entre pas en question si la loi suisse de droit international prévoit elle-même une réglementation spéciale – ce qui était bien entendu le cas en l'espèce (il s'agissait de l'entraide judiciaire prévue par les articles 166 et s. de la LDIP en vue de la reconnaissance d'une décision de faillite étrangère)<sup>288</sup>. Il est vrai que, sans aller jusqu'à une mise en œuvre, la loi suisse propose seulement leur « prise en considération », ce qui est bien moins contraignant.

**182.** En effet, la prise en considération confère à la loi de police étrangère le statut de « simple donnée » et non celui de règle juridique impérative susceptible de résoudre le problème juridique<sup>289</sup>. Elle n'est ainsi que la traduction de l'intuition, qui surgit chez le juge, de ne pas exclure de son raisonnement une loi étrangère, certes en relation avec le litige, mais qui n'a pas été désignée par la règle de conflit<sup>290</sup>. Il s'agit d'un élément de souplesse extrêmement difficile à conceptualiser. D'ailleurs, son utilisation n'est pas réellement assumée par les juges : « il arrive fréquemment que les juges cherchent à justifier la prise en

---

[www.notaire.be/info/actes/100\\_code\\_dip.htm](http://www.notaire.be/info/actes/100_code_dip.htm).

<sup>285</sup> V. art. 38 du Code de droit international privé tunisien issu de la loi n° 98-97 du 27 novembre 1998 portant promulgation du code de droit international privé, RCDIP 1999 p. 387 ; texte disponible sur : [www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/cdip/menu.html](http://www.jurisitetunisie.com/tunisie/codes/cdip/menu.html).

<sup>286</sup> Loi fédérale n° 146 du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie (Rosyiskaya Gazeta, 28 novembre 2001), RCDIP 2002 p. 184.

<sup>287</sup> En matière de loi de police, il y a une « répugnance des tribunaux à faire de la règle étrangère la majeure de leur syllogisme », E. FOHRER, La prise en considération des normes étrangères, th. Paris II 2004, n° 457 p. 364.

<sup>288</sup> Tribunal Fédéral, 1<sup>re</sup> Cour civile, 7 mai 2004, Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ATF) 2004 (130) vol. III p. 620, consid. 3.5.1. Disponible sur le site internet du Tribunal fédéral suisse : [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

<sup>289</sup> Sur la différence entre application et prise en considération de la loi étrangère, v. la thèse de Madame FOHRER, *op. cit.*, n° 18 s. p. 22 s. Comp. M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris, 2007, n° 180-188 p. 112-119.

considération d'une loi dans le présupposé de celle qu'ils appliquent en invoquant les méthodes classiques de droit international privé. Cette justification, même artificielle, leur permet ainsi d'éviter le reproche du caractère en apparence arbitraire de leur démarche intellectuelle »<sup>291</sup>.

En droit international privé français, où la doctrine reconnaît la possibilité d'appliquer les lois de police étrangères<sup>292</sup>, la jurisprudence a reconnu le principe d'application des lois de police *désignées par la règle de conflit*<sup>293</sup>. En revanche, elle n'a jamais effectivement appliqué une loi de police étrangère sans passer par le biais de la règle de conflit française.

**183. Conclusion du paragraphe.** Par nature, le concept de loi de police est marqué d'une volonté de promouvoir la *lex fori* au-delà d'une stricte égalité entre cette dernière et la loi étrangère. Il en est même l'expression la plus concrète et la plus franche. En raison de ce caractère *lex foriste*, la jurisprudence doit se garder de découvrir de multiples lois de police dans le droit interne. Le cas échéant, elle deviendrait l'artisan d'un accroissement de la prévalence de la *lex fori* dans le traitement des situations internationales. Or, il est particulièrement troublant de constater que même si les lois de police étaient simplement décelées de façon ponctuelle, l'absence de prise en compte de tout principe d'actualité à leur égard (comme c'est le cas avec le mécanisme de l'ordre public) conduirait à un cumul inéluctable des lois de police. Du reste, l'expansion prévisible de ce phénomène n'est même pas relativisée par l'application réciproque des lois de police étrangères, dont on a vu que même la simple prise en compte restait totalement ineffective.

---

<sup>290</sup> E. FOHRER, *op. cit.*, n° 151 p. 123.

<sup>291</sup> E. FOHRER, *op. cit.*, n° 155 p. 126.

<sup>292</sup> V. B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 121 p. 102 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Précis de droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 133 p. 154-156 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 53 § 15 p. 501 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, n° 127 p. 93.

<sup>293</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 octobre 1972, AUDOUZE, Bull. 1972 I n° 204 p. 177 ; RCDIP 1973 p. 520, note H. BATIFFOL ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 octobre 1972, CASSAN, JDI 1973 p. 716, note Br. OPPETIT ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1973, SEBBAN BENCHARA et a., Bull. 1973 I n° 44 p. 40 ; JDI 1975 p. 66 (1<sup>re</sup> esp.), note B. AUDIT ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 octobre 1989, SOC. PROMOCOMEX, RCDIP 1990 p. 732, note P. COURBE ; JDI 1992 p. 113, note Cl. FERRY.

Un autre mécanisme, moins fréquemment utilisé en jurisprudence, traduit également la volonté d'assurer l'application des conceptions du for : il s'agit des normes matérielles étatiques (§ 4).

#### § 4 Les normes matérielles étatiques

**184. Définition.** La règle matérielle (ou substantielle), contrairement à la règle de conflit, est une norme qui fournit directement la solution applicable au fond<sup>294</sup>. Typiquement conçue pour les situations internationales, elle se distingue des règles d'application immédiate qui, pour leur part, consistent à étendre aux relations internationales des dispositions purement internes<sup>295</sup>.

**185. Nature particulariste.** Il n'est pas forcément besoin de forcer le trait sur la nature particulariste des règles matérielles de source interne ni sur leur effet néfaste au regard des relations internationales. Il y a quelques décennies, le doyen BATIFFOL remarquait déjà que « le développement des règles matérielles, quelle que soit la réalité des causes qui les propagent, aboutit, si elles restent nationales, au cloisonnement juridique, de soi contraire aux exigences évidentes de la vie des relations privées internationales (...) la divergence des règles de conflit est à cet égard beaucoup moins grave, parce qu'elle s'accommode de beaucoup de solutions ou de résultats communs, et elle peut plus facilement, quoi qu'on en ait dit, être atténuée par traité que les règles matérielles, qui se ressentent beaucoup plus étroitement des intérêts propres à chaque État »<sup>296</sup>.

---

<sup>294</sup> La règle de conflit est un mode indirect de résolution des litiges internationaux. Selon un auteur, il s'agit même d'un « *jus supra jura* », P. VALLINDAS, La structure de la règle de conflit, RCADI 1960-III t. 101, p. 340. On dit aussi que la règle de conflit de lois résout la question préjudicielle de la détermination de la loi applicable, P. VALLINDAS, *op. cit.*, p. 342.

<sup>295</sup> M. SIMON-DEPITRE, Les règles matérielles dans le conflit de lois, RCDIP 1974 p. 591, spéc. p. 594. Comp. : les règles de droit matériel sont « imprégnées du désir de rendre aux relations internationales la réglementation spécifique qu'elles semblent par nature réclamer et, marquant leurs distances par rapport aux législations internes susceptibles de désignation par le procédé du conflit de lois, soulignent les insuffisances de ce dernier », Fr. DEBY-GÉRARD, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, BDIP vol. 16, Dalloz Paris 1973, n° 9 p. 9 (l'auteur raisonne en matière de droit du commerce international).

<sup>296</sup> H. BATIFFOL, L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest, JDI 1973 p. 22, spéc. p. 39.

**186. Nombre de règles matérielles.** Les normes matérielles de source interne ne sont pas majoritaires en droit positif<sup>297</sup>. Celles qui sont généralement relevées dans les manuels ne concernent que des matières autonomes telles que le droit du commerce international ou l'arbitrage international<sup>298</sup>. La même tendance se retrouve pour les règles matérielles de source internationale. Cela semble d'ailleurs témoigner de la difficulté qu'il y a à évincer la diversification des solutions par aire juridique, notamment dans les matières juridiques qui sont proches de la culture, des mœurs et de tout ce qui touche à l'essence identitaire des peuples.

**187. Exemple du droit de prélèvement successoral.** En outre, les exemples de règles matérielles de source interne ne sont pas des plus récents en matière de conflit de lois. Celui que nous avons choisi de traiter est même particulièrement ancien puisqu'il date de 1819. Il s'agit, en l'occurrence, du droit de prélèvement successoral institué par l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819<sup>299</sup>. Il énonce que s'agissant des biens situés en France, les héritiers français peuvent prélever la part dont ils sont privés sur les biens situés à l'étranger. Au dernier état de la doctrine, l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 fait partie de la catégorie des règles matérielles ou substantielles<sup>300</sup>.

**188. Caractère nationaliste du droit de prélèvement successoral.** Le droit de prélèvement successoral est d'ailleurs explicitement qualifié de règle « nationaliste »<sup>301</sup>. À

---

<sup>297</sup> V. Fr. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, BDIP vol. XVI, Dalloz Paris 1973, n° 125 s. p. 98 s.

<sup>298</sup> Par exemple, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993, COMITÉ POPULAIRE DE LA MUNICIPALITÉ DE KHOMS, Bull. 1993 I n° 372 p. 258 ; RCDIP 1994 p. 663, note P. MAYER.

<sup>299</sup> « Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et Français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens dont il seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales », article 2 de la loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction, disponible sur : [www.legifrance.gouv.fr/](http://www.legifrance.gouv.fr/) ou sous l'ancien article 726 du Code civil, éd. Dalloz.

<sup>300</sup> V. la démonstration particulièrement convaincante de Monsieur BILLARANT : S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales : réflexions sur la méthode conflictuelle*, NBT vol. 31, Dalloz Paris, 2004, n° 186 s. p. 198 s. *Adde*, P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 811 p. 605 ; B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 899 p. 728 ; L. GANNAGÉ, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juillet 1999, RCDIP 2000 p. 207, spéc. p. 215.

<sup>301</sup> L. RUET, *Prélèvement nationaliste : le conjoint survivant ne peut bénéficier de l'article 2 de la loi du 14*

l'origine prévue comme une sauvegarde des Français contre toute loi étrangère discriminatoire, la règle du prélèvement est interprétée comme une règle qui privilégie ces derniers à raison de leur nationalité. Toutefois, il est possible de s'interroger sur le véritable objet qui occupe cette règle : s'agit-il d'un désir de favoriser le Français ou d'un souci de se rapprocher au plus près du règlement successoral tel qu'il est prévu *par la loi française*<sup>302</sup> ? Messieurs LOUSSOUARN, BOUREL et DE VAREILLES-SOMMIÈRES sont du deuxième avis, « l'essentiel étant », écrivent-ils, « l'extension de la loi française »<sup>303</sup>.

**189. Extension du domaine de la *lex fori*.** Il est vrai que la jurisprudence en fait une interprétation extensive, c'est-à-dire une interprétation qui va bien au-delà de l'hypothèse dans laquelle un Français se trouve privé de droits successoraux par une autorité étrangère<sup>304</sup>. Contrairement à la lettre de l'article 2, les héritiers français peuvent ainsi exercer le prélèvement contre des héritiers étrangers et contre des héritiers français<sup>305</sup>. *Ultra legem*, la jurisprudence a aussi décidé que le droit de prélèvement pouvait intervenir non seulement lorsque les biens étaient situés en France et à l'étranger, mais aussi lorsque tous les biens successoraux étaient situés en France<sup>306</sup>. Le droit de prélèvement successoral du droit français a même évincé l'application de conventions consulaires telles que la Convention

---

juillet 1819, note sous Paris, 28 novembre 1995, aff. M<sup>me</sup> de Bourbon de Parme, ép<sup>se</sup> de Lobkowicz c/ C<sup>ts</sup> de Bourbon de Parme, JCP 1996 II 22745 p. 489 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 812-813 p. 606-607 ; B. AUDIT, *op. cit.*, n° 901 p. 730 ; Th. VIGNAL, Droit international privé, Armand Colin-Dalloz Paris 2005, n° 453 p. 274 ; S. GODECHOT-PATRIS, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 décembre 2005, RCDIP 2006 p. 593 ; P. LOUIS-LUCAS, Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de J.-P. Niboyet, TCFDIP 1951-1954, Librairie Dalloz 1955, p. 31 et 38. V. également : S. BILLARANT, *op. cit.*, n° 193 p. 209, qui parle d'un « indéniable caractère nationaliste ».

<sup>302</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 812 p. 607.

<sup>303</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 433 p. 593. V. aussi le commentaire de Madame GODECHOT-PATRIS selon lequel l'objectif du droit de prélèvement est d'exclure la loi étrangère désignée par la règle de conflit dans un souci tant de protection des héritiers français que de faveur pour le système successoral français, S. GODECHOT-PATRIS, note précitée, p. 593.

<sup>304</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 901 p. 730.

<sup>305</sup> V. l'abondante jurisprudence citée par Monsieur BILLARANT : S. BILLARANT, *op. cit.*, n° 170 p. 178 (note n° 688) ; comp. G. A. L. DROZ et M. REVILLARD, Successions : conflits de lois, J-Cl. Droit International, fasc. 557-10 (2002), n° 109 p. 16.

<sup>306</sup> V. les références jurisprudentielles citée dans : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. II, LGDJ Paris, 7<sup>e</sup> éd. 1983, n° 648 p. 413 (note 7).

franco-espagnole du 7 janvier 1862 et la Convention franco-américaine du 23 février 1853 qui prévoyaient une égalité entre ressortissants des deux pays<sup>307</sup>. La jurisprudence ne respecte donc pas l'interprétation restrictive qui devrait être de mise pour cette dérogation à la mise en œuvre de la règle de conflit de lois<sup>308</sup>.

**190. Utilisation jurisprudentielle constante.** Par ailleurs, le droit de prélèvement n'est pas tombé en désuétude : il est encore utilisé au XXI<sup>e</sup> siècle. En témoigne un arrêt de la Cour de cassation rendu en 2005 au visa de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 et selon lequel il a été décidé que : « le droit de prélèvement est une exception à l'application normale d'une règle de conflit de lois, qui, lorsqu'un héritier français se voit reconnaître par une loi successorale compétente des droits inférieurs à ceux qui résulteraient pour lui de l'application de la loi française, lui permet de prélever, sur les biens de la succession en France, une portion égale à la valeur des biens dont il est privé, à quelque titre que ce soit, en vertu de cette loi ou coutume locale »<sup>309</sup>.

**191. Proposition d'abrogation en doctrine.** Bien que, sur le plan comparatif, la position du droit français ne soit pas isolée puisqu'un certain nombre d'États continuent d'y avoir recours au profit de leurs seuls nationaux<sup>310</sup>, l'abrogation du droit de prélèvement est néanmoins souhaitée par la doctrine majoritaire<sup>311</sup>. Le procédé a, par exemple, été dénoncé

---

<sup>307</sup> Trib. Civ. de la Seine, 26 avril 1910, MELGAREJO, JDI 1911 p. 254, concl. MORNET ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 1972, ROUGERON, Bull. 1972 I n° 36 p. 33 ; D. 1973 p. 59, note P. LAGARDE ; Rép. Def. 1972 p. 1179, note Ph. MALAURIE.

<sup>308</sup> En vertu de l'adage « *Exceptio est strictissimae interpretationis* » qui veut que l'exception soit interprétée restrictivement.

<sup>309</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 décembre 2005, M<sup>me</sup> ANNE LOISEAU ET A., Bull. 2005 I, n° 484 p. 406 ; RCDIP 2006 p. 583, note S. GODECHOT-PATRIS ; Dr. fam. mai 2006, n° 117, comm. M. FARGE ; D. 2006 p. 1217, note J.-Gr. MAHINGA ; *ibid.* IR p. 15-16, obs. I. GALLMEISTER ; JCP 2006 II 10050, note Fr. BOULANGER ; Rép. Def. 2006 p. 562, note M. REVILLARD. *Adde*, Rapport annuel 2005 de la Cour de cassation : l'innovation technologique, éd. La documentation française Paris 2006, p. 408, rapport mis en ligne sur le site internet de la Cour de cassation : [www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr).

<sup>310</sup> Fr. BOULANGER, Droit international des successions : nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles, Economica Paris 2004, n° 39 p. 41.

<sup>311</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 812 p. 607 ; B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 901 p. 730. Comp. BATIFFOL au sujet de la jurisprudence qui fait prévaloir l'intérêt du national : « si vous décrêtez que l'intérêt d'un Français est préférable par principe à celui d'un étranger, il n'y a plus de droit international privé », H. BATIFFOL,

avec véhémence par DROZ qui considère que « l'institution du droit de prélèvement "nationaliste" est un anachronisme honteux du droit international privé français », de surcroît source d'un trouble « intolérable dans le règlement des successions internationales »<sup>312</sup>. Pourtant, Monsieur LEQUETTE souligne que le droit de prélèvement est conforme au souhait du législateur d'étendre de manière exorbitante le domaine de la loi française, un souhait qui fut par ailleurs mis en œuvre avec l'adoption des articles 311-15 et 309 (ancien 310) du Code civil. N'est-il pas, en effet, troublant de constater que toutes ces dispositions qui élargissent l'application du droit français sont demeurées intactes malgré les réformes de la filiation, du divorce et des successions ?

---

Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1929, p. 245. Les notaires sont, dans l'ensemble, favorables à la suppression du droit de prélèvement car il complique singulièrement le règlement de la succession, M. REVILLARD, Droit international privé et communautaire : pratique notariale, Defrénois Paris 2006, n° 588 p. 316.

<sup>312</sup> G. A. L. DROZ, Regards sur le droit international privé comparé (cours général de droit international privé), RCADI 1991-IV, t. 229, n° 240 p. 232.



## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**192.** Au cours de nos développements, le principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for, un principe directeur du droit international privé, a été clairement mis à mal. Il fut premièrement mis en doute par une série d'auteurs au nom du réalisme. Il fut deuxièmement complètement réduit à néant par la présentation de la jurisprudence que font les auteurs du recueil des grands arrêts du droit international privé français. Il fut troisièmement attaqué sur quatre fronts d'ampleur inégale : l'unilatéralisme, les règles à finalité matérielle, les lois de police et les règles matérielles. Seule, enfin, l'analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation a permis d'en établir non seulement la positivité, mais aussi la parfaite légitimité d'utilisation dans le traitement des situations juridiques internationales. Elle rend ainsi une image rassurante du domaine des conflits de lois, du moins en France, autorisant à montrer que le juge n'assure pas une prévalence à la *lex fori*, même en ayant les instruments théoriques de le faire. Une sérieuse inquiétude subsiste pourtant quant à la jurisprudence des juges du fond qui ne peut être analysée faute de publication.

**193.** Sur le plan de la théorie générale des conflits de lois, et plus particulièrement sur le plan méthodologique, il faut par ailleurs en conclure qu'il existe une force de résistance du modèle bilatéraliste. On constate donc que la doctrine majoritaire a raison d'insister pour attribuer à la règle de conflit un « statut de règle de droit commun »<sup>313</sup>. D'un autre côté, cela doit-il pour autant nous amener à condamner toutes les théories qui permettent d'asseoir la *lex fori* sur une position dominante ? La réponse à cette question doit nécessairement être nuancée.

**194.** Tout d'abord, il doit y avoir, selon nous, un rejet catégorique de toutes les règles empreintes d'expansionnisme en droit international privé. Il est absolument impensable de justifier qu'un ordre juridique puisse imposer ses valeurs sans assurer en amont un contrôle comparé (c'est-à-dire international) du bien fondé de celles-ci.

Ensuite, malgré le lien incontestable entre le droit interne et le droit international privé, il

---

<sup>313</sup> L. GANNAGÉ, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille, BDP t. 353, LGDJ Paris 2001, n° 205 p. 134. Le professeur AUDIT parle également de la « primauté des règles indirectes » dans la résolution des conflits de lois, B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 9 p. 7.

faut prendre soin d'éviter que les règles du droit international privé ne se muent en un « instrument de valorisation du droit interne »<sup>314</sup>. Ce dernier n'est pas, en effet, à l'abri des changements qui guident la société étatique tout comme la société internationale. Ainsi, le souci d'assurer un résultat prédéterminé calqué sur le droit interne se traduit « par l'introduction de jugements de valeur, perméables à l'air du temps »<sup>315</sup> et détourne la justice du droit international privé de l'impartialité qui devrait la caractériser.

**195.** Ainsi, au premier abord, il apparaissait problématique que l'essor du droit international privé se soit accompagné d'une tendance inéluctable à retourner vers les valeurs étatiques. Notre étude révèle cependant que l'expression la plus contestable de ce phénomène est doctrinale : elle réside dans le soutien accordé par certains auteurs aux méthodes assurant une prédominance à la *lex fori*. Elle se trouve également avantagée lors de la mise en œuvre de la *lex causae* en raison du rôle subsidiaire qui lui est largement conféré, ce qui sera étudié au cours du Chapitre II.

---

<sup>314</sup> Y. LOUSSOUARN, Les réformes du droit international privé du divorce et de la filiation, *in* La terre, la famille, le juge : études offertes à Henri-Daniel Cosnard, Economica Paris 1990, p. 137.

<sup>315</sup> B. AUDIT, Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul, RIDC 1998 p. 448.

## CHAPITRE II LA SUPÉRIORITÉ DE LA *LEX FORI* LORS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI APPLICABLE

**196.** Après avoir envisagé la supériorité de la *lex fori* au stade de la désignation formelle de la loi applicable, il faut à présent analyser la place qu'occupe la loi du for au cours de la mise en œuvre de la *lex causae*. Pour ce faire, il est tout d'abord possible de présenter la fonction de substitut qu'occupe la loi du for. Dans un certain nombre de cas, en effet, la loi du for joue le rôle de suppléante. En remplaçant ainsi la loi étrangère, qui devrait être mise en œuvre en raison de sa désignation par la règle de conflit, l'application de la *lex fori* a fatalement pour effet d'évincer le droit étranger.

**197.** À l'opposé, la loi étrangère ne supplée jamais la défaillance de la *lex fori*. C'est qu'en fait, par définition, la loi du for n'est pas admise à être défaillante. Ce manque évident de réciprocité ne semble pas en adéquation avec la répartition égalitaire qu'est censée apporter la justice post-savignienne<sup>316</sup>. C'est pourquoi, il apparaît important de s'interroger sur la légitimité de ces interventions additionnelles de la loi du for. L'emploi d'un concept unitaire tel que la vocation subsidiaire de la *lex fori* se révélera alors fort utile pour rassembler les différents recours à la *lex fori* lors de la mise en œuvre de la loi étrangère.

Nous présenterons tout d'abord le concept de vocation subsidiaire (Section 1), dont nous détaillerons ensuite les manifestations au cours de la procédure (Section 2) puis au cours de l'examen au fond du droit (Section 3).

---

<sup>316</sup> Sur le principe d'égalité, ou de bilatéralité, de la règle de conflit de lois, v. *supra* n° 69 s.

**198. Présentation.** Comment recenser les utilisations subsidiaires de la loi du for ? Le critère qui doit servir à recenser les applications subsidiaires de la *lex fori* est tout simplement celui de l'éviction exceptionnelle de la loi étrangère, intervenant après sa désignation par la règle de conflit. Une telle éviction se retrouve en fait dans un certain nombre de mécanismes, propres au droit international privé : la fraude à la loi, la protection de l'ordre public, le renvoi au premier degré ou encore l'exception d'équivalence. La mise à l'écart de la loi étrangère intervient, en outre, très souvent à l'occasion de son régime procédural. En résumé, les applications subsidiaires de la *lex fori* correspondent à toutes les « barrières que la loi étrangère doit sauter avant son application [*et qui*] constituent d'autres motifs d'une *vis attractiva* du for sur le droit »<sup>317</sup>. Très certainement, ces procédés ont pour effet de réanimer, *a posteriori*, un lien entre le *jus* et le *forum* alors que le principe de séparation entre le juge compétent et la loi qu'il applique avait pleinement fonctionné<sup>318</sup>.

**199. Domaine des applications subsidiaires de la *lex fori*.** Quel serait le domaine des utilisations subsidiaires de la *lex fori* ? Celui-ci a implicitement été circonscrit par la doctrine. Cette dernière a invariablement placé dans la théorie générale de résolution des conflits de lois les procédés juridiques permettant d'exclure *a posteriori* la loi étrangère<sup>319</sup>. À y regarder de plus près, ces procédés pourraient quasiment être limités à la théorie générale de la méthode post-savignienne, puisqu'il s'agit de la méthode qui accorde à la loi étrangère la place la plus importante au sein de l'ordre juridique étatique. Dans les autres méthodes, il est bien moins utile d'évincer la loi étrangère étant donné qu'en principe, elles en restreignent fortement l'usage<sup>320</sup>. En raison de ce constat, les hypothèses d'éviction ne peuvent pas y être

---

<sup>317</sup> A. MIAJA DE LA MUELA, Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international, RCADI 1972-I t. 135, p. 62, [*ajouté par nous*]. Madame NIBOYET-HOEGY fait aussi référence à toute une « batterie d'exceptions au droit normalement applicable », M.-L. NIBOYET-HOEGY, La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national), in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz Paris, 1996, p. 314.

<sup>318</sup> Sur la séparation entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable, v. *infra* n° 591 s.

<sup>319</sup> Par exemple, B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 68 s. p. 56 s., spéc. n° 196-324, p. 165-271.

<sup>320</sup> Par exemple, la méthode unilatérale nationaliste ou la méthode des lois de police, v. *supra* n° 118 s. En ce sens, v. J.-M. BISCHOFF, La compétence du droit français dans les règlements de conflits de lois, LGDJ Paris

aussi fréquentes qu'au sein de la méthode post-savignienne.

**200. Travaux antérieurs.** Précisons que l'étude du recours à la *lex fori* au sein des mécanismes généraux du conflit de lois a déjà fait l'objet de plusieurs systématisations. Il faut plus particulièrement en retenir deux, qui sont les plus conséquentes. Celles-ci sont d'autant plus intéressantes qu'élaborées à des époques différentes, elles ne parviennent pas au même résultat. En 1959, BISCHOFF consacre notamment la deuxième partie de sa thèse de doctorat à ce sujet<sup>321</sup>. Il étudie la place de la *lex fori* dans le renvoi, la fraude à la loi, l'ordre public et les défaillances de la loi étrangère. Il parvient à la conclusion que les deux premiers mécanismes permettent de recourir largement à la *lex fori*, tandis que les deux autres n'autorisent qu'une utilisation quantitativement limitée de cette loi.

**201.** L'approche retenue par Monsieur VASSILAKAKIS en 1987 est assez différente<sup>322</sup>. L'auteur analyse la place de la *lex fori* dans les mécanismes généraux du conflit de lois sous l'angle législatif et non sous celui de leur utilisation jurisprudentielle. Il confirme que les mécanismes généraux de conflit de lois (qualification, renvoi, ordre public, fraude à la loi) permettent au juge d'appliquer sa propre loi dans de nombreux cas<sup>323</sup>. Il constate cependant, grâce à un examen comparé qui force l'admiration, que les législateurs de droit international privé n'obligent généralement pas les juges à recourir à la *lex fori*. Ils ne se prononcent pas sur la question de la fraude à la loi. Ils n'imposent pas que la qualification soit faite selon la loi du for, ni que cette dernière soit substituée à la loi étrangère en cas d'atteinte à l'ordre public. Ils n'adoptent pas non plus une conception sélective du renvoi puisqu'ils autorisent le renvoi au premier degré et au second degré. Le bilan de l'auteur est donc le suivant : si un certain nombre de mécanismes permettent le recours à la *lex fori*, les législations laissent en général au juge la liberté d'apprécier la légitimité de ce recours. Il ne précise pas, néanmoins,

---

1959, n° 158 p. 175 (à propos du recul de l'utilisation de l'ordre public).

<sup>321</sup> J.-M. BISCHOFF, La compétence du droit français dans les règlements de conflits de lois, LGDJ Paris 1959, spéc. p. 140 s.

<sup>322</sup> E. VASSILAKAKIS, Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, spéc. le titre III « La confirmation des tendances [*le recul de la loi du for et l'accroissement de la liberté du juge*] dans les mécanismes généraux du conflit de lois » [*ajouté par nous*], c'est-à-dire dans la qualification, le renvoi, l'ordre public et la fraude à la loi.

<sup>323</sup> « L'intervention des mécanismes généraux du droit international privé a très souvent contribué jusqu'à présent à ce que le domaine de la loi du for soit élargi », E. VASSILAKAKIS, *op. cit.*, n° 362 p. 341.

comment le juge use de cette liberté. L'étude de BISCHOFF est donc sur ce plan plus instructive, même si elle n'est pas aussi générale que celle de Monsieur VASSILAKAKIS.

**202.** Ces auteurs se rejoignent pourtant sur un point. Ils constatent tous deux une utilisation récurrente de la loi du for mais ils ne peuvent s'empêcher d'être optimistes : aucun d'entre eux ne jette l'opprobre sur ce constat. L'un explique que « l'application de la loi française est certes favorisée, mais sans que l'on puisse taxer les tribunaux de nationalisme »<sup>324</sup>. L'autre estime que « si ceux-ci [*les mécanismes généraux du conflit de lois*] ont permis dans de nombreux cas au juge d'appliquer sa propre loi, les dispositions récemment admises consacrent la liberté du juge, assez souvent aux dépens de la loi du for »<sup>325</sup>. Il est vrai qu'en dressant une typologie des procédés permettant d'aboutir à l'application de la *lex fori* (une sorte de mode d'emploi de la *lex fori*), le risque est de dégager une présentation du droit qui se dispense de la loi étrangère, c'est-à-dire de renier un axe fondamental du droit international privé. Or, tous ceux qui écrivent et aiment réfléchir sur le droit international privé ne pourront sans doute jamais s'y résoudre.

**203. Vocation subsidiaire de la *lex fori*.** Pour notre part, nous proposerons de systématiser toutes les dérogations à l'application de la loi étrangère non sous le concept de « compétence indirecte du droit français »<sup>326</sup> ou sous celui d'« orientation méthodologique des codifications du droit international privé »<sup>327</sup>, mais sous celui de la « vocation subsidiaire de la *lex fori* ». Si l'expression n'a rien d'innovant, son emploi habituel n'est, en revanche, pas aussi large que celui que nous avons choisi de retenir. La vocation subsidiaire est ordinairement utilisée pour les questions relatives au régime procédural de la loi étrangère. En ce qui concerne la fraude à la loi ou la contrariété à l'ordre public, par exemple, les auteurs parlent plus volontiers d'« éviction de la loi étrangère »<sup>328</sup>. Il faut dire que le concept

---

<sup>324</sup> J.-M. BISCHOFF, *op. cit.*, n° 182 p. 204.

<sup>325</sup> E. VASSILAKAKIS, *op. cit.*, n° 365 p. 344, [*ajouté par nous*].

<sup>326</sup> J.-M. BISCHOFF, *op. cit.*, spéc. p. 140 s.

<sup>327</sup> E. VASSILAKAKIS, *op. cit.*, spéc. le titre III.

<sup>328</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Précis de droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 235 p. 303 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson Paris 1987, n° 608 p. 299 ; J. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi*, Universidad de Valladolid éd. Casa Martin Valladolid 1952.

de « vocation subsidiaire » décrit une fonction attribuée à la *lex fori*, tandis que le concept d'« éviction de la loi étrangère » décrit le résultat auquel conduit inéluctablement l'application subsidiaire de la *lex fori*<sup>329</sup>. C'est que, par définition, l'application cumulative des lois en conflit est impossible : l'une exclut forcément l'autre<sup>330</sup>. Dans la résolution des conflits de lois, il convient alors d'associer la vocation subsidiaire de la *lex fori* à son effet d'éviction sur la loi étrangère : le concept ne doit pas être restreint aux difficultés relatives à l'application de la loi étrangère<sup>331</sup>.

**204.** Évidemment, choisir cette présentation revient à admettre, en théorie, que l'égalité entre la loi étrangère et la *lex fori* ne peut uniquement être possible qu'au stade de la désignation de la loi applicable<sup>332</sup>. Cela oblige à affirmer que la règle bilatérale de conflit de lois est inégalitaire dès lors que sa mise en œuvre est prise en compte. De fait, le principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for se trouve en très sérieuse perte d'effectivité à chaque fois que la vocation subsidiaire de la *lex fori* entre en jeu<sup>333</sup>. La conclusion est

---

<sup>329</sup> MAURY admet lui-même qu'il faille une norme juridique de substitution en cas d'éviction : « cette règle ne peut être que celle du droit du for », J. MAURY, *op. cit.*, p. 146.

<sup>330</sup> « En ne désignant qu'une seule loi, la règle de conflit exclut, de par ce choix, les autres lois susceptibles de s'appliquer », E. FOHRER, La prise en considération des normes étrangères, th. Paris II 2004, n° 31-32 p. 31 et n° 458 p. 365.

<sup>331</sup> En ce sens, un auteur estime que « finalement, les cas d'éviction de la loi étrangère en raison de sa contrariété avec l'ordre public international ou en raison de la fraude à la loi ont des allures d'hypothèses d'école au regard de toutes les situations dans lesquelles, de fait, la loi étrangère est évincée », M. SIMONET, L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français, *in* L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique, Ph. KAHN (sous la dir. de), Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française Paris 2001, p. 137. Comp. la définition apportée par Monsieur ANCEL et Madame MUIR WATT : ce serait une « vocation naturelle à appréhender tous les rapports [*internationaux*] dont est saisi le juge du for et non pas seulement à titre de sanction de la défaillance de la loi étrangère applicable », B. ANCEL et H. MUIR WATT, À propos de deux arrêts « de concert » : l'office du juge et la loi étrangère, *in* Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), sous la dir. de J. FOYER et de C. PUIGELIER, Economica Paris 2006, p. 408, [*ajouté par nous*].

<sup>332</sup> Un auteur affirme même qu'« en pratique (...) l'égalité parfaite entre la loi française et la loi étrangère est impossible à respecter, tant au plan de la désignation, qu'à celui de l'application du droit étranger », B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, BDP t. 272, LGDJ Paris 1996, n° 389 p. 236.

<sup>333</sup> « La vocation subsidiaire de la loi du juge saisi est probablement le signe le plus manifeste de ce qu'une pleine "égalité de traitement" (*Gleichberechtigung*) entre cette loi et la loi étrangère pèche par défaut de réalisme », H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris,

fâcheuse pour les défenseurs de la loi étrangère, ce qui explique très certainement pourquoi la doctrine n'offre généralement pas une présentation systématique de toutes les manifestations du recours à la *lex fori*<sup>334</sup>. Pour autant, l'association entre la vocation subsidiaire et son effet d'éviction sur la loi étrangère ne paraît pas recevoir d'objection majeure. Elle permet au contraire de confirmer que, dès lors que l'intervention supplémentaire de la *lex fori* reste cantonnée aux exceptions, le recours à la loi du for n'est pas un principe universel de résolution des conflits de lois. La question principale est alors de déterminer la proportion qu'occupent ces exceptions dans la résolution des conflits de lois.

**205. Caractère exceptionnel de l'application de la *lex fori*.** Quel serait l'intérêt d'enfermer la vocation subsidiaire de la *lex fori* dans des exceptions ? Une « *dialectique du principe et de l'exception* » permet fondamentalement d'instaurer une conciliation des intérêts en cause, tout en contenant la prévisibilité du droit dans des limites raisonnables. Elle sert d'avertissement aux parties : en cas d'atteinte à l'ordre public, par exemple, les parties savent à l'avance que le juge dispose de la faculté de revenir à la loi du for en dépit de la désignation faite par la règle de conflit. Ce système du principe et des exceptions, au demeurant très courant en droit, n'est cependant pas sans risques, spécialement lorsque les exceptions sont nombreuses, car elles vident le principe de sa substance. Il n'est pas non plus sans difficultés. La haute technicité de certains de ces procédés exceptionnels<sup>335</sup>, qui en fait aussi leur spécificité, les rend hermétiques à toute approche unitaire : le renvoi au premier degré ne correspond pas à l'hypothèse d'un accord procédural sur l'éviction de la loi étrangère compétente. Pourtant, dans les deux cas, le résultat est identique : c'est celui de l'application subsidiaire de la *lex fori*.

---

n° 353 note (3) p. 567.

<sup>334</sup> Une exception notable figure cependant dans l'ouvrage de Fr. KNOEPFLER et Ph. SCHWEIZER, *Droit international privé suisse*, 2<sup>e</sup> éd. 1995, Stämpfli Berne, n° 458 s. p. 202 s.

<sup>335</sup> Au terme d'une analyse consacrée au déclin du recours à la loi nationale en matière de statut familial des étrangers en France, Monsieur FARGE conclut que de nombreuses méthodes du droit international privé « concourent, de façon, simple ou sophistiquée, avec franchise ou hypocrisie, à assurer l'application de loi du milieu d'accueil », c'est-à-dire à assurer l'application de la *lex fori*, M. FARGE, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, éd. L'Harmattan Paris 2003, n° 640 p. 580. Un autre auteur parle lui aussi des « divers procédés de contournement de la loi étrangère compétente », M. NICOD, *Un droit venu d'ailleurs : la loi étrangère désignée par la règle de conflit*, in *Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz Paris 2006, n° 3 p. 419.

**206.** La conceptualisation autour de la notion de vocation subsidiaire de la *lex fori* est d'autant plus délicate que, pour favoriser la souplesse de leur mise en œuvre, certains procédés ne reçoivent volontairement pas de définition précise<sup>336</sup>. Le cas de l'exception d'ordre public est particulièrement significatif à cet égard. En conséquence, le système « principe/exceptions » risque de favoriser la manipulation des concepts<sup>337</sup> et de vider le principe de tout contenu, en accordant trop d'importance aux exceptions<sup>338</sup>. Pour que le système ne soit pas corrompu, il apparaît dès lors nécessaire de veiller à ce que les exceptions soient interprétées de façon stricte. Or, jusqu'à présent, une telle solution ne figure pas au rang des principes directeurs de la résolution des conflits de lois.

**207.** « **Plénitude de compétence** » et « **vocation subsidiaire** ». La mise en exergue du caractère subsidiaire de la vocation de la *lex fori* permet, en outre, de clarifier un certain nombre d'expressions doctrinales. Monsieur AUDIT opère ainsi une distinction très intéressante entre la « plénitude de compétence » et la « vocation subsidiaire » de la loi du for<sup>339</sup>. Il explique que la distinction repose sur le degré d'importance octroyé à la *lex fori*.

---

<sup>336</sup> En ce sens : « l'usage souvent excessif et déplacé que les tribunaux font des notions vagues et élastiques de l'ordre public et de la fraude à la loi, sont une autre manifestation de leur inclination au moindre effort, et de leur préférence pour la *lex fori* », P. ARMINJON, L'objet et la méthode du droit international privé, RCADI 1928-I t. 21, p. 503. Sur le caractère vague de la fraude à la loi, v. É. CORNUT, Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille, Defrénois Paris, coll. Doctorat & Notariat t. 12, 2006, n° 13 p. 7-8.

<sup>337</sup> « La mise en œuvre de la règle de conflit offre différentes occasions d'orienter le raisonnement dans un sens ou dans l'autre », B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 124 p. 107, note 1.

<sup>338</sup> Y. LEQUETTE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, RCADI 1994-II t. 246, n° 29 p. 45.

<sup>339</sup> Il s'agit d'une distinction utilisée pour décrire l'évolution du droit international privé français, B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 259 p. 217. *Adde*, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 32-34 § 13 p. 295 (commentaire de l'arrêt BISBAL). *Adde*, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère, in Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand, Litec Paris 2003, v° Preuve p. 500. Le concept visé par tous ces auteurs diffère ainsi de celui employé par le doyen BATIFFOL pour regrouper trois hypothèses sous le concept de « plénitude de compétence de la loi française » : l'hypothèse où la loi étrangère désignée ne peut être déterminée parce que les éléments de rattachement font défaut, celle où les parties ne parviennent pas à établir la teneur du droit étranger et enfin celle où les parties négligent d'invoquer la loi étrangère ou y renoncent, H. BATIFFOL, Traité

Dans le premier cas, l'application du droit étranger est une sorte de concession n'ayant aucun caractère obligatoire, ce qui confère une position fortement supérieure à la loi du for, tandis que, dans le second, la *lex fori* est strictement limitée aux affaires où la loi étrangère applicable est empêchée par un obstacle dûment constaté : la loi du for n'intervient qu'exceptionnellement à la place de la loi étrangère désignée par la règle de conflit.

**208.** L'explication a le mérite de renvoyer la loi étrangère et la *lex fori* à leurs proportions extrêmes, ce qui rend une présentation pédagogique de l'ensemble. Schématiquement, l'opposition suggère deux points de vue possibles : soit le système juridique n'admet qu'exceptionnellement la loi étrangère, soit il n'admet qu'exceptionnellement la *lex fori*. Pourtant, ainsi résumée, la présentation est sensiblement faussée parce que l'application de la *lex fori* intervient à la fois à titre subsidiaire et à titre normal (c'est-à-dire en tant que *lex causae*). Ensuite, un système juridique qui admet la possibilité de recourir exceptionnellement au droit étranger ne peut en même temps accorder une plénitude de compétence à la *lex fori*. Il s'agit tout au plus d'une quasi-plénitude de compétence. La plénitude de compétence de la loi du for implique une identité absolue entre la localisation du chef de compétence juridictionnelle et celle du point de rattachement. Dans ce cas, la loi étrangère n'a strictement aucun droit de cité. Un tel système général n'existe pas en pratique<sup>340</sup>.

**209. La vocation subsidiaire de la *lex fori* peut-elle être générale ?** Pour préciser alors le régime de la vocation de la *lex fori* à s'appliquer en dépit de la désignation de la loi étrangère, il suffit de rappeler certains éléments fondamentaux de la méthode post-savignienne. Le principe de la résolution bilatérale des conflits de lois est d'offrir une répartition égalitaire entre la loi du for et la loi étrangère. Une fois que le stade de la localisation de l'élément de rattachement est dépassé, la *lex fori* jouit, en second lieu, d'un avantage par rapport à la loi étrangère. Il ne s'agit pourtant que d'un avantage *potentiel*<sup>341</sup> :

---

élémentaire de droit international privé, 3<sup>e</sup> éd. 1959, LGDJ Paris, n° 348 p. 403.

<sup>340</sup> Sur la nécessaire complémentarité des principes de séparation et de coïncidence entre le *jus* et le *forum*, v. *supra* n° 44.

<sup>341</sup> Certains auteurs parlent d'ailleurs de l'« aptitude éventuelle » de la loi du tribunal saisi à régir le litige international, Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 234 p. 301. Pour illustrer la caractère facultatif de ces exceptions, v. : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, M<sup>me</sup> KARAKA ÉPOUSE KAYIKCI, Bull. 2005 I, n° 244 p. 206 ;

ainsi, le juge ne peut recourir aux exceptions que lorsque leurs conditions de mise en œuvre sont réunies. Par exemple, il ne peut pas évincer la loi étrangère si celle-ci est respectueuse de l'ordre public (rejet de l'exception d'ordre public).

**210.** Par ailleurs, dès lors qu'il est subsidiaire, le recours à la loi du for ne peut, par définition, être en même temps général. C'est ce que laisse pourtant entendre un certain nombre d'auteurs qui utilisent les expressions de « vocation générale subsidiaire » de la *lex fori*<sup>342</sup>, de « vocation subsidiaire *illimitée* »<sup>343</sup> ou encore de « *vocation universelle* »<sup>344</sup>. Un illustre professeur parle encore de « compétence subsidiaire générale du droit français »<sup>345</sup>. On peut cependant objecter à tous ces auteurs qu'il est impropre d'associer des termes antinomiques tels que « subsidiarité » et « généralité » : par nature, la subsidiarité est révélatrice d'une dérogation accordée au principe général.

**211.** Qui plus est, la loi interne n'est pas potentiellement universelle : une résolution de tous les litiges du monde selon les réponses légales d'un seul État n'est pas acceptable, ne serait-ce que pour des raisons, d'une part, de souveraineté étatique et, d'autre part, d'adéquation entre la norme et le milieu social dans lequel elle intervient<sup>346</sup>. En effet, par définition en droit international privé, « l'ordre du for refuse d'accaparer ou de "nationaliser" systématiquement les relations qui d'une façon ou de l'autre se relie à d'autres ordres

---

D. 2006 Pan. 1496, obs. P. COURBE, où il est décidé que le juge du fond n'a pas à rechercher d'office si le droit étranger, désigné par la règle de conflit invoquée devant lui, est contraire à la conception française de l'ordre public international.

<sup>342</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 32-34 § 14 p. 295.

<sup>343</sup> P. MAYER, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, BDIP vol. XVII, Dalloz Paris 1973, n° 113 p. 81.

<sup>344</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 184 p. 138 ; B. ANCEL et H. MUIR WATT, À propos de deux arrêts « de concert » : l'office du juge et la loi étrangère, in Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), sous la dir. de J. FOYER et de C. PUIGELIER, Economica Paris 2006, n° 15 p. 408.

<sup>345</sup> H. MOTULSKY, Ecrits vol. 3 : études et notes de droit international privé, Dalloz Paris 1978, n° 47 p. 116.

<sup>346</sup> *Contra*, « la vocation de la loi française à régir tous les rapports de droit privé synthétise ces solutions, en exprimant l'idée que malgré les différences de civilisations ou d'organisations sociales, les rapports en question présentent des caractères fondamentaux suffisamment constants pour que leur réglementation par la loi française puisse valoir le cas échéant à l'égard des étrangers aussi bien que des Français », H. BATIFFOL, note sous Cass. Civ., 12 mai 1959, BISBAL, RCDIP 1960 p. 64.

juridiques et s'offre au contraire à les soumettre à la loi, serait-elle étrangère, qui paraît la plus appropriée »<sup>347</sup>.

**212.** Il est vrai, en revanche, que la vocation de la loi interne à régir tous les rapports de droit a été affirmée sous une forme générale dans la célèbre affaire BISBAL<sup>348</sup>. Dans cette affaire, les tribunaux français étaient saisis par des époux espagnols d'une conversion de séparation de corps en divorce. Les juges du fond avaient fait droit à la demande en dépit de la loi étrangère désignée par la règle française de conflit de lois – la loi espagnole – qui prohibait notoirement le divorce. Aucun des époux n'avait soulevé le conflit entre la loi française et la loi espagnole jusqu'à ce que l'épouse engage un pourvoi devant la Cour de cassation. Le pourvoi reprochait aux juges du fond de ne pas avoir rempli leur obligation de relever d'office le conflit de lois, alors qu'ils disposaient de tous les éléments utiles pour constater la nationalité étrangère des époux. Le pourvoi fut rejeté au motif, particulièrement favorable à la *lex fori*, que « les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application, et qu'on ne peut reprocher aux juges du fond de ne pas appliquer d'office la loi étrangère et de faire, en ce cas, appel à la loi interne française laquelle a vocation à régir tous les rapports de droit privé ».

**213.** La solution donne clairement une assise générale à la loi du for, ce qui semble appuyer le concept de « vocation générale subsidiaire ». Il faut néanmoins noter que la vocation générale dont il s'agit dans l'affaire BISBAL concerne les *rappports de droit privé* et non les *rappports internationaux de droit privé*. En vérité, l'expression de « vocation générale subsidiaire » n'est pas utilisée par la Cour de cassation. D'après une recherche sur le site internet Legifrance, lequel recense tous les arrêts publiés au bulletin civil depuis 1960, l'expression « vocation générale subsidiaire » ne donne aucun résultat significatif : la Cour de cassation se réfère uniquement à l'expression de « vocation subsidiaire »<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup> B. ANCEL et H. MUIR WATT, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, RCDIP 1999 n° 3 p. 700.

<sup>348</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>sect., 12 mai 1959, BISBAL, Bull. 1959 I n° 236 p. 199 ; RCDIP 1960 p. 62, note H. BATIFFOL ; JDI 1960 p. 810, note J. B. SIALELLI ; D. 1960 p. 610, note Ph. MALAURIE ; JCP 1960 II 11733, note H. MOTULSKY ; GADIP n° 32.

<sup>349</sup> Par exemple : « c'est donc sans violer les principes et les textes visés au pourvoi que la cour d'appel a décidé d'appliquer la loi française du for en raison de la vocation subsidiaire de celle-ci », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 novembre 1991, SOC. MASSON, Bull. 1991 I n° 293 p. 192 ; RCDIP 1992 p. 314 (1<sup>re</sup> esp.), note H. MUIR

**214. Portée de l'arrêt BISBAL sur la fréquence d'application de la *lex fori*.** L'arrêt BISBAL est sans doute inadéquat pour décrire le caractère subsidiaire de la *lex fori*. La solution retenue accorde au contraire un rôle très restreint à la *loi étrangère*. Combinée à l'arrêt COMPAGNIE ALGÉRIENNE DE CRÉDIT ET DE BANQUE, rendu à la même époque, elle revient à affirmer que l'application de la loi étrangère n'est que facultative<sup>350</sup>. C'est donc, en l'occurrence, la loi étrangère qui occupe un rôle subsidiaire. Pourtant, la solution BISBAL a été suivie pendant des décennies par la jurisprudence française. Même si cette jurisprudence a été progressivement restreinte, elle a permis à la Cour de cassation française d'adopter une solution favorisant « de la part des avocats et du juge, un *lex forisme* fondé sur la tendance au moindre effort, et qui risqu[ait] à son tour de provoquer chez les parties un *forum shopping* »<sup>351</sup>. Un auteur précise même que la motivation de la Cour de cassation révèle une « préférence avouée des juridictions françaises pour leur propre loi »<sup>352</sup>. En d'autres termes, la solution BISBAL a fait de l'application de la *lex fori* un principe général et non une exception.

**215.** Aujourd'hui, la solution BISBAL n'est plus un principe général de recours à la *lex fori*. Elle n'est qu'une illustration des applications subsidiaires parmi les autres. Pour présenter toutes ces applications subsidiaires, nous avons choisi de séparer les aspects procéduraux (Section 1) des aspects au fond du droit (Section 2).

---

WATT ; JDI 1992 p. 357, note M.-A. MOREAU. Comp. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janvier 1984, SOC. THINET et DUMEZ, Bull. 1984 I n° 33 p. 26 ; RCDIP 1985 p. 89, note P. LAGARDE ; JDI 1984 p. 874, note J.-M. BISCHOFF, où la Cour mentionne que le juge français doit suppléer à la défaillance de la loi étrangère par application de la loi française, en raison de son caractère subsidiaire.

<sup>350</sup> L'arrêt COMPAGNIE ALGÉRIENNE DE CRÉDIT ET DE BANQUE précise qu'il est « loisible » au juge de « procéder lui-même à la recherche et de préciser les dispositions du droit étranger compétent », Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 2 mars 1960, COMPAGNIE ALGÉRIENNE DE CRÉDIT ET DE BANQUE, Bull. 1960 I n° 143 p. 114 ; RCDIP 1960 p. 97, note H. BATIFFOL ; JDI 1961 p. 408, note B. G. ; JCP 1960 II 11734, note H. MOTULSKY ; GADIP n° 33. Bien qu'il soit intervenu en matière d'exequatur de décision étrangère, l'ensemble de la doctrine considère que le principe est d'application générale.

<sup>351</sup> P. MAYER, Le juge et la loi étrangère, points de similitude du droit français avec le droit suisse, Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht 1991 p. 484. Sur la notion de *forum shopping*, v. *infra* n° 748 s.

<sup>352</sup> D. BUREAU, L'application d'office de la loi étrangère : essai de synthèse, JDI 1990 p. 320.

**216.** Au cours de la procédure suivie pour régler le litige international, il est possible de déceler quatre manières de mettre à l'écart la loi étrangère. La plus importante est naturellement celle qui assure une application certaine de la *lex fori*, tandis que les trois autres permettent simplement d'accroître les chances d'application de cette loi. À chaque fois, ce résultat réclame un comportement conjoint de la part des parties et du juge.

**217.** S'agissant des procédés permettant d'accroître les chances d'appliquer la loi du for, le premier consiste pour les parties à ne pas faire apparaître les éléments qui pourraient conduire à désigner la loi étrangère. Pour le juge, cela implique de ne pas relever l'existence de tels éléments (§ 1). Le deuxième procédé est de ne pas invoquer l'application de la loi étrangère compétente. Pour le juge, cela revient à ne pas appliquer d'office la loi étrangère compétente (§ 2). La troisième façon de favoriser l'application de la loi du for est de ne pas rapporter le contenu de la loi étrangère. Parallèlement, cela réclame du juge de ne pas rechercher à établir personnellement la teneur de la loi étrangère (§ 3). Une manière beaucoup plus efficace d'évincer l'application de la loi étrangère est, pour les parties au litige, de conclure un accord de volontés sur l'application de la *lex fori*. Cet accord s'imposera alors au juge (§ 4).

#### § 1 La dissimulation des éléments d'extranéité

**218. Principe dispositif et éléments d'extranéité.** En principe, les parties déterminent les éléments qui entrent dans l'instance. Elles ont la maîtrise de la matière litigieuse : c'est le principe dispositif<sup>353</sup>. En procédure civile, ce principe est défini au sens large comme « l'obligation pour le juge de ne statuer qu'en conformité des allégations et des preuves apportées par les plaideurs »<sup>354</sup>. Ce principe est un principe directeur du procès qui, à ce titre, figure dans les premiers articles du Code de procédure civile : « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat » (article 7).

---

<sup>353</sup> J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 3<sup>e</sup> éd. 2006, Montchrestien Paris, n° 264 p. 208 ; S. GUINCHARD et Fr. FERRAND, *Procédure civile : droit interne et droit communautaire*, 28<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 666 s. p. 584 s.

<sup>354</sup> H. MOTULSKY, *Ecrits vol. 3 : études et notes de droit international privé*, Dalloz Paris 1978, n° 3 p. 89.

**219.** Sur le plan du litige international, le principe implique que, si l'élément d'extranéité<sup>355</sup> n'apparaît ni dans les écritures des parties, ni dans les pièces de la procédure, les juges du fond ne peuvent être sanctionnés pour avoir appliqué la loi du for comme si la situation n'était pas internationale. En France, il s'agit d'une solution constante depuis l'arrêt BERTONCINI<sup>356</sup>. Dans cette affaire, les juges français ont pu prononcer le divorce d'époux italiens sur le fondement de la loi française dès lors que, à l'examen des pièces de procédure, aucune des parties n'avait fait valoir sa nationalité étrangère. L'élément n'était pas dans le débat judiciaire.

**220. Faculté pour le juge de relever des éléments concluants d'extranéité parmi les éléments adventices.** Le problème se pose différemment lorsque les éléments d'extranéité sont mentionnés sans être *spécialement* mis en avant par les parties. Ce sont en l'occurrence des faits non allégués. Dans ce cas de figure, les règles de la procédure civile permettent au juge de prendre en considération les éléments factuels, figurant dans le débat judiciaire, que les parties n'ont pas spécialement invoqués au soutien de leurs prétentions. Il s'agit d'une atténuation du principe dispositif posée par l'article 7, alinéa 2, du Code de procédure civile. Ainsi, la recherche des éléments d'extranéité peut se faire à l'aide des renseignements figurant au dossier. De tels éléments sont qualifiés de « faits adventices » par MOTULSKY<sup>357</sup>. L'article 8 du Code de procédure civile autorise, en outre, le juge à « inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du

---

<sup>355</sup> Par exemple, la nationalité étrangère, le domicile étranger, le lieu étranger d'exécution du contrat, le lieu étranger de la situation d'un immeuble, etc.

<sup>356</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 11 juillet 1961, DAME BERTONCINI, Bull. 1961 I n° 392 p. 310 ; RCDIP 1962 p. 124, note H. BATIFFOL ; JDI 1963 p. 132, note B. GOLDMAN ; GADIP n° 34. Les commentateurs ont justement souligné que « dans l'affaire Bertoncini, l'approbation de la Cour de cassation se fonde sur la considération que les éléments de fait qui confèrent à la relation litigieuse son caractère international et qui conditionnent la mise en œuvre de la règle de conflit n'avaient pas été révélées aux juges du fond. Dans la configuration qu'elle recevait au plan contentieux, l'affaire était alors de droit interne », B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 33 § 4 p. 288.

<sup>357</sup> MOTULSKY utilise l'expression « éléments adventices » pour qualifier les « circonstances *de fait* qui n'ont pas été *invoquées au soutien de la demande*, mais bien simplement *signalées* d'une manière accidentelle » (en italiques dans le texte), H. MOTULSKY, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, D. 1964 Chron. p. 235, spéc. n° 12 p. 238. V. G. BOLARD, Les tribulations de la loi étrangère devant le juge

juge », ce qui confirme la faculté ouverte par l'article 7, alinéa 2, du même code.

**221. Obligation pour le juge de relever les éléments concluants d'extranéité dans les éléments adventices.** L'usage de cette faculté n'est d'ailleurs pas entravé par la Cour de cassation qui, au contraire, l'encourage. Ainsi, si la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de statuer sur l'inapplicabilité de l'article 7 du Code de procédure civile à l'égard de la *loi étrangère*<sup>358</sup>, elle n'a, en revanche, jamais considéré que *les éléments d'extranéité* ne puissent pas être soumis au même régime juridique que les autres faits du litige. Bien plus, elle a renforcé la faculté du juge de prendre en considération les éléments adventices d'extranéité au point d'en faire une *obligation*.

**222.** À l'occasion d'actions en recherche en paternité, la Cour de cassation a cassé à deux reprises la décision des juges du fond qui n'avaient pas recherché la loi personnelle de la mère, alors que la nationalité étrangère de celle-ci était mentionnée dans les pièces de la procédure<sup>359</sup>. Dans ces affaires, la nationalité étrangère de la mère était un fait d'autant plus important qu'il était décisif quant à l'application de la loi étrangère<sup>360</sup>. L'essence de la jurisprudence peut donc être résumée dans cette formule, empruntée au professeur LEQUETTE : « les juges du fond doivent relever d'office l'élément d'extranéité dès lors que

---

français, *in* Études en l'honneur de André PONSARD : la Cour de cassation, l'Université et le Droit - André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation, Litec Paris 2003, n° 7 p. 108.

<sup>358</sup> L'arrêt COUCKE énonce que la loi étrangère est une règle de droit ne relevant pas des prescriptions de l'article 7 du Code de procédure civile, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1993, CONSORTS COUCKE, Bull. 1993 I n° 14 p. 10, RCDIP 1994 p. 78, note B. ANCEL. Bien qu'il s'agisse d'un arrêt de rejet, les cinq branches du pourvoi n'ont pas été reproduites dans le corps de l'arrêt. On ignore ainsi si les griefs portaient sur la règle de conflit, la loi étrangère ou l'élément d'extranéité. Il semble cependant que l'argumentation du pourvoi se soit placée sur une critique du pouvoir d'initiative du juge, notamment quant à la recherche de la loi étrangère en dehors des certificats de coutume fournis par le demandeur au pourvoi (v. le commentaire de Monsieur ANCEL, *op. cit.*, p. 79).

<sup>359</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 novembre 1992, BENALI, Bull. 1992 I n° 282 p. 185 ; JDI 1993 p. 309, note Y. LEQUETTE ; RCDIP 1993 p. 276, note B. ANCEL ; Rép. Def. 1993 p. 999, obs. J. MASSIP ; D. 1993 p. 213, note P. COURBE ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, M. A. c/ M<sup>me</sup> E., Bull. 1999 I n° 174 p. 114 ; JCP 1999 II 10192, note Fr. MÉLIN ; Rép. Def. 1999 p. 1261, obs. J. MASSIP ; Dr. fam. 2000, Chron. n° 5 par H. FULCHIRON ; RCDIP 1999 p. 707, note H. MUIR WATT (2<sup>e</sup> esp.). Comp. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, M<sup>me</sup> CARLA X, Bull. 2005 I n° 243 p. 206 ; Rép. Def. 2005 p. 1851, obs. J. MASSIP.

<sup>360</sup> Selon la règle figurant à l'article 311-14 du Code civil, la filiation est régie par la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant.

figurant dans les pièces de procédure il est présent dans le débat, la mention de cet élément dans leur décision démontre à l'évidence qu'ils en ont pris connaissance »<sup>361</sup>. Cette jurisprudence a par la suite été confirmée<sup>362</sup>.

**223. Exceptions légales au principe du dispositif.** Comment expliquer que cette dernière solution jurisprudentielle soit si stricte pour les situations contenant un élément d'extranéité alors qu'elle ne l'est pas pour celles qui en sont dépourvues ? Une telle solution est, en fait, rendue possible par les mentions obligatoires figurant dans l'assignation. Certaines de ces mentions correspondent parfois à des éléments d'extranéité qui peuvent ensuite être utilisés par la règle de conflit pour rattacher la situation juridique à un ordre étranger. Le formalisme de l'assignation, combiné à la particularité du système de rattachement, constitue ainsi une dérogation importante au principe dispositif. Il ne permet plus de retenir, comme dans l'affaire BERTONCINI, que la nationalité est un fait qui n'apparaît pas dans les pièces de la procédure.

**224. Formalisme imposé par les règles de procédure.** À peine de nullité, l'assignation doit comporter le domicile et la nationalité (personne physique) ou le siège social (personne morale) du requérant (article 648, combiné à l'article 56 du Code de procédure civile). La même règle vaut pour la requête conjointe (article 57 du Code de procédure civile). À peine d'être déclaré irrecevable en sa défense, le défendeur doit quant à lui faire connaître, ses nom, prénoms, profession, domicile, nationalité, date et lieu de naissance s'il est une personne physique ou sa forme, sa dénomination, son siège social et l'organe qui le représente s'il est une personne morale (article 59 du Code de procédure civile). La sanction est sévère : nullité de l'assignation d'un côté, irrecevabilité de la défense de l'autre. Est-elle effective ? Pourrait-on dissimuler sa nationalité étrangère ou changer de domicile si ce dernier est établi à l'étranger ? La réponse semble être positive, tant au regard de la pratique, qu'au regard des possibilités offertes par le Code de procédure civile. Un auteur précise, par exemple, que, « de l'aveu même de certains avocats, la nationalité des parties est un élément rarement

---

<sup>361</sup> Y. LEQUETTE, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 novembre 1992 A. B. c/ M<sup>me</sup> D. M., JDI 1993 p. 311.

<sup>362</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, M<sup>me</sup> STAFI, Bull. 2005 I n° 432 p. 361, où les juges du fond sont sanctionnés de ne pas avoir recherché d'office la loi applicable au litige, alors que des éléments d'extranéité rattachant le divorce au droit étranger apparaissaient dans la procédure et que l'épouse soutenait que son mari avait la nationalité étrangère lors de l'introduction de l'instance.

vérifié »<sup>363</sup>.

Rien n'empêche donc le plaideur de mentir sur ce fait pour éviter tout risque d'intervention de la loi étrangère, à condition, toutefois, que cela soit acquiescé par les autres parties au litige. Les conséquences pourraient alors être importantes : une analyse de la jurisprudence de la Cour de cassation montre que l'élément d'extranéité le plus fréquent est celui de la nationalité de l'une des parties<sup>364</sup>. Il faut remarquer, plus précisément, qu'il s'agit d'un facteur majeur de désignation de la loi étrangère en matière de statut personnel en raison du rattachement de la situation à la loi de la nationalité posé par l'article 3 du Code civil<sup>365</sup>.

**225. Élection de domicile.** Une autre façon de dissimuler un élément d'extranéité concerne le domicile. Un demandeur domicilié à l'étranger peut fort bien élire domicile sur le territoire de l'État du juge saisi. L'élection de domicile est en fait une dérogation conventionnelle au mode classique de fixation du domicile. Il s'agit d'un domicile spécial et fictif, qui ne remplace pas le domicile général mais en modifie seulement certains effets, tels que l'attribution de compétence territoriale, la désignation d'un lieu de notification ou encore la constitution de mandataire. Le domicile élu est un domicile choisi pour les besoins du déroulement d'une procédure : l'efficacité du mécanisme se limite donc à la procédure pour lequel il a été prévu<sup>366</sup>. Il doit être exprès mais peut aussi être tacite. Par exemple, la constitution d'avocat emporte implicitement élection de domicile chez lui.

**226.** Concernant les personnes qui peuvent bénéficier de ce procédé, il ne fait aucun doute que l'élection de domicile soit autorisée entre commerçants (article 48 du Code de procédure civile). En outre, si l'élection de domicile ne modifie pas les règles de compétence

---

<sup>363</sup> M. SIMONET, L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français, in L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique, Ph. KAHN (sous la dir. de), Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française, Paris 2001, p. 134.

<sup>364</sup> Par exemple, la nationalité étrangère est présente dans près de la moitié des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière de conflit de lois au cours de l'année 2005 (source Legifrance).

<sup>365</sup> Sur la séparation entre le *jus* et le *forum* provoquée par l'adoption d'un chef de compétence fondé sur le domicile et celle d'un critère de rattachement fondé sur la nationalité, v. *infra* n° 973 s.

<sup>366</sup> Il s'agit en quelque sorte d'une « fabrication de fausses apparences de domicile, qui implique (...) le défaut ou l'acquiescement du défendeur, mais lie le juge si celui-ci n'a pas les moyens de percer les apparences créées », H. BATIFFOL, note sous Cass. Civ., 12 mai 1959, BISBAL, RCDIP 1960 p. 65.

territoriale mais évince simplement l'application de la loi étrangère, elle ne semble pas être limitée à une catégorie professionnelle. En particulier, certaines règles de procédure civile font explicitement référence à l'élection de domicile pour les litiges soumis aux tribunaux d'instance et aux juridictions de proximité<sup>367</sup>. Il est bien évident que les litiges de faible importance ne sont pas compatibles avec le coût engendré par une procédure en recherche du droit étranger<sup>368</sup>.

**227. Réserve de l'exception de fraude à la loi.** Ces remarques sur la dissimulation d'élément d'extranéité appellent deux commentaires. Le premier est relatif à la fraude. La dissimulation ne vaut que sous réserve que le mécanisme de la fraude à loi ne soit pas déclenché car il est susceptible de réhabiliter la loi étrangère dans son application. Il s'agit d'une question que nous évoquerons dans l'étude des applications subsidiaires de la *lex fori* à l'occasion du fond du litige<sup>369</sup>. Le deuxième commentaire porte plus précisément sur la définition de l'élément d'extranéité, en particulier sur le lien qu'entretient ce dernier avec le critère de rattachement (encore appelé « facteur de rattachement » ou « point de rattachement »).

**228. Lien entre l'élément d'extranéité et le critère de rattachement.** De toute évidence, l'élément d'extranéité n'est pas un fait comme les autres. Il n'est soulevé de façon concluante et utile que s'il conduit effectivement à la désignation de la loi étrangère<sup>370</sup>. Peu

---

<sup>367</sup> Les articles 836 (tribunal d'instance et juridiction de proximité) et 855 (tribunal de commerce) du Code de procédure civile disposent que, outre ces mentions, l'assignation doit mentionner « les nom, prénoms et adresse de la personne » chez qui le demandeur élit domicile en France s'il réside à l'étranger.

<sup>368</sup> Pour les litiges internationaux d'un montant inférieur à 2000 euros, v. le Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, (le champ d'application du règlement concerne les matières civile et commerciale sauf l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les obligations alimentaires, les testaments, les successions, les faillites, concordats et autres procédures analogues, la sécurité sociale, l'arbitrage, le droit du travail, les baux d'immeubles, exception faite des procédures relatives à des demandes pécuniaires, et, enfin, les atteintes à la vie privée et aux droits de la personnalité, y compris la diffamation). Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>369</sup> Sur le mécanisme de l'exception de fraude à la loi, v. *infra* n° 359 s.

<sup>370</sup> Sur l'usage de l'adjectif « concluant » plutôt que celui de « pertinent » dont le sens paraît trop vague, v. H. MOTULSKY, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Sirey Paris 1948, rééd. Dalloz 2002, n° 84 p. 86 ; S. GUINCHARD et Fr. FERRAND, Procédure civile : droit interne et droit communautaire,

importe, par exemple, que le demandeur soit étranger si la règle de conflit désigne la loi de son domicile, qui est situé en France. La nature décisive de l'élément d'extranéité à l'égard de l'application de la loi étrangère est alors fatalement dépendante de l'identité de celui-ci avec le critère de rattachement<sup>371</sup>. Dans notre exemple, le lieu du domicile n'est déterminant que si celui-ci est situé à l'étranger. Cela est tout à fait manifeste dans l'arrêt BISBAL, qui ne confère à la règle de conflit un caractère obligatoire que lorsque celle-ci désigne la loi française. Interprétée *a contrario*, la solution signifie que « l'élément de rattachement n'est par définition utilement invoqué que lorsqu'il justifie la compétence d'une loi étrangère »<sup>372</sup>. Cela a des répercussions sur la définition même de la situation internationale, comme sur celle de la règle de conflit.

**229. Conséquences sur la définition de la situation internationale : la question de la pertinence de l'élément d'extranéité.** En droit international privé, de nombreux auteurs considèrent qu'une situation n'est internationale que si elle contient des éléments d'extranéité pertinents<sup>373</sup>. La pertinence apparaît seulement s'il y a un contact sérieux avec l'étranger : par exemple, peu importe l'origine de fabrication du papier sur lequel est rédigé le contrat litigieux ; peu importe le lieu de célébration du mariage pour décider quelles règles s'appliquent à un divorce international<sup>374</sup>. Par le qualificatif de « pertinent », ces auteurs

---

28<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 670 p. 587 ; J. HÉRON et Th. LE BARS, Droit judiciaire privé, 3<sup>e</sup> éd. 2006, Montchrestien Paris, n° 258 p. 203.

<sup>371</sup> « L'élément d'extranéité est un autre nom du facteur de rattachement », A. PRUJINER, Le droit international privé, droit du rattachement, Études de droit international en l'honneur de Pierre LALIVE, Editions Helbing & Lichtenhahn, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1993, p. 165 ; « élément d'extranéité pertinent et critère de rattachement apparaissent ainsi comme singulièrement proches », J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, JDI 2003 p. 44.

<sup>372</sup> H. MUIR WATT, Répertoire International Dalloz, v° Loi étrangère (1998), n° 29 p. 6.

<sup>373</sup> Par exemple : « pour que cet élément d'extranéité donne naissance à un conflit de lois, il faut encore qu'il s'agisse d'un élément de fait étranger *pertinent* » (en italiques dans le texte), É. CORNUT, Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille, éd. Defrénois Paris 2006, n° 333 p. 198 ; « on postulera volontiers que l'élément d'extranéité doit avoir une certaine substance, un minimum d'importance », v. P. LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé (cours général), RCADI 1977-II t. 155, p. 17. *Adde*, certains auteurs définissent la « situation de droit international privé (ou situation de conflit de lois, ou situation internationale) » comme une « situation dont au moins un élément pertinent est situé dans un pays étranger », M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, p. XXVI.

<sup>374</sup> Dans ce sens, v. P. LALIVE, *op. cit.*, p. 17-18 ; *adde*, « le fait, par exemple, qu'un objet ait été fabriqué dans

tendent à affirmer que seuls les éléments susceptibles d'être retenus comme critère de rattachement sont importants pour la résolution des conflits de lois – ce qui est juste – mais en exigeant de l'extranéité qu'elle soit forcément pertinente, ces auteurs sous-entendent que toutes les situations internationales sont régies par la loi étrangère (puisque tous les éléments susceptibles d'être retenus comme point de rattachement sont situés à l'étranger) – ce qui est faux.

**230.** En effet, une situation internationale peut être appréhendée par la *lex fori* en tant que *lex causae*. On ne peut donc pas utiliser la localisation du rattachement à l'étranger pour définir le caractère international de la situation. Cela reçoit l'approbation de Monsieur ELHOUEISS : « cette présentation du droit international privé [celle qui impose que l'élément d'extranéité soit pertinent] semble pourtant réductrice dans la mesure où, au sein même de cette méthode, elle est le fruit d'une dissociation factice entre l'internationalité de la relation, préalable au conflit de lois, et l'extranéité éventuelle de la relation, solution du conflit de lois. Dans l'hypothèse, en effet, où la question posée au juge aboutit à la désignation du droit français, il naît nécessairement une contradiction entre le caractère international de la relation, résultant de la détection de plusieurs éléments d'extranéité, et le caractère interne de la situation, résultant de l'application de la loi française, *lex fori*. La recherche d'un ensemble d'éléments d'extranéité apparaît alors vaine et inutile dès lors qu'elle aboutit à l'application du droit français »<sup>375</sup>.

**231.** La mise en relation inconsciente de l'élément d'extranéité avec le critère de rattachement est identique à la mise en relation qui est faite entre la loi étrangère et la règle de conflit. Dans l'arrêt BENALI, notamment, la Cour de cassation ne vise pas l'article 7, qui concerne les faits (l'élément d'extranéité est un fait), mais bien l'article 12, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de procédure civile, qui concerne l'obligation pour le juge de statuer conformément

---

un pays A ne constitue nulle part une raison valable pour chercher la loi du contrat pour des contrats d'achat ou de location portant sur cet objet dans le droit du pays de fabrication, une fois que l'objet a quitté le pays de fabrication et que les intéressés n'ont pour leur part aucun lien personnel avec ce pays (nationalité, domicile) », W. WENGLER, L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, RCDIP 1990 p. 658.

<sup>375</sup> J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en droit international privé, JDI 2003 p. 43 [ajouté par nous].

aux *règles de droit* applicables au litige (la règle de conflit est une règle de droit)<sup>376</sup>. Cela témoigne de la confusion que la Cour a opérée entre l'élément d'extranéité, qui est aussi en l'espèce le critère de rattachement (nationalité étrangère de la mère), et la règle de conflit de lois. Il s'agit d'une approche extrêmement pragmatique des litiges internationaux, qui se concentre uniquement sur le résultat original de la mise en œuvre de la règle de conflit : l'application d'une règle émanant d'un ordre juridique étranger. Elle écarte les subtilités théoriques de la méthode post-savignienne, en particulier la distinction entre l'*applicabilité* de la loi étrangère (question de la désignation par la règle de conflit) et l'*application* de la loi étrangère (question de la résolution du litige par une règle étrangère).

**232. Confusion entre la règle de conflit bilatérale et la loi étrangère.** Nul ne peut nier que la mise en œuvre de la loi étrangère soit, par essence, extrêmement liée au fonctionnement de la règle de conflit de lois. Ainsi, si la règle de conflit désigne la *lex fori*, il est superflu de s'interroger sur le fait de savoir si la règle de conflit a fonctionné : le résultat est strictement identique à celui qui est donné pour la résolution des litiges internes. Naturellement, la juridiction saisie est familiarisée à l'application de la loi interne, de sorte que le fonctionnement de la règle de conflit n'est pas problématique lorsqu'elle désigne la *lex fori*. L'idée est d'ailleurs directement suggérée par une interprétation *a contrario* de la jurisprudence BISBAL<sup>377</sup>.

Du point de vue de la *lex fori*, la distinction entre la question de l'application de la règle de conflit et celle de l'application de la loi désignée n'aurait donc pas d'utilité. Il n'est pas sûr qu'elle en ait plus du point de vue de la loi étrangère : logiquement, un plaideur n'invoque pas une loi étrangère lorsqu'il ne souhaite pas qu'on l'applique pour résoudre son litige ; *a contrario*, si un plaideur fournit le contenu de la loi étrangère, cela sous-entend par nature qu'il ait invoqué son application<sup>378</sup>. Par extension, un échec résultant de la mise en œuvre du

---

<sup>376</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 novembre 1992, BENALI, Bull. 1992 I n° 282 p. 185 (précité) ; « si la règle de conflit de lois est, à l'évidence, du *droit*, personne ne contestera que son application est subordonnée à la constatation qu'existe en l'espèce l'élément d'extranéité qui en conditionne la mise en œuvre, lequel est du *fait* », Y. LEQUETTE, L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988), RCDIP 1989 n° 12 p. 289-290.

<sup>377</sup> « Les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère, n'ont pas un caractère d'ordre public », Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 12 mai 1959, BISBAL (précité).

<sup>378</sup> A « *claimant would not plead a foreign law that he did not wish to prove, while proving foreign law entails*

droit étranger discrédite la méthode qui en fait une composante fondamentale de la résolution du conflit de lois. Il affaiblit considérablement son utilité première, ainsi que son autorité<sup>379</sup>.

**233.** De cette manière, la question de la force obligatoire de la règle de conflit de lois est intimement liée à celle de l'application de la loi étrangère. La distinction entre la question de l'applicabilité de la loi étrangère et celle de l'application de cette dernière apparaît dès lors théorique<sup>380</sup>. Elle est d'ailleurs utilisée de façon variable par les législateurs<sup>381</sup>. Un célèbre article de Monsieur BUREAU mentionne aussi que les expressions « application d'office de la loi étrangère » et « application d'office de la règle de conflit » doivent être tenues pour équivalentes<sup>382</sup>. Un lien logique unit inévitablement ces deux questions<sup>383</sup>. Il est intéressant

---

*pleading it* », R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts*, *The Law Quarterly Review* 1992 (vol. 108) p. 145. Dans le même sens, mais à propos du juge : « quoique distinctes, la désignation et la connaissance du droit étranger sont liées : si le juge doit appliquer d'office la règle de conflit, il doit également établir le contenu du droit désigné. Inversement, lorsqu'il est dispensé de cette application d'office, il n'a pas à rechercher la teneur du droit étranger », B. FAUVARQUE-COSSON, *Le juge français et le droit étranger*, *D.* 2000 Chron., n° 10 p. 129.

<sup>379</sup> « Au-delà de la pure technique procédurale, la question de la prise de connaissance par le tribunal français de la loi étrangère applicable engage l'effectivité de la règle de conflit et partant son autorité », B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 82-83 § 1 p. 721.

<sup>380</sup> « *The distinction between the two phases of the choice-of-law process – choosing the applicable law and applying it – may be analytically correct but tends to overlook that applicability and application are intertwined* », Th. M. DE BOER, *Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law*, *RCADI* 1996 t. 257 p. 269 ; « la dissociation traditionnelle des phases de désignation et de connaissance de la loi étrangère n'est plus aujourd'hui que relative », H. MUIR WATT, *Répertoire International Dalloz*, v° *Loi étrangère* (1998), n° 86 p. 15.

<sup>381</sup> L'article 12 § 6 du Code espagnol dissocie les deux questions : « les tribunaux et les autorités appliquent d'office les règles de conflit du droit espagnol. La personne qui invoque le droit étranger est tenue d'en établir le contenu et le fait qu'il est en vigueur, par tous les moyens de preuve admis dans la loi espagnole. Toutefois, pour l'application du droit étranger, le juge peut utiliser tous les modes de vérification qui s'avèreraient nécessaires en rendant, au besoin, les ordonnances opportunes », Décret loi du 31 mai 1974, *RCDIP* 1976 p. 420. Quant au droit suisse, il n'envisage que les modalités d'application du droit étranger et non les conditions de son applicabilité (article 16 de la LDIP du 18 décembre 1987 [www.admin.ch/ch/f/rs/291/](http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/) ; Fr. KNOEPFLER et Ph. SCHWEIZER, *La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé* (partie générale), *RCDIP* 1988 p. 207).

<sup>382</sup> D. BUREAU, *L'application d'office de la loi étrangère : essai de synthèse*, *JDI* 1990 p. 318-319.

de constater que certains des auteurs qui restent attachés à la distinction entre l'applicabilité de la loi étrangère et la mise œuvre effective de cette loi ne contestent pas pour autant la légitimité qu'il y a à associer ces deux points<sup>384</sup>. Le lien entre la règle de conflit de type post-savignien et la loi étrangère est pourtant évident dès lors qu'il est admis que la première est une justification théorique de la deuxième<sup>385</sup>.

**234. Conséquences sur la place de la loi du for.** Quelles seraient, sur la fréquence d'application de la *lex fori*, les conséquences de l'association entre la loi étrangère (déterminée par l'élément d'extranéité utilisé comme critère de rattachement) et la règle de conflit ? En réalité, il n'y a pas de conséquences directes sur la *lex fori*. Cependant, cela n'enlève rien à la constatation que la loi du for peut bénéficier de la défaillance, non seulement de la loi étrangère, mais surtout de celle de l'élément d'extranéité. Or, les principes directeurs du procès ont une influence directe sur la prise en compte des faits nécessaires au fonctionnement de la règle de conflit de lois. Une meilleure mise en œuvre de cette règle réclame de mettre en avant ce qui, dans la procédure civile, permet d'appréhender avec succès le critère de rattachement à l'ordre juridique étranger.

---

<sup>383</sup> « L'office du juge statuant sur des droits indisponibles consiste à la fois à appliquer la règle de conflit et à mettre en œuvre le droit étranger désigné, en en recherchant la teneur. Un lien logique évident unit ces deux obligations complémentaires », J.-P. ANCEL, Le juge français et la mise en œuvre du droit étranger, in Rapport de la Cour de Cassation 1997, éd. La documentation française Paris 1998, p. 39. Disponible sur le site internet de la Cour de cassation : [www.courdecassation.fr/](http://www.courdecassation.fr/). *Contra*, « c'est le problème de l'application d'office de la règle de conflit de lois qui peut se poser (...) aussi bien lorsque la règle de conflit de lois désigne comme compétente la loi française que lorsqu'elle désigne une loi étrangère », D. ALEXANDRE, v° La loi étrangère devant les tribunaux français - Généralités - Application d'office de la règle de conflit, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 60 (1995), n° 5 p. 3 ; B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, BDP t. 272, LGDJ Paris 1996, n° 3 p. 2 ; H. MUIR WATT, Répertoire International Dalloz, v° Loi étrangère (1998) p. 1 s.

<sup>384</sup> Madame ALEXANDRE reconnaît que l'« on continue à voir associées l'obligation pour le juge d'appliquer d'office la règle de conflit et celle de rechercher la teneur de la loi étrangère » (D. ALEXANDRE, v° La loi étrangère devant les tribunaux français - Établissement du contenu de la loi étrangère, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 62, 1997, n° 10 p. 3) et qu'« il paraît tout à fait logique de faire coïncider l'obligation pour le juge d'appliquer d'office la règle de conflit et celle de rechercher le contenu du droit étranger désigné comme compétent », D. ALEXANDRE, *op. cit.*, fasc. 62 (1997), n° 32 p. 7 ; *adde*, Tr. HARTLEY, Pleading and Proof of Foreign Law : the Major European Systems Compared, ICLQ 1996 (vol. 45) p. 271 : « *two questions must be distinguished at the outset : the applicability of foreign law and the proof of that law (...) it is common for the same approach to be adopted to both ; nevertheless, they are distinct in theory* ».

**235.** Cependant, la majorité des auteurs de droit international privé préfère généralement mettre l'accent sur le statut de la règle de conflit plutôt que sur la procédure civile. À dire vrai, ce comportement est guidé par une volonté d'autonomie. Déclarer que le fonctionnement de la règle de conflit est spécifique permet de rendre légitime le traitement de cette question sous le seul angle du droit international privé. C'est pourquoi, les auteurs de droit international privé s'appuient sur la spécificité de la loi étrangère pour affirmer que le droit commun de la procédure est inadapté<sup>386</sup>.

**236.** Aux yeux de certains spécialistes du droit processuel, il semble que cette originalité apparaisse insuffisante à elle seule pour justifier l'existence d'un régime dérogatoire<sup>387</sup>. En particulier, Monsieur BOLZE précise que « le droit international privé traite la question de l'application d'office de la règle de conflit de lois en dehors de la chronologie imposée par le droit du procès »<sup>388</sup>. Il s'interroge aussi sur la pertinence du principe selon lequel la procédure est soumise à la loi du juge saisi dès lors que la matière échappe aux principes processuels énoncés par le Code de procédure civile<sup>389</sup>. Les références à ce Code sont en effet superfétatoires en ce domaine, tant la Cour de cassation, préférant les principes du droit international privé<sup>390</sup>, ne s'estime pas toujours devoir y faire référence. Cela vaut non seulement pour la question de l'invocation de la loi étrangère ou de la preuve de celle-ci,

---

<sup>385</sup> Au sujet des fondements de la séparation entre la *jus* et le *forum*, v. *infra* n° 620 s.

<sup>386</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 268 p. 226 ; H. MUIR WATT, Répertoire International Dalloz, v° Loi étrangère (1998), n° 2 p. 2.

<sup>387</sup> Un auteur estime, notamment, que « le statut procédural actuel du conflit de lois relève du non-sens pour un processualiste », A. BOLZE, L'application de la loi étrangère par le juge français : le point de vue d'un processualiste, D. 2001 p. 1818. Dans le même sens : H. MOTULSKY, Ecrits vol. 3 : études et notes de droit international privé, Dalloz Paris 1978, p. 87 s.

<sup>388</sup> A. BOLZE, *op. cit.*, p. 1818.

<sup>389</sup> A. BOLZE, *op. cit.*, p. 1818.

<sup>390</sup> Par exemple, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 1994, SOC. DÉMART, Bull. 1994 I n° 267 p. 195 ; RCDIP 1995 p. 60, note D. BUREAU, où sont visés les principes du droit international privé relatifs à l'application du droit étranger. V. Br. OPPETIT, Les principes généraux en droit international privé, Archives de philosophie du droit 1987, (t. 32), p. 179 ; W. WENGLER, Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits, RCDIP 1952 p. 595-622 et RCDIP 1953 p. 37-60 ; M.-Cl. NAJM, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux, NBT vol. 49, Dalloz Paris 2005 ; D. BUREAU, Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales, th. Paris II, 1992.

mais aussi pour la question de l'accord procédural, dont l'appellation semble à cet égard mal choisie.

**237. Conclusion du paragraphe.** En conclusion, le régime procédural de l'élément d'extranéité laisse une place à l'application subsidiaire de la *lex fori*. En particulier, lorsque le critère de rattachement à l'ordre juridique étranger n'apparaît pas dans le débat judiciaire, la loi du for remplace la loi étrangère qui devrait normalement être mise en œuvre selon la règle de conflit. Cet élargissement du domaine de la *lex fori* se fait au détriment de la loi étrangère, rompant l'égalité théorique de désignation en principe recommandée par la méthode post-savignienne. Le moyen de rétablir cette égalité serait alors d'imposer au juge de relever de son chef tous les éléments d'extranéité<sup>391</sup>, ce qui renverserait la présomption selon laquelle tout litige de droit privé est réglé selon la loi du juge qui en est saisi<sup>392</sup>. Cela nécessite tout de même de renforcer pareillement les obligations du juge lorsque le droit étranger n'a pas été invoqué par les parties (§ 2).

## § 2 L'absence d'invocation du droit étranger

**238. Principe dispositif et loi étrangère.** En vertu du principe dispositif, exposé ci-dessus, l'invocation de la loi étrangère par les parties emporte l'obligation pour le juge de statuer sur la question de la loi applicable au litige. Cela ne fait aucun doute pour la doctrine : « de tout temps, il a été admis que le juge devait faire application de la règle désignant la loi applicable lorsqu'il en était requis par les parties, et cela que cette règle

---

<sup>391</sup> Monsieur LEQUETTE estime notamment que l'effectivité de la concurrence entre les lois en conflit est dépendante de l'obligation pour le juge de relever l'élément d'extranéité : c'est une condition de réalisation du principe d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère, Y. LEQUETTE, L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988), RCDIP 1989 n° 18 p. 299.

<sup>392</sup> Messieurs MAYER et HEUZÉ considèrent, quant à eux, qu'il ne faut pas exiger du juge de procéder systématiquement à une recherche de l'élément d'extranéité susceptible d'entraîner l'application du droit étranger. Si l'élément d'extranéité, qui correspond en l'espèce au critère de rattachement, n'est pas dans le débat, il estime que l'on ne doit pas appliquer d'office la règle de conflit. Les auteurs justifient cette solution par une présomption en faveur de la *lex fori* : « l'immense majorité des litiges soumis aux tribunaux français sont régis par la loi française, et il est légitime de poser une présomption en ce sens », P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 146 p. 115.

désigné comme applicable la loi française ou une loi étrangère »<sup>393</sup>. *A contrario*, le juge n'a pas l'obligation d'appliquer la loi étrangère si les parties ont omis de l'invoquer devant lui. Il ne dispose que d'une faculté, ouverte par l'arrêt COMPAGNIE ALGÉRIENNE DE CRÉDIT ET DE BANQUE<sup>394</sup>, de le faire. Cette dernière s'accompagnera alors d'une charge de travail dissuasive pour le juge, puisqu'il devra rechercher la teneur de la loi étrangère qu'il soulève<sup>395</sup>. En conséquence, on peut présumer que le juge renoncera généralement à exercer cette faculté.

**239. Domaine de la solution : les droits laissés à la libre disposition des parties.** Dans ce cas de figure, l'absence d'invocation de la loi étrangère peut résolument profiter à la *lex fori*. Mais, en réalité, la solution ne possède pas un champ général d'application. D'après la jurisprudence française, elle ne concerne que les droits laissés à la libre disposition des parties<sup>396</sup>. La Cour de cassation a décidé, en effet, que « s'agissant de droits disponibles, le juge n'est tenu de mettre en œuvre la règle de conflit adéquate et d'appliquer le droit étranger qu'elle désigne que dans la mesure où ce droit est expressément invoqué par une

---

<sup>393</sup> A. PONSARD, L'office du juge et l'application du droit étranger, RCDIP 1990 p. 608. *Idem*, Y. LEQUETTE, L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988), RCDIP 1989 n° 12 p. 290. Comp. : « lorsque les plaideurs (ou l'un d'eux) invoquent l'application de la loi étrangère, le juge est en principe tenu de consacrer son applicabilité dès lors, bien entendu, qu'elle est désignée par la règle de conflit », Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 240 p. 309.

<sup>394</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 2 mars 1960, COMPAGNIE ALGÉRIENNE DE CRÉDIT ET DE BANQUE, précité.

<sup>395</sup> « Il appartient au juge qui déclare applicable une loi étrangère de procéder à sa mise en œuvre, et, spécialement, d'en rechercher la teneur », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1998, ABABOU, Bull. 1998 I n° 27 p. 18, JCP 1998 II 10098, note H. MUIR WATT ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1998, SOC. LAVAZZA, Bull. 1998 I n° 327 p. 226 ; D. 1999 p. 337, note M. MENJUCQ ; RCDIP 1999 p. 88, note B. AUDIT (1<sup>re</sup> esp.) ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 décembre 1998, SOC. CALBERSON BELGIUM, Bull. 1998 I n° 344 p. 237 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 2000, SOC. TRANSITAS, Bull. 2000 I n° 51 p. 35 ; RCDIP 2000 p. 778, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2001, SOC. THE ARAB INVESTMENT COMPANY, RCDIP 2001 p. 335, note H. MUIR WATT ; JDI 2002 p. 171, note M. RAIMON (2<sup>e</sup> esp.).

<sup>396</sup> « Il est intéressant de noter que la plupart des arrêts concernant des cas où la compétence de la loi étrangère a été invoquée par l'une au moins des parties ont été rendus dans **des litiges relatifs à des droits disponibles et non régis par un traité international**. C'est évidemment l'hypothèse où les parties ont tout intérêt à invoquer elles-mêmes la compétence de la loi étrangère si elles veulent avoir des chances de la voir appliquer, car dans ce domaine le juge n'a pas l'obligation d'appliquer d'office la règle de conflit » [*en caractères gras dans le texte*], D. ALEXANDRE, v° La loi étrangère devant les tribunaux français - Établissement du contenu de la loi étrangère, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 62 (1997), n° 16 p. 4.

partie »<sup>397</sup>. Le critère de libre disponibilité des droits est apprécié de façon « analytique »<sup>398</sup>. Il importe peu, sur ce point, qu'un traité règle la situation litigieuse. Il a par exemple été décidé, en matière de droits disponibles, que des juges pouvaient appliquer la *lex fori* dès lors qu'aucune des parties n'avait invoqué l'existence d'un traité pour revendiquer l'application de la loi étrangère<sup>399</sup>. Une solution identique a été adoptée au sujet de la convention portant unification du droit de la vente internationale de marchandises<sup>400</sup>.

En matière de droits disponibles, il ne fait alors aucun doute que les parties ne peuvent se prévaloir de l'application de la loi étrangère au stade du pourvoi en cassation alors qu'ils ne l'ont pas fait précédemment<sup>401</sup>. En matière de droits indisponibles, en revanche, le risque de fraude est trop grand pour permettre aux parties d'évincer en toute connivence les

---

<sup>397</sup> Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, COLIN, n° 00-12976, Legifrance ; Petites Affiches 30 octobre 2003 p. 9, note H. C. ; RCDIP 2003 p. 462, note B. ANCEL.

<sup>398</sup> D. ALEXANDRE, v° La loi étrangère devant les tribunaux français - Généralités - Application d'office de la règle de conflit, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 60 (1995), n° 62 p. 13 ; B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 264 p. 223.

<sup>399</sup> « S'agissant de droits dont les parties ont la libre disposition, la cour d'appel a légalement justifié sa décision sur le fondement de la loi française, dès lors qu'aucune des parties n'avait invoqué la Convention de La Haye du 15 juin 1955 pour revendiquer l'application d'un droit étranger », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, SOC. MUTUELLE DU MANS IARD, Bull. 1999 I n° 172 p. 113 ; RCDIP 1999 p. 707 (1<sup>re</sup> esp.), note H. MUIR WATT ; Gaz. Pal. 2 mars 2000 n° 62 Somm. p. 39 (2<sup>e</sup> esp.), obs. M.-L. NIBOYET ; GADIP n° 77.

<sup>400</sup> La Cour de cassation approuve l'application de la loi interne par les juges du fond grâce à une interprétation de l'article 6 de la CVIM. En l'espèce, les parties s'étaient abstenues d'invoquer la convention : « selon l'article 6, qui s'interprète comme permettant aux parties de l'éviter tacitement, en s'abstenant de l'invoquer devant le juge français, ce qui s'est réalisé en l'espèce », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2001, SOC. MULLER ÉCOLE et BUREAU, Bull. 2001 I n° 189 p. 120. L'article 6 de la CVIM précise que « les parties peuvent exclure l'application de la présente convention, ou, sous réserve des dispositions de l'article 12, déroger à l'une quelconque de ses dispositions ou en modifier ses effets », Convention des Nations Unies sur la vente internationale de marchandises, texte disponible sur le site internet de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international : [www.uncitral.org/](http://www.uncitral.org/).

<sup>401</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 novembre 2006, ÉPOUX WÖRTHNER, Bull. 2006 I n° 522 p. 462, où il est décidé que, s'agissant de droits disponibles, le moyen tiré de l'application du droit étranger ne peut être présenté pour la première fois devant la Cour de cassation. En l'espèce, il ne résultait ni de l'arrêt, ni des productions, que les parties avaient invoqué la loi étrangère au soutien de leur demande. La Cour retient la solution inverse en matière de droits indisponibles (ex. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, M. X, Bull. 2006 I n° 316 p. 273 ; Dr. Fam. n° 9 sept. 2006, comm. 176, note M. FARGE, le moyen invoquant la loi étrangère est recevable de pur droit même si celui qui l'invoque s'est toujours fondé sur le droit du for devant les juges du fond).

dispositions impératives de la *lex causae* qui leur paraîtraient gênantes. Ceci dit, une étude montre que, « même lorsque le litige porte sur une matière dont les parties n'ont pas la libre disposition, on constate en pratique que le juge s'en tient souvent aux arguments invoqués par les parties sans se poser la question de la règle applicable au fond du litige »<sup>402</sup>.

**240. Degré d'invocation.** Quant à la forme de l'invocation de la loi étrangère, la Cour de cassation paraît très exigeante. Elle impose une rigueur absolue dans la rédaction des conclusions puisqu'elle réclame une invocation qualifiée de la loi étrangère, en l'occurrence une invocation expresse. Par exemple, dans l'affaire COLIN, les parties avaient fondé leur argumentation sur le droit français et s'étaient contentées d'une simple référence au droit étranger, se limitant à une allégation à partir de laquelle aucune demande n'était déduite<sup>403</sup>. Dans l'affaire JACOB, le demandeur se bornait, quant à lui, à indiquer dans ses conclusions que « le droit allemand aurait dû théoriquement s'appliquer (...), car il y a davantage de liens avec l'Allemagne qu'avec la France », sans déduire de cette simple référence une conséquence juridique quant à la solution du litige, différente de celle résultant de l'application de la loi du for<sup>404</sup>. Le juge n'était donc pas tenu de se prononcer sur la loi applicable puisque aucune demande d'application du droit étranger n'était expressément formulée, ni explicitée quant aux dispositions éventuellement applicables. L'absence totale de référence à la loi étrangère entraîne d'ailleurs les mêmes conséquences juridiques.

**241. Concordance de conclusions ne mentionnant que les règles de la *lex fori*.** Il existe une hypothèse particulière, rangée à tort sous la notion d'accord procédural<sup>405</sup>, qui devrait, à

---

<sup>402</sup> M. SIMONET, L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français, in *L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Ph. KAHN (sous la dir. de), Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française Paris 2001, p. 136.

<sup>403</sup> Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, COLIN, précité.

<sup>404</sup> Cass. Com., 5 février 2002, JACOB, n° 97-20193, Legifrance.

<sup>405</sup> Par ex. Madame JOBARD-BACHELLIER parle d'accord procédural pour commenter un arrêt dans lequel la Cour de cassation n'a jamais utilisé cette expression, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, De la distinction nécessaire entre l'accord procédural interne et l'accord procédural international, en présence même d'éléments d'extranéité, *Gaz. Pal.* 2001 n° 347, p. 13. La Cour de cassation prend soin d'éviter la qualification de procédurale en décidant, par exemple, que, « s'agissant de droits dont les parties avaient la libre disposition, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait dès lors que fondant leurs conclusions sur les règles applicables en droit français, les parties s'étaient ainsi accordées sur l'application de la loi du for », Cass. Com., 19 décembre

notre sens, être rattachée à la catégorie de « l'absence d'invocation de la loi étrangère ». Il s'agit du cas où les conclusions des parties font uniquement référence aux règles de droit du juge saisi. Dans les affaires où les parties fondent leurs prétentions sur la loi interne et gardent par ailleurs le silence sur la loi étrangère applicable, cette concordance de comportements ne peut emporter accord puisqu'il n'y a pas d'accord de *volontés*<sup>406</sup>.

**242.** La jurisprudence a d'ailleurs précédemment refusé la validité d'un tel accord tacite pour les situations internes<sup>407</sup> et internationales<sup>408</sup>. Cela entre, notamment, en conformité avec la réglementation universelle du contrat de vente qui interdit, en principe, que le silence puisse valoir acceptation<sup>409</sup>. En effet, il paraît difficilement justifiable de considérer qu'une assignation rédigée en référence à la loi interne puisse constituer une offre au sens contractuel. Les parties sont, au contraire, dans une situation contentieuse, qui n'est pas conciliable avec cette notion d'accord tacite<sup>410</sup>.

---

2000, M. BERNARD, n° 97-19890, Legifrance.

<sup>406</sup> En ce sens, « l'accord procédural se distingue, en principe, du comportement procédural passif des parties », H. MUIR WATT, Répertoire International Dalloz, v° Loi étrangère (1998), n° 70 p. 13. *Contra*, Monsieur DE VAREILLES-SOMMIÈRES définit l'accord procédural comme « la situation dans laquelle, par leur comportement procédural dans le cadre d'un litige international, les parties sont jugées s'être entendues pour que le tribunal applique une autre loi que la loi désignée par la règle de conflit », P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère, Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand, Litec Paris 2003, p. 486.

<sup>407</sup> Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 octobre 1979, LEMAIRE, Bull. 1979 III n° 175 p. 136, « une simple concordance entre les conclusions des parties ne constitue pas l'accord exprès par lequel celles-ci peuvent, en vertu de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, lier le juge par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat » (situation interne) ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1980, MOUCHEL, Gaz. Pal. 1980 I Pan. Jur. p. 244.

<sup>408</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1992, M. X, Bull. 1992 I n° 261 p. 171, « une simple concordance des conclusions échangées de part et d'autre devant les premiers juges ne constitue pas l'accord exprès qui pourrait, selon le troisième alinéa de l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, lier le juge par des qualifications auxquelles les parties auraient entendu limiter le débat ».

<sup>409</sup> V. article 18 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980, précitée : « le silence ou l'inaction à eux seuls ne peuvent valoir acceptation ».

<sup>410</sup> « Un accord suppose une rencontre de volontés ; et il n'y a ici ni rencontre, ni peut-être volonté (...) ce n'est pas parce que deux personnes ont pris une position identique qu'elles sont censées s'engager l'une envers l'autre à s'y tenir, et qu'elles veulent contraindre le juge à la respecter », P. MAYER, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, M. O. et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, KARL IBOLD GMBH, RCDIP 1998 n° 12 p. 67. Comp. en droit néerlandais : « *it is difficult to infer from the single circumstance that the parties in their*

**243.** La seule réserve pourrait, à la limite, se trouver dans certaines procédures, telles que le divorce ou l'adoption, où les parties sont susceptibles de rechercher un résultat identique. Il y aurait là une concordance d'intérêts justifiant que les arguments soient examinés selon le droit du juge saisi. Quant aux hypothèses restantes où la loi étrangère n'est pas invoquée, la connaissance par les parties de l'applicabilité de la loi étrangère est *complètement incertaine*. La renonciation des parties n'est alors ni consciente, ni délibérée<sup>411</sup>. Cela signifie qu'en prenant acte de l'accord procédural sur la seule base des conclusions des parties, la jurisprudence habilite la *lex fori* à s'appliquer simplement en raison de leur ignorance du recours possible aux règles étrangères pour résoudre leur problème juridique<sup>412</sup>. Elle présume d'une renonciation tacite aux droits étrangers. La solution est donc très profitable à la *lex fori*.

**244. Conclusion du paragraphe.** En résumé, l'absence d'invocation par les parties de la loi étrangère est susceptible d'accroître les chances d'application de la *lex fori* lorsque les parties ont la libre disposition de leurs droits. Il est peu vraisemblable que le juge saisisse la faculté de relever d'office l'application de la loi étrangère car cela entraîne pour lui l'obligation générale de rechercher lui-même le contenu de la loi étrangère qu'il déclare applicable. Une toute autre question est celle de la vocation subsidiaire de la loi du for à

---

*pleadings have remained silent on the choice of law issue and possibly refer to the rules of Dutch substantive law, that they wish their claim and defence to be exclusively determined according to Dutch law* », P.M.M. MOSTERMANS, Optional (facultative) Choice of Law ? Reflections from a Dutch Perspective, Netherlands International Law Review 2004 (vol. 51) p. 403.

<sup>411</sup> G. BOLARD, L'arbitraire du juge, Mélanges offerts à Pierre Drai : le juge entre deux millénaires, Dalloz Paris 2000, n° 14 p. 236.

<sup>412</sup> « On ne peut inférer du silence des parties que celles-ci, conscientes de l'existence d'un conflit, ont renoncé à invoquer la loi étrangère. La pratique démontre que dans la grande majorité des cas c'est par ignorance qu'elles se taisent sur l'inclusion dans le litige d'un problème de droit international privé », G. SUTTON, LES ARTICLES 311-14 et suivants du CODE CIVIL à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de Grande Instance de Paris, TCFDIP 1982-1984, éd. du CNRS Paris 1986, p. 196. Sur une telle ignorance : « il y a des plaideurs ignorants et l'ignorance ne doit pas forcément être sanctionnée par la privation des droits que la loi a consacrés. Il serait difficile d'imaginer une règle dont la raison d'être n'existerait si peu que son application pourrait être sans dommage refusée à qui elle est destinée au prétexte que ses bienfaits sont ignorés de l'intéressé », B. ANCEL et H. MUIR WATT, À propos de deux arrêts « de concert » : l'office du juge et la loi étrangère, in Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), sous la dir. de J. FOYER et de C. PUIGELIER, Economica Paris 2006, n° 10 p. 404.

défaut d'établissement du contenu de la loi étrangère (§ 3). Sur ce point, la synthèse du droit positif devient d'ailleurs extrêmement délicate en raison de la jurisprudence « très abondante et souvent fluctuante » qui est rendue par les juridictions françaises<sup>413</sup>.

### § 3 Le défaut d'établissement du droit étranger

**245. Présentation.** Une fois expressément invoquée par les parties, il n'est pas certain que la loi étrangère soit effectivement appliquée pour résoudre le litige. Encore faut-il que le contenu de la loi étrangère compétente puisse être rapporté : c'est la question de la preuve du droit étranger, qui est très certainement la question la plus traitée du droit international privé. En France, il s'agit d'une question qui a provoqué « plus de quarante années d'acharnement doctrinal et de montagnes russes jurisprudentielles »<sup>414</sup>. Ce vif intérêt de la doctrine tient au fait que l'application de la loi étrangère est résolument l'aspect le plus problématique – c'est-à-dire le plus difficile à justifier en théorie comme en pratique – de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois<sup>415</sup>. Il est bien évident que, en tant qu'aspect non problématique de

---

<sup>413</sup> D. ALEXANDRE, v° La loi étrangère devant les tribunaux français - Établissement du contenu de la loi étrangère, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 62 (1997), n° 7 p. 3. Au sujet de la variabilité des critères employés en jurisprudence, Madame MUIR WATT précise d'ailleurs que, « si les devoirs du juge n'épousent plus exclusivement l'intérêt public du procès, le critère qui sert désormais à les définir reste difficile à trouver. Force est en effet de reconnaître que les divers paramètres successivement employés – source du règlement, disponibilité du contentieux, initiative procédurale – se conjuguent selon des lois mystérieuses. Le régime de la règle de conflit de lois reste dualiste, mais la ligne de partage est désormais d'ordre à la fois fonctionnel et circulaire, se dessinant selon... les exigences de la réalisation méthodique de la loi étrangère », H. MUIR WATT, Les péripéties internationales de l'article 12 du NCPC ou la définition contemporaine du conflit de lois dans l'espace, in Propos pertinents de droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Ch. GAVALDA, Dalloz Paris 2001, p. 239-240.

<sup>414</sup> A. BOLZE, L'application de la loi étrangère par le juge français : le point de vue d'un processualiste, D. 2001 p. 1818.

<sup>415</sup> « *Foreign law is like a foreign language : one may be fluent in it, and yet there will be the occasional lapse in grammar, or the momentary uncertainty about the right preposition, or the mangled expression, the mispronounced word, the odd figure of speech. Native speakers notice such slips immediately, just as they can recognize a one-time settler by the hyper-correctness of his acquired language. Like a language, foreign law is difficult to learn by anyone who has not been born and bred in the social environment in which it is used. Understanding its meaning is even more difficult for anyone who is occasionally exposed to it. Most judges dealing with foreign law in a conflicts case are unaccustomed to its vernacular, unaware of its various layers of meaning, insensitive to its subtleties, ignorant of its usage, oblivious in its context. Small wonder that they are apt to make mistakes that their colleagues abroad would avoid instinctively. They can walk into the same*

la mise en œuvre de la règle de conflit de lois, la *lex fori* est le bénéficiaire naturel des défaillances qui affectent l'application de la loi étrangère.

**246. Cas de défaillance.** Il faut dire que, faute de sources officielles concernant les systèmes juridiques étrangers, le juge n'est pas en mesure de connaître les règles étrangères autant que sa propre loi. Il se peut d'ailleurs que, malgré les recherches effectuées, le contenu de la loi étrangère ne puisse pas être établi avec toute la certitude nécessaire. Certes, le degré de cette difficulté est variable et c'est pour cette raison que, en dehors des impossibilités absolues, le classement des causes de la défaillance s'avère délicat. Ainsi les auteurs s'accordent-ils à qualifier les impossibilités les plus sévères d'« impossibilités objectives ». On peut sans peine imaginer qu'une guerre civile ou qu'une instabilité politique paralysant le fonctionnement des institutions judiciaires puisse priver ceux qui s'y intéressent de tout accès à l'état du droit<sup>416</sup>. Les autres cas de défaillance sont, quant à eux, assez flous et semblent être laissés à l'appréciation des juges du fond, par exemple lorsque la question litigieuse ne s'est jamais posée dans l'ordre juridique étranger interrogé, lorsque les sources rapportées sont totalement contradictoires ou inexploitables, lorsque l'éloignement géographique ou que les difficultés d'entrer dans ce pays étranger font que la tâche est insurmontable, etc.

**247.** À ces hypothèses relativement sérieuses, il faut ajouter les cas, plus courants, où les parties n'ont tout simplement pas réussi à rapporter le contenu de la loi étrangère pour des raisons contingentes de délais<sup>417</sup>, de défaillance de leur avocat, d'absence d'expert disponible, etc. La défaillance pourrait aussi être raisonnablement admise lorsque le coût de

---

*trap the student of a foreign language could be caught in when a foreign phrase or concept sounds or looks deceptively like its own, while in reality the two should not be equated* », Th. M. DE BOER, *Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law*, RCADI 1996 t. 257, p. 305.

<sup>416</sup> V. par exemple : « les éléments de rattachement apparaissent d'ailleurs défaillants comme la preuve de la loi étrangère applicable impossible à rapporter, s'agissant d'un litige entre un citoyen américain et un réfugié polonais au sujet de faits intervenus en Mandchourie sous occupation militaire soviétique, dans la période qui a suivi la disparition de l'État du Mandchoukouo par le départ des Japonais et précédé le rétablissement d'une autorité chinoise unique », TGI Paris, 25 novembre 1971, ZIKMAN, RCDIP 1973 p. 499, note G. DE LA PRADELLE.

<sup>417</sup> En droit comparé, de nombreuses législations autorisent le juge à faire application de la *lex fori* lorsque le contenu de la loi étrangère n'a pas été rapporté dans un délai raisonnable (v. les références ci-dessous).

la recherche du droit étranger est excessivement supérieur à l'enjeu du litige<sup>418</sup>. En dernier lieu, il existe aussi des cas où les parties n'ont pas l'utilité de rapporter le contenu de la loi étrangère parce que celui-ci conduit à une solution qui ne va pas dans leur intérêt.

**248.** Dans toutes ces hypothèses très diverses, il y a une défaillance qui empêche, d'une façon ou d'une autre, le juge d'accéder au contenu du droit étranger désigné par la règle de conflit de lois. Or, *pour éviter un déni de justice*, le juge a l'obligation de remédier à la défaillance de la loi étrangère. En effet, comme le précise Monsieur AUDIT, l'obligation d'établir le contenu de la loi étrangère n'est qu'une obligation de moyens<sup>419</sup>. Il ne s'agit pas d'appliquer à tout prix la loi étrangère<sup>420</sup>. Il est donc de principe que, si le juge qui reconnaît applicable une loi étrangère se heurte à l'impossibilité d'obtenir la preuve de son contenu, il peut faire application de la *lex fori* à titre subsidiaire, y compris en matière de droits indisponibles<sup>421</sup>. Pour approfondir ce rôle subsidiaire, il paraît indiqué de séparer les impossibilités objectives (A) des autres impossibilités. Celles-ci sont alors caractérisées par le comportement fautif de l'auteur de la défaillance, que celui-ci soit le plaideur (B) ou le juge (C).

A/ La *lex fori* et l'impossibilité objective d'établir le contenu de la loi étrangère

**249. Effet de la défaillance : le recours subsidiaire à la *lex fori*.** Lorsque l'impossibilité de rapporter le contenu de la loi étrangère n'est imputable ni aux parties ni au juge, la jurisprudence fait référence à une « règle de portée générale – tirée de la loi française, par l'application de laquelle, en raison de son caractère subsidiaire, le juge français doit suppléer à la défaillance de la loi étrangère »<sup>422</sup>. Cette règle s'applique notamment lorsque la question

---

<sup>418</sup> Monsieur LAGARDE classe d'ailleurs cette défaillance parmi les impossibilités objectives, P. LAGARDE note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 1980 BETTAN et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 1980, FERKANE, RCDIP 1981 p. 101.

<sup>419</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 277 p. 233.

<sup>420</sup> Comp., au sujet de l'office du juge : « *none of the Continental legal systems considers the judge's duty to ascertain foreign law to be absolute. All they require of the judge is that he do his best* », S. GEEROMS, Foreign Law in Civil Litigation, Oxford University press Oxford, 2004, n° 2.224 p. 127.

<sup>421</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 2006, M. X, Bull. 2006 I n° 500 p. 445 ; RCDIP 2007 p. 575, note H. MUIR WATT ; JCP 2006 IV 3511 (action en recherche de paternité naturelle selon la loi biélorusse).

<sup>422</sup> Cass. Com., 2 mars 1993, SOC. ALKHALAF et SOC. STALCO, Bull. 1993 IV n° 82 p. 56 ; RCDIP 1993 p. 632, note H. MUIR WATT. Sur l'argument du déni de justice, v. B. AUDIT, Droit international privé,

de droit n'est pas précisément résolue par le droit étranger désigné, en raison d'une lacune. À défaut, le juge doit puiser la solution du litige dans son propre système juridique.

**250. Autres solutions peu réalistes.** La substitution de la *lex fori* à la loi étrangère défailtante semble être solidement établie. D'ailleurs, les autres solutions subsidiaires ne sont guère convaincantes. Parmi celles-ci, la recherche d'une loi étrangère de remplacement (spécialement une loi empruntée d'un système juridique proche) et le recours à un rattachement subsidiaire (c'est-à-dire, par exemple, à la loi du domicile lorsque le contenu de la loi nationale est inconnu<sup>423</sup>) ont été envisagés. La recherche d'un système juridique présentant les liens les plus étroits avec la situation litigieuse a aussi été évoquée (principe de proximité utilisé à titre subsidiaire). Que valent ces différents remèdes ?

**251.** À vrai dire, ils paraissent plus instables qu'un recours élémentaire à la *lex fori*. Plus précisément, la solution qui consiste à puiser la règle applicable dans un système étranger identique s'avère être une grande source d'incertitude : comment savoir si la règle est vraiment la même que dans l'ordre étatique originellement désigné ? Quant à la hiérarchisation des rattachements, elle offre des complications inextricables. Le juge n'aura aucune indication sur le rattachement à privilégier si, précisément, la loi ne pose pas de rattachements subsidiaires. Le principe de proximité ne favorise pas non plus la prévisibilité<sup>424</sup>. C'est pourquoi, il paraît difficile de recourir à une autre solution que l'application subsidiaire de la *lex fori*<sup>425</sup>. D'ailleurs, la plupart des législations de droit international privé consacrent tout naturellement cette solution de substitution<sup>426</sup>.

---

4<sup>e</sup> éd. 2006, *Economica Paris*, n° 277 p. 233.

<sup>423</sup> La loi italienne précise que, lorsque la loi étrangère ne peut être établie, le juge doit subsidiairement appliquer la loi indiquée par les autres critères de rattachement éventuellement prévus pour la même hypothèse normative. À défaut, il doit appliquer la loi italienne, v. art. 14 § 2 de la loi n° 218 du 31 mai 1995, RCDIP 1996 p. 177. V. aussi l'art. 23 § 2 du Code civil portugais, RCDIP 1968 p. 371.

<sup>424</sup> Sur le principe de proximité, v. *infra* n° 436. Sur les risques d'insécurité provoqués, par exemple, par la clause d'exception, v. A. FIORINI, *The Codification of Private International Law : the Belgian Experience*, ICLQ 2005 (vol. 54, n° 2), p. 515-517.

<sup>425</sup> « Toutes ces solutions comportent (...) l'inconvénient d'une très grande approximation. Il semble donc préférable de laisser s'appliquer la loi du for, dont la compétence s'impose raisonnablement du seul fait que ses tribunaux sont saisis », H. MUIR WATT, *Répertoire International Dalloz*, v° Loi étrangère (1998), n° 111 p. 19.

<sup>426</sup> L'application subsidiaire de la *lex fori* est très courante en droit comparé : **Belgique** (art. 15 § 2 du Code de

**252.** De fait, l'application subsidiaire de la *lex fori* apparaît comme la meilleure solution en cas d'impossibilité objective d'établir le contenu du droit étranger. Il pourrait peut-être en aller différemment en cas de violation délibérée de l'obligation de rapporter le contenu de ce droit dans le but exclusif de susciter un recours subsidiaire à la loi du for. Dans ce cas de figure, l'application de la *lex fori* équivaut tout simplement à satisfaire l'auteur de la défaillance, aux dépens de la méthode post-savignienne et de la loi étrangère évincée. Alors, si la violation délibérée de cette obligation ne se trouve pas sanctionnée, la *lex fori* bénéficie entièrement de la défaillance délibérée des parties ou du juge dans l'établissement de la teneur de la loi étrangère.

B/ La *lex fori* et la défaillance des parties

**253.** Il a été proposé que la violation délibérée par une partie de son obligation de rapporter le contenu de la loi étrangère soit sanctionnée par le rejet de sa prétention<sup>427</sup>. Nous verrons que l'application subsidiaire de la *lex fori* n'a pas été détrônée par cette solution (1). Au contraire, la multiplication des cas de défaillance des plaideurs dans la satisfaction de

---

droit international privé, RCDIP 2005 p. 157 ; J.-Y. CARLIER, M. FALLON, et B. MARTIN-BOSLY, Code de droit international privé, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Bruylant Bruxelles, p. 582) ; **Russie** (art. 1191 § 3 du Code civil de la Fédération de Russie, RCDIP 2002 p. 183) ; **Tunisie** (art. 32 du Code de droit international privé, RCDIP 1999 p. 386) ; **Liechtenstein** (art. 4 § 2 de la loi du 19 septembre 1996, RCDIP 1997 p. 859) ; **Burkina Faso** (art. 1008, alinéa 3, du Code des personnes et de la famille, RCDIP 1991 p. 222) ; **Roumanie** (art. 7, alinéa 3, de la loi du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé, RCDIP 1994 p. 172-173) ; **Québec** (art. 2809, alinéa 2, du Code civil, disponible sur le site internet du ministère de la Justice [www.justice.gouv.qc.ca/](http://www.justice.gouv.qc.ca/)) ; **Suisse** (art. 16 § 2 de la loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987, disponible sur le site internet des autorités fédérales de la Confédération suisse [www.admin.ch/](http://www.admin.ch/)) ; **Turquie** (art. 2, alinéa 2 de la loi du 20 mars 1980 sur le droit international privé et la procédure internationale, RCDIP 1983 p. 141) ; **Hongrie** (§ 5 (3) du Décret-loi du 31 mai 1979 sur le droit international privé, RCDIP 1981 p. 162) ; **Autriche** (§ 4 (2) de la loi du 15 juin 1978 sur le droit international privé, RCDIP 1979 p. 176) ; **Sénégal** (art. 850, alinéa 3, du Code de la famille, RCDIP 1973 p. 385) ; **Pologne** (art. 7 de la loi de droit international privé du 12 novembre 1965 sur le droit international privé, RCDIP 1966 p. 324) ; **Finlande** (Code de procédure, chap. 24 sect. 3, § 2, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, Foreign law in national courts, a comparative perspective, RCADI 2003 t. 304, p. 328, note 391) ; **Suède** (solution jurisprudentielle, v. M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *op. cit.*, p. 328-329).

<sup>427</sup> J. LEMONTEY et J.-P. REMERY, La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation, Rapport de la Cour de Cassation 1993, La documentation française Paris 1994, p. 91.

leur obligation à l'égard de la loi étrangère a, par le passé, fortement contribué à l'éviction de cette dernière au profit de la loi du for (2).

1/ La question du rejet-sanction

**254. Sanction du plaideur de mauvaise foi par le rejet de sa prétention ?** Que risque le plaideur qui souhaite éviter l'application de la loi étrangère en ne rapportant pas le contenu de celle-ci ? Ce comportement peut-il être constitutif d'une faute susceptible d'entraîner sa responsabilité procédurale ? Certains auteurs le suggèrent. Messieurs LEMONTEY et REMERY ont pu exposer que le rejet de la prétention serait envisageable lorsque, en exerçant son office, le juge a requis la collaboration d'une partie qui, par négligence ou mauvaise volonté, ne s'exécute pas<sup>428</sup>. Selon ces auteurs, une telle solution moralisatrice serait rendue possible par l'article 11 du Code de procédure civile qui dispose que « les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus ».

**255.** Malgré ce fondement textuel, la suggestion a reçu peu d'écho dans la jurisprudence française. Une partie de la doctrine avait antérieurement utilisé cet argument dans l'interprétation d'un arrêt de la Cour de cassation qui approuvait le rejet d'une demande en cas d'absence de preuve de *la disposition étrangère spécialement invoquée*, le recours subsidiaire à la *lex fori* n'étant autorisé qu'en cas de défaillance de *la loi étrangère dans son contenu général*<sup>429</sup>. La motivation de cette décision utilisait donc une distinction, assez obscure, portant sur *l'objet* de la défaillance, qui donna ensuite naissance à une distinction fondée sur *la cause* de la défaillance<sup>430</sup>. Selon cette interprétation, le rejet était réservé aux *défaillances imputables au comportement des parties*, à la suite par exemple d'un manque de

---

<sup>428</sup> J. LEMONTEY et J.-P. REMERY, *op. cit.*, p. 91.

<sup>429</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janvier 1984, SOC. THINET et DUMEZ, Bull. 1984 I n° 33 ; JDI 1984 p. 874, note J.-M. BISCHOFF ; RCDIP 1985 p. 89, note P. LAGARDE. Comp. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1991, UAP, Bull. 1991 I n° 8 p. 5 ; RCDIP 1991 p. 569, note H. MUIR WATT. Pour les juridictions du fond, v. TGI Avesnes-sur-Helpe 25 septembre 1963, DAME M., RCDIP 1965 p. 130, note P. BELLET et spécialement les références citées par le commentateur, p. 135.

<sup>430</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 332 p. 545.

diligence ou d'une mauvaise volonté<sup>431</sup>. L'application subsidiaire de la *lex fori* était, quant à elle, réservée aux *défaillances extérieures*, comme l'impossibilité matérielle de rapporter le contenu de la loi étrangère. Postérieurement, pourtant, la *lex fori* a été appliquée de façon quasi-exclusive en raison de sa vocation subsidiaire<sup>432</sup>.

## 2/ Les facteurs de défaillance des parties

**256.** Non seulement la violation délibérée de l'obligation de prouver la loi étrangère se révèle être peu sanctionnée, mais elle se trouve encore encouragée par un certain nombre de choix, opérés par la Cour de cassation au cours du XX<sup>e</sup> siècle, sur la question de la charge de la preuve du droit étranger. La jurisprudence française a, en particulier, offert trois facteurs successifs de défaillance qui sont : la soumission de la charge de la preuve à l'entière responsabilité des parties (a), l'incertitude chronique affectant le critère de détermination de la charge de la preuve (b) et la présomption d'équivalence entre loi étrangère et *lex fori* (c).

### a/ Les effets du monopole des parties sur la preuve du droit étranger

**257.** La volonté des juridictions françaises de s'épargner l'application des lois étrangères a pendant très longtemps déterminé la charge de la preuve du droit étranger. Ainsi, contrairement à la majorité des droits européens, le système français a durablement imposé aux parties d'établir le contenu du droit étranger lorsqu'elles en désiraient l'application<sup>433</sup>. La probabilité d'application de la loi étrangère était d'autant plus faible que le plaideur était souvent responsable de la défaillance. Dans certains domaines, l'inertie des parties entraînait

---

<sup>431</sup> Est étrangement restée extérieure au débat la solution qui consiste à mettre à la charge des parties récalcitrantes les frais relatifs à la recherche du contenu de la loi étrangère.

<sup>432</sup> En particulier, si la Cour a pu une fois prononcer le rejet d'une demande reconventionnelle, ce n'était pas pour évincer l'application de la loi étrangère défailante, mais pour statuer en conformité avec l'interprétation de la loi étrangère qu'elle retenait des certificats de coutume versés aux débats, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 1980, BETTAN, RCDIP 1981 p. 94 (1<sup>re</sup> esp.), note P. LAGARDE. Quelques mois plus tard d'ailleurs, la Cour de cassation a appliqué sans ambiguïté la loi du for, à titre subsidiaire, au motif que les parties n'avaient fourni aucun renseignement sur le contenu de la loi étrangère, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 1980, FERKANE, RCDIP 1981 p. 94 (2<sup>e</sup> esp.), note P. LAGARDE.

<sup>433</sup> Pour une comparaison des systèmes anglais, français, belge, néerlandais, allemand et nord-américain, v. l'excellent ouvrage de Madame GEEROMS, S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation*, Oxford University press Oxford, 2004.

même la présomption que la loi étrangère était équivalente à la loi du for.

**258.** La position retenue par la Cour de cassation avait, d'un côté, l'avantage de faciliter la tâche du juge et, de l'autre, de renforcer le rôle dévolu aux plaideurs<sup>434</sup>. L'utilité était ainsi d'alléger les obligations du juge et de décourager le recours à la loi étrangère. De surcroît, les parties étant par définition guidées par leur intérêt dans le procès, elles pouvaient s'abstenir de rapporter la preuve d'une loi étrangère défavorable à leur cause. Elles pouvaient altérer le contenu de cette loi en offrant au juge une vision du droit étranger qui les avantageait. En résumé, la solution rendait les parties maîtresses de la loi étrangère et les déchargeait de toute responsabilité quant au mauvais exercice de ce pouvoir.

**259.** Ce résultat tranchait de façon flagrante avec l'opinion de la doctrine majoritaire. Les auteurs revendiquaient avec constance l'obligation pour le juge de rechercher lui-même le contenu de la loi étrangère parce qu'ils étaient persuadés qu'une telle solution serait, précisément, beaucoup plus favorable à l'application de cette dernière. Ce faisant, la doctrine était dans la droite ligne du renforcement général des pouvoirs du juge plutôt que ceux des parties<sup>435</sup>.

**260.** Il est vrai qu'il pouvait paraître agaçant aux yeux des universitaires de constater que le juge, en tant qu'observateur lié par le principe dispositif, était contraint de laisser les parties dans l'ignorance de l'applicabilité de la loi étrangère. Une posture à ce point passive négligeait évidemment le caractère obligatoire des règles étrangères<sup>436</sup>, et encore plus celui de la règle de conflit de lois<sup>437</sup>. Au contraire, un renforcement des devoirs du juge dans

---

<sup>434</sup> « L'opposition est surtout justifiée par des raisons pratiques dont la valeur est limitée au droit *du for* », P. MAYER, *Le juge et la loi étrangère, points de similitude du droit français avec le droit suisse*, Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht 1991 p. 482.

<sup>435</sup> J. DUPICHOT, L'adage « *da mihi factum, dabo tibi jus* », in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, Dalloz Paris 2005, p. 425 s.

<sup>436</sup> « Le droit étranger est une réalité en soi. Sa nature ne saurait dépendre du point de vue de celui qui l'observe », P. MAYER, *Les procédés de preuve de la loi étrangère*, in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ Paris 2001, p. 619. Pourtant, à une exception près, la Cour de cassation a toujours pris soin d'éviter de qualifier la loi étrangère de règle de droit. V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1993, CONSORTS COUCKE, RCDIP 1994 p. 78, note B. ANCEL.

<sup>437</sup> Dans un célèbre article sur l'office du juge et la loi étrangère, MOTULSKY s'appuie sur le principe dispositif pour imposer au juge de mettre en œuvre la règle de conflit de lois. Il soutient que, dès lors que les

l'application de la loi étrangère aurait libéré ce dernier du rôle de simple arbitre dans lequel les parties l'avaient enfermé. Pourtant, en outrepassant les limites proposées par les parties, le pouvoir d'investigation du juge<sup>438</sup> aurait été inversement susceptible de favoriser son arbitraire<sup>439</sup>, ce qui n'est pas l'objectif visé par les auteurs qui préconisent une amélioration du statut de la loi étrangère.

**261.** En raison de cet effet pervers, il faut alors considérer que l'attribution de la charge de la preuve aux parties n'est pas forcément un mauvais principe, à condition qu'il ne soit pas altéré par les modalités de sa mise en œuvre. Un aperçu des flottements jurisprudentiels au sujet du critère de répartition de la charge de la preuve entre les parties montre que cela n'a jamais été le cas dans la jurisprudence française (b).

b/ La fluctuation du critère de répartition de la charge de la preuve

**262. Répartition des rôles et portée sur le recours subsidiaire à la *lex fori*.** Une fois qu'il fut admis que la charge d'établir la teneur du droit étranger (*onus probandi*) pesait sur les parties, de nombreuses discussions sont intervenues sur le point de savoir celui qui, du demandeur ou du défendeur, devait assumer ce rôle. Le critère jurisprudentiel utilisé à cette fin fut extrêmement variable. De sorte que l'incertitude du critère qui détermine la charge de la preuve eut inmanquablement pour effet de défavoriser la mise en œuvre de la loi étrangère. En effet, les décisions rendues sur ce point constataient quasi-inéluctablement une défaillance de celui qui avait la charge de produire la teneur du droit étranger, et ceci quel

---

éléments d'extranéité sont allégués, le juge a l'obligation de recourir à la règle de conflit de lois en raison de la force obligatoire des règles de droit. Il a le devoir de statuer conformément aux règles de droit même si l'une de ces règles n'a pas été requise par les parties (*dabo tibi jus*), H. MOTULSKY, *Ecrits* vol. 3 : études et notes de droit international privé, Dalloz Paris 1978, p. 87 s.

<sup>438</sup> Madame MUIR WATT évoque même un pouvoir « inquisitoire », H. MUIR WATT, *Les péripéties internationales de l'article 12 NCPC ou la définition contemporaine du conflit de lois dans l'espace*, in *Propos impertinents de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Dalloz 2001, n° 2 p. 236. Le concept de procédure inquisitoire est, en fait, emprunté au droit pénal. Messieurs HÉRON et LE BARS expliquent que la procédure accusatoire insiste sur le rôle des parties, dont le procès est la chose. À l'inverse, la procédure inquisitoire octroie de larges pouvoirs au juge parce que le procès fait intervenir le service public de la justice, J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 3<sup>e</sup> éd. 2006, Montchrestien Paris, n° 245 p. 195.

<sup>439</sup> G. BOLARD, *L'arbitraire du juge*, Mélanges offerts à Pierre Draï : le juge entre deux millénaires, Dalloz Paris 2000, spéc. n° 9 s. p. 231 s.

que soit le critère employé<sup>440</sup>. De ce bilan jurisprudentiel, il faut déduire que la solution qui consiste à soumettre aux parties l'obligation de prouver la loi étrangère est très favorable à la multiplication des cas d'intervention subsidiaire de la *lex fori*.

**263. Critère de la prétention.** En particulier, un moyen d'assurer l'application de la loi du for est de faire peser la charge de la preuve du droit étranger sur la partie qui n'y a pas intérêt. Bien évidemment, la solution provoque délibérément la défaillance de celui sur lequel pèse ce fardeau. Ce système insidieux a été expérimenté par la jurisprudence française pendant quarante cinq ans<sup>441</sup>. La solution fut la première fois retenue par la Cour de cassation à l'occasion de l'affaire LAUTOUR<sup>442</sup>. L'affaire, très célèbre, concerne les suites judiciaires d'un accident mortel survenu en Espagne. La veuve de l'une des victimes forma une action en réparation devant les juridictions françaises. Pour engager la responsabilité du commettant de son défunt mari, elle avait fondé sa demande sur le droit français, qui pose en cette matière une responsabilité sans faute. Le défendeur lui opposait alors que la loi espagnole, désignée par la règle française de conflit de lois, imposait la démonstration d'une faute. Bien entendu, la demanderesse s'était gardée d'invoquer la loi espagnole qui était défavorable à sa cause. La cour d'appel condamna le commettant à réparation en soulignant que ce dernier n'avait pas rapporté la preuve de la loi espagnole qu'il invoquait. La Cour de cassation cassa cet arrêt en reprochant à la cour d'appel d'avoir inversé la charge de la preuve. Elle décida que la charge de la preuve du droit étranger incombait au demandeur en réparation et non au défendeur qui en invoquait la compétence. L'auteur de la demande n'ayant aucun intérêt à rapporter le contenu d'une loi qui lui était défavorable, le critère a alors permis d'appliquer la *lex fori* à la situation litigieuse, aux dépens de la règle de conflit qui désignait la loi espagnole.

**264.** Dans le système adopté par la Cour de cassation à cette période, la charge de la preuve pèse sur la partie dont la prétention est soumise à la loi étrangère, et non sur celle qui l'invoque. Par conséquent, la loi étrangère n'est pas systématiquement appliquée lorsqu'elle est désignée par la règle de conflit : la vocation subsidiaire de la *lex fori* entre en jeu, au contraire, à chaque fois que la loi étrangère est défavorable à l'auteur de la prétention. La

---

<sup>440</sup> V. les arrêts cités dans les paragraphes ci-dessous.

<sup>441</sup> Entre l'arrêt LAUTOUR (1948) et l'arrêt AMERFORD (1993), qui a opéré un revirement de jurisprudence.

<sup>442</sup> Cass. Civ., 25 mai 1948, LAUTOUR, RCDIP 1949 p. 89, note H. BATIFFOL ; D. 1948 p. 357, note P. L.-P. ; JCP 1948 II n° 4542, note M. VASSEUR ; GADIP n° 19.

règle de conflit de lois n'est alors utilisée par le juge et les parties que si la loi étrangère désignée par celle-ci est plus favorable que la *lex fori*, ce qui est loin de la localisation *objective* préconisée par le courant post-savignien.

**265. Fluctuation de la jurisprudence sur le critère de répartition.** Un autre moyen de perturber les parties – et donc de contribuer à les faire échouer dans leurs revendications fondées sur la loi étrangère – est de modifier discrétionnairement la définition prétorienne du critère sur lequel repose la charge de la preuve. C'est la voie sur laquelle se sont engagées les juridictions françaises lorsqu'elles se sont trouvées confrontées aux effets pervers de la jurisprudence LAUTOUR<sup>443</sup>. Elles ont alors cherché à modifier au cas par cas le critère de la prétention, ce qui a entraîné d'autres occasions de défaillances.

**266.** Dans un but purement utilitaire<sup>444</sup>, les juges français ont notamment contourné le critère de la prétention en requalifiant de simples moyens de défense en une prétention distincte. La manœuvre avait alors pour but de conférer la charge de la preuve au défendeur plutôt qu'au demandeur<sup>445</sup>. Bien entendu, ce recours purement opportuniste à la *lex fori* fut relevé par les auteurs<sup>446</sup>. D'autant qu'en matière contractuelle, une substitution du critère de l'invocation à celui de la prétention, loin de faciliter l'application de la loi étrangère, entraînait elle aussi l'application de la *lex fori* dans un certain nombre d'arrêts. Ces décisions précisaient que, dès lors qu'une partie prétendait qu'un contrat était soumis à la loi étrangère,

---

<sup>443</sup> D'après la jurisprudence LAUTOUR, il suffisait, en effet, au défendeur d'invoquer une loi étrangère pour que son adversaire soit mis en difficulté. Elle lui permettait, en outre, d'exercer une manœuvre tout à fait dilatoire.

<sup>444</sup> Déjà en 1965, un auteur affirmait que « les juges baptisent demandeur sur ce point, l'une ou l'autre des parties, suivant le résultat auquel ils veulent aboutir », P. BELLET, note sous TGI Avesnes-sur-Helpe, 25 septembre 1963, RCDIP 1965 p. 134.

<sup>445</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1991, UAP, précité, (application de la *lex fori* en l'espèce) ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juillet 1987, SFEZ, Bull. 1987 I n° 240 p. 175, RCDIP 1988 p. 329, note B. ANCEL (divorce prononcé d'après la *lex fori*).

<sup>446</sup> « La distinction devenait d'autant plus délicate, voire insaisissable, que la Cour de cassation elle-même en exploitait la difficulté pour prononcer selon son cœur plutôt que selon la raison – et souvent le cœur de la Cour de cassation bat pour la loi française », B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 19 § 9 p. 173 (v. aussi la jurisprudence citée par ces auteurs).

il lui incombait d'établir le contenu de cette loi<sup>447</sup>. Chacune de ces affaires a été une occasion de constater la défaillance des parties.

**267.** Un revirement complet de jurisprudence est ensuite intervenu avec l'affaire AMERFORD<sup>448</sup>. En conformité avec le droit commun de la preuve, *le critère devient l'intérêt*. En matière de droits disponibles, la charge de la preuve du contenu de la loi étrangère pèse alors sur la partie qui l'invoque et qui a intérêt à ce qu'il s'applique plutôt que la *lex fori*. La solution impose à cette partie de démontrer que le résultat obtenu par l'application du droit étranger compétent serait différent de celui donné par le droit du for. De cette manière, la comparaison imposée entre le contenu de la *lex fori* et celui de la loi étrangère fait de la *lex fori* un point de référence crucial pour la définition de l'objet de la preuve.

**268.** En réclamant au plaideur de rapporter l'existence d'un véritable conflit de lois (antérieurement sous-entendu), la Cour de cassation est particulièrement exigeante. Elle requiert qu'on démontre l'utilité de la loi étrangère pour la cause. Une telle accumulation de contraintes est de nature à renforcer l'application *par défaut* de la *lex fori*. De sorte que la solution surpasse le principe de subsidiarité afférant à la loi du for en cas de défaillance. En effet, elle présume que la loi du for réglerait le litige tant qu'il n'est pas dûment prouvé que la loi étrangère désignée conduit à un résultat différent. Cette présomption était déjà régulièrement utilisée par la Cour de cassation depuis 1983 (c).

c/ La présomption d'équivalence de la loi étrangère avec la loi du for

**269. Définition de la présomption d'équivalence.** La présomption d'équivalence de la loi étrangère avec la loi du for<sup>449</sup> est un procédé relatif à la preuve du droit étranger. Il

---

<sup>447</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 janvier 1990, SOC. HDW, Bull. 1990 I n° 2 p. 1 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 novembre 1991, SOC. MASSON, RCDIP 1992 p. 314 (1<sup>re</sup> esp.), note H. MUIR WATT ; JDI 1992 p. 357, note M.-A. MOREAU.

<sup>448</sup> Cass. Com., 16 novembre 1993, SOC. AMERFORD, Bull. 1993 IV n° 405 p. 294 ; RCDIP 1994 p. 332 note P. LAGARDE ; JDI 1994 p. 98, note J.-B. DONNIER, GADIP n° 82 ; confirmé par Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1996, SOC. AGORA SOPHA, RCDIP 1997 p. 65, note P. LAGARDE ; JDI 1996 p. 941, note D. BUREAU.

<sup>449</sup> Pour un exemple d'utilisation doctrinale de cette expression, v. H. GAUDEMET-TALLON, De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ?, in *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz Paris 2005, p. 313. Les auteurs emploient aussi l'expression de

permet plus exactement de dispenser les parties de l'établissement de ce droit. En effet, cette technique cherche à imposer une concordance entre un système juridique connu et un système juridique inconnu<sup>450</sup>, dans le but de privilégier le premier, ce qui permettra d'économiser la connaissance du deuxième. Il est possible, cependant, de douter de la pertinence des termes choisis pour qualifier ce mécanisme.

**270.** Traditionnellement, la présomption repose sur ce qui est le plus courant, c'est-à-dire sur la réalisation la plus probable des événements<sup>451</sup>. Elle se distingue alors de la fiction juridique qui est une création artificielle sans aucune correspondance avec la réalité<sup>452</sup>. En ce sens, un auteur qualifie la présomption d'équivalence de fiction juridique<sup>453</sup>. En effet, cette présomption ne semble pas entrer dans la définition classique des présomptions parce qu'elle n'est pas fondée sur la vraisemblance de l'équivalence entre la loi du for et la loi étrangère<sup>454</sup>. Plus précisément, l'observation de la pratique n'indique en rien que les systèmes juridiques étatiques soient généralement identiques. Au contraire, le droit international privé présume de leur différence, puisque l'équivalence des systèmes juridiques conduirait à nier l'existence même de tout conflit de lois. Le droit international privé

---

« présomption d'identité », B. ANCEL et H. MUIR WATT, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, RCDIP 1999 n° 7-8 p. 704.

<sup>450</sup> Comp. article 1349 du Code civil français : « les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu ». *Adde*, G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8<sup>e</sup> éd. 2007, PUF Paris, v° Présomption, p. 712.

<sup>451</sup> Selon l'adage « *praesumptio sumitur de eo quod plerumque fit* », v. H. ROLAND et L. BOYER, Locutions latines du droit français, 4<sup>e</sup> éd. 1998, Litec Paris, v° *Plerumque fit*, p. 361. Pour une étude générale, v. R. BARRAINE, Théorie générale des présomptions en droit privé, LGDJ Paris 1942 ; R. DECOTTIGNIES, Les présomptions en droit privé, LGDJ Paris 1949. *Adde*, G. ARON, Théorie générale des présomptions légales en droit privé, éd. Pédone Paris 1895.

<sup>452</sup> J. DUPICHOT, Contrats et obligations - Présomptions - Notions générales, J-Cl. Civil, Code, articles 1349 à 1353, fasc. 10 (1997), n° 4 p. 5. Comp. G. CORNU, *op. cit.*, v° Fiction, p. 408-409 ; R. DECOTTIGNIES, *op. cit.*, n° 4 p. 15 s. ; Fr. GÉNY, Science et Technique en droit privé positif, t. 3, Librairie du Recueil Sirey Paris 1921, n° 228 p. 259-261.

<sup>453</sup> H. MUIR WATT, compte-rendu de "*Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof, and Choice of Law*" par R. FENTIMAN, RCDIP 1999 p. 201. Comp. B. FAUVARQUE-COSSON, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, COMPAGNIE ROYALE BELGE, JDI 2000 n° 14 p. 325.

<sup>454</sup> Sur le lien entre présomption et probabilité, v. Fr. GÉNY, *op. cit.*, n° 230 p. 265 s., spéc. p. 268 et n° 232 p. 282 ; R. DECOTTIGNIES, *op. cit.*, n° 2 p. 10 s. ; J. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 7 p. 6.

considère d'ailleurs l'équivalence des lois comme une exception<sup>455</sup>. En réalité, la présomption d'équivalence se fonde sur le fait que, lorsque le juge judiciaire est saisi d'un litige, il est statistiquement plus probable qu'il mette en œuvre sa propre loi plutôt que la loi étrangère<sup>456</sup>. En d'autres termes, elle signifie qu'il est vraisemblable que la résolution du litige de droit privé se fasse par l'application des règles du juge saisi.

**271.** De ce fait, du strict point de vue du mécanisme des présomptions, la présomption d'équivalence devrait être requalifiée en une *présomption d'application de la loi interne*. Cela correspond d'ailleurs à l'interprétation que la doctrine en fait. Il a notamment été écrit que la jurisprudence « opte pour une conception particulariste qui sous-évalue notoirement la dimension internationale du contentieux »<sup>457</sup>. Il est vrai qu'en offrant une position principale à la *lex fori* grâce à cette présomption, la jurisprudence a systématiquement permis au juge de fondre les situations internationales dans les situations internes. Mais alors, une telle approche de la matérialité des choses s'éloigne de la réalité, ce qui la rend proche d'une fiction<sup>458</sup>.

**272.** Or, une fiction ne se combat pas alors que la présomption d'équivalence cède devant la preuve contraire, à condition que cette preuve soit suffisante : elle ne constitue donc pas une fiction. En effet, la partie qui veut vaincre la présomption supporte le fardeau de rétablir la réalité. Concrètement, cela entraîne l'exigence pour le plaideur de démontrer que la loi

---

<sup>455</sup> Sur l'exception d'équivalence, v. *infra* n° 323 s.

<sup>456</sup> P. MAYER, *Le juge et la loi étrangère, points de similitude du droit français avec le droit suisse*, Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht 1991 p. 487-488.

<sup>457</sup> B. ANCEL et H. MUIR WATT, À propos de deux arrêts « de concert » : l'office du juge et la loi étrangère, *in* Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), sous la dir. de J. FOYER et de C. PUIGELIER, Economica Paris 2006, p. 405 ; comp. GADIP n° 82-83 § 4-5 p. 724.

<sup>458</sup> « Parce qu'en posant une présomption, l'ordre juridique ne se borne pas à prendre acte de la probable réalité d'une situation, mais que, bien plus il présume cette probabilité, il impose par là-même une certaine vision du monde social aux justiciables. Or, la dimension idéologique de cette sociologie officielle, laquelle peut se définir comme une conception à finalité pratique des rapports sociaux, est telle que l'efficacité du recours à la notion de présomption s'en trouve fragilisée. L'autorité des présomptions dépend en effet de ce que la conception du monde social qui s'y trouve exprimée soit identique ou suffisamment proche de celle développée par les destinataires du discours juridique. Pour peu que ces derniers ne soient pas convaincus de la probabilité des solutions qu'on leur impose, l'institution judiciaire court alors le risque d'être renvoyée à sa propre idéologie, que les justiciables pourront se sentir en droit de contester », X. LAGARDE, *Réflexion critique sur le droit de la preuve*, BDP t. 239, LGDJ 1994, n° 227 p. 363.

étrangère conduit à une solution substantiellement différente de celle qu'aurait apportée la *lex fori*<sup>459</sup>. Il semble que ce raisonnement soit inspiré du droit anglais où la propension de la loi du for à s'appliquer ne cède que si les parties démontrent que la loi étrangère contient une solution différente<sup>460</sup>. Une telle démonstration est évidemment très contraignante pour les parties : elle impose de rechercher le contenu de la règle juridique étrangère, mais également celle de proposer le résultat auquel conduit l'application de cette règle. Elle implique donc une véritable enquête sur la manière dont le juge étranger met en œuvre ses propres règles juridiques.

**273. Fondements de la présomption.** Quant aux fondements de la présomption d'équivalence, plusieurs explications sont envisageables. Il est possible, notamment, de fournir une interprétation ethnocentrique : convaincu de la qualité des règles juridiques de son propre système, le juge suppose qu'elles sauront convenir aux situations comportant un élément d'extranéité et leur applique la loi qu'il estime être la meilleure. Cette explication semble peu plausible. Il faut donc rechercher une explication qui prend en compte une appréhension purement pragmatique du procès parce que les présomptions ont précisément pour fonction de résoudre des difficultés probatoires.

**274.** À vrai dire, le contournement du droit commun de la preuve est rendu nécessaire, non pas parce que les parties ignorent que le litige doit être résolu autrement que par l'application de la *lex fori* (hypothèse de la loi étrangère non alléguée) ou encore parce que les informations dont elles disposent sur le droit étranger sont insuffisantes (hypothèse de l'impossibilité objective), mais parce qu'elles renoncent sans l'exprimer à faire la recherche

---

<sup>459</sup> Comp., quant à l'importance de la loi du for, la qualification de la présomption d'équivalence retenue par Monsieur JESSURUN D'OLIVEIRA : « cette construction, qui emprunte ses éléments aussi bien à la présomption légale (réfutable) qu'à la fiction (non fondée sur la réalité), tourne à l'avantage de la *lex fori* sous le couvert d'un prétendu recours aux règles de conflit », H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *De Antikiesregel : een paar aspekten van de behandeling van buitenlands rechts in het burgerlijk proces* (La règle de l'antichoix : quelques aspects de la condition du droit étranger dans le procès civil), Kluwer Deventer, 1971 p. 466.

<sup>460</sup> V. l'article de Messieurs WEBB et AUBURN : P. WEBB et F. AUBURN, *La « présomption » d'identité de la loi étrangère et de la loi du for en l'absence de preuve*, JDI 1978 p. 272 (et les références jurisprudentielles citées). *Adde*, pour une perspective comparée, S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation*, Oxford University Press Oxford, 2004 n° 2.453 s. p. 200 s. La qualification de présomption est critiquée par certains auteurs anglais, spéc. R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts : Pleading, Proof, and Choice of Law*, Oxford University Press Oxford New-York, 1998.

du droit étranger (hypothèse de la preuve non rapportée). La présomption repose, par conséquent, sur la volonté non exprimée des parties de soumettre leur différend au système juridique le plus certain pour le juge. Ainsi, la présomption n'a pour fonction que de dispenser les parties d'établir le contenu de la loi étrangère s'ils peuvent, par défaut, se satisfaire d'une résolution de leur litige d'après la loi du for, imposée en amont par les difficultés procédurales affectant la mise en œuvre de la loi étrangère. Évidemment, cette explication revient à réduire l'intérêt des règles de conflit post-savignienne à une peau de chagrin<sup>461</sup>.

**275. Applications jurisprudentielles.** Le système a pourtant convaincu la Cour de cassation pendant plus de vingt ans<sup>462</sup>. Dans un nombre d'affaires non négligeable, elle fait application de la *lex fori* parce que la preuve de la loi étrangère invoquée devant les juges du fond était inexistante. Il en fut ainsi dans les arrêts SOCIÉTÉ MAN<sup>463</sup>, DJENANGI<sup>464</sup>, AMERFORD<sup>465</sup>, AGORA SOPHA<sup>466</sup>, SOCIÉTÉ L'ALLIANCE AFRICAINE<sup>467</sup> et

---

<sup>461</sup> Comp. la théorie des règles de conflit facultatives : Th. M. DE BOER, *Facultative choice of law: the procedural status of choice-of-law rules and foreign law*, RCADI 1996 t. 257, p. 223 ; A. FLESSNER, *Fakultatives Kollisionsrecht*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1970 p. 547 ; P. M. M. MOSTERMANS, *Optional (facultative) Choice of Law ? Reflections from a Dutch Perspective*, *Netherlands International Law Review* 2004 (vol. 51) p. 393.

<sup>462</sup> De l'affaire SOC. MAN (Cass. Com., 14 juin. 1983, Bull. 1983 IV n° 170 p. 147 ; RCDIP 1984 p. 119, note H. BATIFFOL) à l'affaire AUBIN (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, AUBIN, Bull. 2005 I n° 289 p. 240 ; R. p. 406 ; BICC 15 oct. 2005 n° 1997 et la note ; D. 2005 p. 2853, note N. BOUCHE ; D. 2006. Pan. 1495 et 1498, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; Gaz. Pal. du 25 février 2006, n° 56 p. 2, étude Th. HABU GROUD ; Petites Affiches 28 déc. 2005, n° 258 p. 16, note J.-Gr. MAHINGA ; RCDIP 2005 p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT, 1<sup>er</sup> arrêt ; GADIP n° 83).

<sup>463</sup> Cass. Com., 14 juin 1983, précité, où la partie condamnée par les juges du fond n'avait pas démontré, ni même allégué, une quelconque différence – ou en tout cas une différence substantielle – entre la loi étrangère et la loi du for.

<sup>464</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, DJENANGI, Bull. 1986 I n° 98 p. 98 ; JDI 1986 p. 1025, note A. SINAY-CYTERMANN ; RCDIP 1988 p. 302, note J.-M. BISCHOFF ; JCP 1987 II 20878, note É. AGOSTINI.

<sup>465</sup> Cass. Com., 16 novembre 1993, SOC. AMERFORD et a., Bull. 1993 IV n° 405 p. 294 ; RCDIP 1994 p. 332, note P. LAGARDE.

<sup>466</sup> « S'agissant de droits disponibles et non régis par un traité international, il incombe à la partie qui prétend qu'un droit étranger est applicable d'établir la différence de son contenu par rapport au droit français, à défaut de quoi ce droit s'applique en raison de sa vocation subsidiaire », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1996, SOC. AGORA SOPHA, Bull. 1996 I n° 243 p. 171 ; RCDIP 1997 p. 65, note P. LAGARDE ; JDI 1996 p. 941, note D. BUREAU.

BANQUE WORMS<sup>468</sup>. Ce faisant, la solution n'accordait pas grande considération à la règle de conflit. C'est pourquoi, la Cour de cassation a décidé d'éprouver une autre méthode pour surmonter l'absence de preuve de la loi étrangère.

**276.** Tenant compte de l'expérience qui veut que les parties ne remplissent généralement pas leur rôle, elle a décidé de faire peser l'établissement du droit étranger sur les épaules du magistrat<sup>469</sup>. La Cour de cassation a tout d'abord amorcé un revirement de jurisprudence en retenant qu'« il appartient au juge saisi de l'application du droit étranger de procéder à sa mise en œuvre et, spécialement d'en rechercher la teneur »<sup>470</sup>. Ce revirement fut formellement opéré en 2005 par l'arrêt AUBIN qui impose désormais au juge de rechercher la teneur du droit étranger lorsque, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, il le reconnaît applicable<sup>471</sup>.

**277.** La solution AUBIN a considérablement allégé les obligations des parties dans la recherche du droit étranger. La jurisprudence n'exige plus des parties qu'elles établissent la différence entre la loi étrangère et la loi du for, elle requiert seulement d'elles qu'elles allèguent la loi étrangère ; il s'agit plus exactement, selon certains auteurs, d'une « invocation circonstanciée de la loi étrangère »<sup>472</sup>. Depuis cet arrêt, le recours subsidiaire à

---

<sup>467</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janvier 1999, SOC. L'ALLIANCE AFRICAINE, n° 96-17428, Legifrance.

<sup>468</sup> Cass. Com., 11 mars 2003, BANQUE WORMS, n° 00-15982 Legifrance, Gaz. Pal. 25-26 juin 2003 p. 3, comm. M.-N. JOBARD-BACHELLIER, où il appartient à la partie qui prétend qu'une loi étrangère est applicable de rapporter la preuve du contenu de cette loi et de ce qu'elle abouti à un résultat différent de celui auquel conduisent les règles de droit du for.

<sup>469</sup> La solution rappelle une autre présomption d'après laquelle le juge est censé connaître le droit (conformément à l'adage latin *jura novit curia* : la cour connaît le droit), v. H. ROLAND et L. BOYER, Adages du droit français, 4<sup>e</sup> éd. 1999, Litec Paris, v° *Jura novit curia*, n° 190 p. 363.

<sup>470</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 septembre 2002, SOC. D & J SPORTING LTD, Bull. 2002 I n° 202 p. 156 ; RCDIP 2003 p. 86 (2<sup>e</sup> arrêt) note H. MUIR WATT, JDI 2003 p. 107, note PÉROZ.

<sup>471</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, AUBIN, Bull. 2005 I n° 289 p. 240 ; R. p. 406 ; BICC 15 oct. 2005 n° 1997 et la note ; D. 2005 p. 2853, note N. BOUCHE ; D. 2006. Pan. 1495 et 1498, obs. P. COURBE et F. JAULT-SESEKE ; Gaz. Pal. du 25 février 2006, n° 56 p. 2, étude Th. HABU GROUD ; Petites Affiches 28 déc. 2005, n° 258 p. 16, note J.-Gr. MAHINGA ; RCDIP 2005 p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT (1<sup>er</sup> arrêt) ; GADIP n° 83.

<sup>472</sup> B. ANCEL et H. MUIR WATT, À propos de deux arrêts « de concert » : l'office du juge et la loi étrangère, in Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), sous la dir. de J. FOYER et de C. PUIGELIER, Economica Paris 2006, n° 7 s. p. 403 s.

la *lex fori* en raison de la défaillance des parties n'a plus lieu d'être. L'obligation d'établir la loi étrangère appartient désormais au juge, qui assume, de ce fait, la responsabilité de la défaillance (C).

C/ La *lex fori* et la défaillance du juge

**278.** Depuis 2005, la jurisprudence impose au juge de rechercher le contenu de la loi étrangère à chaque fois qu'il la reconnaît applicable ou que les parties en ont spécialement invoqué l'application. Plus qu'un simple rôle, le juge acquiert un véritable office concernant la loi étrangère (du mot latin *officium*, qui signifie le devoir<sup>473</sup>). Dans ce domaine, si le juge cherche délibérément à faire appliquer sa propre loi en provoquant la défaillance de la loi étrangère, il est absurde de le sanctionner par un recours subsidiaire à la *lex fori*. En revanche, la loi du for se trouve bénéficiaire de tous les comportements de cette nature qui ne seraient pas sanctionnés. Pour savoir si tel est le cas, il faut préciser les fautes dont le juge doit exactement répondre.

1/ Les fautes sanctionnées

a/ Le manquement à l'obligation de rechercher le contenu du droit étranger

**279. Contrôle d'exécution par la Cour de cassation.** Le comportement du juge qui se trouve en premier lieu sanctionné par la Cour de cassation est le manquement à son obligation de rechercher le contenu de la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois. La sanction entraîne, en principe, une réintégration de la loi étrangère. Pour déterminer la réalité de la sanction, il faut examiner le contrôle opéré par la Cour de cassation sur le travail des juges du fond. Cet examen est cependant entravé par l'abondance et la fluctuation de la jurisprudence sur la question de l'établissement de la teneur de la loi étrangère. Une description précise et définitive du droit positif s'avère alors très délicate.

**280.** Une première analyse montre, néanmoins, qu'il existe plusieurs degrés de contrôle. Il ressort que le manquement le plus fréquent porte sur l'inapplication de la loi étrangère, plutôt que sur la réalité et la valeur de leurs actions de recherche. Très souvent, la Cour de

---

<sup>473</sup> J. HÉRON et Th. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 3<sup>e</sup> éd. 2006, Montchrestien Paris, n° 264 p. 208.

cassation sanctionne les juges du fond pour leur inaction<sup>474</sup>. Seuls les manquements les plus flagrants à l'obligation de rechercher le contenu de la loi étrangère sont donc sanctionnés en pratique<sup>475</sup>. Il est, en effet, très facile de déterminer avec exactitude les inexécutions, contrairement aux mauvaises exécutions qui impliquent un contrôle beaucoup plus approfondi.

**281.** Cette difficulté de contrôle semble suggérer que, à partir du moment où le litige est réglé d'après la loi du for, le juge ne serait pas systématiquement sanctionné de ne pas avoir mis en œuvre tous les moyens dont il dispose pour rechercher le contenu de la loi étrangère. Les impossibilités d'obtenir la preuve du contenu de la loi étrangère ne seraient donc pas interprétées de façon stricte. De cette façon, une marge de manœuvre assez large pourrait être laissée au juge. Pourtant, certains arrêts imposent aux juges du fond de justifier leur impossibilité à obtenir les éléments du droit étranger nécessaires pour statuer<sup>476</sup>. Cela signifie que le juge a peu d'opportunités d'échapper à cet office<sup>477</sup>. En d'autres termes, il ne peut feindre d'avoir recherché le contenu de la loi étrangère et se servir de ce faux-semblant pour trouver prétexte à l'application de sa propre loi. De sorte que, si le contrôle de l'exécution de cette obligation devait se confirmer, le recours à la *lex fori* serait *réellement* subsidiaire.

---

<sup>474</sup> La Cour de cassation a sanctionné les juges du fond de ne pas avoir recherché le contenu de la loi étrangère dans 40 % des arrêts qu'elle a rendus en 2005 en matière de conflits de lois (source Legifrance).

<sup>475</sup> Dans l'affaire CALBERSON, par exemple, la Cour de cassation sanctionne les juges du fond d'avoir simultanément déclaré applicable la loi belge et mis en œuvre une disposition du Code de commerce français pour résoudre le litige, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 décembre 1998, SOC. CALBERSON BELGIUM, Bull. 1998 I n° 344 p. 237. Il y a là une « contradiction entre la volonté exprimée d'appliquer la loi étrangère et un règlement du litige par référence apparente au droit substantiel français », M.-N. JOBARD-BACHELLIER, Manque de base légale et application de la loi étrangère, *in* La Cour de cassation et l'élaboration du droit, Economica Paris 2004, n° 12 s. p. 104 s.

<sup>476</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 novembre 2004, M<sup>lle</sup> AMOUSSOU, Bull. 2004 I n° 269 p. 225 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 novembre 2003, M<sup>me</sup> BESNARD, Bull. 2003 I n° 225 p. 178 ; RCDIP 2004 p. 95, note B. ANCEL (1<sup>er</sup> arrêt). V. aussi M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 8 p. 102.

<sup>477</sup> « Il ne peut s'y soustraire que s'il établit par des motifs précis et circonstanciés que cette recherche est impossible ou n'a pas permis de prouver le contenu du droit en cause », COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2005 : l'innovation technologique, éd. La documentation française Paris 2006, à propos des arrêts AUBIN et ITRACO, p. 408.

b/ La mauvaise exécution de l'obligation de motivation

**282. Contrôle des motifs par la Cour de cassation.** En l'absence de contrôle de la Cour de cassation sur les arguments employés par le juge pour motiver son éviction de la loi étrangère, ce dernier pourra systématiquement recourir à la *lex fori* en faisant une référence purement formelle à l'impossibilité de trouver le contenu de la *lex causae*. La Cour de cassation est donc attentive aux motifs employés par les juges du fond pour la désignation et la mise en œuvre de la loi étrangère. En particulier, le juge doit mentionner et motiver l'utilisation de la règle de conflit ou, du moins, l'utilisation d'un élément de rattachement<sup>478</sup>. Il doit aussi indiquer les règles du droit étranger sur lesquelles il se fonde pour rendre sa décision<sup>479</sup>. Son office lui interdit toute spéculation sur le contenu du droit étranger<sup>480</sup>. La Cour de cassation veille parallèlement à ce que les juges du fond respectent la contradiction des débats (article 16 du Code de procédure civile)<sup>481</sup>. Les conditions sont alors réunies pour que le juge ne puisse pas évincer arbitrairement la loi étrangère désignée par la règle de conflit<sup>482</sup>.

---

<sup>478</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 2006, SOC. D'ASSURANCES WINTERTHUR, Bull. 2006 I n° 40 p. 40, où la Cour de cassation sanctionne pour manque de base légale l'arrêt qui fait application de la loi étrangère sans avoir déterminé la loi applicable ni s'être expliqué sur les motifs conduisant à l'application de cette loi.

<sup>479</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 2007, CONSORTS SEZER, Bull. 2007 I n° 50 p. 44 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 février 2006, SOC. ORCHAPE, Bull. 2006 I n° 68 p. 66 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2001, THE ARAB INVESTMENT COMPANY, RCDIP 2001 p. 335, note H. MUIR WATT ; JDI 2002 p. 171, note M. RAIMON (2<sup>e</sup> esp.) ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 2000, SOC. TRANSITAS, Bull. 2000 I, n° 51 p. 35, qui pose l'obligation pour le juge de préciser la disposition de la loi étrangère à laquelle il se réfère : « en statuant ainsi, sans préciser la disposition de la loi étrangère à laquelle elle se référerait implicitement, la cour d'appel a violé l'article 3 du Code civil ».

<sup>480</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 septembre 2002, D & J SPORTING LTD, précité, casse la décision dans laquelle, ayant à statuer sur un contrat soumis au droit étranger, le juge du fond énonce « qu'à supposer qu'au regard du droit étranger il soit possible » ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1998, SOC. LAVAZZA FRANCE, Bull. 1998 I n° 327 p. 226, RCDIP 1999 p. 88 (1<sup>re</sup> esp.), note B. AUDIT ; D. 1999 p. 337, note M. MENJUCQ, où il est décidé que méconnaît son office le juge qui se borne à une référence à un code étranger pour en déduire que la règle qu'il édicte apparaît générale « du moins en l'état de l'extrait produit ».

<sup>481</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 décembre 2005, SOC. COMPTOIR COMMERCIAL D'ORIENT, Bull. 2005 I n° 469 p. 395.

<sup>482</sup> « Le contrôle de la loi de procédure par le juge du fond, parfois dénommé contrôle disciplinaire et suspecté d'être superflu, en réalité préserve les plaideurs de l'arbitraire du juge », G. BOLARD, L'arbitraire du juge,

## 2/ Les fautes non sanctionnées

Il existe, en outre, un certain nombre de défaillances dans la mise en œuvre du droit étranger qui ne sont pas sanctionnées par la Cour de cassation. Légitimement, elle ne contrôle pas le travail d'interprétation qui est effectué par les juges du fond (a). L'obligation de rechercher le contenu du droit étranger n'étant qu'une obligation de moyens, la Cour de cassation ne contrôle pas non plus le choix du canal par lequel le juge entend s'informer (b).

### a/ La libre interprétation du droit étranger

**283. Pas d'obligation, sauf dénaturation, d'interpréter le droit étranger comme à l'étranger.** La Cour de cassation se refuse à contrôler l'interprétation du droit étranger<sup>483</sup>. Les juges du fond jouissent sur ce point d'une souveraineté d'appréciation<sup>484</sup>. Cette solution les autorise potentiellement à retenir une interprétation du droit étranger qui soit relativement proche de celle qu'ils retiennent pour leur propre loi. Ce faisant, ils peuvent procéder à une application déguisée de la loi du for<sup>485</sup>.

**284.** Par exception, cependant, la Cour de cassation s'attache à vérifier que les juges du fond ne dénaturent pas la loi étrangère en l'interprétant<sup>486</sup>. Il s'agit d'une exception qui a fait son apparition en 1961 dans un arrêt où, au visa de l'article 1134 du Code civil, la Cour a

---

Mélanges offerts à Pierre Drai : le juge entre deux millénaires, Dalloz Paris 2000, n° 11 p. 233.

<sup>483</sup> Il s'agit d'une jurisprudence constante (ex. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2003, SOC. NATIONALE DE RECOUVREMENT, Bull. 2003 I n° 133 p. 105, « s'il incombe au juge français, qui applique une loi étrangère, de rechercher et de justifier la solution donnée à la question litigieuse par le droit positif de l'État concerné, l'application qu'il fait de ce droit étranger, quelle qu'en soit la source, légale ou jurisprudentielle, échappe, sauf dénaturation, au contrôle de la Cour de Cassation »). Pour une explication approfondie de cette position de la Cour de cassation, v. G. LÉGIER, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1993, M. O. et 16 juin 1993, M. MREJEN, RCDIP 1994 p. 505.

<sup>484</sup> H. MUIR WATT, Répertoire International Dalloz, v° Loi étrangère (1998), n° 140 s. p. 23 s.; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 335 p. 551.

<sup>485</sup> Par exemple : Cass. Com., 4 mars 1963, HOCKE, Bull. 1963 III n° 137 p. 111 ; RCDIP 1964 p. 264, Chron. P. LAGARDE p. 235 ; JDI 1964 p. 806, note B. GOLDMAN ; JCP 1963 II 13376, note P. LESCOT, (interprétation française d'une convention en vigueur dans le droit étranger désigné).

<sup>486</sup> B. FILLION-DUFOULEUR, L'application de la loi étrangère et le contrôle de dénaturation, commentaire de Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, SOC. AFRICATOIRS, JCP 1998 II 10170 p. 1867.

décidé de casser une décision qui méconnaissait et dénaturait le sens clair et précis d'un document législatif étranger versé aux débats et sur lequel s'appuyait l'action dont la cour d'appel était saisie<sup>487</sup>. Depuis cette date, le grief de dénaturation est très souvent employé par les parties pour remettre en cause les décisions des juges du fond qui sont rendues sur la base du droit étranger. Néanmoins, la Cour de cassation prononce extrêmement peu de cassations pour dénaturation<sup>488</sup>. Il est alors possible d'en déduire que les juges du fond jouissent d'une large liberté quant à l'interprétation du droit étranger. La même latitude leur est offerte en ce qui concerne le choix des moyens de preuve (b).

b/ Le libre choix des moyens de preuve

**285. Principe de liberté des moyens de preuve.** La Cour de cassation ne contrôle pas le choix des moyens utilisés par le juge pour rapporter le contenu de la loi étrangère. En ce domaine, il existe une totale liberté qui ne se trouve limitée que par le principe de la licéité des procédés de preuve. Il est en effet de jurisprudence constante que le droit étranger puisse se prouver par tout moyen<sup>489</sup>. En outre, contrairement au droit anglais<sup>490</sup>, le juge n'est pas lié

---

<sup>487</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 21 novembre 1961, MONTEFIORE et a., Bull. 1961 I n° 542 p. 430 ; RCDIP 1962 p. 329, note P. LAGARDE ; JDI 1962 p. 686, note B. GOLDMAN ; D. 1963 p. 37 et Chron. Ph. FRANCESCAKIS p. 7.

<sup>488</sup> Cass. Soc., 10 mai 1972, CONSORTS BASTIA, Bull. 1972 V n° 338 p. 312 ; RCDIP 1974 p. 321, note MARRAUD ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 février 1982, OLIVIER, Bull. 1982 I n° 57 p. 49 ; RCDIP 1982 p. 706, note P. MAYER ; JDI 1982, p. 690, note H. MUIR WATT ; JCP 1982 II 19749, concl. GULPHE ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 1991, BUZYN, Bull. 1991 I n° 93 p. 61 ; RCDIP 1992, p. 88, note H. MUIR WATT ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, SOC. AFRICATOIRS, Bull. 1997 I n° 221 p. 148 ; RCDIP 1998 p. 292, note H. MUIR WATT ; JDI 1998, p. 98, note I. BARRIÈRE-BROUSSE ; JCP 1998 II 10170 p. 1867, note B. FILLION-DUFOULEUR ; D. 1998 Jur. p. 104, note M. MENJUCQ ; Cass. Soc., 8 février 2005, n° 02-46959, Legifrance ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 février 2006, BRIANTI, Bull. 2006 I n° 67 p. 65, RCDIP 2006 p. 833, note S. BOLLÉE.

<sup>489</sup> L'aveu judiciaire se rencontre peu dans la jurisprudence, car le contenu de la loi étrangère ne s'y prête guère et les juges du fond restent maîtres de leur appréciation souveraine à cet égard, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 1966, ADMINISTRATION DES DOMAINES, Bull. 1966 I n° 216 p. 166 ; RCDIP 1967 p. 705, note J.-D. BREDIN, « la simple déclaration faite en justice par une partie relativement à la teneur d'une loi étrangère, que les juges du fond interprètent et contrôlent librement, de même qu'ils apprécient souverainement la preuve qui en est faite, ne peut, en tant qu'elle ne concerne pas un fait personnel à la partie dont émane cette déclaration, être retenue comme un aveu judiciaire ».

<sup>490</sup> S. GEEROMS, *Foreign Law in Civil Litigation*, Oxford University Press Oxford 2004, n° 2.369 s. p. 171 s.

par les documents qui sont produits pour établir le contenu de loi étrangère.

**286. Objectivité des moyens de preuve.** Les magistrats bénéficient de divers instruments d'information mis à leur disposition. Les auteurs mentionnent parfois que le juge a la faculté de faire état de ses connaissances personnelles pour fournir le contenu de la loi étrangère<sup>491</sup>. Toutefois, un tel établissement du droit étranger semble invérifiable. Sauf à présumer de talents divinatoires, le juge tire nécessairement ses renseignements d'une source déterminée. Pourquoi risquer l'arbitraire en l'autorisant à ne pas mentionner l'origine de ses connaissances ? Cela serait peu professionnel. Il est alors plus rationnel pour lui d'ordonner des mesures d'instruction ou d'expertise<sup>492</sup>. La consultation d'un expert qualifié offre de bien meilleures garanties<sup>493</sup>. Il est d'ailleurs de tradition de recourir à des consultations écrites pour fournir le contenu du droit étranger, plus connues sous l'appellation de « certificats de coutume ».

**287. Certificat de coutume.** L'expression, remontant à l'époque des conflits de coutumes<sup>494</sup>, désigne précisément une consultation écrite sur la teneur d'un droit étranger, produite, généralement par les parties, dans le cadre d'un procès déterminé. Rédigée en fonction des circonstances de fait, elle n'a pas de force obligatoire. Autrement dit, elle ne lie aucunement le juge dans sa décision. Le certificat peut être fourni soit par une autorité officielle (ambassade, consulat voire autorités religieuses dans certains pays), soit par une autorité semi-officielle (chambre de commerce)<sup>495</sup>. Un certificat officiel apportera souvent des renseignements généraux tels que la traduction brute de textes légaux. Par conséquent, il est fait recours, de préférence, à des juristes pour une information plus poussée (avocats, notaires, universitaires...).

---

<sup>491</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 243-3 p. 321.

<sup>492</sup> L'hypothèse est différente de celle qui consiste à ordonner qu'un expert réunisse des preuves à l'étranger, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1971, DARMOUNI, Bull. 1971 I n° 261 p. 220 ; RCDIP 1973 p. 70, note M. SIMON-DEPITRE ; JDI 1972 p. 828, note M. NISARD ; D. 1972 p. 633, note Ph. MALAURIE (2<sup>e</sup> esp.).

<sup>493</sup> Pour un élargissement du rôle du juge dans la désignation des experts en droit étranger aux Etats-Unis, v. J. H. MERRYMAN, Foreign Law as a Problem, Stanford Journal of International Law 1983 p. 159 s.

<sup>494</sup> V. H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 47 p. 105.

<sup>495</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 275 p. 231.

**288. Risque de partialité des certificats de coutume.** Le système des certificats de coutume a plusieurs inconvénients, ce qui le rend parfois dissuasif. Il est d'abord onéreux. Il ralentit ensuite la marche du procès. Enfin, il n'est pas toujours parfaitement impartial. Le rédacteur du certificat étant rémunéré par le plaideur, il n'existe pas de totale garantie de probité et d'objectivité à son égard<sup>496</sup>. La conséquence est que, selon son intérêt dans la cause, chaque partie pourra donner sa propre version du droit étranger. Le juge restera alors en dernier lieu maître de la version à privilégier. Avec ce mode de preuve, le succès appartient à la partie qui peut produire le contenu le plus convaincant et pas forcément le plus véridique<sup>497</sup>.

**289. Consultation d'un institut spécialisé.** Pour éviter cet inconvénient de partialité, le juge peut s'adresser à des organismes publics qualifiés. Il soumettra le dossier à un institut au sein duquel un juriste, expert dans le système juridique requis, sera chargé de rédiger son rapport. La consultation, souvent très précise, sera rédigée à partir du dossier en son entier et non à partir d'une question particulière, pour être plus complète. Par son caractère public (service public spécifique ou centre universitaire de recherche), cette source d'information est nettement plus objective que le certificat de coutume, même si elle n'en diffère pas beaucoup sur le principe. Dans certains pays, il existe ainsi des instituts académiques spécialisés tels que le « Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht » en Allemagne<sup>498</sup>, l'« Institut suisse de droit comparé » à Lausanne<sup>499</sup> ou le « T.M.C. Asser Instituut » aux Pays-Bas<sup>500</sup>. En France, le Juriscope est un organisme moins

---

<sup>496</sup> Sur le thème de la corruption des experts choisis par les plaideurs, v. J. H. MERRYMAN, *op. cit.*, p. 158. *Adde*, « l'une des difficultés majeures touche à la qualification de l'auteur du certificat de coutume, ce dont le Tribunal n'a guère le moyen de s'assurer », G. SUTTON, LES ARTICLES 311-14 et suivants du CODE CIVIL à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de Grande Instance de Paris, TCFDIP 1982-1984, éd. du CNRS Paris 1986, p. 196.

<sup>497</sup> Il s'agit d'une problématique propre au droit de la preuve en général qui concerne la différence irréductible entre la vérité et l'interprétation de la vérité présentée en justice. N'affirme-t-on pas que l'important réside seulement dans ce qui peut être démontré, ou plus exactement, ce qui peut être judiciairement testé ? Par exemple, un droit qui n'est pas prouvé est un droit qui n'existe pas (*idem est non esse et non probari* – ne pas être ou ne pas être prouvé c'est tout un). V. R. MOSK, *The Role of Facts in International Dispute Resolution*, RCADI 2003 t. 304, p. 9 s.

<sup>498</sup> Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, [www.mpipriv.de](http://www.mpipriv.de).

<sup>499</sup> Institut suisse de droit comparé, [www.isdc.ch](http://www.isdc.ch).

<sup>500</sup> T.M.C. Asser Instituut, [www.asser.nl](http://www.asser.nl).

renommé en raison de sa création récente<sup>501</sup>.

**290. Procédure d'information de la convention de Londres.** Il existe, par ailleurs, un autre mode d'information offert par l'existence d'une convention multilatérale conclue sous l'auspice du Conseil de l'Europe. La convention, dite convention de Londres, est ancienne puisqu'elle date du 7 juin 1968<sup>502</sup>. Pour mettre en œuvre la procédure d'information, le juge français doit adresser sa demande au service des affaires européennes et internationales du ministère de la Justice<sup>503</sup>, ce qui lui permettra d'obtenir de l'État requis une réponse précise et impartiale sur les règles applicables au cas concret. Pour autant, par la crainte des répercussions sur le coût et le délai de la procédure, la convention de Londres s'avère peu employée par les juridictions, au point que certains auteurs parlent de « succès limité »<sup>504</sup>, voire d'« échec » du système<sup>505</sup>. L'utilisation de la convention de Londres est d'ailleurs rendue désuète par l'essor des informations officielles dispensées par le biais d'internet<sup>506</sup>.

**291. Conclusion du paragraphe.** Pour résumer, la question de l'établissement du droit étranger fournit de multiples occasions d'appliquer la loi du for à titre subsidiaire. Cette

---

<sup>501</sup> Juriscope, [www.juriscope.org](http://www.juriscope.org).

<sup>502</sup> Convention européenne du 7 juin 1968 relative à l'information sur le droit étranger, ratifiée par 43 États au 1<sup>er</sup> septembre 2007 : <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/062.htm>. Le traité fut publié en France par un décret du 11 octobre 1972, Décret n° 72-947 du 11 octobre 1972, RCDIP 1972, p. 758 ; JCP 1973, III, 39805 ; D. 1972, législ. p. 545. *Adde*, Décret n° 83-1126 du 20 décembre 1983 : D 1984, législ. p. 37, portant publication du Protocole additionnel fait à Strasbourg le 15 mars 1978.

<sup>503</sup> Service des affaires européennes et internationales (SAEI), créé en 1991, <http://www.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10017&ssrubrique=10021&article=10007>.

<sup>504</sup> B. RODGER and J. VAN DOORN, Proof of Foreign Law : The Impact of the London Convention, The International and Comparative Law Quarterly 1997 (vol. 46) p. 165.

<sup>505</sup> Fr. MÉLIN, La convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger : constat d'un échec, Petites Affiches 27 sept. 1999 p. 9.

<sup>506</sup> En 2001, l'Union européenne a notamment créé un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale : <http://ec.europa.eu/civiljustice/> (Décision du Conseil 2001/470/CE du 28 mai 2001, JOCE L 174 du 27 juin 2001, p. 25). Destiné au grand public, le site internet diffuse une information générale sur les droits et professions judiciaires des pays membres. L'Union européenne étudie, en outre, la faisabilité d'un Réseau européen de recherche en droit international privé : European Research Network in international private law, civil law and civil procedure from a Community perspective, [www.european-research-network.org/epil.htm](http://www.european-research-network.org/epil.htm). Au niveau mondial, la Conférence de La Haye de droit international privé étudie la faisabilité d'une nouvelle procédure pour faciliter l'administration du droit étranger, v. les travaux en cours sur

vocation devient même principale à chaque fois que la recherche de la loi étrangère est découragée. Le système français en a fait longtemps l'expérience, jusqu'à ce que la Cour de cassation décide d'imposer aux juges du fond de lourdes obligations dans ce domaine. Le renforcement du contrôle restaure la loi étrangère négligemment évincée. Il faut alors constater que l'office du juge dans la recherche de la loi étrangère désignée par la règle de conflit est le corollaire indispensable d'une meilleure égalité entre la loi du for et la loi étrangère<sup>507</sup>. Évidemment cette conclusion ne vaut que si ledit office n'est pas annihilé sous l'effet d'un « accord procédural » (§ 4).

§ 4 L'accord en cours d'instance sur l'application de la *lex fori* (« accord procédural »)

**292. Définition.** Datant de la fin du XX<sup>e</sup> siècle, l'expression d'« accord procédural » se révèle être exclusivement employée par les auteurs de droit international privé<sup>508</sup>. La définition de ce procédé est, toutefois, relativement variable selon les auteurs. L'un expose que « l'accord dit de procédure ou procédural est celui par lequel les parties à un litige porté devant le juge s'entendent sur le droit qu'elles souhaitent lui voir appliquer »<sup>509</sup>. Pour d'autres, l'accord procédural se qualifie de « contrat innommé »<sup>510</sup> ou, plus largement encore, de « comportement procédural dans le cadre d'un litige international [*par lequel*] les parties sont jugées s'être entendues pour que le tribunal applique une autre loi autre que la loi désignée par la règle de conflit »<sup>511</sup>.

---

[http://www.hcch.net/index\\_fr.php?act=progress.listing&cat=5](http://www.hcch.net/index_fr.php?act=progress.listing&cat=5).

<sup>507</sup> En ce sens : « *It means that domestic law and foreign law are to be treated on an equal footing, and that a judge is assumed to be equally knowledgeable as to both. This fiction can have the effect of requiring the judge, not the parties, to research and prove foreign law* », R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts*, *The Law Quarterly Review* 1992 (vol. 108) p. 143.

<sup>508</sup> Tandis qu'un spécialiste de la procédure civile préfère parler de « qualification liée », G. BOLARD, *Les tribulations de la loi étrangère devant le juge français*, in *Études en l'honneur de André PONSARD : la Cour de cassation, l'Université et le Droit - André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation*, Litec Paris 2003, n° 4 p. 105 note 12.

<sup>509</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *De la distinction nécessaire entre l'accord procédural interne et l'accord procédural international*, en présence même d'éléments d'extranéité, *Gaz. Pal.* 2001 n° 347, p. 13.

<sup>510</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, *L'accord procédural à l'épreuve du temps : retour sur une notion française controversée*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, n° 1 p. 263.

<sup>511</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère*, *Justice et droits fondamentaux*, *Études offertes à J. Normand*, Litec Paris 2003 p. 486, [*ajouté par nous*].

**293.** Dans le cadre de l'étude de la vocation subsidiaire de la *lex fori*, la définition que nous retiendrons de l'accord procédural se doit cependant d'être plus restrictive. Notre angle d'étude commande en particulier d'appréhender l'éviction de la loi étrangère en tant qu'utilité essentielle de l'accord procédural. De ce point de vue (qui n'est pas exclusif), l'accord procédural est un accord exprès de volontés par lequel les parties, à l'occasion du litige, évincent l'application de la loi étrangère compétente, pour imposer au juge d'appliquer sa propre loi.

**294.** Il s'agit d'une éviction exceptionnelle de la loi étrangère désignée par la règle de conflit qui trouve son origine dans la volonté exprimée par les parties. Elle est rendue possible par le caractère disponible des droits litigieux. Ainsi, du point de vue du résultat, la « substitution de la loi du for à la loi étrangère normalement compétente ne diff(ère) pas essentiellement des autres hypothèses de la vocation subsidiaire de la loi du for, dont elle constitu(e) une application supplémentaire »<sup>512</sup>. Cela implique quelques remarques sur le régime de l'accord procédural. D'une part, il faut constater que, puisque les parties ont le pouvoir d'imposer au juge l'application de sa propre loi, l'accord procédural s'apparente à un accord de fond sur la loi applicable (A). D'autre part, il faut souligner que la portée d'un tel accord ne peut vraisemblablement pas être l'éviction de la *lex fori* (B).

A/ Un accord proche de l'accord sur la loi applicable

**295. Différences entre l'accord procédural et l'accord sur le fond.** À en suivre certains auteurs, la distinction entre l'accord procédural et l'accord de fond sur la loi applicable reposerait sur une comparaison de leur régime juridique respectif. La spécificité de l'accord procédural tiendrait alors à trois différences principales, mises en valeur par Monsieur LAGARDE<sup>513</sup>. L'accord procédural doit tout d'abord être exprès, ainsi que le prescrit le Code de procédure civile (article 12, alinéa 3). Il est ensuite limité au litige en cours. Enfin, la validité de l'accord procédural est soumise, non à la loi choisie par les parties (comme

---

<sup>512</sup> H. MUIR WATT, Répertoire International Dalloz, v° Loi étrangère (1998), n° 79 p. 14.

<sup>513</sup> P. LAGARDE, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1989, SOC. DE BAAT EN ZEGWAARD, RCDIP 1990, n° 11 p. 321 ; H. MUIR WATT, Répertoire International Dalloz, v° Loi étrangère (1998), n° 68-72 p. 12-13 ; B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, BDP t. 272, LGDJ Paris 1996, n° 408-412 p. 248-251.

c'est le cas pour l'accord de fond sur la loi applicable), mais à la *lex fori*. Ces trois spécificités de l'accord procédural ont alors permis à Madame FAUVARQUE-COSSON d'imposer une justification très subtile de la distinction entre l'accord procédural et l'accord au fond : le premier reposerait sur la notion de libre disponibilité, alors que le second serait fondé sur le principe de l'autonomie de la volonté des parties<sup>514</sup>.

**296.** Pour judiciaire qu'elle soit, la justification ne semble pas tout à fait convaincante, en raison du recoupement de ces deux notions sous l'angle de l'ordre public. Il semble que « la libre disposition des parties » et « l'autonomie de la volonté des parties » soient des expressions synonymes qui renvoient au même concept : celui de l'ordre public au sens interne<sup>515</sup>. Par définition, un droit laissé à la libre disposition des parties est un droit sur lequel ces dernières peuvent à loisir exercer leur volonté, c'est-à-dire un droit qui est dans le commerce juridique ou encore un droit qui n'est pas d'ordre public. Il y a ici une coïncidence entre ce qui est permis par la loi et ce qui n'est pas impératif. Le respect des lois d'ordre public est donc une condition de validité de l'accord procédural tout comme il est une condition de validité de l'accord portant choix de loi applicable au fond. De ce fait, il n'existe pas deux qualifications différentes puisque, dans les deux cas, il s'agit de respecter l'ordre public pour éviter à l'accord de volontés d'être entaché de nullité.

---

<sup>514</sup> « Tandis que l'accord procédural élude la règle de conflit de lois, l'accord de fond est constitutif de celle-ci ; alors que l'un se fonde sur la notion de libre disponibilité qui prolonge le principe dispositif et n'a pour objet que le litige en cours, l'autre s'appuie sur l'autonomie de la volonté et vaut pour l'ensemble des relations contractuelles », B. FAUVARQUE-COSSON, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, SOC. HANNOVER INTERNATIONAL ET A., RCDIP 1997 p. 516. Comp. le commentaire antérieur de Monsieur LAGARDE faisant référence au « problème délicat de la distinction entre l'accord de volontés par lequel les parties choisissent la loi applicable, accord constitutif de la règle de conflit, et l'accord de volontés par lequel les parties écartent la règle de conflit et définissent le champ du litige d'une façon qui lie le juge », P. LAGARDE, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1989, SOC. DE BAAT EN ZEGWAARD, RCDIP 1990, n° 5 p. 319.

<sup>515</sup> V. la résolution de la Commission de droit international de l'Union internationale des Magistrats : « La Commission reconnaît toutefois aux parties la faculté de renoncer à l'application de la loi étrangère désignée, mais les opinions se partagent quant aux limites dans lesquelles cette faculté peut être exercée. Pour les uns (Allemagne, Autriche, Pays-Bas, Italie, ce dernier pays en vertu de la loi), ce n'est que dans la matière des obligations. Les autres hésitent entre deux formulations : a) inefficacité de la renonciation dans les matières qui intéressent l'ordre public d'après la *lex fori* ; b) la renonciation est permise sauf si elle heurte l'ordre public », Résolution de la Commission de droit international de l'Union internationale des Magistrats, réunis à Salzbourg (5<sup>e</sup> session) le 24 septembre 1966, I point 3, in J.-L. ROPERS, La loi étrangère et le juge national, JCP 1967 I n° 2101 p. 1.

**297.** Il est certes possible de séparer ce qui est permis par le droit interne de ce qui est permis par le droit international privé. La première catégorie est constituée de tout ce qui se trouve en dehors de l'ordre public au sens interne (article 6 du Code civil)<sup>516</sup>. La deuxième catégorie est constituée de tout ce qui se trouve en dehors de l'ordre public au sens du droit international privé. Or, tout en connaissant certains recoupements évidents dans chacun d'entre eux, le domaine de l'ordre public est plus limité en droit international privé qu'en droit interne. Par conséquent, ces deux types d'ordre public peuvent être distingués. En revanche, il ne paraît pas souhaitable de distinguer l'ordre public qui affecte la validité de l'accord procédural de l'ordre public qui affecte l'application de la loi étrangère heurtant les valeurs fondamentales du for. Cela conduirait à retenir deux définitions différentes de l'ordre public au sens du droit international privé puisque l'accord procédural sur la loi applicable au litige est spécifique à cette matière.

**298.** Madame MUIR WATT remarque elle aussi que « la frontière qui sépare l'accord procédural (élusif de la règle de conflit) de l'exercice, au fond, de l'autonomie des parties (constitutive de la règle de conflit) reste singulièrement délicate à tracer »<sup>517</sup>. Implicitement, d'ailleurs, Madame FAUVARQUE-COSSON admet cette difficulté en expliquant que « l'accord élusif se double nécessairement d'un accord d'*electio juris* afin de remplacer la loi évincée »<sup>518</sup>. En réalité, il n'y a pas doublon : l'accord procédural est un accord d'*electio juris*. Le fondement de la distinction repose sur le fait que plusieurs expressions (« libre disponibilité », « autonomie de la volonté », etc.) se côtoient pour décrire un concept dont la définition est volontairement imprécise<sup>519</sup>. Les trois différences de régime (caractère exprès, caractère limitatif et loi applicable à la validité de l'accord) sont, en outre, insuffisantes à

---

<sup>516</sup> V. G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8<sup>e</sup> éd. 2007, PUF Paris, v<sup>o</sup> Ordre public, p. 644.

<sup>517</sup> H. MUIR WATT, Droit judiciaire international – Sur l'actualité de la jurisprudence ROHO : de la licéité de l'accord procédural en matière de conflit de lois, Justices (Revue Générale de Droit Processuel) 1997, Chron. p. 270.

<sup>518</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, L'accord procédural à l'épreuve du temps : retour sur une notion française controversée, in Le droit international privé : esprit *et* méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, n<sup>o</sup> 13 p. 272-273.

<sup>519</sup> La difficulté avait d'ailleurs déjà été rencontrée à l'occasion de l'étude du critère d'arbitrabilité ou de la notion de renonciation, v. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, BDP t. 272, LGDJ Paris 1996, n<sup>o</sup> 152 s. p. 93 s.

octroyer à la libre disponibilité la qualité de procédé technique indépendant.

**299.** La différence de régime repose aussi sur qualification discutable. Ainsi Madame FAUVARQUE-COSSON affirme-t-elle que l'autonomie de la volonté constitue une règle de conflit mais il est exagéré de qualifier la liberté de choix des parties de véritable règle de conflit. Plus précisément, il ne fait pas de doute que le choix d'un droit applicable puisse permettre de résoudre le conflit de lois : il s'agit donc d'une règle de conflit au sens étymologique. Pour autant, il ne s'agit pas d'une règle de conflit de type post-savignien<sup>520</sup>. En effet, le choix par les parties n'est pas fondé sur une localisation objective de la situation. Par définition, il n'est ni neutre ni égalitaire : il est subjectif aux parties (voire subjectif à une seule partie en cas de contrat d'adhésion). Pour les acteurs de la vie civile, le choix d'un système juridique est justement opéré en fonction des avantages qu'il peut apporter plutôt qu'un autre.

**300. Proximité naturelle des deux types d'accord.** Monsieur BOLARD conteste d'ailleurs la distinction entre accord procédural et accord de fond. L'auteur expose deux arguments pour étayer cette thèse. Le premier est qu'il n'y a pas d'accord sur la procédure à suivre, mais un accord sur le fond. La portée de l'accord fait à l'occasion de l'instance est, en effet, de modifier la règle de droit qui est applicable au litige. C'est notamment la raison pour laquelle le fondement juridique de l'accord procédural a été critiqué en droit international privé. En particulier, le principe dispositif<sup>521</sup>, tel qu'il est consacré par l'article 12, alinéa 3, du Code de procédure civile<sup>522</sup>, ne permet certainement pas au juge de violer

---

<sup>520</sup> Pour une appréciation critique de la théorie qui considère que le principe d'autonomie est une règle de conflit de lois, v. V. HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes*, GLN Éditions Paris 1990, n° 231 s. p. 125 s.

<sup>521</sup> Le principe de dispositif fournit « la réponse à la question de savoir si les parties peuvent, par leur accord, empêcher le juge d'appliquer la loi compétente d'après le règlement de conflit : un tel accord n'est valable que si le juge doit admettre qu'il se trouve devant une disposition facultative », H. MOTULSKY, *Ecrits* vol. 3 : études et notes de droit international privé, Dalloz Paris 1978, n° 44 p. 114.

<sup>522</sup> Article 12, alinéa 3 du Code de procédure civile : « toutefois, il (*le juge*) ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat ». Ce texte a notamment été utilisé par la Cour de cassation dans l'affaire ROHO, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 avril 1988, ROHO, Bull. 1988 I n° 104 p. 71 ; RCDIP 1989 p. 68, note H. BATIFFOL ; D. 1988 Somm. Comm. p. 345, obs. B. AUDIT.

une règle de droit par fausse application<sup>523</sup>. Ce support textuel serait donc clairement inadéquat pour justifier le bien fondé de l'accord procédural<sup>524</sup>.

**301.** Le deuxième argument employé par Monsieur BOLARD consiste à souligner que l'accord sur le fond a pour effet de lier le juge, alors que le propre de l'accord sur la procédure est seulement d'être proposé à son agrément<sup>525</sup>. Ainsi, en retenant l'existence d'un accord à l'occasion de la procédure, le juge opère un changement de la règle de droit – et, puisqu'il y a conflit de lois, un changement de résultat au fond du droit. Cela explique sans doute pourquoi la Cour de cassation se garde bien, quant à elle, de qualifier cet accord de « procédural », comme le montre une simple requête dans le moteur de recherche du site internet Legifrance<sup>526</sup>.

**302.** En résumé, il faut réfuter l'autonomie du fondement de l'accord procédural et prendre en compte la similitude de portée qui est attribuée aux deux types d'accords. Cela nous mène à la conclusion suivante : l'accord procédural est bien un accord sur l'application d'une loi au fond du litige. La question étant maintenant de savoir si le choix de la loi applicable se limite à la loi du for ou, au contraire, s'il est ouvert à la loi étrangère (B).

B/ L'in vraisemblance du choix en faveur de la loi étrangère

**303. Portée de l'accord : l'accord procédural peut-il évincer la *lex fori* ?** L'accord procédural a indubitablement pour portée d'octroyer aux parties le pouvoir d'imposer au juge l'application de sa propre loi. Cependant, une partie de la doctrine considère que les parties devraient pouvoir évincer non seulement la loi étrangère, mais aussi la *lex fori*<sup>527</sup>. De

---

<sup>523</sup> D. BUREAU, L'accord procédural à l'épreuve, RCDIP 1996, n° 12 p. 596.

<sup>524</sup> D. BUREAU, *op. cit.*, n° 12 p. 602 ; *adde* B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, BDP t. 272, LGDJ Paris 1996, n° 411 p. 250-251.

<sup>525</sup> G. BOLARD, Les tribulations de la loi étrangère devant le juge français, *in* Études en l'honneur de André PONSARD : la Cour de cassation, l'Université et le Droit - André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation, Litec Paris 2003, n° 4 p. 105 note 12.

<sup>526</sup> Service public de l'accès au droit français : [www.legifrance.gouv.fr/](http://www.legifrance.gouv.fr/).

<sup>527</sup> D. ALEXANDRE, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1988, Demoiselle N. R... c. B. L... et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 octobre 1988, DAME SCHULE c. DAME PHILIPPE, JDI 1989 p. 360-361 ; A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, La codification du droit international privé français, éd. Defrénois Paris 2005, n° 494 p. 346. Dans le même sens : « l'accord procédural ne serait-il qu'un subterfuge destiné à permettre le retour de la *lex*

cette manière, l'ordre juridique du for ne serait pas indûment avantage par le mécanisme. Le choix de loi opérerait quelle que soit l'origine de la *lex causae* (loi étrangère ou *lex fori*).

**304.** Concrètement, prenons l'hypothèse de parties qui entrent en litige au sujet d'un droit dont elles ont la libre disposition concernant un immeuble situé en France. La règle de conflit, figurant à l'article 3 du Code civil, impose au juge français de résoudre ce conflit selon la loi française. La question est alors de savoir s'il est possible pour les parties de s'accorder, au cours du procès, sur l'application d'une loi étrangère pour évincer la loi du for.

**305.** Une position neutre consisterait à admettre que le choix d'une loi étrangère est seulement « concevable »<sup>528</sup>. La possibilité serait ainsi laissée ouverte par principe sans qu'on prenne parti sur l'intérêt pratique d'y recourir. Sur le plan théorique, il existe néanmoins un argument de nature à exclure le choix d'une loi étrangère : il est invraisemblable d'obliger le juge à faire application *d'une loi étrangère que la règle de conflit ne désigne pas*<sup>529</sup>. Admettre que l'accord procédural puisse indifféremment conduire à l'application de la *lex fori* et de la loi étrangère revient, en effet, à autoriser le juge à mettre en œuvre une loi étrangère incompétente à la place de sa propre loi<sup>530</sup>.

---

*fori* et à tempérer ainsi la rigueur du principe de l'application d'office par le juge de la règle de conflit de lois ? Nous ne le pensons pas », B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, précité, n° 569 p. 330 ; v. aussi, B. FAUVARQUE-COSSON, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, RCDIP 1997, n° 16 p. 524-525.

<sup>528</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 266 p. 225.

<sup>529</sup> A. PONSARD, L'office du juge et l'application du droit étranger, RCDIP 1990 p. 616. *Adde* : « la symétrie n'est en fait qu'apparente. La loi du for a toujours une vocation subsidiaire (...). Écarter la loi compétente (surtout lorsqu'elle est la *lex fori*) au profit d'une loi étrangère incompétente et qui n'a donc aucune vocation objective à s'appliquer, se heurte à un obstacle tiré de la fonction même du juge : celui-ci n'est pas un gymnaste intellectuel auquel les parties peuvent demander, simplement parce qu'elles en sont d'accord, de procéder à n'importe quel raisonnement dont elles lui fournissent les données », P. MAYER, Le juge et la loi étrangère, points de similitude du droit français avec le droit suisse, Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht 1991 n° 13 p. 489 ; *idem*, P. MAYER, Intervention à la suite du rapport de J.-M. BISCHOFF, Le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988 – rapport introductif, TCFDIP 1990-1991, p. 36.

<sup>530</sup> H. MUIR WATT, Droit judiciaire international – Sur l'actualité de la jurisprudence ROHO : de la licéité de l'accord procédural en matière de conflit de lois, Justices (Revue Générale de Droit Processuel) 1997, Chron. p. 268.

**306. Appréciation.** En réalité, même s'il paraît pertinent, l'argument ne résiste pas à l'analyse. Il est certes exact d'affirmer que, par le jeu de l'accord procédural, on refuse la mise en œuvre d'une loi étrangère qui n'est pas désignée par la règle de conflit. Il ne faut pas oublier, cependant, qu'il en va tout à fait de même lorsque l'accord des parties se fait sur l'application de la *lex fori*. Dans cette hypothèse, la loi du for, en évinçant la loi étrangère compétente, ne respecte pas la désignation faite par la règle de conflit. Il y a, en l'occurrence, violation de cette dernière.

**307. Loi d'autonomie et libre disponibilité des droits.** Cette rupture de la justice post-savignienne n'est permise que lorsque la situation juridique est légalement rattachée à la loi librement choisie par les parties (loi d'autonomie) car la localisation du droit applicable est laissée à la volonté des parties. Or, l'accord procédural n'est pas limité aux situations qui sont rattachées à la loi d'autonomie. Plus largement, il concerne tous les droits laissés à leur libre disposition. Il ne doit donc pas consister à poser un rattachement subsidiaire à chaque rattachement préexistant : ce serait ajouter à la règle de conflit bilatérale une règle de fond qu'elle ne contient pas<sup>531</sup>. Pour reprendre notre exemple, la règle de conflit rattache les immeubles à la loi du territoire sur lequel ils sont situés (*lex rei sitae*). Elle ne mentionne pas que les droits réels immobiliers laissés à libre disposition des parties sont *subsidiairement* rattachés à la loi choisie par les parties.

**308. Argument en faveur de la *lex fori*.** Le seul argument qui justifie que la *lex fori* puisse être exclusivement choisie par les parties, alors qu'elle n'a pas été désignée par la règle de conflit, réside dans le chef de compétence juridictionnelle. La loi du for a une aptitude à régler le litige, reposant sur l'élément de rattachement territorial qui a justifié la compétence de la juridiction saisie. En effet, la *lex fori* n'est pas une loi totalement extérieure au litige : elle fait partie des lois en conflit dans la quasi-totalité des procès. Dans ce cas, l'accord procédural ne peut profiter qu'à la loi du for. Cette conclusion est appuyée tant par l'analyse du droit comparé que par l'utilisation jurisprudentielle de l'accord procédural.

---

<sup>531</sup> *Contra*, B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, précité, n° 410 p. 250 : « les règles de conflit traditionnelles sont doublées par une règle de conflit subsidiaire générale qui leur confère un caractère supplétif lorsque les droits litigieux sont disponibles » (en italiques dans le texte).

**309. Droit comparé.** Concernant les actes illicites, par exemple, la loi suisse limite l'accord à l'éviction des lois étrangères. Elle permet aux parties de convenir à tout moment de l'application du droit du for dès lors que cela intervient après l'événement dommageable<sup>532</sup>. Le droit hongrois, bien que réservant les matières soumises à la loi d'autonomie, est encore plus extensif sur le domaine de l'accord conclu en faveur de la *lex fori* : « lorsque les parties demandent d'un commun accord l'éviction de la loi étrangère applicable en vertu du présent décret-loi, il faut appliquer au lieu de cette loi, la loi hongroise ou – en cas d'admissibilité du choix de la loi – la loi choisie »<sup>533</sup>. Le fait que le droit hongrois et le droit suisse concordent ainsi sur ce point rend assez invraisemblable l'hypothèse que la *lex fori* puisse être évincée par un accord procédural.

**310. Position de la jurisprudence française.** La jurisprudence française n'a jamais mis en œuvre un accord des parties sur l'application d'un droit étranger. Elle relève, au contraire, l'existence d'un accord uniquement lorsqu'il s'agit de recourir à la *lex fori* pour évincer la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Dans l'affaire ROHO, la Cour de cassation précise que « les deux parties françaises réclamaient expressément l'application de leur loi nationale »<sup>534</sup>. Dans les arrêts HANNOVER INTERNATIONAL et SOCIÉTÉ KARL IBOLD, l'accord procédural a permis d'empêcher une cassation de l'arrêt de la cour d'appel en justifiant l'application de la « loi française du for »<sup>535</sup>. La solution fut rendue dans des termes identiques dans les affaires BERNARD<sup>536</sup> et SOCIÉTÉ MAGLIFICIO PRATESI

---

<sup>532</sup> Article 132 de la loi fédérale suisse sur le droit international privé du 18 décembre 1987, [www.admin.ch/ch/f/rs/291/](http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/).

<sup>533</sup> Paragraphe 9 du décret-loi n° 13/1979 du 31 mai 1979, RCDIP 1981 p. 162.

<sup>534</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 avril 1988, ROHO, précité.

<sup>535</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, SOC. HANNOVER INTERNATIONAL ET A., Bull. 1997 I n° 140 p. 94 ; RCDIP 1997, p. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON ; JDI 1997, p. 804, note D. BUREAU ; GADIP n° 84, « les parties peuvent s'accorder sur la loi française du for » ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, SOC. KARL IBOLD, n° 95-15557 Legifrance ; RCDIP 1998 p. 60 (2<sup>e</sup> esp.), note P. MAYER, « les parties peuvent s'accorder pour demander l'application de la loi française du for » (le débat a été soutenu sur le fondement du droit français).

<sup>536</sup> Cass. Com., 19 décembre 2000, M. BERNARD, n° 97-19890, Legifrance, « s'agissant de droits dont les parties avaient la libre disposition, la cour d'appel a pu statuer comme elle a fait dès lors que fondant leurs conclusions sur les règles applicables en droit français, les parties s'étaient ainsi accordées sur l'application de la loi du for ».

LUIGI AND SONS<sup>537</sup>. D'autres arrêts sont, certes, moins explicites mais immanquablement, ils mettent en œuvre la *lex fori* pour résoudre le litige<sup>538</sup>.

**311.** De surcroît, plusieurs décisions ont refusé de donner effet aux accords procéduraux qui essayaient d'imposer l'application de la loi étrangère. En 1992, la Cour de cassation n'a pas admis que des époux puissent réaliser un accord procédural en faveur de la loi marocaine<sup>539</sup>. De même, dans l'affaire ITRACO, la Cour de cassation n'a pas sanctionné les juges du fond d'avoir écarté l'accord procédural des parties sur l'application des règles de Hambourg<sup>540</sup>. Il faut alors constater que la Cour de cassation admet largement l'accord procédural lorsqu'il conduit à l'application de la *lex fori*, tandis qu'elle réfrène la mise en œuvre des accords procéduraux portant sur la loi étrangère. En vérité, même s'il est seulement « concevable », l'accord sur l'application de la loi étrangère apparaît être une pure hypothèse d'école. Un conseiller de la Cour de cassation s'est d'ailleurs implicitement prononcé pour une conception de l'accord procédural exclusivement favorable à la *lex fori*<sup>541</sup>.

---

<sup>537</sup> Cass. Com., 12 juin 2001, SOC. MAGLIFICIO PRATESI LUIGI AND SONS et a. c. SOC. CORA, n° 98-12218 Legifrance, « pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder pour demander l'application de la loi française du for, malgré l'existence d'une convention internationale désignant la loi compétente ».

<sup>538</sup> L'arrêt SOC. DELTA DRAHT GMBH mentionne que les parties peuvent « s'accorder sur l'application d'une loi autre que celle désignée par une convention internationale ou une clause contractuelle désignant la loi compétente » (en l'espèce, la Cour a appliqué la *lex fori*), Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, SOC. DELTA DRAHT GMBH, n° 96-21333, Legifrance ; *idem*, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 avril 1988, ROHO, précité, « peuvent s'accorder sur une loi différente de celle désignée par une convention internationale » (en l'espèce, le traité désignait une loi étrangère mais les juges du fond ont constaté un accord en faveur de la *lex fori*).

<sup>539</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1992, M. X, Bull. 1992 I n° 261 p. 171, précité, (régime matrimonial, droits disponibles).

<sup>540</sup> Cass. Com., 28 juin 2005, SOC. ITRACO, Bull. 2005 IV, n° 138 ; R. p. 406 et 410 ; BICC 15 octobre 2005, n° 1941, et la note ; D. 2005. Pan. 2755, obs. H. KENFACK ; D. 2006. Pan. 1495, obs. P. COURBE ; Petites Affiches 28 déc. 2005, note J.-Gr. MAHINGA ; RCDIP 2005 p. 645, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; B. ANCEL et H. MUIR WATT, À propos de deux arrêts « de concert » : l'office du juge et la loi étrangère, *in* Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), sous la dir. de J. FOYER et de C. PUIGELIER, Economica Paris 2006, p. 410.

<sup>541</sup> « La règle de conflit est-elle impérative, à la fois pour les parties et pour le juge, ou peut-elle être éludée, les parties et le juge refusant le conflit de lois pour se soumettre à la loi du for ? », J.-P. ANCEL, Le juge français et la mise en œuvre du droit étranger, Rapport de la Cour de Cassation 1997, p. 34, disponible sur le site internet de la Cour de cassation : [www.courdecassation.fr/](http://www.courdecassation.fr/) ; « pour les droits disponibles, les parties peuvent,

**312. Prévisibilité juridique quant à l'application de la *lex fori*.** Il faut, à ce titre, insister sur le principal avantage que revêt l'accord procédural lorsqu'il porte sur la loi du juge saisi. L'accord procédural sur l'application de la *lex fori* est un facteur de prévisibilité pendant le procès. Il permet de lier le juge sur l'application d'une loi prédéterminée, dont il est l'expert naturel. À l'inverse, le régime procédural de la loi étrangère est, quant à lui, parsemé de facultés dont les parties ne peuvent savoir à l'avance si le juge va les saisir ou pas<sup>542</sup>. Premièrement, si l'élément d'extranéité n'est pas invoqué, le juge a la faculté de le relever de son propre chef<sup>543</sup>. Deuxièmement, si la loi étrangère n'est pas invoquée, le juge du fond a la faculté de la mettre en œuvre<sup>544</sup>. Troisièmement, si la teneur de la loi étrangère n'est pas prouvée, le juge peut (lorsqu'il ne le doit pas) rechercher le contenu de la loi étrangère. À chaque fois qu'il existe une faculté au bénéfice du juge, cela augmente l'incertitude pour les parties, qui ignorent si celui-ci va l'exercer ou non. Avec l'accord procédural, les parties acquièrent une *prévisibilité juridique*. Il leur permet, non seulement de limiter le débat, mais aussi d'interdire au juge d'appliquer la loi désignée par la règle de conflit<sup>545</sup>.

**313. Fonction « *lex foriste* » de l'accord procédural.** En permettant au juge de recourir exceptionnellement à sa propre loi, l'accord procédural revêt donc une fonction *lex foriste* : il « devient un instrument d'application de la *lex fori* là où le règlement normal du conflit de lois aurait pu conduire à la désignation de la loi étrangère »<sup>546</sup>. D'un point de vue pragmatique, il simplifie tout de même le cours du procès puisqu'il dispense le juge et les

---

par un accord procédural, au besoin tacite, résultant de l'invocation d'un droit autre que celui désigné par la règle de conflit, fût-elle conventionnelle, demander au juge français l'application du droit français », J.-P. ANCEL, *op. cit.*, p. 37.

<sup>542</sup> « L'usage d'une faculté de la part des juges est toujours une source d'incertitude. Ils l'utilisent ou refusent d'en faire usage, parfois d'une manière systématique, pour encourager ou décourager telle ou telle sorte de procès, ou bien suivant qu'ils ont, comme le dit plaisamment M. le premier Président Mimin, le tempérament "volontaire" ou "asthénique" », P. BELLET, note sous TGI Avesnes-sur-Helpe, 25 septembre 1963, RCDIP 1965 p. 133.

<sup>543</sup> « Le juge peut inviter les parties à fournir les explications de fait qu'il estime nécessaires à la solution du litige », art. 8 du Code de procédure civile.

<sup>544</sup> Conformément à la jurisprudence COMPAGNIE ALGÉRIENNE DE CRÉDIT ET DE BANQUE, précitée.

<sup>545</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, L'accord procédural à l'épreuve du temps : retour sur une notion française controversée, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, n° 1 p. 264.

parties de rechercher la loi étrangère désignée par la règle de conflit<sup>547</sup>. En atténuant l'office du juge dans l'applicabilité et la recherche de la loi étrangère, il participe à une meilleure efficacité de la justice interne<sup>548</sup>.

**314.** Néanmoins, ce simple avantage, trop rudimentaire, n'emporte pas en général la conviction des auteurs de droit international privé<sup>549</sup>. Il faut dire que, en l'état, la notion d'accord procédural semble propice à l'arbitraire du juge, tout particulièrement lorsque l'accord est puisé dans une simple concordance des conclusions ou dans le silence des parties quant à l'application de la loi étrangère. Pour les raisons précédemment évoquées, nul doute que ces deux cas de recours à l'accord procédural devraient être bannis de la jurisprudence. Au contraire, les juridictions devraient plutôt privilégier une information à destination des parties sur la possibilité qui leur est offerte de conclure un véritable accord de fond sur l'application de la *lex fori*. La grande majorité des droits étant laissés à la libre disposition des parties, un tel accord pourrait s'épanouir dans ce domaine très vaste.

**315. Conclusion de la section.** Au cours de nos développements, nous avons pu analyser les nombreuses techniques procédurales qui permettent un recours à la loi du for, qu'il s'agisse de dissimuler les éléments d'extranéité, de ne pas invoquer la loi étrangère, de ne pas prouver le contenu du droit étranger ou encore de conclure un accord sur l'application de

---

<sup>546</sup> D. BUREAU, L'accord procédural à l'épreuve, RCDIP 1996, n° 15 p. 597.

<sup>547</sup> « L'intérêt de l'accord procédural consiste d'abord à dispenser les parties de rechercher le contenu de la loi étrangère désignée et, ensuite, à permettre au juge d'appliquer une loi qu'il connaît mieux, à savoir celle du for », B. FAUVARQUE-COSSON, L'accord procédural à l'épreuve du temps : retour sur une notion française controversée, précité, n° 13 p. 272. Comp. en droit néerlandais : « *in proceedings concerning rights and duties which the parties can freely dispose of, a way to avoid the problematic application of foreign law is an agreement between the parties during the proceedings on a choice for forum law* », P. M. M. MOSTERMANS, Optional (facultative) Choice of Law ? Reflections from a Dutch Perspective, Netherlands International Law Review 2004 (vol. 51) p. 410.

<sup>548</sup> Monsieur DE VAREILLES-SOMMIÈRES analyse l'accord procédural comme « une politique de simplification du travail du juge à qui l'on veut permettre d'appliquer lorsque les circonstances s'y prêtent, sa propre loi à un litige qui lui est présenté comme interne », P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère, Justice et droits fondamentaux, Etudes offertes à J. Normand, Litec Paris 2003, p. 488.

<sup>549</sup> V. par exemple : « il serait trop réducteur – et contestable au regard des objectifs que s'assigne le droit international privé – de n'y voir qu'un procédé au service du confort des juges du fond », B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, BDP t. 272, LGDJ Paris 1996, n° 474 p. 284.

la *lex fori*. L'ampleur de ces recours à la loi du for pourrait même rendre inadéquat le qualificatif de « subsidiaire » si la Cour de cassation française n'avait pas modifié sa position sur la question de l'établissement de la teneur de la loi étrangère. Il n'est guère contestable que les nombreuses défaillances en ce domaine donnaient, par défaut, un domaine d'application très large à la loi du for. Désormais, l'application de la *lex fori* subit une restriction sous l'effet de cette nouvelle jurisprudence. Pourtant, le rôle de la loi du for en ce domaine semble irréductible car ce qui est restreint d'un côté est réactivé de l'autre. En particulier, il y a fort à parier qu'un appel plus fréquent aux lois étrangères entraînera, en retour, la conclusion d'accords procéduraux sur la loi du for. Ce phénomène pourra, de surcroît, s'accompagner chez le juge d'une utilisation plus poussée des autres mécanismes qui lui permettent, lors de l'examen au fond du litige, d'évincer la loi étrangère compétente (Section 3).

### Section 3 La vocation subsidiaire de la *lex fori* lors de l'examen au fond

**316.** Tâchons de dégager les manifestations de la vocation subsidiaire de la *lex fori* qui apparaissent, non au cours de la procédure, mais au cours de l'examen au fond du droit. Tout d'abord, il faut avouer qu'il est assez délicat de distinguer le fond de la procédure, tant certaines questions procédurales sont étroitement liées à la substance de la question juridique qui se pose au juge saisi. On ne peut pas dire, par exemple, que le régime procédural de la loi étrangère soit purement contingent par rapport à la résolution du conflit de lois, qui serait quant à elle essentielle<sup>550</sup>.

**317.** Si l'on devait cependant garder la séparation qui existe entre le fond et la procédure, il faudrait déterminer un critère de distinction propre au fonctionnement du droit international privé. Ce critère serait sans nul doute celui de l'examen par le juge, après la mise en œuvre de la règle de conflit, de la substance des règles – dûment produites si elles sont étrangères – qui sont contenues dans la *lex causae*. Or, le moment auquel cet examen survient au cours du processus intellectuel est relativement inconnu. On peut d'ailleurs soupçonner que, généralement, il se produit un enchevêtrement des questions procédurales et substantielles dans la présentation du litige que font les parties au juge car celles-ci se

---

<sup>550</sup> Comp. J. CARRUTHERS, Substance and Procedure in the Conflict of Laws : a Continuing Debate in Relation to Damages, ICLQ 2004 (vol. 53 - n° 3), p. 691 s.

soucieront davantage de l'issue du litige que du respect scrupuleux de la méthode qui doit y conduire<sup>551</sup>.

**318.** Admettons tout de même qu'il faille se placer à ce moment précis de l'examen de la *lex causae*. La notion de vocation subsidiaire de la *lex fori* suppose encore que la loi du for n'ait pas été désignée par la règle de conflit sinon la *lex fori* interviendrait à titre principal et non à titre subsidiaire. L'application subsidiaire de la *lex fori* nécessite donc que la *lex causae* soit une loi étrangère. C'est pourquoi, le recensement des procédés qui sont placés sous la notion de vocation subsidiaire doit être dirigé vers les exceptions apportées à l'application de la loi étrangère. Ces exceptions, précédemment évoquées, sont l'exception d'équivalence, le renvoi au premier degré, la fraude à la loi et la protection de l'ordre public.

**319.** Mise à part l'exception d'équivalence, ces procédés peuvent être qualifiés de classiques puisque, formellement, ils sont tous nés au XIX<sup>e</sup> siècle. En restaurant l'application de la *lex fori*, ils ont d'ailleurs contribué à atténuer les règles de conflit les plus respectueuses de l'égalité entre la loi étrangère et la loi du for, à savoir les règles de conflit bilatérales. En ce sens, ils sont un facteur – général mais non absolu – d'application de la *lex fori*. Nous verrons, en effet, qu'en dépit de l'égalité que ces procédés tentent de laisser paraître entre la loi étrangère et la loi du for, c'est cette dernière qui, généralement, ressort victorieuse après la mise en œuvre de l'exception d'équivalence, du mécanisme du renvoi, de l'exception de fraude et de la protection de l'ordre public.

**320.** D'un autre côté, il va sans dire que les *méthodes*, apparues au XX<sup>e</sup> siècle, qui n'entendent pas respecter l'égalité entre les lois ont beaucoup moins subi l'intervention de ces *procédés exceptionnels* assurant l'application subsidiaire de la loi du for<sup>552</sup>. La raison en est simple. C'est que, comme nous l'avons montré, ces méthodes (lois de police, règles unilatérales, règles de conflit à finalité matérielle) accordent en amont une place primordiale à la *lex fori*. De sorte qu'il n'y a aucun besoin de restaurer l'application d'une loi qui se trouve déjà applicable.

---

<sup>551</sup> Sur cette approche finaliste, v. les développements qui concernent les lois de police et l'ordre public, *supra* n° 165 s.

<sup>552</sup> Sur les formes méthodologiques d'inégalité entre la *lex fori* et la loi étrangère lors de la désignation de la loi applicable, v. *supra* n° 64 s.

**321.** De ce fait, les auteurs de droit international privé excluent l'intervention du renvoi dans la mise en œuvre des règles à finalité matérielle ou des règles unilatérales<sup>553</sup>. Le renvoi est, de surcroît, incompatible avec le principe de proximité et avec la libre volonté des parties (il est notamment exclu en matière d'obligations contractuelles et de régimes matrimoniaux)<sup>554</sup>. En effet, il serait difficile d'admettre que, rompant avec la prévisibilité juridique, un renvoi puisse écarter la loi choisie par les parties. Il ne pourrait pas non plus évincer la loi des liens des plus étroits car, par nature, cette loi est censée être la plus appropriée pour localiser la situation internationale<sup>555</sup>. D'autres auteurs montrent que l'exception de fraude est, quant à elle, restreinte par l'utilisation de rattachements à finalité matérielle ou de rattachements flexibles tels que ceux qui sont utilisés dans le système du principe de proximité. Elle est en outre concurrencée par les lois de police<sup>556</sup>. La même tendance se retrouve avec l'exception d'ordre public<sup>557</sup>.

**322.** Pour autant, ces exceptions n'ont pas perdu leur place au sein de la théorie générale des conflits de lois<sup>558</sup>. Reste à savoir s'ils ne sont pas délibérément utilisés pour étendre le domaine d'application de la loi du for lors de la mise en œuvre de la *lex causae*<sup>559</sup>. C'est ce

---

<sup>553</sup> V. J. FOYER, *Requiem pour le renvoi ?*, TCFDIP 1980-1981, CNRS Paris, 1981, p. 105 s. ; résumé de l'intervention, RCDIP 1981 p. 210 par P. BELLET ; Y. LEQUETTE, *Répertoire international Dalloz*, v° Renvoi (1998), n° 34 s. p. 5 s.

<sup>554</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 51 § 12 p. 476 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 226 p. 165.

<sup>555</sup> Sur le principe de proximité, v. *infra* n° 436.

<sup>556</sup> É. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille*, Defrénois Paris, 2006, coll. Doctorat & Notariat t. 12, n° 192-324 p. 115-192.

<sup>557</sup> « *The evolution of the techniques of the conflict rules, in so far as it makes their functioning less automatic and enables them to guarantee otherwise the observance of the fundamental principles of the forum, will probably set the trend of resorting less frequently to the ordre public exception* », F. MOSCONI, *Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules*, RCADI 1989-V t. 217, n° 25 p. 81.

<sup>558</sup> Par exemple, selon Monsieur DERRUPPÉ, si le renvoi n'est pas un principe du droit international privé, il est au moins « une règle d'application très étendue et liée à la structure même de la règle de conflit dont elle complètera le rôle et la fonction », J. DERRUPPÉ, *Étude théorique du renvoi*, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 30 (1993), n° 91 p. 16.

<sup>559</sup> En ce sens : « toutes les grandes théories qui se sont jusqu'ici élaborées en Droit international privé pour écarter les rattachements normaux, ordre public, fraude à la loi, renvoi, intérêts français, toutes revenaient avec des détours divers à écarter la loi étrangère normalement compétente et à permettre au juge français d'appliquer

que nous allons déterminer dans les paragraphes suivants, à travers l'analyse de plusieurs mécanismes propres à la règle de conflit, à savoir l'exception de l'équivalence (§ 1), le renvoi au premier degré (§ 2), la fraude à la loi (§ 3) et la protection de l'ordre public (§ 4).

## § 1 L'exception d'équivalence

**323. Définition de l'équivalence.** Qu'est ce que l'exception d'équivalence ? Bien plus qu'une simple analogie entre plusieurs contenus normatifs, l'équivalence correspond, au sens étymologique du terme, à une identité de la substance des règles. C'est l'idée que, les règles équivalentes étant par nature égales, il est logiquement possible de les substituer l'une à l'autre<sup>560</sup>. Cette assimilation concerne alors toutes les composantes de la règle (éléments constitutifs, nature, effets, etc.). Mieux, elle touche son régime juridique tout entier<sup>561</sup>.

Pourtant, les utilisations de l'équivalence sont assez difficiles à systématiser en raison d'une formulation jurisprudentielle très fluctuante. La jurisprudence fait, il est vrai, indifféremment référence à l'équivalence des dispositions, aux résultats équivalents, aux règles communes aux deux systèmes juridiques, aux régimes équivalents, aux situations de fait ayant les mêmes conséquences juridiques, aux dispositions similaires, à l'équivalence des droits en conflit et aux dispositions identiques<sup>562</sup>. L'équivalence a d'ailleurs été qualifiée en doctrine

---

sa propre loi », Ph. MALAURIE, L'équivalence en droit international privé, D. 1962 Chron. XXXVI p. 215.

<sup>560</sup> Le terme équivalence vient du latin *aequivalere* qui signifie « égaler » ou « valoir autant ».

<sup>561</sup> Le lexique de l'Association Henri Capitant indique que l'équivalence est une « identité de valeur et partant d'effet (de droit) ou de régime (juridique) », G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8<sup>e</sup> éd. 2007, PUF Paris, v<sup>o</sup> Équivalence p. 368.

<sup>562</sup> **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1988**, CASSAN, RCDIP 1989 p. 81, note P.-Y. GAUTIER ; **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999**, COMPAGNIE ROYALE BELGE, Bull. n<sup>o</sup> 130 p. 85 ; RCDIP 1999 p. 698, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; JDI 2000 p. 315, note B. FAUVARQUE-COSSON ; D. 2000 p. 268, note É. AGOSTINI ; JCP 2000 II n<sup>o</sup> 10261 p. 360, note G. LEGIER ; Gaz. Pal. 2000 n<sup>o</sup> 61-62 p. 24, revue de jurisprudence par M.-L. NIBOYET ; **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2001**, X c/ WHITE et a. ; RCDIP 2001 p. 513, note H. MUIR WATT ; Gaz. Pal. 2001 n<sup>o</sup> 346 à 347 Doct. p. 21, note Th. HABU GROUD ; **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005**, BARLUSCHKE, Bull. 2005 I n<sup>o</sup> 21 p. 15, RCDIP 2006 p. 85, note M. SCHERER ; JDI 2006 p. 955, note S. GODECHOT-PATRIS ; D. 2005 p. 2924, note J.-Gr. MAHINGA ; Droit de la Famille n<sup>o</sup> 9 - septembre 2005, comm. 197 p. 39, M. FARGE ; Gaz. Pal., 25 février 2006 n<sup>o</sup> 56 p. 21, note M.-L. NIBOYET ; Droit et patrimoine 2005 n<sup>o</sup> 136, arrêt n<sup>o</sup> 3665 p. 102, obs. Fr. MONÉGER ; JCP 2005 I 169 p. 1686, note Chr. DELPY ; **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 novembre 2006**, SOC. L'AGENCE DE L'AVENUE, Bull. 2006 I n<sup>o</sup> 481 p. 413 ; Actualité juridique famille 2007 p. 39, obs. L. PÉCAUT-RIVOLIER ; Dr. fam. n<sup>o</sup> 3, mars 2007, comm.

de « concept mou »<sup>563</sup> ou de « concept flou »<sup>564</sup>. La notion n'est pas tout à fait fixée à cause, semble-t-il, de son apparition récente dans le processus de règlement des litiges internationaux.

**324. Équivalence matérielle.** L'équivalence a pour la première fois été retenue par la Cour de cassation en 1988, à propos d'une affaire où la loi invoquée par l'auteur du pourvoi conduisait à des résultats équivalents à ceux de la loi appliquée par les juges du fond<sup>565</sup>. La jurisprudence postérieure a ensuite précisé que l'exception d'équivalence intervenait lorsque « la situation de fait constatée par le juge aurait les mêmes conséquences juridiques en vertu [des] deux lois »<sup>566</sup>. La comparaison porte donc surtout sur le résultat concret obtenu (comparaison matérielle) et non pas seulement sur la différence apparente des lois en présence (comparaison formelle). Cela s'explique aisément : deux textes législatifs parfaitement identiques peuvent recevoir des interprétations divergentes, surtout si leurs termes sont généraux. Inversement, deux textes en apparence différents peuvent conduire au même résultat pratique. Il faut donc, de préférence, envisager l'équivalence sous un angle matériel<sup>567</sup> : c'est pourquoi, le juge doit avoir pour tâche de dégager une ressemblance fondamentale des résultats produits par l'application des deux règles<sup>568</sup>.

---

n° 70, note Th. FOSSIER ; Revue juridique personnes et famille 2007 n° 3/15 p. 15, obs. J. CASEY (incapacité, équivalence des régimes français et allemand de curatelle). Comp. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1994, AMMACHE, n° 92-14205 Legifrance ; RCDIP 1994 p. 341, note H. MUIR WATT.

<sup>563</sup> M. FARGE, commentaire sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, Droit de la Famille n° 9 - septembre 2005, comm. 197 p. 39.

<sup>564</sup> H. GAUDEMET-TALLON, De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ?, in Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 314.

<sup>565</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1988, CASSAN, précité.

<sup>566</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, COMPAGNIE ROYALE BELGE, précité ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, BARLUSCHKE, précité.

<sup>567</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, JDI 2000 n° 5 p. 320 ; *adde*, les célèbres termes prononcés par NIBOYET à propos de l'équivalence en matière d'exequatur, « peu importe le chemin suivi ; une chose compte, le résultat », J.-P. NIBOYET, Traité de droit international privé VI-II, Librairie du Recueil Sirey Paris 1950, n° 1962 p. 113. Comp. : « il y a ainsi équivalence lorsque le juge estime que, malgré les différences de forme entre la règle étrangère et la règle française, il y a une similitude de résultats », Ph. MALAURIE, L'équivalence en droit international privé, D. 1962 Chron. XXXVI p. 215.

<sup>568</sup> V. J. PATARIN, Le problème de l'équivalence juridique des résultats, Lavergne Paris 1952, n° 56 p. 139.

**325. Caractère exceptionnel.** Il ne fait aucun doute que l'équivalence soit une exception. Tout d'abord, elle n'est apparue que dans un nombre limité d'arrêts<sup>569</sup>, ce qui exclut que l'on puisse la poser en principe général. Ensuite, elle n'intervient que postérieurement à la comparaison des lois désignées par les différents rattachements possibles pour localiser le siège de la situation juridique. Par conséquent, elle implique que les différentes lois en conflit soient connues du juge qui les examine afin de déterminer si elles conduisent à une solution équivalente. En d'autres termes, l'intervention de l'équivalence suit l'établissement du contenu des lois étrangères significativement reliées au litige<sup>570</sup>. Elle ne revêt alors aucun caractère procédural, comme les questions précédemment envisagées, mais concerne, de toute évidence, les suites de la mise en œuvre de la règle de conflit, c'est-à-dire la solution au fond du droit.

**326. Rôle de l'équivalence et pseudo conflits de lois.** La chronologie qui consiste à placer le jeu de l'exception après celui de la règle de conflit est pourtant susceptible d'être bousculée dès l'instant où la situation juridique est appréhendée de façon strictement réaliste. Selon la doctrine nord-américaine, notamment, les hypothèses d'équivalence formelle et matérielle des lois en conflit sont « la figure originelle du faux conflit »<sup>571</sup>. La qualification de « faux conflit » sous-entend alors que le juge devrait s'abstenir d'avoir recours à la règle de conflit. En effet, la différence entre les ordres juridiques étatiques étant l'un des prémices de la théorie post-savignienne, le juge devrait refuser d'en faire usage en l'absence de véritable conflit de solutions. De sorte que, en cas d'équivalence matérielle entre la loi étrangère et celle de la loi du for, la règle de conflit perd son objet. Selon ce raisonnement, elle n'a plus ni utilité, ni légitimité. En conséquence, s'il n'y a pas de règle de conflit, il n'y a pas non plus d'exception à cette règle. Cette interprétation négatrice du conflit revient alors à disqualifier l'équivalence de la catégorie des exceptions.

---

<sup>569</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1988, CASSAN, précité ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, COMPAGNIE ROYALE BELGE, précité ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2001, X c/ WHITE et a., précité ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, BARLUSCHKE, précité ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 novembre 2006, SOC. L'AGENCE DE L'AVENUE, précité.

<sup>570</sup> Th. HABU GROUD, L'exception d'équivalence dans la méthode des conflits de lois (à propos de Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 3 avril 2001), Gaz. du pal. du 12 et 13 décembre 2001 n° 346 à 347 Doct. p. 24.

<sup>571</sup> B. ANCEL et H. MUIR WATT, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, RCDIP 1999 n° 15 p. 707 ; H. MUIR WATT, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1994, RCDIP 1994 p. 346 ; P. WESTEN, False conflicts, California Law Review 1967 vol. 55 p. 76-77 ; D. CAVERS, The Choice-of-Law Process, University of Michigan Press Ann Arbor 1965, p. 63-64 et p. 89-90 ; A. EHRENZWEIG, A Treatise on the Conflict of Laws, West publishing co., St Paul Minn. 1962, § 175 p. 466.

**327. L'équivalence sert-elle à dispenser le juge d'appliquer la règle de conflit ?** À en suivre cette acception réaliste, personne ne pourrait reprocher au juge de ne pas avoir tranché un conflit qui n'existe pas. Par suite, l'équivalence trouverait son utilité dans les affaires où les juges du fond ont appliqué la *lex fori* en négligeant le caractère international de la situation. L'exception d'équivalence permettrait, dans ces cas, de « couvrir une violation par omission de la règle de conflit »<sup>572</sup>. Elle servirait en tout cas à affranchir les juges du fond de vérifier qu'il existe une concordance absolue entre la lettre de deux dispositions législatives théoriquement applicables<sup>573</sup>. La vérification de l'équivalence serait donc faite en aval par la Cour de cassation. Dans ces deux hypothèses, le travail des juges du fond serait allégé et le recours à la notion d'équivalence permettrait à la Cour de cassation d'« évit(er) une cassation que la rigueur juridique postulerait »<sup>574</sup>. Ce faisant, la règle de conflit serait ignorée et le juge du fond serait, finalement, dispensé d'y recourir.

**328.** Cette proposition reçoit, toutefois, deux objections théoriques importantes. Tout d'abord, l'exception d'équivalence ne supprime pas la nécessité de mettre en œuvre la règle de conflit : elle suppose un examen de la teneur des lois en présence. En conséquence, la règle de conflit n'est pas effacée. Elle reçoit seulement un rôle accessoire : elle ne sert qu'à confirmer l'absence de conflit et à dispenser le juge de chercher à appliquer une loi autre que la loi du for<sup>575</sup>. En effet, selon EHRENZWEIG, les règles de l'ordre juridique du for doivent nécessairement s'appliquer en présence de « pseudo conflit »<sup>576</sup>. Ce qui reçoit l'approbation

---

<sup>572</sup> Th. HABU GROUD, L'exception d'équivalence dans la méthode des conflits de lois (à propos de Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 3 avril 2001), Gaz. Pal. du 12 et 13 décembre 2001 n° 346 à 347 Doct. p. 24.

<sup>573</sup> En ce sens, v. J. PATARIN, Le problème de l'équivalence juridique des résultats, Lavergne Paris 1952, n° 99 p. 243.

<sup>574</sup> Th. HABU GROUD, *op. cit.*, p. 24.

<sup>575</sup> B. ANCEL et H. MUIR WATT, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, RCDIP 1999 n° 15 p. 707.

<sup>576</sup> « *Conflicts cases are only those cases involving contacts with foreign laws, in which those laws differ from that of the forum. In the absence of such a difference the statutory and judicial rules of the lex fori can and must be applied* », A. EHRENZWEIG, A Treatise on the Conflict of Laws, West publishing co. ed., St Paul Minn., 1962, § 102 p. 311 ; « *these are cases in which the "chosen" forum or foreign rule, though different from the "competing" rule, would lead to the same result within the latter rule's legal system* », A. EHRENZWEIG, Specific Principles of Private Transnational Law, RCADI 1968-II t. 124, n° 19 p. 206 ; B. HANOTIAU, Le droit international privé américain (du premier au second *Restatement of the law, Conflict of Laws*), LGDJ Paris 1979, n° 180 p. 121-122.

de certains auteurs français : « on voit mal en effet l'intérêt pratique qu'il y aurait, dans le cas contraire [*celui de lois substantiellement équivalentes*], à opérer un choix, alors que la solution de fond à donner à la question litigieuse est identique dans l'un et l'autre droit concerné. L'équivalence des règles supprimerait ainsi le conflit de lois en faisant naître un faux conflit, ce qui conduirait éventuellement le juge à se désintéresser, pour des raisons de commodité, de la loi étrangère et à s'en tenir à sa propre loi »<sup>577</sup>. Le juge ne doit donc pas sauter l'étape de la règle de conflit, même si cela le conduit, de toute manière, à l'application de sa propre loi.

**329.** Ensuite, la Cour de cassation ne peut soulever d'office l'exception d'équivalence lorsque les juges du fond n'ont pas fait état des différentes solutions auxquelles conduisent les lois étatiques en lien avec le litige. La Cour de cassation ne peut pas de son chef apprécier le contenu des différentes lois invoquées car cela relève du pouvoir souverain des juges du fond<sup>578</sup>. Théoriquement, l'exception d'équivalence ne peut donc pas masquer une omission de la règle de conflit, puisque les juges saisis ont, par hypothèse, déjà interrogé le contenu de la loi étrangère. La comparaison suppose nécessairement que le contenu de la loi étrangère soit préalablement établi au fond.

**330.** En somme, plutôt que de justifier un recours indu à la *lex fori*, l'équivalence intervient *a posteriori* pour combattre les invocations abusives de la méthode post-savignienne. Dans le but de favoriser l'utilité du résultat obtenu, l'équivalence permet alors de s'accommoder d'une approximation là où la rigueur juridique devrait théoriquement s'imposer<sup>579</sup>. La répartition abstraite et égalitaire entre les différents ordres juridiques cède ici le pas devant le besoin concret de rendre justice. De cette manière, le juge privilégie sa mission judiciaire, qui consiste, tout simplement, à apporter une solution au litige des parties, au détriment de sa mission coordinatrice, laquelle constitue, plus abstraitement, à répartir les ordres juridiques entre eux<sup>580</sup>. L'équivalence a donc une fonction de *correctif*, ce qui permet

---

<sup>577</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 5 p. 6 [*ajouté par nous*].

<sup>578</sup> Sur le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond concernant le contenu de la loi étrangère, v. *supra* n° 283 s.

<sup>579</sup> J. PATARIN, Le problème de l'équivalence juridique des résultats, Lavergne Paris, 1952, n° 99 p. 245.

<sup>580</sup> Il s'agit d'une fonction de « régulation des intérêts privées », B. ANCEL et H. MUIR WATT, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, RCDIP 1999 n° 6 p. 704. Madame MUIR WATT et Monsieur ANCEL remarque

de la classer dans la catégorie des exceptions.

**331. La *lex fori* profite-t-elle toujours de l'équivalence des solutions ?** Il est alors permis de douter que l'équivalence des solutions soit le prétexte à un recours systématique à la *lex fori*, tout spécialement au regard de l'utilisation que la Cour de cassation en fait. En réalité guidée par les exigences d'une administration raisonnée de son propre organisme, la Cour de cassation a fait plutôt de l'équivalence un outil de régulation des pourvois.

**332.** De cette manière, l'exception d'équivalence permet de dissuader les plaideurs de reprocher aux juges du fond d'avoir omis la règle de conflit ou de ne pas l'avoir correctement appliquée, alors que cette démarche est complètement stérile au regard de l'issue du litige<sup>581</sup>. Suivant cette constatation, il faut conclure que l'exception d'équivalence n'est qu'une « nouvelle arme contre les pourvois inutiles »<sup>582</sup>. Elle ne répond qu'à un souci d'intendance ou, plus précisément, qu'à une exigence d'économie procédurale<sup>583</sup>. Ainsi, dans la mesure où la fonction de l'équivalence est de dissuader les plaideurs de former des pourvois superflus, il apparaît indifférent que les juges du fond aient appliqué la loi du for ou la loi étrangère.

**333.** En pratique, cependant, il faut constater que l'exception d'équivalence intervient souvent pour justifier une décision dans laquelle les juges du fond ont eu indûment recours à la *lex fori*, alors que la règle de conflit désignait la loi étrangère<sup>584</sup>. Une seule espèce dément

---

ainsi la similarité de l'exception d'équivalence avec le courant nord-américain selon lequel la règle de conflit sélectionne les solutions et non les ordres juridiques (*rule-selecting, non jurisdiction-selecting*), B. ANCEL et H. MUIR WATT, *op. cit.*, n° 13 p. 706.

<sup>581</sup> « La solution retenue par la Cour de cassation a le grand avantage d'édifier un obstacle à l'encontre d'inutiles allongements des procès, en privant d'efficacité les pourvois à but dilatoire, dont l'objectif n'aurait été qu'une cassation formelle (...). Cet argument de politique judiciaire est évidemment la justification majeure de la règle de l'équivalence », G. LEGIER, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, JCP 2000 II 10261 n° 17 p. 362.

<sup>582</sup> M.-L. NIBOYET, revue de l'arrêt Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, Gaz. Pal. 2000 n° 61-62 p. 24. Comp. B. FAUVARQUE-COSSON, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, BDP t. 272, LGDJ Paris 1996, n° 365-400 p. 224-240, spéc. n° 382-389 p. 232-236.

<sup>583</sup> Chr. DELPY, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, JCP 2005 I 169 n° 9 p. 1686.

<sup>584</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, COMPAGNIE ROYALE BELGE ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, BARLUSCHKE ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 novembre 2006, SOC. L'AGENCE DE L'AVENUE, précités.

cette affirmation : lors de l'affaire CASSAN, les juges français ont appliqué la loi étrangère au lieu de la loi française désignée par la règle de conflit. Cette jurisprudence mise à part, il paraît assez évident que la loi du for soit statistiquement plus apparente que la loi étrangère, de sorte qu'il n'est pas rare de trouver parmi la doctrine une interprétation *lex foriste* des recours à l'exception d'équivalence<sup>585</sup>. L'exception d'équivalence a d'ailleurs été qualifiée par un auteur de « nouveau facteur de paralysie du jeu normal de la règle de conflit désignant une loi étrangère »<sup>586</sup>. Concrètement, elle agit comme une dispense d'appliquer le droit désigné, ce qui est bien évidemment attentatoire à l'égard du principe d'égalité entre la loi étrangère et la *lex fori*. C'est pourquoi, l'interprétation *lex foriste* est condamnée par un certain nombre d'auteurs<sup>587</sup>, alors que d'autres sont plus neutres dans leur lecture du procédé<sup>588</sup>. Pour sa part, à l'occasion de l'affaire Compagnie Royale belge, la Cour de cassation a refusé de laisser paraître une quelconque faveur à sa propre loi<sup>589</sup>. Cet arrêt ne précise pas, cependant, si cette solution était guidée par une réelle intention de neutralité.

---

<sup>585</sup> Par exemple : « il ne faut cependant pas se leurrer sur les motifs véritables de l'admission de la théorie de l'équivalence. Il s'agit d'éviter la cassation aux décisions qui auraient négligé de mettre en œuvre la loi étrangère théoriquement applicable. Au-delà, il s'agit également de permettre aux juges du fond d'éviter l'application des lois étrangères, le seul impératif étant alors pour eux de motiver leur décision en relevant l'existence d'une équivalence entre les lois en présence », Fr. MÉLIN, Vers un alourdissement de l'office du juge à l'égard des lois étrangères ?, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 septembre 2002, D&J SPORTING LTD, Petites affiches, 6 février 2003, n° 27 p. 19.

<sup>586</sup> M. FARGE, commentaire sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, Droit de la Famille n° 9 - septembre 2005, comm. 197 p. 39.

<sup>587</sup> M. SCHERER, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, RCDIP 2006 p. 93-94 ; H. GAUDEMET-TALLON, De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ?, in Le droit international privé : esprit *et* méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 314. Plus nuancée, Madame GODECHOT-PATRIS juge le recours à la *lex fori* opportun en matière de tutelle, mais en dénonce l'utilisation systématique, S. GODECHOT-PATRIS, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, JDI 2006 p. 960-961.

<sup>588</sup> Monsieur HABU GROUD remarque seulement que l'équivalence *peut* aboutir à ne pas appliquer le droit étranger, Th. HABU GROUD, L'exception d'équivalence dans la méthode des conflits de lois (à propos de Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 3 avril 2001), Gaz. Pal. du 12 et 13 décembre 2001 n° 346 à 347 Doct. p. 23.

<sup>589</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, COMPAGNIE ROYALE BELGE, Bull. n° 130 p. 85 ; RCDIP 1999 p. 698, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; JDI 2000 p. 315, note B. FAUVARQUE-COSSON ; D. 2000 p. 268, note É. AGOSTINI ; JCP 2000 II n° 10261 p. 360, note G. LEGIER ; Gaz. Pal. 2000 n° 61-62 p. 24, revue de jurisprudence par M.-L. NIBOYET.

**334. La théorie de l'antichoix : faut-il obligatoirement faire un choix de loi s'il n'y a pas de conflit ?** Dans cette affaire COMPAGNIE ROYALE BELGE, une solution originale s'est présentée à propos d'un litige portant sur la réparation de dommages causés par une collision en Belgique entre un automobiliste français et un cheval<sup>590</sup>. Pour engager la responsabilité du propriétaire de l'animal, la cour d'appel s'était fondée sur une application cumulative des Codes civils français et belge. L'arrêt fut alors critiqué pour ne pas avoir tranché le conflit entre ces deux systèmes étatiques, d'autant que, selon l'auteur du pourvoi, l'article 4, alinéa 1<sup>er</sup>, de la convention de La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière désignait la loi française<sup>591</sup>. La Cour de cassation a jugé que ce grief était inopérant dès lors que les juges du fond avaient justifié leur décision en retenant l'identité des dispositions belge et française.

**335.** Cette solution avait déjà été expliquée par un auteur néerlandais sous la notion d'« antichoix »<sup>592</sup>. La notion envisagée par cet auteur vise notamment à regrouper toutes les décisions judiciaires dans lesquelles le juge saisi ne se prononce pas sur le droit applicable mais utilise une motivation plurale fondée sur plusieurs ordres juridiques<sup>593</sup>. Il s'agit pour le juge, en quelque sorte, d'appliquer conjointement des règles en faisant abstraction de leur origine étatique, précisément en raison de leur proximité substantielle<sup>594</sup>. Pour combattre ce raisonnement judiciaire, le plaideur doit donc justifier d'un intérêt à ce que le choix soit explicitement exercé. Il doit, en d'autres termes, indiquer pourquoi le choix d'un système juridique précis aurait entraîné des conséquences juridiques autres que celles que le juge a prononcées<sup>595</sup>. La règle de l'antichoix signifie ainsi que l'action en justice est subordonnée à

---

<sup>590</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, COMPAGNIE ROYALE BELGE, (précité).

<sup>591</sup> Convention sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière, conclue le 4 mai 1971, en vigueur depuis le 3 juin 1975. Texte disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>592</sup> H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, De Antikiesregel : een paar aspekten van de behandeling van buitenlands rechts in het burgerlijk proces (La règle de l'antichoix : quelques aspects de la condition du droit étranger dans le procès civil), Kluwer Deventer, 1971.

<sup>593</sup> H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *op. cit.*, résumé en français, p. 455, spéc. p. 460. *Adde*, sur l'importance du droit comparé lors de l'utilisation de procédé : P.-Y. GAUTIER, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1988, CASSAN, RCDIP 1989 p. 81 s.

<sup>594</sup> « On ne renonce au choix entre les systèmes impliqués que si on les applique tous ensemble », H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *op. cit.*, résumé en français, p. 473.

<sup>595</sup> H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *op. cit.*, résumé en français, p. 461.

l'existence d'un intérêt à recourir à la règle de conflit lorsque, *a priori*, il n'y a pas de véritable conflit de lois. L'hypothèse est alors traduite par l'aphorisme « pas de différence, pas d'intérêt »<sup>596</sup>. D'ailleurs, bien qu'ayant opéré un choix de loi, l'arrêt CASSAN a expressément fait mention de ce défaut d'intérêt du plaideur<sup>597</sup>, ce qui n'est pas sans rappeler la solution AMERFORD<sup>598</sup>, avec laquelle l'exception d'équivalence entretient un rapport flagrant<sup>599</sup>.

**336. Antichoix et sécurité juridique.** Pour autant, l'antichoix est rejeté par la doctrine en raison de ses inconvénients. En particulier, il a été avancé que l'exception d'équivalence serait nuisible à la prévisibilité du droit et à la sécurité juridique<sup>600</sup>. L'absence de motivation quant à l'usage de la règle de conflit entraînerait un doute sur la détermination de la loi applicable : comment connaître la solution commune aux lois en conflit si, dans le même temps, on ignore quelles sont les lois en concurrence ? On objectera cependant que les parties connaissent nécessairement le nombre et la nature des systèmes juridiques avec lesquels leur situation juridique est entrée en contact. De ce fait, il leur appartiendrait de se renseigner sur le contenu de ces lois pour garantir leur sécurité juridique. En réalité, il y a toujours intérêt à connaître le droit appliqué pour des raisons procédurales. Tout d'abord, la Cour de cassation française ne contrôle pas l'interprétation du droit étranger. Il est donc important de savoir si c'est la loi étrangère ou la loi du for qui s'applique. Cela détermine

---

<sup>596</sup> H. MUIR WATT, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2001, X c/ White et autres, RCDIP 2001 n° 1 p. 513-514.

<sup>597</sup> « Dès lors, M<sup>me</sup> Cassan n'a pas intérêt à soutenir que la loi française, qui conduirait, quant à la contestation de la reconnaissance, à des résultats équivalents à ceux de la loi vietnamienne dont l'arrêt attaqué a souverainement interprété la portée, aurait dû être appliquée en la cause », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1988, CASSAN, RCDIP 1989 p. 81, note P.-Y. GAUTIER.

<sup>598</sup> « Dans les matières où les parties ont la libre disposition de leurs droits, il incombe à la partie qui prétend que la mise en oeuvre du droit étranger, désigné par la règle de conflit de lois, conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque, à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire », Cass. Com., 16 novembre 1993, SOC. AMERFORD, Bull. 1993 IV n° 405 p. 294 ; RCDIP 1994 p. 332, note P. LAGARDE ; JDI 1994 p. 98, note J.-B. DONNIER ; GADIP n° 82 (1<sup>er</sup> arrêt).

<sup>599</sup> Fr. MONÉGER, obs. sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, Droit et patrimoine 2005 n° 136, arrêt n° 3665 p. 102 ; J.-Gr. MAHINGA, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, D. 2005 p. 2925 ; H. MUIR WATT, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2001, X c/ WHITE et a., RCDIP 2001 n° 1 p. 513.

<sup>600</sup> S. GODECHOT-PATRIS, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, JDI 2006 p. 966 ; H. GAUDEMET-TALLON, De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ?, in Le droit international privé : esprit *et* méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 310.

leur possibilité de former, le cas échéant, un pourvoi en cassation pour violation de la loi interne<sup>601</sup>. L'antichoix est, en outre, difficilement praticable pour le juge car, de l'aveu même de l'instigateur de cette doctrine, « la règle de l'antichoix implique l'examen d'un nombre de systèmes plus élevé qu'il ne serait nécessaire suivant la règle de conflit »<sup>602</sup>.

**337. Conclusion du paragraphe.** En conclusion, dans la mesure où l'intervention de l'exception d'équivalence est source d'un surcroît de travail pour le juge, la fonction simplificatrice du procédé se trouve assez réduite. Néanmoins, puisque, d'un point de vue procédural, c'est la Cour de cassation qui prend en charge l'appréciation de l'équivalence, la simplification bénéficie automatiquement aux juges du fond qui n'auront pas, ainsi, à se soucier de la loi étrangère. L'éviction de cette dernière apparaît tout aussi bien en matière de renvoi (§ 2).

## § 2 Le renvoi au premier degré

**338. Présentation.** Dès lors que chaque pays possède son propre système de droit international privé, il se peut que le facteur de rattachement retenu par un pays soit différent de celui de son voisin. À titre d'illustration, prenons le cas typique de l'Anglais qui est domicilié en France et qui soumet au juge français une question portant sur sa capacité civile. Selon l'interprétation jurisprudentielle de l'article 3 du Code civil français, la capacité des étrangers est déterminée par leur loi nationale, en l'espèce la loi anglaise. De son côté, le juge anglais soumet la capacité des personnes à la loi du domicile, en l'espèce à la loi française. Les règles de conflit retiennent chacune un rattachement géographique différent : il s'agit d'une hypothèse de conflit entre le rattachement de la nationalité et celui du domicile<sup>603</sup>.

---

<sup>601</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, JDI 2000 n° 7 p. 320 s.

<sup>602</sup> H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, *op. cit.*, résumé en français, p. 468.

<sup>603</sup> L'hypothèse se rencontre d'ailleurs dans d'autres systèmes européens : « l'exemple type du renvoi est fourni par une différence entre les points de rattachement des règles de conflit. C'est le cas de l'opposition, bien connue, pour le statut personnel, entre le rattachement français, italien, allemand, belge à la nationalité, et le rattachement anglo-saxon au domicile », J. DERRUPPÉ et É. AGOSTINI, *Le renvoi dans la jurisprudence française*, J-Cl. Civil, Code article 3, fasc. 32 (1994), n° 76 p. 14. Pour d'autres exemples, v. Y. LEQUETTE, *Répertoire international Dalloz*, v° Renvoi (1998), n° 3 p. 2.

**339.** Le conflit peut toutefois se résoudre aisément puisque l'ordre juridique qui refuse la compétence législative (Angleterre) désigne l'ordre juridique d'un juge qui est déjà saisi et qui est enclin à accepter cette compétence (France). Dans ce cas de figure, la règle de conflit anglaise renvoie au contenu du droit français pour régler la question de capacité et, en acceptant d'appliquer son propre droit, le juge français intègre dans son raisonnement la règle de conflit du système anglais désigné par son propre système de résolution des conflits de lois. Il en résulte que la capacité de l'Anglais domicilié en France est régie par la loi française, que le juge saisi soit français ou anglais. En droit international privé, ce raisonnement est appelé « renvoi ».

**340. Types de renvoi.** L'exemple du renvoi de la loi anglaise à la loi française décrit ci-dessus est en fait un « renvoi au premier degré ». Il s'agit d'un procédé qui peut être mis en œuvre à chaque fois que la règle de conflit étrangère, dont la loi interne a été désignée par la règle de conflit du for, désigne la loi interne du for comme applicable<sup>604</sup>. En permettant au juge saisi de retourner à sa propre loi, le mécanisme du renvoi porte ainsi exception à la première désignation opérée en faveur de la loi étrangère : il y a application subsidiaire de la loi du for. C'est ce résultat qui permet de placer le renvoi au premier degré sous le concept général de vocation subsidiaire de la *lex fori*. En effet, le caractère exceptionnel de l'atteinte portée au principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for repose sur le fait précis que le renvoi n'impose pas une application systématique de la *lex fori* mais une application potentielle qui répond au cas particulier du conflit de rattachements localisateurs<sup>605</sup>.

**341. Renvoi au second degré.** Précisons qu'il n'y a pas d'application subsidiaire de la *lex fori* lorsque le destinataire de la compétence législative est un pays tiers car, dans ce cas, il s'agit d'un renvoi à une loi tierce, c'est-à-dire d'un « renvoi au second degré ». En matière de sociétés commerciales, par exemple, la Cour d'appel de Paris a statué sur le droit applicable à une banque ayant son siège social statutaire à Istanbul et son siège social réel à Londres<sup>606</sup>. Or, pour désigner la loi applicable, la règle de conflit française rattache chaque

---

<sup>604</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 199 p. 255.

<sup>605</sup> En ce sens, v. A. FERRER-CORREIA, Une codification nationale du droit international privé à l'épreuve du principe d'égalité : le Code civil portugais de 1966 « revisited », in Le droit international à l'heure de sa codification, Études en l'honneur de Roberto AGO, t. IV, A. Giuffrè Milan 1987, n° 10 p. 83.

<sup>606</sup> Paris, 15 mars 1964, BANQUE OTTOMANE, RCDIP 1967, p. 85, note P. LAGARDE ; JDI 1966 p. 118,

société au lieu où se trouve son siège social réel, c'est-à-dire le lieu où son administration centrale est fixée (en l'espèce Londres). La règle de conflit anglaise, en revanche, rattache chaque société à l'endroit où les formalités d'immatriculation ont été accomplies (en l'espèce Istanbul). Dans cette affaire, le juge français a donc admis le renvoi, offert par le droit du siège réel, au droit du pays d'immatriculation de la société litigieuse : il a décidé que le droit turc lui était applicable. Ce type de renvoi ne permet donc pas au juge saisi de retourner à l'application de son propre droit car le destinataire de la compétence législative est un autre pays que celui du for<sup>607</sup>.

**342. Renvoi et principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for.** Si, par suite, tous les types de renvoi sont pris en compte, on constatera que le mécanisme peut intervenir soit au bénéfice de la loi du for, soit à celui d'une loi étrangère. Cette parité de principe laisserait à penser que le mécanisme du renvoi est égalitaire dans sa mise en œuvre : ce faisant, il n'octroierait pas de privilège particulier à la loi du juge saisi, si bien que les systèmes de droit international privé qui autorisent le renvoi au second degré au même titre que celui au premier degré donneraient au procédé une parfaite légitimité au regard du principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for<sup>608</sup>.

**343.** *A contrario*, les systèmes de droit international privé qui n'admettent que le renvoi au premier degré lui allouent, par là même, une fonction dont le résultat est inégalitaire. En effet, ce procédé ne favorisera que la *lex fori*, au détriment de la loi étrangère. Il est alors possible d'attribuer aux législateurs qui rejettent seulement le renvoi au second degré l'intention d'assurer une position privilégiée à leur propre loi. La solution se retrouve notamment au Sénégal<sup>609</sup>, en Espagne<sup>610</sup>, en Hongrie<sup>611</sup>, en Roumanie<sup>612</sup>, au Vietnam<sup>613</sup>, au

---

note B. GOLDMAN. V. aussi Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1982, ZAGHA, Bull. 1982 I n° 224 p. 192 ; RCDIP 1983, p. 300, note J.-M. BISCHOFF ; JDI 1983 p. 595, note R. LEHMANN ; D. 1983 somm. comm. p. 151, obs. B. AUDIT ; D. 1983 p. 431, note É. AGOSTINI.

<sup>607</sup> V. J. MAURY, Règles générales des conflits de lois, RCADI 1936-III t. 57, n° 171 p. 521 ; Jean DERRUPPÉ, Étude théorique du renvoi, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 30 (1993), n° 8 p. 3.

<sup>608</sup> « L'admission du renvoi à une loi tierce avait aussi l'avantage de mieux légitimer théoriquement la consécration du renvoi à la loi du for », W. KASSIR, Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé : contribution au dialogue des cultures juridiques nationales à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, Bruylant Delta Bruxelles LGDJ Paris 2002, p. 22. *Adde*, E. VASSILAKAKIS, Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, n° 335 p. 318.

<sup>609</sup> « Si la loi étrangère applicable renvoie à la loi sénégalaise, il est fait application de celle-ci », art. 852 du

Liechtenstein<sup>614</sup> ou encore en Russie<sup>615</sup>.

**344.** Pourtant, dans les systèmes juridiques qui autorisent le renvoi au premier et au second degré, comme par exemple le droit français, il n'est pas sûr que ces mécanismes ne puissent pas altérer le principe d'égalité. Bien évidemment, une analyse superficielle du droit français laisserait à penser qu'il n'y a pas de supériorité de la *lex fori* mais, avec un peu d'attention, il est possible de relever certains indices qui vont en sens contraire.

**345. Argument sémantique.** En premier lieu, il faut remarquer que le terme de renvoi est plus approprié pour un renvoi à la loi du for (renvoi au premier degré) que pour un renvoi à la loi tierce (renvoi au second degré) car le renvoi suppose un retour à l'envoyeur<sup>616</sup>. Le

---

Code de la famille (loi n° 72-61 du 12 juin 1972), RCDIP 1973 p. 385.

<sup>610</sup> « La désignation du droit étranger est considérée comme adressée à sa loi matérielle sans qu'il soit tenu compte du renvoi que ses règles de conflit pourraient faire à une loi autre que la loi espagnole », art. 12 § 2 du Code civil (décret loi du 31 mai 1974), RCDIP 1976 p. 420, note J. IGLESIAS BUIGUES ; disponible en langue originale sur le site internet de l'Àrea de Dret civil de la Universitat de Girona, <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>.

<sup>611</sup> « Lorsqu'en vertu du présent décret-loi, il y a lieu d'appliquer une loi étrangère, le cas sera régi par les règles du droit étranger applicable qui réglementent directement la question litigieuse. Cependant, lorsque le droit étranger renvoie, en ce qui concerne cette question, au droit hongrois, celui-ci sera applicable », § 4 du décret-loi n° 13/1979 du 31 mai 1979, RCDIP 1981 p. 161.

<sup>612</sup> « Si la loi étrangère, déterminée conformément aux dispositions qui suivent, renvoie au droit roumain, c'est la loi roumaine qui sera appliquée, à moins qu'il n'y ait de dispositions contraires expresses. Le renvoi que la loi étrangère fait au droit d'un autre État demeure sans effet », art. 4 de la loi n° 105 du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé, Monitorul Oficial de la Roumanie, Partie I<sup>re</sup>, n° 245 du 1<sup>er</sup> octobre 1992, RCDIP 1994 p. 172.

<sup>613</sup> « Si le droit étranger renvoie à l'application du droit de la République Socialiste du Vietnam, le droit civil vietnamien s'applique », art. 827 § 3 *in fine* du code civil (décret du 9 novembre 1995), RCDIP 2000 p. 301.

<sup>614</sup> « La désignation d'un droit étranger rend applicables les règles matérielles de celui-ci (les règles juridiques à l'exception des règles de rattachement). Il en est autrement si les règles de rattachement du droit étranger déclarent applicable le droit du Liechtenstein ; en ce cas sont à appliquer les règles matérielles du droit du Liechtenstein », art. 5, 1/ de la loi du 19 septembre 1996, RCDIP 1997 p. 859.

<sup>615</sup> « Le renvoi opéré par le droit étranger peut être accepté s'il est fait au droit russe et concerne le statut juridique d'une personne physique », art. 1190, § 2, du Code civil de la Fédération de Russie (loi fédérale n°146 du 26 novembre 2001), RCDIP 2002 p. 183.

<sup>616</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 199 note 2 p. 255.

terme est alors adéquat pour désigner une restitution de compétence législative. Un auteur souligne d'ailleurs que « cela montre à quel point l'origine intellectuelle du renvoi est liée à l'attribution de compétence à la loi du for »<sup>617</sup>. Toutefois, l'argument sémantique ne semble pas le plus décisif. D'autres observations tendent à montrer que l'utilisation du renvoi à la loi du for n'est en rien égale à celle du renvoi à une loi tierce.

**346. Argument historique.** Il existe tout d'abord un argument historique. La première utilisation significative du renvoi en droit français a permis au juge d'appliquer la *lex fori* au lieu de la loi étrangère désignée par sa règle de conflit<sup>618</sup>. La loi étrangère était, en l'espèce, défavorable à l'État français dans la mesure où elle l'aurait automatiquement privé de recueillir d'importantes valeurs mobilières tombées en déshérence. De sorte que, dans la cette affaire où la Cour de cassation a pour la première fois utilisé le mécanisme du renvoi, il ne faut pas négliger l'intérêt qu'avait la juridiction saisie de recourir à sa propre loi<sup>619</sup>. En l'occurrence, cela montre précisément que l'application de la *lex fori* n'était pas le fruit du hasard.

**347. Argument statistique.** Il y a, ensuite, un argument statistique. Le renvoi à la loi du for est bien plus fréquent que celui qui est fait à une loi tierce<sup>620</sup>. Le renvoi au second degré est rare en pratique, notamment parce que les éléments suffisamment pertinents pour être retenus comme facteur de rattachement (nationalité, domicile, lieu de situation d'une chose, lieu d'exécution d'une obligation, etc.) ne sont pas infinis<sup>621</sup>. Il est d'ailleurs assez difficile

---

<sup>617</sup> W. KASSIR, *op. cit.*, p. 23.

<sup>618</sup> Cass. Civ., 24 juin 1878, ADMINISTRATION DES DOMAINES c. DITCHL et a. (arrêt dit « FORGO »), Journal du dr. int. priv. 1879 p. 285, S. 1878 I 429, D 1879 I p. 56, et Cass. Req., 22 févr. 1882, S. 1882 I 393, note J.-E. LABBÉ ; D. 1882 I p. 301 ; GADIP n° 7-8. V. Émile POTU, La question du renvoi en droit international privé, th. Dijon, Jouve & Cie Paris 1913, p. 20 s. ; M. PHILONENKO, L'affaire Forgo (1874-1882) : contribution à l'étude des sources du droit international privé français, JDI 1932 p. 281.

<sup>619</sup> En ce sens : « il est évident que la Cour de Cassation eut recours à cette idée à seule fin que les biens laissés par Forgo restassent en France et n'en sortissent pas pour passer entre les mains des parents bavarois », G. MARIDAKIS, Rapport provisoire sur le renvoi en droit international privé (annexe I), AIDI, vol. 47 t. II, éd. juridiques et sociologiques S.A. Bâle 1957, p. 19.

<sup>620</sup> Pour une étude statistique du recours au renvoi fait par les juridictions du fond et la Cour de cassation, v. J. DERRUPPÉ et É. AGOSTINI, Le renvoi dans la jurisprudence française, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 32 (1994).

<sup>621</sup> « À la différence des règles de droit matériel, la panoplie des réponses divergentes possibles à une question

de fournir des exemples de renvoi à une loi tierce sans risquer de faire perdre à la situation juridique tout lien avec le juge saisi. La doctrine admet ainsi que les hypothèses de renvoi au second degré sont peu courantes<sup>622</sup>. Le renvoi au premier degré est, en revanche, très bien accueilli par la jurisprudence à chaque fois qu'il se présente<sup>623</sup>, au point qu'il soit permis de conclure que le juge ne manque jamais une opportunité de recourir à ce type de renvoi<sup>624</sup>.

---

de conflit de lois est plutôt restreinte », M. FALLON, *Le droit international privé en 2004, entre ius commune, codification et droit privé européen*, in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen : études réunies et présentées par Alain WIJFFELS*, Bruylant Bruxelles 2005, p. 229.

<sup>622</sup> « Pour qu'il y ait renvoi au second degré, c'est-à-dire à la loi d'un pays tiers, il faut admettre que l'on puisse trouver un troisième élément de rattachement [*après celui qui lie la situation au pays du juge saisi et celui qui lie la situation à un pays étranger*], suffisamment fort pour être retenu par les règles de conflit du pays primitivement désigné », J.-M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, LGDJ Paris 1959, n° 135 p. 148 [*ajouté par nous*]. *Adde*, « il est probable que l'admission du renvoi à une loi tierce ait été facilité à cette époque par la rareté prévisible des litiges mettant en jeu plusieurs ordres juridiques à la fois et (chose encore plus rare) où cette multiplicité coïncide avec un double désintéressement législatif : un for qui refuse sa compétence, suivi d'un État étranger qui fait de même, au profit d'une autre loi encore... », W. KASSIR, *op. cit.*, p. 22.

<sup>623</sup> **Cass. Civ., 24 juin 1878, ADMINISTRATION DES DOMAINES c. DITCHL et a.** (arrêt dit « FORGO »), *Journal du dr. int. priv.* 1879 p. 285 ; D 1879 I p. 56 ; S. 1878 I p. 429 ; GADIP n° 7 ; **Cass. Req., 1<sup>er</sup> mars 1910, HUMANN c. SOULIÉ**, D. 1912 I p. 262, rapport DENIS ; S. 1913 I 105, note E. AUDINET ; JDI 1910 p. 888, note J. PERROUD ; RCIP 1910 p. 870 (2<sup>e</sup> esp.) ; **Cass. Req., 7 novembre 1933, GUEZ c. BEN ATTAR**, S. 1934 I 321, note E. AUDINET ; JDI 1935 p. 88, note J. P. ; RCDI 1934 p. 440, note J.-P. NIBOYET ; **Cass. Req. 10 mai 1939, BIRCHALL**, S. 1942 I p. 73, note J.-P. NIBOYET ; JDI 1940-45 p. 107, note R. TENGGER ; **Cass. Civ. 8 décembre 1953, SOMMER**, RCDIP 1955 p. 133, note H. MOTULSKY ; D. 1954 p. 167 ; JCP 1954 II 8080, note R. SAVATIER ; **Cass. Civ. 2<sup>e</sup> sect., 1<sup>er</sup> avril 1954, BRADFORD**, Bull. 1954 II n° 140 p. 101 ; **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, MOUSSARD**, Bull. 2000 I n° 96, p. 64 ; RCDIP 2000, p. 399, note B. ANCEL ; JCP 2000 II 10443, note Th. VIGNAL ; JCP N 2001, p. 92 note G. LÉGIER ; JDI 2001 p. 509, note M. REVILLARD ; Dr. Fam. 2000, comm. 70, obs. É. FONGERO ; D. 2000, p. 539, obs. Fr. BOULANGER ; Rép. Def. 2000, art. 37240, note M. REVILLARD ; Gaz. Pal. juil.-août 2000 p. 1467, note S. DRAPIER ; **Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 septembre 2005, KENNY**, Bull. 2005 I n° 336 p. 279, RCDIP 2006 p. 100, note H. MUIR WATT ; Dr. fam. 2005 n° 12, comm. 282, note M. FARGE ; D. 2006 p. 1726, note Fr.-X. MORISSET.

<sup>624</sup> « L'examen des principaux arrêts de la Cour de cassation relatifs au renvoi permet d'enregistrer une continuité certaine en faveur du résultat du renvoi en ce sens que la Cour suprême ne consacre jamais l'application de la loi étrangère lorsque la règle de conflit étrangère refuse la compétence offerte à sa propre loi interne », Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 211 p. 271 ; « la théorie du renvoi, bien qu'elle soit fondée sur un principe très général, celui de la nécessité d'une coordination des règles de conflit, aboutit en fait, à favoriser très largement la compétence du droit français. Elle ne s'applique, en effet, que lorsqu'une loi étrangère a été désignée, et conduit à évincer celle-ci au profit, le plus

**348. Argument pratique.** Enfin, il y a un argument pratique. Il consiste à observer que le juge saisi trouve manifestement avantage à appliquer la loi du for plutôt que la loi étrangère. C'est la raison majeure du succès de ce procédé en jurisprudence. Naturellement, le phénomène a reçu d'autres explications sur le plan théorique.

**349. Justifications du renvoi.** Avant de développer cet argument pratique, il faut brièvement rappeler que, traditionnellement, il existe deux sortes de justifications apportées au renvoi : les justifications théoriques et les justifications pragmatiques. À l'intérieur de ces catégories, les théories sont incontestablement multiples<sup>625</sup>. La plus convaincante, aux yeux de la majorité des auteurs<sup>626</sup>, est très certainement la théorie de la fonction coordinatrice du renvoi qui fut proposée par le doyen BATIFFOL<sup>627</sup>. Selon cette théorie, le renvoi au premier degré n'a pour utilité que de favoriser l'harmonie internationale des solutions (par exemple, entre le système anglais et le système français). Grâce au renvoi, en effet, la question juridique posée par la situation internationale est résolue d'après la même règle, quel que soit le juge saisi. À ce titre, le renvoi est un facteur d'amélioration des rapports internationaux<sup>628</sup>.

---

généralement de la loi française. On peut donc dire qu'elle fonctionne à sens unique, car elle ne nuira jamais à l'application de la loi du for », J.-M. BISCHOFF, *op. cit.*, n° 139 p. 153. *Adde*, A. PILLET, Contre la doctrine du renvoi, *Revue de droit international privé et de droit pénal international* 1913 p. 14.

<sup>625</sup> Pour un exposé complet des théories relatives au renvoi, v. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 198 s. p. 252 s. et les références bibliographiques citées par ces auteurs p. 247. Le commentaire de FRANCESKAKIS résume assez bien, en outre, l'ampleur de la réflexion doctrinale sur le sujet : « le mot "renvoi" désigne un type de raisonnement dont l'habitude s'est instaurée en droit international privé dans des conditions très particulières, donnant lieu à des constructions doctrinales fort complexes, aux aboutissements parfois hasardeux, et dont aucune n'est encore à l'abri de la controverse », Ph. FRANCESKAKIS, *Répertoire de Droit international Dalloz*, v° Renvoi (1969), n° 1 p. 752.

<sup>626</sup> Sur l'adhésion de la doctrine et de la jurisprudence à la théorie du renvoi-coordination, v. Y. LEQUETTE, *Répertoire international Dalloz*, v° Renvoi (1998), n° 24 p. 4.

<sup>627</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 142 p. 315. *Adde*, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 304 p. 497. *Comp.* G. MARIDAKIS, *Rapport définitif sur le renvoi en droit international privé*, résumé des propos de J. MAURY, AIDI 1957, vol. 47, t. II, p. 8, « le renvoi ne se justifie que comme un expédient pratique destiné à assurer la concordance des solutions et la coordination des systèmes de conflit » ; POTU relevait déjà, quant à lui, que l'avantage du renvoi était de conduire à une harmonie de solutions, É. POTU, *La question du renvoi en droit international privé*, th. Dijon, Jouve & Cie Paris 1913, p. 204.

<sup>628</sup> J. DERRUPPÉ, *Plaidoyer pour le renvoi*, TCFDIP 1964-1966, éd. Dalloz 1967, p. 189.

**350.** Ce bienfait n'est toutefois réalisé que si le système étatique désigné n'applique pas lui-même la théorie du renvoi car, si chaque juge admet le renvoi que l'autre droit lui fait – pour reprendre l'exemple de l'Anglais domicilié en France – le juge français appliquera la loi française et le juge anglais appliquera la loi anglaise. L'harmonie des solutions ne se réalise plus ; il se produit au contraire un chassé-croisé qui laisse intact le conflit entre la loi appliquée en France et la loi appliquée en Angleterre<sup>629</sup>. Ainsi, la justification du renvoi fondée sur la coordination des systèmes est subordonnée au rejet du renvoi dans le système étatique désigné par la règle de conflit du for. L'harmonie est donc assez relative, même si la justification théorique est, quant à elle, pertinente parce qu'elle puise précisément sa source dans l'un des principes qui sous-tendent la théorie savignienne<sup>630</sup>.

**351.** L'interprétation pragmatique du renvoi est, il faut le reconnaître, beaucoup moins sophistiquée<sup>631</sup>. Il semble, en effet, que l'utilisation jurisprudentielle du mécanisme du renvoi au premier degré ait été initialement motivée par la possibilité pour le juge d'appliquer la *lex fori*<sup>632</sup>. L'utilité du mécanisme est donc, tout simplement, d'éviter l'application de la loi étrangère. Cet argument a été explicitement employé par la Cour de cassation à l'occasion de l'affaire HUMANN c. SOULIÉ<sup>633</sup>.

Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer les règles applicables à la succession mobilière d'une Américaine (originaire de l'État de la Louisiane) domiciliée en France. Selon la règle

---

<sup>629</sup> J. MAURY, Règles générales des conflits de lois, RCADI 1936-III t. 57, n° 182 p. 534 ; J. DERRUPPÉ, Plaidoyer pour le renvoi, précité, p. 194-195.

<sup>630</sup> L'harmonie des solutions est, en effet, proposée par VON SAVIGNY, v. Fr.-C. VON SAVIGNY, Traité de droit romain, t. VIII, trad. Guénoux, 2<sup>e</sup> éd. 1860, éd. Firmin Didot frères Paris, rééd. Panthéon-Assas, diff. LGDJ, Paris, 2002, § 348 p. 30.

<sup>631</sup> Sur la question de la sophistication du renvoi, v. W. KASSIR, *op. cit.*, p. 111 s.

<sup>632</sup> « Il demeure en effet, que grâce à ce renvoi, le juge va finalement appliquer sa propre loi. C'est là un résultat pratique incontestablement favorable qui n'a pas échappé aux magistrats et qui, dès l'origine, paraît bien avoir été pour eux déterminant », J. DERRUPPÉ, Étude théorique du renvoi, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 30 (1993), n° 121 p. 21 ; il s'agit d'un argument qui est « empreint d'un réalisme indéniable : le renvoi au premier degré permet au juge d'appliquer son propre droit. Or, c'est là une réalité à laquelle les magistrats ne sont pas insensibles », B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 7-8 § 7 p. 68. Comp. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 305 p. 499.

de conflit française, la transmission successorale des biens mobiliers était réglée par la loi nationale du *de cuius*<sup>634</sup>. Le droit de l'État de la Louisiane, quant à lui, renvoyait cette question à la loi du domicile, c'est-à-dire à la loi française. En l'espèce, la Cour de cassation a accepté le renvoi fait à sa propre loi motif pris que « la loi française de droit international privé ne souffre d'aucune manière du renvoi qui est fait à la loi interne française par la loi de droit international étranger ; qu'il n'y a qu'avantage à ce que tout conflit se trouve ainsi supprimé, et à ce que la loi française régitte d'après ses propres vues des intérêts qui naissent sur son territoire ».

**352.** En procédant à une analyse de la motivation de cet arrêt, on découvre que trois éléments différents la composent. Le premier est l'admission de principe du renvoi au premier degré par le droit international privé français. Le second est l'avantage pratique procuré par la suppression du conflit de rattachement entre le droit français et le droit de l'État de la Louisiane. Le troisième est l'avantage concomitant que le juge trouve à étendre le domaine de la loi du for.

**353.** Ce dernier élément est le plus notable. La chose est en effet assez rare pour être soulignée : le juge avoue explicitement son intérêt à appliquer la loi du for plutôt que la loi étrangère. Il est vrai que, dans cette affaire, le conseiller rapporteur avait formulé un véritable plaidoyer en faveur de la *lex fori*<sup>635</sup>. Les termes particulièrement ethnocentriques

---

<sup>633</sup> Cass. Req. 1<sup>er</sup> mars 1910, HUMANN c. SOULIÉ, précité.

<sup>634</sup> Il faut noter qu'il s'agit d'une interprétation de la règle de conflit qui contribue à confondre la loi nationale et la loi du domicile à une époque où l'étranger, pour acquérir en France un domicile de droit, devait être admis à domicile en vertu d'une autorisation du gouvernement français (ancien art. 13 du Code civil). Sans cette admission à domicile, les tribunaux refusaient d'appliquer la loi française à la succession mobilière et recouraient à la loi du « domicile d'origine », c'est-à-dire à la loi nationale de l'étranger. La loi du 10 août 1927, en supprimant le système de l'admission à domicile, a conduit la jurisprudence à opter pour le rattachement de la succession mobilière à la loi du domicile du *de cuius*, et non à la loi de sa nationalité, v. Cass. Civ., 19 juin 1939, LABEDAN, S. 1940 I p. 49, note J.-P. NIBOYET ; DP 1939 I p. 97, note L. P. Depuis, la soumission de la succession mobilière à la loi du domicile du défunt ne se discute plus. V. la jurisprudence citée in G. DROZ et M. REVILLARD, Successions : conflits de lois, J.-Cl. Droit International, fasc. 557-10 (2002), n° 24 p. 5. Le rattachement à la loi du domicile du défunt est d'ailleurs conforme à l'adage « *mobilia sequuntur personam* » (les meubles suivent la personne).

<sup>635</sup> Extrêmement favorable à l'application de la loi du for, le conseiller Denis affirmait qu'« avant tout autre chose, il semble que l'on devrait se réjouir de voir la loi étrangère renvoyer, pour la transmission du patrimoine mobilier d'une personne résidant en France, à la loi française. Les tribunaux français doivent considérer la loi

employés par celui-ci ont donc sans doute influencé la Cour de cassation dans sa motivation. D'ailleurs, les partisans de la territorialité du droit, une doctrine qui est très favorable à la *lex fori*, ont trouvé dans l'arrêt SOULIÉ un terrain propice à la présentation de leurs idées, ce qui est assez révélateur<sup>636</sup>.

**354.** Dans la lecture de l'arrêt SOULIÉ, il est, ceci dit, parfaitement possible de s'abstraire des idéologies nationalistes ou territorialistes pour se concentrer exclusivement sur les avantages pratiques que procure la loi du for. Ceux-ci n'ont d'ailleurs certainement pas échappé à la Cour de cassation. Le premier de ces avantages est évidemment relatif à la connaissance de la règle applicable : le juge saisi connaît mieux sa propre loi que la loi étrangère<sup>637</sup>. Sur la base de la *lex fori*, il peut rendre une appréciation plus fine de la justice qu'il entend dispenser<sup>638</sup>.

**355.** Le second avantage du renvoi bénéficie uniquement à la Cour de cassation. En admettant le renvoi à la loi du for, la Cour de cassation se refuse en même temps à contrôler l'interprétation qui est faite par les juges du fond de la règle de conflit étrangère ou du

---

française comme préférable, meilleure, plus équitable, renfermant une conception plus élevée du droit. La loi nationale de l'étranger abdique en faveur de la loi française ; elle se dessaisit ; c'est pour le mieux et sans réserves puisque la loi française n'a rien cédé en échange », Rapport du conseiller Denis rendu dans l'affaire SOULIÉ, Cass. Req. 1<sup>er</sup> mars 1910, *in* D. R., La théorie du renvoi devant la Cour de cassation de France, JDI 1912 p. 1010.

<sup>636</sup> Il s'agit notamment de NIBOYET, comme le précise l'un de ses disciples : « quand, sur le point d'appliquer la loi étrangère qui se refuse à cette application, le juge applique finalement sa propre loi, ce n'est pas parce qu'il en reçoit l'ordre de l'étranger, c'est parce qu'en vertu de l'idée de territorialité, la *lex fori* a un titre si fort et si général qu'elle peut toujours venir combler les carences des exceptions qu'on avait accepté de lui apporter », P. LOUIS-LUCAS, J.-P. Niboyet (1886-1952), JDI 1952 p. 6 (à propos du Cours de Droit international privé français de NIBOYET).

<sup>637</sup> J. DERRUPPÉ, Étude théorique du renvoi, J.-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 30, 1993, n° 121 p. 21. Monsieur DERRUPPÉ avait précédemment écrit que l'application par le juge de sa propre loi est un résultat pratique incontestable : « il ne s'agit en aucune manière de contester et de répudier l'application des lois étrangères », affirme-t-il, « mais simplement de tenir compte d'un fait patent, à savoir qu'il est préférable pour un juge d'appliquer sa propre loi qu'une loi étrangère », J. DERRUPPÉ, Plaidoyer pour le renvoi, TCFDIP 1964-1966, éd. Dalloz 1967, p. 196.

<sup>638</sup> « Sa décision pourra être ainsi plus juste, moins influencée par les hasards de la documentation, les habiletés des parties », J. MAURY, Règles générales des conflits de lois, RCADI 1936-III t. 57, n° 199 p. 549.

rattachement étranger<sup>639</sup>. Sauf dénaturation, elle considère que ces points relèvent du pouvoir souverain des juges du fond. De ce fait, la Cour de cassation se décharge d'un contrôle qui aurait pu alourdir sa propre tâche. Il s'agit de considérations qui peuvent paraître insatisfaisantes sur le plan scientifique<sup>640</sup> mais elles ne doivent pas pour autant être occultées car elles sont au cœur de la réalité judiciaire.

**356. Une discrimination de fait avalisée par la Cour de cassation.** L'interprétation pragmatique du renvoi au premier degré est, en outre, confortée par plusieurs arrêts dans lesquels la Cour de cassation semble donner une impérativité particulière au mécanisme. Le caractère « en principe obligatoire » du renvoi a, en effet, été consacré par l'arrêt DE MARCHI DELLA COSTA<sup>641</sup> et confirmé par l'arrêt MOUSSARD<sup>642</sup>. Dans ces arrêts, la Cour de cassation a certes pris la précaution de faire indifféremment référence au renvoi au premier degré et au renvoi au second degré, mais chacune de ces décisions concernait, en réalité, un renvoi à la loi du for. En outre, il semble que, désormais, elle ne s'embarrasse plus d'une telle prudence puisqu'elle mentionne que le renvoi se fait « à la loi française »<sup>643</sup>. En

---

<sup>639</sup> Cass. Req., 7 novembre 1933, GUEZ c/ BEN ATTAR, précité ; Cass. Civ., 8 décembre 1953, SOMMER, précité ; Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 1<sup>er</sup> avril 1954, BRADFORD, précité.

<sup>640</sup> Certains auteurs désapprouvent l'absence de contrôle de la Cour de cassation : « ici, comme ailleurs, cette attitude de la Cour de cassation laisse la porte ouverte aux abus et risque de couvrir les erreurs les plus manifestes. On a pu montrer que les juges du fond, tout en acceptant le principe du renvoi, pouvaient se refuser à l'appliquer sans crainte de cassation pour une interprétation erronée ou tendancieuse du droit étranger », J. DERRUPPÉ et É. AGOSTINI, *Le renvoi dans la jurisprudence française*, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 32 (1994), n° 85 p. 18.

<sup>641</sup> Dans une formule générale qui englobe les deux types de renvoi, la Cour fait référence au « caractère, en principe obligatoire, du renvoi fait par la loi nationale d'un étranger à la législation successorale d'un autre État, pouvant être, le cas échéant, la législation française » [*souligné par nous*], Cass. Civ., 7 mars 1938, DE MARCHI DELLA COSTA, JDI 1938, p. 784 note J. PERROUD ; RCDI 1938, p. 472, note H. BATIFFOL ; GADIP n° 16 ; J. DONNEDIEU DE VABRES, *Le renvoi et l'affaire de Marchi della Costa*, Rev. dr. int. et législ. comp. 1939, p. 167.

<sup>642</sup> Où la Cour décide que, dans l'usage de la règle française de conflit de lois, il appartenait aux juges du fond d'appliquer, au besoin d'office, la loi étrangère de conflit désignée et donc la loi à laquelle celle-ci faisait renvoi, en l'occurrence la loi nationale du défunt, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, MOUSSARD, précité.

<sup>643</sup> « En statuant ainsi, sans appliquer, au besoin d'office, la règle de conflit de lois donnant compétence en matière de succession immobilière à la loi étrangère du lieu de situation des immeubles et rechercher si cette loi ne renvoyait pas à la loi française du dernier domicile du défunt, la cour d'appel a violé [*l'article 3 du code civil*] » [*souligné par nous*], Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, WILDENSTEIN, Bull. 2006 I, n° 321 p. 277 ; RCDIP 2007 p. 383, note B. ANCEL ; JDI 2007 p. 125, note H. GAUDEMET-TALLON.

somme, il résulte de ces trois décisions que le juge a l'obligation de mettre en œuvre le renvoi dès que cette hypothèse se présente à lui. Il est donc manifeste que, statistiquement, la *lex fori* bénéficiera davantage de cette obligation que la loi étrangère, ce qui n'est pas conforme au principe d'égalité entre les deux lois.

**357. Bilan : combinaison des justifications théorique et pratique.** Si l'on dresse enfin un bilan de nos précédents développements, de nombreux indices montrent que le renvoi se pratique généralement au profit de la *lex fori*. Au premier rang de ceux-ci figure le succès dont il fait l'objet en jurisprudence et qui le rend statistiquement plus fréquent que le renvoi au second degré. Cette réalité a nécessairement une portée sur la raison d'être du procédé du renvoi. Toutefois, même si la doctrine reconnaît que la justification initiale du renvoi est bien l'application par le juge de sa propre loi<sup>644</sup>, elle rejette souvent cette explication qu'elle considère comme l'avantage le plus inavouable du mécanisme<sup>645</sup>.

**358.** À l'instar du doyen BATIFFOL, il faut au contraire considérer l'application de la loi du for comme une explication légitime du renvoi<sup>646</sup>. Le grand intérêt de ce dernier procédé

---

<sup>644</sup> « Il est révélateur que le renvoi ait d'abord et surtout prospéré sous la forme du renvoi à la loi du juge saisi, dit renvoi au premier degré, et qu'aujourd'hui encore les législations internes accueillent plus volontiers ce renvoi que celui fait à la loi d'un pays tiers, dit renvoi au second degré. L'explication est simple : le renvoi au premier degré procure l'avantage d'entraîner l'application de la *lex fori*. C'est un avantage qui ne peut pas être négligé, même si, scientifiquement, la justification a besoin d'être confortée », J. DERRUPPÉ, Étude théorique du renvoi, J.-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 30 (1993), n° 106 p. 19 ; « ces conceptions, élaborées par les théoriciens dans le silence de leur cabinet, sont sans répercussion sur la pratique, laquelle n'a jamais accueilli le renvoi que pour l'utiliser simplement comme moyen permettant au juge d'appliquer le droit matériel de son propre pays », G. MARIDAKIS, Rapport définitif sur le renvoi en droit international privé, AIDI, vol. 47 t. II, éd. juridiques et sociologiques S.A. Bâle 1957, p. 15. *Adde*, « il n'y a normalement qu'avantages à expliquer et à préciser, d'après sa raison d'être et sa fonction, une solution qui a les faveurs de la pratique », J. MAURY, Observations sur le renvoi en droit international privé, AIDI 1957, vol. 47, t. II, p. 84.

<sup>645</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, n° 202 p. 261. Un autre auteur soutient notamment que, si l'objectif du renvoi était l'application de la loi du for, « le renvoi perdrait une grande partie de son prestige, en étant dégradé au rang de simple instrument de *lex forisme* ». Il ajoute qu'« à notre époque, caractérisée par une ouverture internationale sans pareille, (...) le *lex forisme* devrait être sérieusement combattu et relégué au musée de l'histoire du droit international privé », W. KASSIR, *op. cit.*, p. 87.

<sup>646</sup> L'application de la loi du juge saisi est considérée par BATIFFOL comme « une explication très légitime de l'acceptation du renvoi au premier degré – mais parce que la loi étrangère n'en est pas pour autant ignorée, car

est de combiner les avantages pratiques de l'application de la *lex fori* avec l'un des objectifs majeurs du droit international privé : l'harmonie internationale des solutions. De cette façon, l'application de la loi du for ne peut être taxée de nationaliste puisque, lorsque les conditions du renvoi sont réunies, il n'y a pas d'atteinte à la coordination des ordres juridiques. Il s'agit alors, non seulement d'appréhender la *lex fori* du point de vue des avantages qu'elle apporte au règlement des intérêts privés<sup>647</sup>, notamment en leur octroyant une justice de qualité, mais de combiner ces avantages à la fonction coordinatrice du renvoi<sup>648</sup>. Cette analyse nous permet de conclure que le recours à la *lex fori* n'est pas nécessairement mauvais pour le droit international privé si l'harmonie internationale des solutions est simultanément préservée. Voyons si les solutions de droit international privé obéissent aux mêmes considérations en matière de fraude à la loi (§ 3).

### § 3 L'exception de fraude à la loi du for

**359. Présentation du mécanisme.** En réaction à l'interdiction du divorce en vigueur dans le droit français au XIX<sup>e</sup> siècle, de nombreux couples ont pu être tentés d'obtenir la dissolution de leur mariage grâce à l'application d'une loi étrangère plus clémente. Les

---

(...) sa règle de conflit aura été respectée », H. BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI 1973-II, t. 139, p. 97.

<sup>647</sup> FRANCESKAKIS qualifie cet objectif de « véritable ligne de force de la doctrine favorable au renvoi », Ph. FRANCESKAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey Paris 1958, n° 146 p. 150.

<sup>648</sup> « La force du renvoi au premier degré vient du profond paradoxe qu'il met en œuvre en ramenant à la loi du juge saisi par le détour du respect de la règle de conflit étrangère », J. DERRUPPÉ et J.-P. LABORDE, *Droit international privé*, 15<sup>e</sup> éd. 2005, Dalloz Paris, p. 82 ; « les solutions favorables au renvoi reposent sur deux principes, dont nous pourrions appeler l'un égoïste ou nationaliste et l'autre altruiste ou internationaliste. Le point de vue égoïste ou nationaliste est celui qui favorise l'application de la *lex fori*, le *Heimwärtsstreben*, comme disent les Allemands. Il faut reconnaître qu'il correspond à la pratique ; en jurisprudence, on trouve surtout des cas de renvoi au premier degré de la loi nationale à la loi du domicile, qui se confond avec la *lex fori*. Le principe altruiste ou internationaliste est celui qui veut s'efforcer de réaliser par le renvoi la coordination des systèmes, l'harmonie internationale entre pays intéressés, l'application de la même loi, quel que soit le juge saisi. On ajoutera tout de suite que les deux principes ne sont pas forcément contradictoires. Au contraire, dans tous les cas où le système désigné en premier par les règles de conflit du for renvoie au droit matériel du for, le renvoi au premier degré satisfait aux deux principes », A. E. VON OVERBECK, *Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - cours général de droit international privé*, RCADI 1982-III t. 176, n° 288 p. 134.

juridictions judiciaires connurent ainsi un contentieux des divorces migratoires, prononcés en fraude des systèmes juridiques prohibitifs, tels que celui de la France ou de l'Italie. Ce fut le cas de la Cour de cassation française qui statua sur le cas d'une princesse belge mariée à un prince français, le prince de Bauffremont. Ayant d'abord obtenu en France la séparation de biens et de corps à l'égard de son mari, la princesse souhaitait surtout divorcer afin d'épouser un autre prince, roumain celui-ci. Or, le droit du duché de Saxe-Altenbourg reconnaissait comme divorcés les époux séparés de corps. La princesse se fit donc naturaliser en Allemagne et y contracta son second mariage. Le prince de Bauffremont engagea alors une action en nullité de ce mariage. La demande du prince fut ainsi accueillie par les juges français qui prononcèrent l'inopposabilité de la seconde union<sup>649</sup>. Ce cas typique, rendu célèbre par ses protagonistes princiers, fut l'occasion de constater que l'existence de divergences législatives entre les États offrait aux particuliers disposés à franchir les frontières l'opportunité de frauder les règles impératives de leur pays<sup>650</sup>.

**360. Description du mécanisme.** Dans cette affaire de divorce, la fraude consistait, plus précisément, à manipuler le facteur de rattachement de la nationalité (française) pour que le siège de la situation juridique soit localisé sur le territoire d'un autre système juridique (Allemagne). Toutefois, les manifestations de la fraude peuvent aussi bien toucher les autres rattachements soumis à la volonté des sujets, tels que le domicile ou le lieu de situation d'un meuble<sup>651</sup>. De même, il y a fraude lorsque le sujet modifie la qualification de sa situation juridique pour qu'une autre loi soit désignée par la règle de conflit. Par exemple, le propriétaire d'un immeuble situé en France peut, grâce à un montage juridique destiné à ameubler ce bien, tenter d'échapper à la réserve héréditaire imposée par le droit français. Or, comme le propriétaire ne peut pas agir sur le rattachement à la *lex rei sitae* (par définition, un immeuble ne peut être déplacé), il modifiera en l'espèce la qualification de la question litigieuse, de sorte que le changement de catégorie de rattachement puisse corrélativement

---

<sup>649</sup> Cass. Civ., 18 mars 1878, PRINCESSE DE BAUFFREMONT, S. 1878 I p. 193, note J.-E. LABBÉ ; D. 1878 II p. 1, note B. CAZALENS ; GADIP n° 6.

<sup>650</sup> Pour d'autres décisions plus significatives de la fraude à la loi par naturalisation, v. aussi : Cass. Civ., 16 décembre 1845, DESPRADES, S. 1846 I p. 100, note L.-M. DEVILL, D. 1846 I p. 7 ; Cass. Civ., 19 juillet 1875, DE RAMONDEC, S. 1876 I p. 289, note J.-E. LABBÉ, D. 1876 I p. 5.

<sup>651</sup> É. CORNUT, Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille, Defrénois Paris 2006, coll. Doctorat & Notariat t. 12, n° 57 p. 40.

entraîner un changement de loi applicable<sup>652</sup>.

**361.** Ainsi décrite, la fraude apparaît comme une instrumentalisation de la méthode post-savignienne. Elle suppose un acte intentionnel (l'intention frauduleuse) et licite (sinon, il y a simplement une violation de la loi) qui a pour unique but d'évincer l'impérativité d'une loi qui, sans cet acte, aurait été désignée par la règle de conflit. En d'autres termes, les intervenants modifient leur situation juridique pour que le raisonnement post-savignien conduise le juge à appliquer une autre loi que celle qui aurait dû être appliquée avant cette intervention. Alors, si le juge parvient à identifier la fraude, il en anéantira les effets et rétablira l'application la loi normalement applicable, *a fortiori* si cette loi est la *lex fori*.

**362. Fraude à la loi et vocation subsidiaire de la *lex fori*.** C'est ici qu'intervient, en principe, la mise en œuvre subsidiaire de la loi du for. Incontestablement, la fraude à la loi constitue en effet un motif d'exception à l'application de la loi désignée par la règle de conflit<sup>653</sup>. Mais la fraude à la loi permet-elle uniquement de rétablir la loi du for ou peut-elle aussi servir à rétablir une loi étrangère ? Il est des systèmes juridiques pour lesquels la supériorité de la *lex fori* apportée par l'exception de fraude n'est pas à démontrer puisqu'ils ne sanctionnent que la fraude à la loi du for (Roumanie<sup>654</sup>, Burkina Faso<sup>655</sup>, Mexique<sup>656</sup>, ancienne Yougoslavie<sup>657</sup>, Hongrie<sup>658</sup>, Espagne<sup>659</sup> et Sénégal<sup>660</sup>). Ceci dit, en France par

---

<sup>652</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, CONSORTS CARON, Bull. 1985 I n° 103 p. 93 ; JCP 1986 II 20630, note F. BOULANGER ; RCDIP 1986 p. 66, note Y. LEQUETTE ; JDI 1987 p. 80 (1<sup>re</sup> esp.), note NIBOYET-HOEGY.

<sup>653</sup> B. AUDIT, v° Fraude à la loi, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 50 (2007), n° 4 p. 3.

<sup>654</sup> « L'application de la loi étrangère est écartée (...) si elle est devenue compétente par fraude », art. 8, al. 1<sup>er</sup>, b/, de la loi n° 105 du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé, RCDIP 1994 p. 173.

<sup>655</sup> « Le droit désigné en vertu d'un élément d'extranéité frauduleusement créé par les parties est écarté », art. 1011 du Code des personnes et de la famille du 16 novembre 1989, RCDIP 1991 p. 223.

<sup>656</sup> « Le droit étranger ne sera pas appliqué : 1. Lorsque les principes fondamentaux du droit mexicain auront été artificiellement éludés, auquel cas le juge devra déterminer l'intention frauduleuse de cette éviction », art. 15 § 1 du décret du 11 septembre 1987, RCDIP 1989 p. 584.

<sup>657</sup> « Le droit d'un État étranger applicable en vertu de la présente loi ou d'une autre loi fédérale ne sera pas appliqué si le but de cette application est de faire fraude au droit de la République socialiste fédérative de Yougoslavie », art. 5 de la loi du 15 juillet 1982 sur les solutions des conflits de lois avec les dispositions des autres États dans le domaine de certains rapports, RCDIP 1983 p. 354.

<sup>658</sup> « Il n'y a pas lieu d'appliquer le droit étranger qui se rattache à un élément étranger créé par les parties

exemple, il est admis que le rétablissement de la loi applicable puisse bénéficier tant à la loi du for qu'à la loi étrangère<sup>661</sup>. Dans ce système juridique, l'exception de fraude ne serait donc pas nécessairement profitable à une loi plutôt qu'à une autre.

**363. Fraude à la loi étrangère.** Il faut remarquer, toutefois, que la Cour de cassation française ne s'est jamais prononcée sur une exception de fraude à la loi étrangère<sup>662</sup>. Elle a, au contraire, marqué son impuissance à sanctionner de telles fraudes à l'occasion des affaires FERRARI<sup>663</sup> et MANCINI<sup>664</sup>. Dans ces affaires, la Cour de cassation a refusé de mettre en œuvre l'exception de fraude à la loi étrangère (loi italienne prohibant le divorce) sous le prétexte du principe de séparation des autorités. Précédemment, dans l'affaire de la princesse de Bauffremont, la Cour de cassation française avait d'ailleurs approuvé les juges du fond de s'être placés « uniquement au point de vue de la loi française, qui, en effet, domine le débat et s'impose aux parties »<sup>665</sup>. Un auteur considère alors que, « si l'on examine la

---

artificiellement ou par simulation – en fraude à la disposition législative qui régirait normalement le cas – (rattachement frauduleux) », § 8 (1) du décret-loi n° 13/1979 du 31 mai 1979, RCDIP 1981 p. 162.

<sup>659</sup> « Est considérée comme une fraude à la loi l'utilisation d'une règle de conflit dans le but d'éluider l'application d'une loi espagnole impérative », art. 12 § 4 du décret loi du 31 mai 1974, RCDIP 1976 p. 420.

<sup>660</sup> « La loi sénégalaise se substitue à la loi étrangère désignée comme compétente lorsque (...) les parties ont, par une utilisation volontaire des règles de conflit, intentionnellement rendu la loi sénégalaise incompétente », art. 851, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code la famille issu de la loi n° 72-61 du 12 juin 1972, RCDIP 1973 p. 385.

<sup>661</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 244 p. 203 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 373 p. 598 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Précis de droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 265 p. 363 et n° 268 p. 367 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 6 § 7-8 p. 53-54 ; É. CORNUT, *op. cit.*, n° 472 s. p. 266 s.

<sup>662</sup> Les affaires généralement citées par les auteurs de droit international privé pour illustrer la fraude à la loi étrangère concernent en fait des procédures d'exequatur et non de conflit de lois au sens strict, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, GIROUX, Bull. 1977 I n° 320 p. 253 ; JDI 1977 p. 880, note A. H. ; RCDIP 1978 p. 151, note B. AUDIT (exequatur d'un jugement de divorce obtenu à Reno) ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, SOC. LAFARGE, Bull. 1983 I n° 147 p. 128 ; RCDIP 1985, p. 346, note ANCEL (exequatur de décisions judiciaires prononcées à Berlin).

<sup>663</sup> Cass. Civ., 6 juillet 1922, DE FERRARI, Rev. dr. int. pr. 1922, p. 444, rapport A. COLIN, note A. PILLET ; JDI 1922 p. 545, note A. MORILLOT et p. 714 ; D. 1922 I p. 137, note L. S. ; S. 1923 I p. 5, note Ch. LYON-CAEN ; GADIP n° 12.

<sup>664</sup> Cass. Civ. 5 février 1929, MANCINI, S. 1930 I p. 81, note AUDINET.

<sup>665</sup> Cass. Civ. 18 mars 1878, PRINCESSE DE BAUFFREMONT, précité.

jurisprudence française, on peut constater que la théorie de la fraude à la loi a toujours été utilisée au profit de la compétence du droit français, et jamais à l'encontre de celle-ci »<sup>666</sup>. En revanche, d'autres auteurs soulignent que *les juges du fond* admettent, quant à eux, la fraude à la loi lorsqu'elle a pour but d'éviter la loi étrangère applicable au profit d'une autre loi étrangère<sup>667</sup>.

**364.** Il existe en fait une raison majeure à ce que la fraude à la loi étrangère ne soit guère connue de la Cour de cassation. C'est qu'il est exceptionnel que les règles de conflit se prêtent véritablement à une fraude efficace<sup>668</sup>. La faible fréquence d'intervention de l'exception de fraude à la loi, qui concerne aussi la fraude à la *lex fori*, se confirme d'ailleurs par un simple examen de la jurisprudence. En matière de conflit de lois, on constate que l'exception de la fraude à loi française n'est plus utilisée par la Cour de cassation depuis une vingtaine d'années<sup>669</sup>. Elle a même plutôt tendance à la rejeter lorsqu'elle se présente à elle<sup>670</sup>. À l'opposé, la « fraude au jugement » et la « fraude à la compétence »<sup>671</sup> connaissent un succès retentissant en jurisprudence notamment parce qu'il est plus simple d'obtenir une décision à l'étranger que de changer de nationalité<sup>672</sup>. Évidemment, il n'est pas possible de

---

<sup>666</sup> J.-M. BISCHOFF, *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*, LGDJ Paris 1959, n° 141 p. 155.

<sup>667</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Précis de droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 268 p. 367 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 373 p. 599.

<sup>668</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 238 p. 197.

<sup>669</sup> Certains auteurs signalent que la fraude à la loi est un procédé rudimentaire et rarement employé, P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, n° 268 p. 190. *Adde*, É. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille*, précité, n° 9 p. 5.

<sup>670</sup> Par exemple : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 2005, CONSORTS BENTCHIKOU, Bull. 2005 I n° 209 p. 177 ; RCDIP 2005 p. 639, note B. ANCEL ; RTDC 2005 p. 813, obs. M. GRIMALDI.

<sup>671</sup> La fraude à la compétence, plus connue sous l'appellation de « *forum shopping* », fera l'objet de développements ultérieurs, v. *infra* n° 748 s.

<sup>672</sup> Aujourd'hui « pour divorcer, point n'est besoin de changer de nationalité et d'agir sur la résolution du conflit de lois. Une technique plus simple et largement éprouvée devant le tribunal de Reno, au Nevada, ou devant celui de Ciudad Juarez, au Mexique, consiste à saisir une autorité à la compétence généreuse qui applique la loi du for, sans se préoccuper de la configuration internationale du rapport de droit ou des liens que celui-ci entretient avec un autre système juridique. À la technicité et à la rareté de la fraude à la loi traditionnellement entendue succèdent la simplicité et la fréquence du *forum shopping* », É. CORNUT, *op. cit.*, n° 20 p. 11.

regrouper ces types de fraude sous la notion de « vocation subsidiaire de la *lex fori* » car ils ne concernent pas la résolution des conflits de lois au sens strict.

**365. Conclusion du paragraphe.** En définitive, l'exception de fraude à la loi *stricto sensu* est certainement le procédé le moins utilisé pour assurer l'application subsidiaire de la loi du for. Pour autant, il n'a été abandonné ni par la jurisprudence, ni par la doctrine majoritaire. Il peut donc être réactivé à tout moment, lorsque les conditions de réalisation de la fraude sont réunies. Dès lors, nous l'avons constaté, il y aura une forte probabilité pour que le domaine d'application subsidiaire de la *lex fori* s'en trouve élargi. Le même effet est d'ailleurs obtenu par le jeu de l'exception d'ordre public (§ 4).

#### § 4 La protection de l'ordre public

**366. Présentation.** Le recours à l'exception d'ordre public traduit un refus des règles étrangères dont l'application se révèle fondamentalement incompatible avec l'ordre juridique du juge saisi. Cela signifie que, si la loi étrangère désignée par la règle de conflit est bien trop différente de la solution admise dans le droit du for<sup>673</sup>, le juge aura la volonté de maintenir l'intégrité de son ordre public, ce qui entraînera l'exclusion de la loi étrangère sur le point litigieux. La protection de l'ordre public est ainsi la traduction, sur le plan de la technique juridique, des limites de la tolérance dont fait preuve le système étatique à l'égard des lois étrangères<sup>674</sup>.

**367. Exemples de préservation de l'ordre public en droit international privé.** La protection de l'ordre public se retrouve dans de nombreux aspects du droit international privé. En particulier, l'ordre public forme un rempart contre les atteintes à l'interdiction de

---

<sup>673</sup> P. LAGARDE, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, LGDJ Paris 1959, n° 8 p. 11.

<sup>674</sup> D. HOLLEAUX, J. FOYER et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit International Privé, Masson Paris 1987, n° 610 p. 299 ; D. BODEN, L'ordre public : limite et condition de la tolérance : recherches sur le pluralisme juridique, (2 vol.), th. Paris I 2002. Comme le montre par ailleurs un auteur italien, la tolérance se caractérise pour un individu dans la croyance en ses propres principes, qu'il considère vrais, tout en concédant aux autres individus le droit de cultiver de fausses croyances. De ce fait, la tolérance « ne suppose pas de vision relativiste », G. SARTORI, Pluralisme, multiculturalisme et étrangers : essai sur la société multiethnique, traduit de l'italien par J. GAYRARD, éd. des Syrtis Paris 2003, p. 35-36. Pour définir les limites de la tolérance, il explique ainsi que « nous ne sommes pas tenus de tolérer des comportements qui nous font du tort et nous portent préjudice », G. SARTORI, *op. cit.*, p. 37.

l'esclavage<sup>675</sup> ou encore contre les atteintes à l'égalité des droits entre l'homme et la femme<sup>676</sup>.

**368.** Dans le strict domaine de la résolution des conflits de lois, l'exception d'ordre public a aussi été utilisée, par exemple, à l'égard d'une loi étrangère qui privait une épouse de tout dédommagement effectif à la suite d'un divorce. Aux yeux du juge français, pour lequel la compensation est une réparation indispensable de la disparité de revenus consécutive à la rupture du mariage<sup>677</sup>, cette loi constitue une source d'injustice dans le règlement des conséquences de la dissolution du mariage. Ainsi la jurisprudence décide-t-elle que la loi qui interdit à l'épouse toute réparation est contraire à l'ordre public français<sup>678</sup>.

---

<sup>675</sup> Cass. Soc., 10 mai 2006, ÉPOUX MOUKARIM, Bull. 2006 V n° 168 p. 163 ; RCDIP 2006 p. 856, note É. PATAUT et P. HAMMJE ; JDI 2007 p. 531, note J.-M. JACQUET ; JCP 2006 II 10121, note S. BOLLÉE ; D. 2006 IR p. 1400, obs. P. GUIOMARD.

<sup>676</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004 (2 arrêts), Bull. 2004 I n° 47 p. 38 et n° 48 p. 39 ; Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, p. 431, disponible sur le site internet de la Cour de cassation [www.courdecassation.fr/](http://www.courdecassation.fr/) ; D. 2004 p. 824 concl. Fr. CAVARROC ; RCDIP 2004 p. 423, note P. HAMMJE ; JCP 2004 II 10128, note H. FULCHIRON ; Dr. fam. 2004, Chron. 9, obs. S. PRIGENT ; D. 2004 p. 815, obs. P. COURBE ; D. 2005 p. 1266, obs. H. CHANTELOUP ; Rép. Def. 2004, p. 812, note J. MASSIP ; Gaz. Pal. 2004 p. 567, note M.-L. NIBOYET ; Droit et patrimoine avr. 2004 p. 124, note Fr. MONÉGER ; RTDC 2004 p. 367, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; Petites affiches 5 août 2004 n° 156 p. 14, note H. PÉROZ ; GADIP n° 64. *Adde*, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 1998, CONSORTS VIALARON, Bull. 1998 I n° 71 p. 47 ; RCDIP 1998 p. 637, note G. DROZ ; D. 1999 Somm. Comm. p. 290, obs. B. AUDIT.

<sup>677</sup> Au point que les dispositions françaises relatives à l'obligation alimentaire aient pu être un temps qualifiées de lois de police, v. Cass. Req., 22 juillet 1903, GUERRIER, D. 1904 I p. 197 ; Cass. Req., 27 mars 1922, TERESTCHENKO, D. 1923 I p. 11, Rev. dr. int. priv. 1924 p. 401. Sur les liens entre loi de police et ordre public, v. *supra* n° 165 s.

<sup>678</sup> La Cour de cassation a décidé que la loi étrangère qui ne prévoit ni prestation compensatoire, ni pension alimentaire pour l'épouse, ni dommages-intérêts pour celle-ci en cas de divorce, est manifestement incompatible avec l'ordre public français et doit être écartée au profit de la loi française, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juillet 1992, M<sup>me</sup> X, Bull. 1992 I n° 229 p. 152, RCDIP 1993 p. 269, note P. COURBE, JCP 1993 II 22138, note J. DÉPREZ, Rép. Def. 1993 p. 292, note J. MASSIP ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 1995, M<sup>me</sup> X, Bull. 1995 I n° 391 p. 273 ; D. 1996 Somm. p. 170, obs. B. AUDIT ; Aix-en-Provence, 10 mai 1998, SIEUR SHAMS MOLKARA CHAHROKH, JDI 1999, p. 136, note A. BENCHENEB ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 novembre 2006, M. X, Bull. 2006 I n° 524 p. 463 ; RCDIP 2007 p. 584, note N. JOUBERT ; D. 2007 p. 280, note A. DEVERS ; AJ fam. 2007 p. 86, obs. A. BOICHÉ. Ces différents arrêts concernaient la loi marocaine désignée en vertu de la convention du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire entre la France et le Maroc. Pour une étude méthodologique de la convention franco-marocaine du 10 août 1981, v. L. GANNAGÉ, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international

**369. Le juge saisi définit l'ordre public.** L'exemple de cette épouse privée de compensation par la loi étrangère montre que, dans sa mise en œuvre du mécanisme de l'ordre public, le juge projette sur son ordre juridique étatique la conception qu'il se fait des règles de droit pour lesquelles il estime qu'aucune dérogation n'est possible. Évidemment, l'ordre public interne constitue pour lui une source d'inspiration essentielle mais, confronté à une situation internationale, il devra nécessairement en réduire l'intensité sous peine de restreindre l'application des lois étrangères à des cas tout à fait exceptionnels. En effet, dès lors que l'un des objets du droit international privé est de permettre l'utilisation d'une loi étrangère pour résoudre le litige international, il faut admettre que des lois différentes puissent s'appliquer à la question de droit<sup>679</sup>, y compris lorsque le droit interne est impératif<sup>680</sup>.

**370.** En droit international privé, l'ordre public a donc, par nature, un domaine moins large qu'en droit interne. Pour marquer la distinction entre ces deux définitions de l'ordre

---

privé : étude de droit international privé de la famille, BDP t. 353, LGDJ Paris 2001, n° 256 s. p. 175 s. ; *adde*, A. DEVERS, Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains : les conventions franco-marocaines face aux droits européen et communautaire, Dr. fam. n° 3-mars 2006, étude n° 15, p. 8. Pour autant, la réforme intervenue en droit marocain semble rendre caduque l'intervention de l'ordre public dans ce type précis de litiges. V., par exemple, la décision de la cour d'appel de Paris qui a rejeté l'exception d'ordre public en visant nommément les articles 84 et 101 du Code de la famille marocain : Paris, 19 mai 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 40 (2<sup>e</sup> esp.), note M. FARGE. La loi marocaine ne semble donc plus susceptible de heurter l'ordre public français. Sur la réforme du droit marocain de la famille, v. F. SAREHANE, Le nouveau Code marocain de la famille, Gaz. Pal. 2004 n° 248 Doctr. p. 2792 ; M.-Cl. FOBLETS et M. LOUKILI, Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les Marocains en Europe?, RCDIP 2006 p. 521 ; Guide pratique du Code de la famille disponible sur le site du ministère de la Justice marocain, [www.justice.gov.ma/index\\_fr.aspx](http://www.justice.gov.ma/index_fr.aspx). Par ailleurs, il faut relever, qu'en matière de divorce, depuis 1975, il n'existe quasiment pas d'arrêts prononçant la contrariété de lois étrangères à l'ordre public français car l'article 309 (ancien 310) n'est absolument pas propice à l'application des lois étrangères. Au sujet de la place qu'accordent les règles unilatérales à la *lex fori*, v. *supra* n° 125 s.

<sup>679</sup> Monsieur WOLTON affirme que « l'intérêt de la modernité, comme concept central de nos sociétés, est d'admettre les aspirations contradictoires des individus, et d'essayer de les tolérer », D. WOLTON, L'autre mondialisation, Flammarion Paris 2003, p. 28.

<sup>680</sup> Une loi étrangère contraire à une disposition impérative en droit français n'est pas forcément contraire à l'ordre public international, v. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, M<sup>me</sup> SURRIBAS, Bull. 2003 I n° 192 p. 150 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 février 1992, M<sup>me</sup> SOULIÉ, Bull. 1992 I n° 39 p. 29.

public<sup>681</sup>, l'expression d'« ordre public international » a souvent été utilisée par les auteurs de droit international privé, pour être ensuite critiquée<sup>682</sup>. Malgré la source universelle de certaines utilisations de l'ordre public<sup>683</sup>, il subsiste en effet des évictions de la loi étrangère qui relèvent uniquement d'une appréciation étatique (ce qui est parfois nommé « la sauvegarde des politiques législatives »<sup>684</sup>). La conséquence semble inéluctable dès lors que l'exception d'ordre public est laissée à l'appréciation d'un juge étatique<sup>685</sup>. Elle est en outre irréductible : sans la possibilité de se préserver contre les lois étrangères choquantes, l'ordre juridique étatique n'admettrait même pas le principe de l'application des lois étrangères<sup>686</sup>.

**371. Effet de l'ordre public en matière de conflit de lois : l'éviction du droit étranger et sa substitution par la *lex fori*.** Évidemment, l'effet de l'exception d'ordre public ne peut être que défensif. En matière de conflit de lois, il entraîne obligatoirement l'éviction de la loi étrangère désignée comme applicable<sup>687</sup>. En remplacement, le juge aura alors recours à une

---

<sup>681</sup> Un auteur estime qu'il existe 104 définitions de l'ordre public, D. BODEN, L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique, (2 vol.) th. Paris I 2002 (résumé de thèse figurant sur les microfiches, disponible sur le site internet du SUDOC, [www.sudoc.abes.fr/](http://www.sudoc.abes.fr/)).

<sup>682</sup> « On oppose parfois l'ordre public interne à l'ordre public international. Cette dernière expression n'est pas satisfaisante dans la mesure où l'ordre public est souvent un réflexe d'autodéfense d'un système juridique *national* », Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 249 note 2 p. 335 (*en italiques dans le texte*) ; *adde*, Th. VIGNAL, Droit international privé, Armand Colin-Dalloz Paris, 2005, n° 165 p. 105. Un autre auteur précise que l'éviction de la loi étrangère désignée par la règle de conflit consacre une solution particulariste plutôt qu'universaliste, B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 310 p. 257.

<sup>683</sup> En particulier, les utilisations faites sur le fondement de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales (Conseil de l'Europe), dont le texte est disponible sur le site internet de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, [www.echr.coe.int/echr/](http://www.echr.coe.int/echr/).

<sup>684</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 313 p. 260 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 200 p. 148.

<sup>685</sup> En tant que notion dont les contours sont volontairement indéfinis, l'ordre public est d'ailleurs un moyen de « moduler les solutions en fonction de l'opportunité de l'application ou de la non-application, voire parfois de l'adaptation des lois étrangères », C. LABRUSSE, La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère, TCFDIP 1975-1977, éd. du CNRS Paris, p. 125.

<sup>686</sup> Selon Madame GANNAGÉ, l'exigence d'un minimum d'équivalence entre les règles de droit en conflit est d'ailleurs un préalable indispensable au bon fonctionnement de la règle de conflit de lois bilatérale, L. GANNAGÉ, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille, BDP t. 353, LGDJ Paris 2001, n° 261 p. 180.

<sup>687</sup> « L'effet essentiel ou général de l'ordre public est d'évincer la norme étrangère normalement compétente »,

règle contenue dans la loi du for<sup>688</sup>. De ce fait, la *lex fori* se substitue à la loi étrangère désignée par la règle de conflit<sup>689</sup>. Il s'agit d'un exemple typique de la mise en œuvre de la vocation subsidiaire de la *lex fori*<sup>690</sup>, si ce n'est l'exemple le plus parfait.

**372.** En principe, la substitution se trouve alors limitée à la solution juridique qui heurte l'ordre juridique du juge saisi<sup>691</sup>. En pratique, elle est souvent étendue au reste de la question litigieuse pour des raisons de cohérence<sup>692</sup>. Le lien qui existe entre le droit interne et la règle de conflit empêche que l'éviction de la loi étrangère soit limitée à ce qui est strictement nécessaire pour sauvegarder l'ordre public du for<sup>693</sup>. En effet, non seulement le découpage des questions juridiques s'avère difficilement praticable pour le juge, mais aussi, en appliquant partiellement la loi étrangère et partiellement la *lex fori*, il existe une probabilité non négligeable pour le juge de rendre une décision inepte ou déséquilibrée.

---

Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 255-1 p. 354.

<sup>688</sup> Pour un exemple de remplacement par une règle matérielle *ad hoc*, rarissime en pratique, v. A. BUCHER, L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, RCADI 1993-II t. 239, n° 10 s. p. 30 s. Cette solution de substitution est très critiquée : v. P. LAGARDE, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, LGDJ Paris 1959, n° 172 s. p. 201 s. et Fr. MOSCONI, Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules, RCADI 1989-V t. 217, n° 38 p. 109 s. Comp. l'article 22 n° 2 du Code civil portugais qui énonce qu'en cas d'atteinte à l'ordre public, « sont applicables les règles les plus appropriées de la législation étrangère compétente ou, subsidiairement, les règles du droit interne portugais ». Le législateur portugais a ainsi tenté de minimiser l'effet de l'ordre public qui consiste à élargir le domaine de la loi du for, mais il ne précise pas ce que le juge doit entendre par « règles les plus appropriées de la législation étrangère ».

<sup>689</sup> V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 15 juillet 1963, SELLAM, Bull. 1963 I n° 392 p. 335, RCDIP 1964 p. 732, somm. P. BOUREL, qui fait référence à la « substitution de la loi française à la loi locale normalement compétente ».

<sup>690</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, Ordre public international - Conséquences de l'exception d'ordre public - Variabilité des manifestations de l'ordre public, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 46 (1992), n° 14 p. 4.

<sup>691</sup> Il a été décidé, par exemple, que si l'exception de l'ordre public permet de puiser dans la loi du for l'admissibilité des moyens de preuve d'une paternité naturelle, elle n'autorise pas le juge à écarter la loi étrangère au sujet de l'obligation alimentaire résultant de ce lien de filiation, Cass. Civ., 8 novembre 1943, FAYEULLE, RCDIP 1946 p. 273, note H. BATIFFOL ; JCP 1944 II 2522, note P.L.-P. ; D. 1944 p. 65, note R. SAVATIER.

<sup>692</sup> M.-N. JOBARD-BACHELLIER, *op. cit.*, n° 23-25 p. 6. Comp. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 1963, PATINO (1<sup>er</sup> arrêt), GADIP n° 38.

<sup>693</sup> P. LAGARDE, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, LGDJ Paris 1959, n° 188 p. 215.

**373. Facteur de supériorité de la *lex fori*.** En raison du mécanisme consistant à évincer la loi étrangère puis à la substituer par la loi du for, l'exception d'ordre public est un « facteur d'extension du domaine de la *lex fori* » et, de ce fait, elle est aussi un « élément destructeur de l'égalité entre les législations des divers États » car elle place « la loi étrangère dans une situation d'infériorité »<sup>694</sup>. La préservation de l'ordre public a donc pour effet de porter atteinte au principe d'égalité entre la loi du for et la loi étrangère<sup>695</sup>. La seule égalité que l'exception d'ordre public instaure est traiter la situation internationale de la même façon que les situations internes<sup>696</sup>.

**374. Interprétation « *lex foriste* ».** Consécutivement, l'effet de substitution autorise parfois les auteurs à présumer que l'ordre public est directement employé pour assurer l'application de la *lex fori*<sup>697</sup>. Prenons néanmoins ce pressentiment à sa juste mesure. Il serait abusif de présenter la protection de l'ordre public comme le moyen par excellence d'assurer l'application de la loi du for. C'est que, en jurisprudence, l'exception d'ordre public a reçu diverses atténuations qui ont pour effet d'empêcher les juges d'y recourir trop fréquemment.

**375. Atténuations apportées à l'ordre public.** Tout d'abord, l'ordre public est apprécié en fonction de son actualité : il ne faudrait pas permettre que le droit international privé s'affranchisse de toute forme d'évolution sociale<sup>698</sup>. Par exemple, la définition de l'ordre

---

<sup>694</sup> W. WENGLER, Les conflits de lois et le principe d'égalité, RCDIP 1963 p. 515-516.

<sup>695</sup> « *A deviation from the principle of equality between the lex fori and foreign law* », Fr. MOSCONI, Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules, RCADI 1989-V t. 217, p. 21.

<sup>696</sup> W. WENGLER, *op. cit.*, p. 525. Encore qu'il ne soit pas certain que le juge judiciaire puisse agir avec un tel pouvoir à l'égard des règles internes. Il est libre, par exemple, de juger qu'une règle étrangère transgresse les valeurs fondamentales de son droit interne. En revanche, il n'est pas habilité, en droit français, à vérifier la conformité de l'une de ses règles internes à la Constitution, P. KINSCH, Principe d'égalité et conflits de lois, TCFDIP 2002-2004, Pedone Paris 2005, p. 126.

<sup>697</sup> Par ex. : « le malaise persistant éprouvé par les juges en face de la loi étrangère les a sans nul doute incités à voir dans l'ordre public un moyen commode de revenir à l'application de la *lex fori*. De là à utiliser l'exception d'ordre public comme un stratagème, il n'y avait qu'un pas qui fut parfois franchi. En cédant à cette tentation, les juges ont trop souvent hypertrophié à l'excès la notion d'ordre public », Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 248 p. 333. Comp. Fr. MOSCONI, Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules, RCADI 1989-V t. 217, n° 38 p. 113.

<sup>698</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 novembre 1976, MARRET, RCDIP 1977 p. 746, note J. FOYER ; JDI 1977 p. 504, obs. Ph. K. ; GADIP n° 57 (exequatur).

public a changé en fonction des réformes législatives intervenues en matière de divorce, de statut des enfants nés hors mariage ou de partenariat homosexuel.

Ensuite, la sauvegarde de l'ordre public n'a pas lieu d'être mise en œuvre à l'égard des droits régulièrement acquis à l'étranger<sup>699</sup>. Cependant, cette atténuation est de moins en moins utilisée par la jurisprudence, au profit de la théorie de l'ordre public de proximité.

**376.** L'ordre public de proximité est une atténuation de l'exception de l'ordre public relative à la situation juridique litigieuse. En effet, la jurisprudence française considère que l'exception de l'ordre public ne doit pas toucher les situations dépourvues de liens avec le pays du for<sup>700</sup>. En d'autres termes, l'intervention de l'ordre public est affectée d'une condition de proximité entre le juge saisi et la situation dont il a connaître<sup>701</sup>. Deux critères sont utilisés pour caractériser la proximité : la nationalité et la résidence habituelle<sup>702</sup>. À défaut de nationalité française ou de résidence habituelle en France, la Cour de cassation estime ainsi qu'il ne doit pas y avoir d'éviction de la loi étrangère<sup>703</sup>.

**377.** Cette solution est à double titre critiquable. Premièrement, si la situation n'a pas de liens avec le pays du juge saisi, ce dernier devrait plutôt s'interroger sur la pertinence de sa compétence juridictionnelle. L'introduction d'un correctif de proximité montre, en effet, que le chef de compétence juridictionnelle est manifestement exorbitant<sup>704</sup>. Deuxièmement, le

---

<sup>699</sup> Cass. Civ., 17 avril 1953, RIVIÈRE, RCDIP 1953 p. 412, note H. BATIFFOL ; JDI 1953 p. 860, note R. PLAISANT ; JCP 1953 II 7863, note J. BUCHET ; GADIP n° 26.

<sup>700</sup> L'intervention de l'ordre public suppose un rattachement suffisant au pays du for. Sur cette théorie d'origine allemande, v. P. LAGARDE, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, LGDJ Paris 1959, n° 48 s. p. 55 s.

<sup>701</sup> V. P. COURBE, L'ordre public de proximité, in Le droit international privé : esprit *et* méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 227. Sur l'utilisation, dans d'autres domaines, du critère de proximité, v. P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI 1986-I t. 196, p. 9 s.

<sup>702</sup> Sur ce point, v. A. RICHEL-PONS, La résidence en droit international privé : conflits de juridictions et conflits de lois, th. Lyon III 2004, n° 588 s. p. 412 s., disponible sur le site de diffusion électronique des thèses de l'Université de Lyon III : <http://thesesbrain.univ-lyon3.fr/sdx/theses/>.

<sup>703</sup> Ex. en matière de filiation hors mariage : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, M. SANSON, Bull. 2006 I n° 226 p. 198 ; Dr. fam. Sept. 2006, Comm. n° 177, note M. FARGE ; AJ fam. 2006 p. 290, note A. BOICHÉ ; D. 2006 IR p. 1481, obs. I. GALLMEISTER ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 1993, M. X, Bull. 1993 I n° 64 p. 42.

<sup>704</sup> Sur le caractère exorbitant des chefs de compétence, v. *infra* n° 966.

principe de proximité emporte, à l'intérieur du mécanisme de l'ordre public, la création d'un rattachement subsidiaire à la *lex fori*. Par exemple, pour le statut personnel et familial des individus, la condition de proximité active un rattachement tantôt nationaliste (nationalité française) tantôt territorialiste (résidence habituelle sur le territoire français). Ainsi, *a contrario*, la loi française, comprise dans ses dispositions fondamentales, est présumée être la loi ayant les liens les plus étroits pour régir tous les litiges impliquant un national ou un résident<sup>705</sup>. Or, il est admis par la doctrine majoritaire que l'ordre public est une exception à l'application de la loi étrangère<sup>706</sup> et non une catégorie de rattachement à la loi du for<sup>707</sup>. Par conséquent, si l'ordre public intervient après l'examen au fond de la *lex causae*, il est exclu que l'ordre public puisse constituer un rattachement subsidiaire à la loi la plus proche du litige : la règle de conflit a déjà été mise en œuvre. C'est pourquoi, à notre avis, la théorie de l'ordre public de proximité ne devrait pas être utilisée. Certes, elle a pour effet de ménager la susceptibilité et la souveraineté des États dont les dispositions heurtent l'ordre public français, mais elle introduit une relativisation indue des dispositions étrangères choquantes. En réalité, il faudrait considérer que, soit les dispositions étrangères contrarient l'ordre public, soit elles ne le contrarient pas. Il ne devrait pas y avoir de demi-mesure sur ce point.

**378.** Enfin, il existe une dernière atténuation destinée à modérer l'utilisation judiciaire de ce mécanisme. Il s'agit d'une atténuation procédurale. Contrairement au renvoi, la Cour de cassation n'impose pas aux juges du fond d'appliquer l'exception d'ordre public lorsqu'elle n'a pas été invoquée par les parties<sup>708</sup>. Cette dernière solution s'explique sans doute parce

---

<sup>705</sup> Sur la notion de liens suffisants avec l'ordre juridique, v. N. JOUBERT, La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (*Inlandsbeziehung*) en droit international privé, th. Paris I 2002.

<sup>706</sup> Rappr. P. LAGARDE, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, LGDJ Paris 1959, n° 2 p. 3. Notamment, pour bien marquer le caractère exceptionnel de la sauvegarde de l'ordre public, un auteur écrit que « l'ordre public circonscrit le domaine d'échec des règles de conflit », A. BUCHER, L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, RCADI 1993-II t. 239 p. 19.

<sup>707</sup> V. B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 311 p. 258. *Contra*, un auteur soutient que, entendue comme « une circonstance de rattachement à la loi française », la notion d'ordre public « traduit bien la persistance d'une tradition d'hostilité au pluralisme juridique », C. LABRUSSE, La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère, TCFDIP 1975-1977, éd. du CNRS Paris, p. 125. V. aussi la présentation des thèses de MANCINI, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 230 p. 390 et n° 254 p. 568.

<sup>708</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, M<sup>me</sup> KARAKA ÉPOUSE KAYIKCI, Bull. 2005 I, n° 244 p. 206 ; D. 2006 Pan. 1496, obs. P. COURBE ; comp. Cass. Com. 31 janvier 1995, n° pourvoi 92-21711 Legifrance.

que l'exception d'ordre public, contrairement au renvoi, n'a aucun bienfait sur l'harmonie internationale des solutions. Mais, la solution pourrait tout aussi bien s'expliquer par la volonté de la Cour de cassation de ne pas encourager un usage de l'ordre public qui est déjà très fréquent dans la jurisprudence des juges du fond.

**379. Fréquence d'utilisation en jurisprudence.** Il faut admettre, cependant, que l'utilisation de l'ordre public est difficilement évaluable, d'une part, parce qu'il n'existe pas de base de données assez globale pour rendre compte de la jurisprudence des juges du fond ; d'autre part, parce que l'ordre public est une notion utilisée dans toutes les disciplines du droit. En droit international privé, il est, de surcroît, difficile de faire la part des choses entre ce qui relève strictement de l'ordre public en matière de conflit de lois et ce qui relève de l'ordre public en matière de reconnaissance des décisions étrangères. Le thème des répudiations musulmanes est d'ailleurs tout à fait significatif à cet égard<sup>709</sup>.

**380.** En 1973, le doyen BATIFFOL se montrait assez clément dans son appréciation de la jurisprudence puisqu'il écrivait au sujet de l'ordre public qu'« il est notoire qu'en France, où son usage avait été dans le passé particulièrement fréquent, les tribunaux se sont montrés, depuis la dernière guerre, beaucoup plus tolérants et compréhensifs »<sup>710</sup>. Notre appréciation ne sera pas foncièrement différente. Depuis une quinzaine d'années, l'exception d'ordre public est régulièrement rejetée par la Cour de cassation lorsqu'elle est invoquée par les

---

<sup>709</sup> La manœuvre consiste pour un époux étranger à obtenir une répudiation unilatérale devant le juge de sa nationalité. Il demandera ensuite au juge français de reconnaître la décision étrangère afin de contrer l'action en divorce que son épouse souhaite intenter sur le lieu français de la résidence du couple. Une telle manœuvre sera alors privée d'effets par le juge français qui considère la répudiation comme contraire à l'ordre public : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 septembre 2007, M. X, Bull. 2007 I n° 280 p. 248 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2007, n° de pourvoi : 06-10433, Legifrance ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2006, n° de pourvoi : 04-17219 Legifrance ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, M<sup>me</sup> TEULET, Bull. 2006 I n° 224 p. 196 ; JCP 2006 II 10165, note Tr. AZZI (2<sup>e</sup> esp.) ; Rép. Def. 2006 p. 1777, obs. J. MASSIP ; AJ fam. 2006 p. 374, obs. A. BOICHÉ (1<sup>re</sup> esp.) ; D. 2006. IR 1481 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 2006, n° de pourvoi : 05-13921, Legifrance ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 janvier 2006, M<sup>me</sup> X, Bull. 2006 I n° 2 p. 2 ; RCDIP 2006 p. 627, note M.-Cl. NAJM ; Dr. fam. 2006, n° 103 (2<sup>e</sup> esp.), note M. FARGE ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 octobre 2005, M<sup>me</sup> X, Bull. 2005 I n° 379 p. 316 ; Gaz. Pal. 2006, n° 56 p. 16, obs. M.-L. NIBOYET ; Dr. fam. 2006, n° 103 (1<sup>re</sup> esp.), note M. FARGE ; D. 2006. Pan. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE ; Revue Juridique Personnes & Famille 2006-1/18, note Th. GARÉ ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004, (2 arrêts) précités.

<sup>710</sup> H. BATIFFOL, L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest, JDI 1973 p. 25.

parties au soutien de leur pourvoi<sup>711</sup>. En revanche, la Cour de cassation sanctionne relativement peu de mises en œuvre abusives de l'exception d'ordre public<sup>712</sup>. Il existe, somme toute, assez peu d'illustrations de l'éviction de la loi étrangère sous l'effet de la réserve de l'ordre public en matière de conflit de lois<sup>713</sup>. Il faut, par conséquent, considérer que l'ordre public ne semble pas être un moyen efficace d'assurer l'application subsidiaire de la loi du for, notamment en raison du contrôle particulièrement attentif de la Cour de cassation.

**381. Conclusion de la section.** Le recensement de chacune des manifestations subsidiaires de la *lex fori* intervenant après la désignation de la loi applicable montre que les résultats obtenus par le jeu de l'équivalence, du renvoi, de la fraude ou encore de l'ordre public se révèlent incompatibles avec le principe d'égalité. La raison en est que, d'un point de vue statistique, ces procédés n'ont que très rarement pour effet de restaurer l'application de la loi étrangère au détriment de la loi du for. Ils ont, au contraire, pour résultat d'accroître le domaine d'application de cette dernière, ce qui permet de tous les placer sous le concept général de « vocation subsidiaire de la *lex fori* ».

---

<sup>711</sup> Sur la période 1990-2007 : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 avril 2007, M. X, Bull. 2007 I n° 158 p. 141 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2007, SOC. CAMPENON BERNARD MÉDITERRANÉE, Bull. 2007 I n° 33 p. 29 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2006, M<sup>me</sup> X, VEUVE Y, ET A., Bull. 2006 I n° 178 p. 156 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, M<sup>me</sup> SURRIBAS, Bull. 2003 I n° 192 p. 150 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 2002, n° 99-19247, Legifrance ; Cass. Com, 5 février 2002, SOC. SEB, Bull. 2002 IV n° 25 p. 25 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, ÉPOUX X, Bull. 1999 I n° 282 p. 183 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1999, M. X, Bull. 1999 I n° 225 p. 146 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1999, SOC. DE LOISY ET GELET, Bull. 1999 I n° 94 p. 62 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juillet 1998, M<sup>me</sup> X, Bull. 1998 I n° 250 p. 175 ; Cass. Crim., 16 juin 1993, VEUVE ELFLEIN, Bull. Crim. 1993 n° 214 p. 537 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 1992, OFFICE CANTONAL DE JEUNESSE DE L'ENZKREIS, Bull. 1992 I n° 296 p. 194 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 février 1992, M<sup>me</sup> SOULIÉ, Bull. 1992 I n° 39 p. 29 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1990, M. X, Bull. 1990 I n° 249 p. 176 ; Cass. Crim., 26 avril 1990, ALLAMAND, Bull. crim. 1990 n° 162 p. 418 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1990, M. X ET A., Bull. 1990 I n° 29 p. 20.

<sup>712</sup> Sur la période 1990-2007 : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, M. SANSON, Bull. 2006 I n° 226 p. 198 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 décembre 2005, M. ERIK X, Bull. 2005 I n° 468 p. 395 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, M. ABDOUL X, Bull. 2005 I n° 430 p. 360 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 octobre 1997, n° 95-19429, Legifrance ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 1992, OFFICE CANTONAL DE JEUNESSE DE L'ENZKREIS, Bull. 1992 I n° 296 p. 194 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 1991, COMPAGNIE LE GAN ET A., Bull. 1991 I n° 113 p. 76 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, COMPAGNIE L'UNION ET LE PHÉNIX ESPAGNOL ET A., Bull. 1990 I n° 135 p. 96.

<sup>713</sup> V., par exemple, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juillet 1992, M<sup>me</sup> X, Bull. 1992 I n° 229 p. 152, précité.



## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**382.** Parvenu au terme de notre étude de la vocation subsidiaire de la *lex fori* lors de la procédure et lors de l'examen au fond du droit, il convient maintenant d'en apporter le bilan. Au cours de la procédure, tout d'abord, la mise à l'écart de la loi étrangère peut être obtenue de plusieurs manières. Par exemple, il suffit pour les parties de ne pas faire apparaître dans le débat judiciaire les éléments d'extranéité qui servent de critères de rattachement. En outre, dans l'hypothèse où elles ne peuvent pas éviter de mentionner ces éléments (en particulier, la nationalité étrangère ou le domicile à l'étranger), ils ne pourront être utilisés pour désigner la loi étrangère qu'à la condition que le juge les exploite.

**383.** En effet, les parties peuvent ne pas invoquer la loi étrangère devant le juge. Cela consiste, pour celles-ci, à garder le silence sur l'application de la loi étrangère ce qui, dès lors que ce comportement n'est pas adopté en toute connaissance de cause, ne constitue pas un « accord procédural ». L'effet de ce comportement, en ce qui concerne les droits laissés à la libre disposition des parties, est de maintenir l'application de la *lex fori* à leur cause. Le même effet est obtenu lorsque la loi étrangère est invoquée par une partie qui, simultanément, n'argumente pas sur l'effet de son application par rapport à l'issue du litige.

**384.** Pour tous les droits litigieux, qu'ils soient laissés ou non à la libre disposition des parties, l'impossibilité d'établir le contenu de la loi étrangère entraîne également un recours à la *lex fori* même si, au départ, elle n'a pas été désignée par la règle de conflit de lois. Le juge évite ainsi tout déni de justice alors qu'un fait le prive de l'accès au droit étranger. Pour justifier l'application de la loi du for, ce fait ne doit pas être imputable au juge ou aux parties (impossibilité objective). Dans tous les autres cas, l'application de la loi du for, encouragée par le comportement intentionnel du juge ou des parties, est subordonnée à l'intensité du contrôle qui pèse sur celui qui a l'obligation de prouver la loi étrangère.

**385.** Après un laxisme, observé au XX<sup>e</sup> siècle, qui a énormément profité à la *lex fori*, il semble que la Cour de cassation ait décidé d'opérer un contrôle draconien sur ce point. Pour ce faire, elle a d'abord imposé aux juges du fond l'obligation de rechercher le contenu du droit étranger applicable, parce qu'il lui est évidemment plus facile d'essayer d'encadrer le travail des membres de l'institution judiciaire que de contrôler le comportement des parties lors du litige. De cette manière, elle sanctionne tout manquement des juges du fond qui lui

est soumis à l'occasion d'un pourvoi en cassation. Elle impose que ceux-ci mentionnent le critère de rattachement qui les a conduit à la désignation d'une loi étrangère. Elle impose aussi qu'ils mentionnent les règles étrangères sur lesquelles ils ont fondé leur décision. Cela permet d'éviter toute spéculation des juges quant au contenu de la disposition étrangère.

**386.** Il reste que les juges du fond sont libres de manipuler l'interprétation de la loi étrangère, si cela s'y prête. Sauf à admettre – chose rarissime – l'existence d'une dénaturation, une sorte de manipulation trop grossière pour passer inaperçue, la Cour de cassation ne contrôle pas cette interprétation. Elle ne contrôle pas non plus le choix du moyen de preuve puisque l'obligation de rechercher le contenu de la loi étrangère n'est pas une obligation de résultat. D'un point de vue prospectif, il est alors envisageable que la nouvelle position de la Cour de cassation, si elle se maintient, soit la source d'un besoin d'experts en droits étrangers, ce qui pourrait engager certains pôles académiques français à se spécialiser dans ce domaine, à l'instar des pays voisins. À moins que, tout simplement, les juridictions trouvent un moyen juridique de ne pas remplir leur office concernant la loi étrangère.

**387.** Évidemment, ce moyen existe déjà : il prend la forme d'un accord, conclu par les parties au cours de la procédure, sur l'application de la *lex fori* au fond de leur litige. Dans la mesure où cet accord n'est pas proposé à l'agrément du juge mais, au contraire, où il lie celui-ci sur l'application de sa propre loi, ce subterfuge réduit considérablement l'intérêt de la nouvelle position de la Cour de cassation sur la question de la preuve de la loi étrangère.

**388.** Dans la lignée de l'« accord procédural », la Cour de cassation a également pu faire usage d'une exception d'équivalence entre la loi étrangère et la *lex fori* pour épargner au juge du fond d'être sanctionné de ne pas avoir résolu le conflit de lois. L'exception a, en particulier, été mise en œuvre à l'occasion de plusieurs affaires où les juges du fond avaient indûment appliqué la *lex fori*. Ce cas de figure fait de l'exception d'équivalence un mécanisme à la fois procédural et substantiel. Procédural car il permet à la Cour de cassation de dissuader les parties de former un pourvoi lorsque l'issue du litige n'est pas modifiée par le rétablissement de la loi étrangère. Substantiel car le mécanisme suppose que les juges du fond, en vertu de leur office, aient recherché le contenu des lois en présence pour pouvoir les comparer. Il n'appartient pas, en effet, à la Cour de cassation d'apprécier l'interprétation qui est faite par les juridictions inférieures des dispositions étrangères.

**389.** De surcroît, lors de l'examen au fond du litige, il existe d'autres procédés qui, lorsqu'ils sont utilisés, permettent au juge de recourir à la *lex fori* en dépit de la désignation de la loi étrangère faite par la règle de conflit de lois. Issus de la théorie générale des conflits de lois, de tels procédés contribuent à élargir, en pratique, le domaine de la loi du for.

**390.** C'est le cas du renvoi qui, sous couvert d'une harmonie relative des solutions, permet au juge d'éviter l'application de la loi étrangère. L'étude de la jurisprudence montre ainsi que le renvoi au premier degré est statistiquement plus fréquent que le renvoi au second degré. Cela s'explique par l'impossibilité pratique pour le juge de trouver assez de critères de rattachement dans une situation juridique pour rattacher celle-ci à une série successive de systèmes juridiques. Cela serait d'ailleurs pour lui une façon extrêmement compliquée de rendre la justice. Cet état de fait est d'ailleurs reconnu dans beaucoup de systèmes législatifs de droit international privé qui n'admettent que le renvoi au premier degré. L'observation du mécanisme du renvoi dans son ensemble permet alors de le justifier par les avantages procurés par l'application par le juge de sa propre loi. Ce résultat est implicitement avalisé par la Cour de cassation qui encourage ce procédé en lui accordant un caractère obligatoire.

**391.** En matière de conflit de lois, cette même Cour suggère une sanction de la fraude, qu'elle soit indifféremment commise à l'égard de la loi du for ou de la loi étrangère. La solution, en apparence, ne semble alors pas spécialement profitable à la *lex fori*. En pratique, néanmoins, la Cour de cassation ne connaît pas d'hypothèses de fraude à la loi étrangère. Dans le même temps, l'exception de fraude permet de rétablir les dispositions de la loi du for qui ont voulu être écartées par les fraudeurs. Cela entraîne une réhabilitation de la loi du juge saisi propice à l'affirmation d'une prépondérance de cette loi sur la loi étrangère. Cependant, cette constatation doit être relativisée en raison de la raréfaction du recours au mécanisme de la fraude en matière de conflit de lois. Le constat vaut aussi pour l'intervention de l'ordre public.

**392.** En matière de conflit de lois, la sauvegarde de l'ordre public est la manifestation par excellence de la vocation subsidiaire de la *lex fori*. Potentiellement, le procédé pourrait donc permettre de mettre à l'écart du litige bon nombre de lois étrangères. Malgré tout, ce n'est pas le cas, en raison d'une série d'atténuations qui atteint la force de l'ordre public. Premièrement, l'ordre public reçoit une définition plus restreinte qu'en droit interne.

Deuxièmement, son expansion n'est pas exponentielle puisque le juge apprécie l'ordre public en fonction de son actualité. Troisièmement, l'effet d'éviction qu'il produit est en principe limité à la disposition choquante. Dernièrement, pour certaines questions comme celle de la filiation, l'effet de l'ordre public est limité aux situations possédant des liens avec le juge saisi. Il résulte de cette accumulation d'atténuations que l'exception d'ordre public ne peut pas être fréquemment employée par la jurisprudence.

**393.** Le bilan est donc assez mitigé. Les applications subsidiaires de la *lex fori* ne sont guère niables dans leur existence. Pour autant, elles ne paraissent pas abusives lorsqu'elles sont prises isolément. Ce qui accrédite donc la supériorité de la loi du for par rapport à la loi étrangère, c'est finalement l'accumulation des évictions de cette dernière. De cette manière, la notion de vocation subsidiaire de la *lex fori* rend parfaitement compte de la variété des phénomènes qu'elle réunit sous son joug. D'un autre côté, notre démarche conceptuelle à l'égard de la vocation subsidiaire doit avoir l'utilité de susciter des propositions.

**394.** C'est que, précisément, la variété des procédés regroupés sous la notion de vocation subsidiaire met en exergue la difficulté qu'il y a à combattre une par une les applications subsidiaires de la loi du for. Il faut donc un principe directeur capable d'apporter une légitimité d'ensemble à tous ces procédés. Une telle légitimité doit être recherchée dans le *principe de l'interprétation stricte des exceptions* apportées à l'application de la loi étrangère désignée par la règle de conflit. Or, ce principe ne figure pas au rang des principes directeurs de la résolution du conflit de lois.

**395.** Il est pourtant respecté, de fait, lors de l'examen au fond du litige. Les procédés qui interviennent à ce moment du procès correspondent, en effet, à des cas bien particuliers dont les parties et le juge ne sont relativement pas maîtres. D'un point de vue théorique, les exceptions apportées à la règle de conflit par le biais de l'équivalence, du renvoi, de la fraude et de l'ordre public n'entraînent pas systématiquement le recours à la *lex fori* du seul fait de leur invocation. Elles répondent, en effet, à des conditions de mise en œuvre bien précises qui paraissent, pour le juge, difficilement manipulables. Par exemple, la Cour de cassation ne peut pas mettre en œuvre l'exception d'équivalence entre les lois potentiellement applicables s'il n'y a aucune équivalence préexistante. Elle ne peut pas constater un renvoi s'il n'existe aucun conflit de rattachements. Elle ne peut pas non plus relever une fraude si l'intention frauduleuse n'est pas démontrée. Enfin, elle ne peut pas soulever une atteinte à l'ordre public

au seul motif que la loi étrangère conduit à une solution différente de la loi du for. Lors de l'examen au fond du litige, le juge ne peut donc pas artificiellement créer une application subsidiaire de sa propre loi. Sa marge d'appréciation ne semble pas assez importante.

**396.** En revanche, lors de la procédure, les comportements des parties et du juge influencent fortement la mise à l'écart de la loi étrangère. Bien entendu, en dehors de l'« accord procédural », ces procédés supposent un comportement conjoint de la part des parties et du juge. Il est, de ce fait, peu probable que tout le monde puisse sciemment se laisser bernier par une telle prestidigitation procédurale de la justice de droit international privé. Reste que, si cela est peu probable, cela n'est pas impossible.

**397.** Il semble, en outre, que les magistrats, soient enclins à admettre largement les accords conclus par les parties, à l'occasion de la procédure, sur l'application de la *lex fori*. Le principe de l'interprétation stricte des exceptions commanderait donc d'exclure ce procédé de la vocation subsidiaire de la *lex fori*. Il faut dire qu'il correspond davantage à la tendance générale qui veut que les parties s'approprient leur destin juridique par le biais de leur libre volonté. Or, il n'y a aucune raison pour que cette tendance ne gagne pas la procédure en droit international privé. Il annonce même, sans doute, une généralisation en droit privé du rattachement principal à la loi librement choisie par les parties, comme en attestent le dernier état des travaux de la Commission européenne en matière de loi applicable aux régimes matrimoniaux, aux successions et aux divorces.



## CONCLUSION DU TITRE I

**398.** Le principe d'égalité entre la loi étrangère et la *lex fori*, autrement appelé principe de bilatéralité de la règle de conflit de lois, est fortement atténué par une série de méthodes dont la fonction est également de désigner, plus ou moins directement, la norme qui réglera la question litigieuse. Contrairement à la règle de conflit bilatérale, l'effet des règles unilatérales, des lois de police, des règles matérielles ou à finalité matérielle est d'accorder une prévalence à la *lex fori*.

**399.** Quant à la règle de conflit bilatérale, elle ne conduit que rarement à une égalité entre la loi étrangère et la loi du for, malgré l'apparence égalitaire de son énoncé. En effet, au moment de la mise en œuvre de la loi étrangère, désignée en tant que *lex causae*, de nombreux mécanismes subsidiaires permettent indirectement à *lex fori* de supplanter la loi étrangère. Nous avons regroupé ces mécanismes sous un concept familier des auteurs de droit international privé, celui de la vocation subsidiaire de la *lex fori*, dont le domaine méritait d'être élargi.

**400.** L'analyse téléologique que nous avons opérée au moment de la désignation puis au moment de la mise en œuvre de la loi applicable nous permet ainsi de conclure qu'il est illusoire de recourir à des subtilités pour parvenir à l'application de la *lex fori*. Le résultat est de toute façon explicite par lui-même. Cependant, et c'est ici qu'intervient la nuance de notre propos, l'existence de moyens détournés conduisant à faire prévaloir les conceptions de l'ordre juridique du juge saisi est sans doute révélateur d'un phénomène bien particulier qui touche spécialement le droit international privé.

**401.** En effet, la tendance qui consiste à appliquer la loi du for davantage que la loi étrangère, que nous avons appelée le *lex forisme*, ressort davantage de l'implicite plutôt que de la franche adhésion aux mérites de la *lex fori*. Cela s'explique par un paradoxe qui touche la doctrine de droit international privé et qui consiste à reconnaître à la *lex fori* le domaine naturel d'application qui lui revient, tout en dissimulant les manifestations de cette loi derrière des raisonnements raffinés. La manœuvre a évidemment pour but d'éviter tout reproche de nationalisme, ce qui serait le comble dans une matière censée prôner une vision ouverte sur les relations internationales et les ordres juridiques étrangers. Cela explique peut-être la présentation clémente à l'égard des lois étrangères que rend la Cour de cassation par

le biais des arrêts qu'elle choisit de diffuser sur le site Legifrance. En effet, nous avons pu constater que, dans l'ensemble, plus que de rester fidèle au principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for, les arrêts de la Cour de cassation accordent une préférence à la *loi étrangère* plutôt qu'à la loi du for.

**402.** Mais il ne s'agit là que d'une explication hypothétique. Pour déterminer les raisons du succès de la *lex fori* dans la résolution des litiges internationaux, il faudrait faire une introspection dans ce qui entoure le raisonnement juridique. Les explications ainsi dégagées nous permettraient peut-être de savoir s'il est réellement indispensable de dénoncer la fréquence d'application de la *lex fori* de manière péremptoire car, enfin, la tendance à faire prévaloir la loi du for sur la loi étrangère n'est-elle pas symptomatique d'un besoin conjoncturel des juristes de retourner, même au prix de sophistications les plus ingénieuses, vers l'ordre interne et plus précisément vers son contenu ? Si tel est bien le cas, il faut en soulever les causes et en décrire les modalités pratiques. C'est ce que nous nous proposons de faire dans le titre suivant.

## TITRE II LES FONDEMENTS SOCIO-ÉCONOMIQUES DE L'INÉGALITÉ ENTRE LA LOI ÉTRANGÈRE ET LA *LEX FORI*

**403. Présentation.** Une grande fréquence d'application de la *lex fori* se dégage des méthodologies suivies pour résoudre les conflits de lois. Parce qu'un état de la résolution des conflits de lois qui donnerait une importance quasi-exclusive à la loi du for n'est pas justifiable, surtout s'il est admis, comme n'importe quel adepte du droit international privé le ferait, qu'il puisse y avoir une place effective de la loi étrangère dans la résolution des conflits de lois, il apparaît à tout le moins nécessaire de comprendre les raisons qu'il y aurait à accorder une position prééminente à la *lex fori*. Il faut ainsi tenter de percer les motivations qui pourraient pousser les juristes à défendre une large utilisation de la *lex fori* pour régler les litiges posés par les situations juridiques internationales. Ne peut-on pas justement y voir une confiance louable en la qualité de leur propre ordre juridique interne ?

**404. Approche inductive.** Pour procéder à cette démarche explicative, le raisonnement doit temporairement mettre de côté l'approche dogmatique et saisir une approche inductive<sup>714</sup>. Bien que la tendance soit relativement marginale en droit international privé<sup>715</sup>, il existe un nombre de plus en plus grand d'auteurs, dont on ne peut ignorer les travaux, qui insèrent avec talent les apports de la sociologie en droit international privé. Au premier rang de ceux-ci figure le doyen BATIFFOL. Avant lui, ARMINJON avait déjà proposé de préférer la méthode analytique (fondée sur l'observation du réel, sur la prise en compte de l'intuition et de l'expérience ou encore sur la systématisation par induction) à toute méthode dite « *a priori* » (approche déductive, excessivement théorique et faisant abstraction des

---

<sup>714</sup> L'induction est l'opération intellectuelle qui consiste à remonter des faits à la règle juridique ou, plus largement, à partir de données concrètes pour formuler une proposition générale. Dans une démarche inverse, la pensée dogmatique, quant à elle, affirme des principes universels puis les applique aux cas particuliers.

<sup>715</sup> En ce sens, le commentaire de Madame MUIR WATT : « à force d'être droit savant, de brouiller la distinction entre la science juridique et le droit positif, de confondre données empiriques et dogmatique, le droit international privé tend trop souvent à se concevoir indépendamment du contexte politique, social et économique dans lequel se nouent les relations internationales de droit privé qu'il se donne pour objet et à concevoir l'extranéité sans référence aux conditions dans laquelle se met en place, dans chaque État, l'accueil de l'étranger », H. MUIR WATT, compte-rendu d'« Entre nationalisme juridique et communauté de droit » par J.-L. HALPÉRIN, RCDIP 1999 p. 404.

réalités pratiques)<sup>716</sup>. Monsieur DÉPREZ se pose, lui aussi, comme un partisan de cette approche puisqu'il estime qu'« en restituant à l'humain et au social sa juste place dans la démarche du juriste, l'ouverture sociologique permet d'échapper aux excès de la théorisation et aux risques d'une conception désincarnée, cérébrale, mécanique, du droit international privé »<sup>717</sup>.

**405.** Les objecteurs pourront naturellement opposer que de telles considérations, fondées sur l'observation de la pratique, n'appartiennent pas à la sphère du droit international privé. Il est vrai qu'en déplaçant la perspective sur l'utilisation réelle des règles de droit, naît le risque d'altérer la vision idéalisée qui était rendue possible par une représentation purement théorique<sup>718</sup>. Ceci étant, la véritable mise à l'épreuve des méthodes de droit international privé n'est pas seulement théorique, elle repose certainement aussi sur leur utilisation pratique<sup>719</sup>. Il ne faut donc pas négliger les caractéristiques les plus élémentaires du fonctionnement réel des théories élaborées. Comme l'affirmait le doyen BATIFFOL, « une nécessité, fût-elle "pratique", disons de l'ordre de l'action, n'est-elle pas indicatrice d'une nature des choses ? (...) le droit est une discipline normative ; si des "nécessités pratiques"

---

<sup>716</sup> P. ARMINJON, L'objet et la méthode du droit international privé, RCADI 1928-I t. 21, p. 429. Comp. « *actually, however, in law as in the natural sciences, practice has preceded theory, at least to a considerable extent, and conclusions have not actually been reached purely deductively* », W. COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, Harvard University Press Cambridge Massachusetts 1949, p. 43.

<sup>717</sup> J. DÉPREZ, Droit international privé et conflits de civilisations, aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel, RCADI 1988-IV t. 211, p. 219. V. aussi E. JAYME, Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne, RCADI 1995 t. 251, p. 9.

<sup>718</sup> L'idéalisme, écrit en substance un philosophe, consiste tout simplement à construire des doctrines à partir d'idées (chez les juristes sans doute ordonnées avec un excès de systématisme) tout en négligeant de saisir le concret, M. VILLEY, Critique de l'utilitarisme juridique, *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, 1981 p. 167.

<sup>719</sup> V., ainsi, pour une position médiane, les développements de Monsieur BERGEL au sujet du raisonnement juridique : « *les raisonnements juridiques combinent donc la dialectique et la logique formelle. La logique formelle n'y est qu'un instrument au service de la dialectique, nourrie par l'argumentation. Mais elle procure au raisonnement la précision, la rigueur, la certitude et l'objectivité nécessaires. Elle ne doit pas cependant lui imprimer un dogmatisme hermétique aux réalités qui s'écarterait de l'objet du droit, de la vie des hommes en société et de l'édictation de règles de conduite appropriées. Elle est donc tributaire de choix raisonnables et doit toujours être orientée ou corrigée en fonction de critères rationnels ou empiriques* », J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4<sup>e</sup> éd. 2003, Dalloz Paris, n° 258 p. 299 [en italiques dans le texte].

obligent à écarter les principes, on demande à quoi servent ceux-ci, qu'on croyait précisément destinés à diriger l'action »<sup>720</sup>.

**406.** Il serait néanmoins bien présomptueux de s'improviser sociologue, aussi faut-il se contenter « d'ajouter à sa démarche habituelle un angle d'observation supplémentaire, une disposition d'esprit visant à observer les systèmes de droit international privé dans le milieu social réel où ils fonctionnent et non plus seulement à les analyser à travers leurs structures juridiques et techniques »<sup>721</sup>. Bien que « l'enregistrement sociologique de certaines pratiques, même en le supposant tout à fait exact, ne saurait constituer le fondement suffisant d'une théorie ou d'une règle juridiques »<sup>722</sup>, il faut espérer que cette incursion dans l'observation du fonctionnement du droit international privé puisse pleinement éclairer le rôle de la loi du for dans l'appréhension par le droit des situations internationales.

**407.** Dans cette optique, nous avons choisi d'exposer deux grands concepts qui, à la marge des sciences purement juridiques, nous paraissent tout à fait remplir le rôle de fondements à l'égard des solutions *lex foristes* : l'ethnocentrisme (Chapitre I) et la bonne administration de la justice (Chapitre II).

---

<sup>720</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 48 p. 107.

<sup>721</sup> J. DÉPREZ, *op. cit.*, p. 222. Monsieur MORÉTEAU considère d'ailleurs que « la bonne étude comparative est celle menée à partir de points de vue clairement situés et de perspectives qu'on essaie de rendre diverses et multiples. Plus on injecte de paramètres et plus l'étude devient intéressante. À l'étude des sources dites positives, on peut ajouter la dimension sociologique, économique, politique, linguistique et, pourquoi pas, religieuse », O. MORÉTEAU, *Le juriste français entre ethnocentrisme et mondialisation*, 1999, p. 2, disponible sur [www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/moretea1.pdf](http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/moretea1.pdf). Cela contraste avec l'approche traditionnellement retenue par les juristes tant il est vrai que dans l'étude du droit français « on s'en tient le plus souvent à l'étude des sources formelles, en évitant ou en limitant les incursions dans l'économie, la sociologie, la linguistique et les autres sciences humaines et sociales », O. MORÉTEAU, *op. cit.*, p. 12.

<sup>722</sup> P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé (cours général)*, RCADI 1977-II t. 155, p. 211 (à propos du champ d'étude de l'auteur suédois SUNDSTRÖM – la jurisprudence des pays scandinaves sur la collision des navires – que Monsieur LALIVE estime peu susceptible de faire l'objet d'une généralisation).



## CHAPITRE I L'ETHNOCENTRISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

**408.** Certains auteurs affirment que « le postulat [*de l'égalité entre les lois*] a ses limites. De nombreux instruments de droit international privé ont pour fonction, soit de corriger le choix initial d'une loi étrangère, quand celle-ci retient une solution inadaptée ou trop contraire aux conceptions du droit du for, soit d'influer en amont du choix de lois par l'énoncé de critères dont la finalité est de privilégier les conceptions du for. Ce postulat d'équivalence n'implique donc pas que le droit étranger soit placé sur un pied de stricte égalité avec le droit du for. La prévalence du droit du for s'observe quel que soit le procédé de choix de lois utilisé, ne serait-ce que parce que les juges sont imprégnés des concepts et des valeurs de l'ordre juridique dont ils relèvent et que cela influe sur la manière même de formuler les questions à résoudre et de penser les solutions à retenir »<sup>723</sup>. Pour cerner plus précisément la tendance qu'ont les juristes, et notamment le juge, à raisonner selon les données familières de la *lex fori*, nous utiliserons un concept emprunté à la sociologie, nommé « ethnocentrisme » (Section 1). Après en avoir détaillé les manifestations, sous l'angle de la loi du for, il sera possible d'en cerner les effets en droit international privé, qu'ils soient néfastes ou bénéfiques (Section 2).

### Section 1 La nature de l'ethnocentrisme en droit international privé

De façon très classique, nous allons définir l'ethnocentrisme car ce concept est peu connu du droit international privé (§ 1). Puis, il faudra en donner les diverses manifestations (§ 2) et enfin décrire les types d'influences qui sont susceptibles d'accroître le phénomène de l'ethnocentrisme (§ 3).

---

<sup>723</sup> M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ Paris 2007, n° 105 p. 53 [*ajouté par nous*]. *Adde*, « l'égalité ne peut conduire à assimiler la loi étrangère à la loi du for (...) son infériorité provient de ce qu'elle a toujours besoin d'être accueillie et comprise, de ce qu'elle ne sera jamais chez elle dans le pays du for », P. GANNAGÉ, *L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé*, *Annuaire de l'institut de droit international* 1989 (vol. 63-I) p. 236.

## § 1 La définition du concept

L'ethnocentrisme n'est pas un concept juridique mais un concept sociologique. Il convient de le définir avant de le transposer au domaine juridique, qui nous préoccupe (A). La définition sociologique de l'ethnocentrisme que nous avons retenue, nous guidera alors vers une comparaison avec les concepts de nationalisme et de chauvinisme (B).

### A/ Un concept emprunté à la sociologie

**409.** Le terme ethnocentrisme vient du grec « *ethnos* » qui signifie « peuple, nation » et du latin « *centrum* » qui se traduit par « centre ». On remarque, de prime abord, une analogie assez révélatrice du terme avec celui d'égoïsme. L'ethnocentrisme est précisément défini en sociologie comme l'« attitude, universellement, il semble bien, répandue, qui consiste à faire de son propre groupe le prototype de l'humanité, à considérer les manières de vivre, de sentir et de penser, les coutumes, les mœurs et les croyances de la société à laquelle on appartient comme les seules bonnes, les seules vraies et même, à la limite, les seules vraiment humaines ; à leur conférer un caractère absolu et à les ériger en normes universelles ; et à mépriser comme barbare et sauvage, en jugeant contre la nature ce qui est contre sa coutume, tout ce qui est étranger »<sup>724</sup>. Si le phénomène est fort ancien – puisqu'on le trouve par exemple décrit par MONTAIGNE<sup>725</sup> – le concept de l'ethnocentrisme a quant à lui été introduit au XX<sup>e</sup> siècle par SUMNER<sup>726</sup>.

---

<sup>724</sup> P.-J. SIMON, « Ethnocentrisme » in *Pluriel-recherches*, vocabulaire historique et critique des relations inter-ethniques 1993, cahier n°1, p. 58.

<sup>725</sup> « Chacun appelle barbarie, ce qui n'est pas de son usage ; comme de vrai, il semble que nous n'avons autre mire de la vérité et de la raison que l'exemple et idée des opinions et usances du pays où nous sommes. Là est toujours la parfaite religion, la parfaite police, parfait et accompli usage de toutes choses », M. DE MONTAIGNE, *Essais*, t. I, Chapitre XXX « Des cannibales » (1595), Librairie Générale Française Paris, 1972, p. 307. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que l'œuvre de MONTAIGNE contient les trois thèmes fondamentaux de l'ethnologie : « la remise en cause de l'ethnocentrisme, la contingence des civilisations et l'analyse comparative des sociétés », Ph. LABURTHE-TOLRA et J.-P. WARNER, *Ethnologie, Anthropologie*, PUF Paris, 3<sup>e</sup> éd. 1997, p. 18.

<sup>726</sup> W. Gr. SUMNER, *Folkways : a study of the sociological importance of usages, manners, customs, mores, and morals*, Ginn Boston, 1906.

**410.** Transposé dans le domaine du droit, l'ethnocentrisme se traduit de plusieurs façons. La confrontation du juriste aux ordres juridiques extérieurs suscite tout d'abord, de la part de celui-ci, le désir de se distinguer et de valoriser son propre système juridique pour en mettre en relief les caractéristiques identitaires<sup>727</sup>. Chez le juriste, naît ainsi une tendance à louer la supériorité de son droit, qu'il considère comme plus évolué<sup>728</sup>. Un exemple célèbre d'ethnocentrisme est celui que le conseiller DENIS a formulé au sujet de l'affaire SOULIÉ : « j'aime mieux que les tribunaux français, quand cela leur est permis, jugent d'après la loi française que d'après une loi étrangère qu'ils ne connaissent pas. J'aime mieux la loi française que la loi étrangère (...) J'aime mieux ce qui est simple que ce qui est embrouillé »<sup>729</sup>. Il affirme aussi que « les tribunaux français doivent considérer la loi française comme préférable, meilleure, plus équitable, renfermant une conception plus élevée du droit »<sup>730</sup>. Le fait que cette affirmation ait été énoncée dans une période peu propice à la coopération internationale n'est probablement pas anodin : la conscience de l'ennemi ainsi que la période de crise identitaire consécutive à la guerre franco-allemande a certainement contribué à exacerber les comportements ethnocentriques au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>731</sup>. L'ethnocentrisme serait donc circonscrit, voire conjoncturel. Or, les sociologues

---

<sup>727</sup> En ce sens, v. ce passage écrit par LÉVI-STRAUSS : « à côté des différences dues à l'isolement, il y a celles, tout aussi importantes, dues à la proximité : désir de s'opposer, de se distinguer, d'être soi. Beaucoup de coutumes sont nées, non de quelque nécessité interne ou accident favorable, mais de la seule volonté de ne pas demeurer en reste par rapport à un groupe voisin qui soumettait à un usage précis un domaine où l'on n'avait pas songé soi-même à édicter des règles. Par conséquent, la diversité des cultures humaines ne doit pas nous inviter à une observation morcelant ou morcelée. Elle est moins fonction de l'isolement des groupes que des relations qui les unissent », Cl. LÉVI-STRAUSS, *Race et histoire*, éd. Albin Michel / éd. UNESCO, 2001 p. 42.

<sup>728</sup> Contrairement à Monsieur VASSILAKAKIS, on ne peut y voir un « facteur idéologique » car cela supposerait un comportement parfaitement conscient, E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, n° 30 p. 32.

<sup>729</sup> Rapport du conseiller DENIS au sujet de l'affaire HUMANN c. SOULIÉ (Cass. Req., 1<sup>er</sup> mars 1910), *in* D R., *La théorie du renvoi devant la Cour de cassation de France*, JDI 1912 p. 1009. Un seul auteur qualifie la formule du conseiller DENIS de « provocatrice » et de « rétrospectivement xénophobe », M. NICOD, *Un droit venu d'ailleurs : la loi étrangère désignée par la règle de conflit*, *in* *Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz Paris 2006, n° 12 p. 427.

<sup>730</sup> Rapport du conseiller DENIS précité, JDI 1912 p. 1010.

<sup>731</sup> Monsieur HALPÉRIN explique qu'un courant nationaliste s'est développé en France dès les années 1870. Après la guerre franco-allemande, le pays se replie sur lui-même. Plusieurs données, tirées de la jurisprudence de l'époque, montrent que les magistrats furent vraisemblablement sensibles à cette réaction nationaliste. C'est,

nous apprennent que, loin d'être un phénomène ponctuel, il s'agit d'un phénomène universel et sociologiquement normal<sup>732</sup>. Partant, il n'y a aucune raison pour que la mise en œuvre du droit international privé n'en soit pas empreinte<sup>733</sup> et ceci quels que soient les courants de pensée dominants en cette matière au cours de l'histoire.

**411. Réaction instinctive.** Plusieurs auteurs soulignent que cette tendance est ancrée dans l'instinct ou l'inconscient judiciaire<sup>734</sup>. Monsieur LÉVI-STRAUSS considère lui-même cette attitude comme une attitude fort ancienne, reposant sans doute sur des fondements psychologiques solides<sup>735</sup>. L'ethnocentrisme est, en fait, l'attitude instinctive que cherche par définition à dépasser l'ethnologue qui consiste à juger les autres communautés selon nos propres normes, nos grilles d'interprétation et donc à juger leurs différences comme une anomalie<sup>736</sup>. L'ethnocentrisme correspond cependant moins à une vanité à l'égard de notre

---

par exemple, l'époque où le renvoi fait son apparition : il y a tout lieu de penser que ce fut ainsi pour les juges un « moyen commode de régler les conflits négatifs (...) en donnant la préférence à leur loi nationale », J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF Paris 1999, p. 109. C'est ensuite la période où un conseiller de la Cour de Cassation affiche clairement sa préférence pour la loi française (affaire Soulié). « Dans l'ensemble », écrit Monsieur HALPÉRIN, « la jurisprudence des tribunaux paraissait peu sensible aux avancées de la doctrine dans le sens de la communauté du droit », J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, 109.

<sup>732</sup> D. CUCHE, *La notion de culture dans les sciences sociales*, éd. La découverte Paris, 3<sup>e</sup> éd. 2004 p. 114-115 ; G. YÁÑEZ, *Ethnocentrisme et relativisme culturel*, Site internet Ethnociel (anthropologie et développement) [www.ethnociel.qc.ca/ethnocentrisme.html](http://www.ethnociel.qc.ca/ethnocentrisme.html).

<sup>733</sup> J.-L. ELHOUEISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, th. Paris II, 2000 vol. 1<sup>er</sup> p. 2-15.

<sup>734</sup> « L'idée d'une sorte de primauté naturelle de la *lex fori*, vu le contenu supérieur de celle-ci, est une constante de l'instinct ou de l'inconscient judiciaire », v. P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé (cours général)*, RCADI 1977-II t. 155, p. 187 ; « inconsciemment dans l'esprit du juge parce qu'il estime que la loi (*étrangère*) est trop différente de la loi française il a la tentation de l'écarter par un moyen ou par un autre », Intervention de Monsieur CARATINI à la suite de la communication de H. THIRLWAY, *La recherche de la solution équitable en droit international privé*, TCFDIP 1981-1982, éd. du CNRS Paris p. 101. WENGLER expose, quant à lui, que l'application généralisée de la *lex fori* n'est ancrée ni dans le droit positif, ni dans la conscience juridique, mais qu'elle correspond peut-être à une « tendance inconsciente des tribunaux », W. WENGLER, *Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits*, RCDIP 1952 n° 32 p. 622. Monsieur LANDO parle d'un phénomène de rejet instinctif (« instinctive rejection ») de la loi étrangère, O. LANDO, *Lex Fori in Foro Proprio*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1995, p. 371.

<sup>735</sup> Cl. LÉVI-STRAUSS, *Race et histoire*, (suivi de) *Race et culture*, éd. Albin Michel / éd. UNESCO, 2001, p. 43.

<sup>736</sup> Cl. RIVIÈRE, *Introduction à l'anthropologie*, coll. Les fondamentaux, Hachette supérieur Paris 1999, p. 12-

propre ordre juridique combinée à une hostilité de façade, qu'à l'extrême difficulté pour un observateur de comprendre le fonctionnement des concepts juridiques qui lui sont étrangers<sup>737</sup>.

**412.** Au-delà de ces considérations, le concept d'ethnocentrisme révèle surtout qu'il est ardu d'aller à l'encontre d'un comportement naturel, même en ayant conscience de son illégitimité. Il y a une impossibilité première à reconnaître la diversité juridique<sup>738</sup>. Ainsi, « le juge national, – quelque désir qu'il ait de se déterminer par des considérations purement juridiques – ne pourra se défendre complètement contre cette sorte de nationalisme juridique qui l'enveloppe »<sup>739</sup>. La justice se doit d'être neutre et impartiale mais elle renferme nécessairement un peu des sentiments et des automatismes de celui qui la rend.

**413. Difficultés de résister à la tentation de la *lex fori*.** Les membres du corps judiciaire sont très certainement conscients de la part d'ethnocentrisme à laquelle ils risquent de céder à l'occasion de leurs activités. Le premier avocat général CORNIL s'est notamment expliqué devant la Cour de cassation belge sur la tentation des juristes de recourir à la *lex fori* : « évidemment, il est tentant pour des juges de considérer leur loi nationale comme supérieure à la loi étrangère, il est tentant pour eux de penser que leur compatriote comparaisant devant eux a droit au bénéfice de cette loi nationale, sans qu'une loi étrangère puisse faire échec à son application. Céder à cette tentation serait, de leur part, faire preuve d'un nationalisme négateur du droit international privé, ce serait aller à l'encontre du principe qui est à la base de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, lequel met exactement sur le même pied la loi étrangère et la loi belge, lorsqu'elles concernent l'état et la capacité des personnes, pourvu que la loi étrangère ne soit pas contraire à l'ordre public international belge »<sup>740</sup>.

---

13.

<sup>737</sup> En ce sens, P.-J. SIMON, « Ethnocentrisme » in Pluriel-recherches, vocabulaire historique et critique des relations inter-ethniques 1993, cahier n°1, p. 61.

<sup>738</sup> Comp. P.-J. SIMON, *op. cit.*, p. 58, « on peut considérer qu'il y a pour tout peuple, toute collectivité ethnique, une certaine impossibilité première à admettre le fait même de la diversité culturelle, à tenir pour aussi valables, aussi "naturelles" que les siennes propres, les cultures des autres ».

<sup>739</sup> A. PRUDHOMME, Le droit international privé dans son développement moderne, JDI 1930 p. 923.

<sup>740</sup> Conclusions du premier avocat général L. CORNIL rendues à propos de l'affaire DECHAMPS devant la

B/ La distinction entre l'ethnocentrisme et le nationalisme ou le chauvinisme

**414. Distinction avec le chauvinisme judiciaire.** Par ailleurs, s'agissant de la terminologie, il ne faut pas confondre ethnocentrisme et chauvinisme<sup>741</sup>. Sorte de caricature de l'ethnocentrisme, le chauvinisme est « un patriotisme qui a dégénéré en une grossière vantardise, "une perversion de la pensée et du jugement", un obscurcissement de la raison »<sup>742</sup>. Le chauvinisme se définit comme un patriotisme excessif, ce qui, en raison de la distance mise entre la Justice et la politique grâce au principe d'impartialité, est bien différent de la tendance pour les juges à préférer leur propre droit.

**415. Ethnocentrisme et nationalisme.** Le terme de nationalisme est parfois utilisé par les auteurs, comme le révèlent les citations de PRUDHOMME ou de CORNIL employées ci-dessus. Rappelons tout d'abord que le mot est polysémique en droit international privé. Un auteur comme MANCINI, par exemple, se servait du droit international privé comme d'un instrument de fortification de sa conception de la souveraineté de l'Etat<sup>743</sup>, ce qui semble assez proche du sens commun attribué au terme de nationalisme. Pourtant, à la base du courant dont MANCINI est le défenseur (le personnalisme), la prévalence de la nationalité ne signifie pas que l'ordre juridique doive rejeter tout élément étranger. Au contraire, la nationalité est un facteur de rattachement qui implique l'application de lois étrangères dans les pays d'immigration.

---

Cour de cassation de Belgique, Pasirisie belge 1941-I p. 219.

<sup>741</sup> La confusion est parfois faite par les auteurs. Pour un exemple, v. : S. FERRERI, *The Influence of Education - in Law Schools and Law Faculties - on the Application of Uniform Law ; International uniform law in practice - Le droit uniforme international dans la pratique*, Actes du III<sup>e</sup> congrès de droit privé organisé par l'Institut International pour l'Unification du droit privé, UNIDROIT Rome / Oceana ed. Dobs Ferry N.Y. 1988, p. 291. L'utilisation du terme « chauvinisme » par Madame FERRERI ne correspond d'ailleurs pas à la définition qu'elle en apporte : « *an expression meant to signify the attitude of judges who prefer the legal provisions of their own country (lex fori) to any other which might be indicated by the rules of private international law* ».

<sup>742</sup> P.-J. SIMON, « Ethnocentrisme » *in* Pluriel-recherches, vocabulaire historique et critique des relations inter-ethniques 1993, cahier n°1, p. 61.

<sup>743</sup> V. M. HUNTER - HÉNIN, *Pour une redéfinition du statut personnel*, PUAM Aix-en-Provence 2004, n° 63 p 64.

**416.** Plus généralement, il faut considérer que la tendance qu'il y a à recourir à la loi du for ne peut se confondre avec le nationalisme, au sens politique, puisque ce dernier suppose une idéologie, c'est-à-dire un comportement volontaire et affiché comme tel<sup>744</sup>. Au contraire, l'analyse du « *lex forisme* » sous le prisme de l'ethnocentrisme permet de montrer la part naturelle de ce phénomène<sup>745</sup>, la question étant de savoir s'il peut être accepté comme une tendance « relativement légitime »<sup>746</sup>. Il ne peut, en tout cas, être qualifié de méthode, puisqu'il n'est qu'un phénomène inhérent au fonctionnement du droit et non un élément de définition de celui-ci.

**417. Une distinction artificielle ?** La frontière paraît pourtant bien mince entre l'ethnocentrisme et le nationalisme pris dans son sens commun. En particulier, certains discours doctrinaux pourraient sembler, sinon cautionner, du moins maquiller un nationalisme patent dans la pratique du droit. Ainsi BISCHOFF a-t-il écrit que la jurisprudence française était « franchement nationaliste » avant 1950, puis que, neuf ans plus tard, « certes la compétence du droit français reste identique d'un point de vue quantitatif », mais bien sûr « toute trace de nationalisme a disparu »<sup>747</sup>. Comment est-il possible d'interpréter un renversement de tendance alors que les données à interpréter n'ont sensiblement pas varié ?

**418.** Ne serait-ce qu'à travers cet exemple tiré de la doctrine, il est d'ores et déjà possible de constater que la définition de l'ethnocentrisme ne semble pas uniquement passer par une étude des courants doctrinaux. En tant que concept sociologique, il trouve davantage explication dans la description de la pratique (notamment de la jurisprudence) plutôt que

---

<sup>744</sup> V. néanmoins la définition apportée par Monsieur RIVIÈRE qui n'est pas dépourvue d'ambiguïtés : v° Ethnocentrisme, par Cl. RIVIÈRE, in Dictionnaire de sociologie, A. AKOUN et P. ANSART (sous la dir. de), Le Robert Seuil Paris, 1999, p. 197-198.

<sup>745</sup> Monsieur VASSILAKAKIS affirme d'ailleurs que « c'est en raison du caractère rationnel que revêt la tendance à appliquer la loi du for qu'il ne faut pas se hâter de la taxer de "nationalisme" chaque fois qu'elle s'exprime dans la pratique jurisprudentielle », E. VASSILAKAKIS, Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, n° 29 p. 31.

<sup>746</sup> H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 10 p. 25.

<sup>747</sup> J.-M. BISCHOFF, La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois, LGDJ Paris 1959, p. 204.

dans des raisonnements théoriques<sup>748</sup>.

**419. *Homeward trend.*** Quelles sont donc les formes d'ethnocentrisme qui se dégagent de la jurisprudence ? En fait, certains éléments propres au droit, parmi lesquels le devoir d'impartialité, déjà cité, ainsi que l'obligation pour les juges de motiver leurs décisions sur les règles de droit, font que l'ethnocentrisme ne s'exprime pas sous la forme d'une vanité à l'égard d'un système juridique ou d'une hostilité envers un autre. Ce qui ressort, en revanche, de la jurisprudence – et qui a d'ailleurs déjà été identifié par la doctrine en droit international privé – c'est la tendance pour le juge à rester dans les limites de son propre système, autrement dénommée le « *homeward trend* »<sup>749</sup>. Cette tendance s'appuie sur la prédisposition naturelle du juge à recourir « le plus possible [à] sa propre loi, c'est-à-dire la loi qu'il connaît, qu'il a coutume d'appliquer, la loi à laquelle il demeure attaché par la raison et par le sentiment »<sup>750</sup>, à savoir la *lex fori*<sup>751</sup> : ce qui en rend l'examen tout à fait pertinent pour notre sujet.

**420.** Les manifestations du *homeward trend* sont extrêmement diverses. Par conséquent, le concept est difficile à cerner. NUSSBAUM en distingue plusieurs, ne serait-ce que l'interprétation des notions dans un sens favorable aux conceptions étatiques du for (par exemple, interprétation limitative du champ d'application de la disposition étrangère) ou encore la valorisation des intérêts nationaux par rapport aux intérêts étrangers (pour ne pas

---

<sup>748</sup> « "The homeward trend of private international law" is a reality, but its reasons are more practical than theoretical », M. RHEINSTEIN, compte rendu de "Three Discussions on the Conflict of Laws. Theory and Comments on Fundamental Principles" par G. O. Z. SUNDSTRÖM, AJCL 1973 (vol. 21) p. 179.

<sup>749</sup> A. NUSSBAUM, Principles of private international law, Oxford University Press New York 1943, spéc. p. 37 s. ; G. VAN HECKE, Principes et méthodes de solution des conflits de lois, RCADI 1969-I t. 126, p. 414-415 ; O. LANDO, Lex Fori in Foro Proprio, Maastricht Journal of European and Comparative Law 1995, p. 371. L'expression est également reçue dans le langage allemand : A. HELDRICH, Heimwärtsstreben auf neuen Wegen, in Konflikt und Ordnung Festschrift für Murad Ferid, éd. C.H. Beck München, 1978 p. 209 s. (spécialement sur l'application de la *lex fori* en raison des difficultés de recherche du contenu du droit étranger, à propos d'une affaire où le juge a renoncé à l'application d'une loi étrangère ignorant la légitimation des enfants naturels) ; C. DUBLER, Les clauses d'exception en droit international privé, Études suisses de droit international vol. 35, Librairie Georg Genève 1983, n° 119 p. 101, n° 237 p. 188 et n° 267 p. 211.

<sup>750</sup> A. PRUDHOMME, Le droit international privé dans son développement moderne, JDI 1930 p. 924, [ajouté par nous].

<sup>751</sup> Sur la préférence du juge pour sa propre loi, v. R. GRAVESON, The Inequality of the Applicable Law, BYBIL 1980 t. 51 p. 237.

dire la discrimination)<sup>752</sup>. Postérieurement, d'ailleurs, la variété des formes prises par le *homeward trend* est décelée de façon identique par un auteur anglais<sup>753</sup> : ce qui montre une certaine constance dans la description du phénomène<sup>754</sup>. En effet, la tendance pour les juges à préférer leur droit est un phénomène qui ne doit pas être minimisé<sup>755</sup>. Du reste, elle n'étonne pas un auteur comme PILLET, qui reconnaît que cette pratique revêt « quelque chose de très juste »<sup>756</sup>.

## § 2 Les manifestations de l'ethnocentrisme en jurisprudence

**421.** Pour déterminer l'influence de l'ethnocentrisme dans la jurisprudence de droit international privé, il faut obligatoirement s'intéresser à la part d'activité créatrice qui est laissée aux juges en marge des règles de droit. Il faut, en d'autres termes, examiner la place de l'équité, c'est-à-dire la part qu'occupe le « bon sens », voire la raison pratique, dans l'appréciation de la justice en ce domaine<sup>757</sup>. La problématique est atypique tant les auteurs européens prennent systématiquement parti pour la règle juridique plutôt que pour celui qui a pour mission de l'appliquer. La question se pose pourtant de savoir s'il est possible de juger sans préjuger que la loi du for sera plus juste que la loi étrangère, en sachant que, comme l'écrivait CARBONNIER, « un jugement de valeur, c'est bien ce qui donne son nom au

---

<sup>752</sup> A. NUSSBAUM, *Principles of private international law*, Oxford University Press New York 1943, spéc. p. 37 s.

<sup>753</sup> « *The homeward trend in English conflicts law, the tendency to apply English law in English proceedings, removing any question of applying foreign law, is visible in several ways* », R. FENTIMAN, *Foreign Law in English Courts : pleading, proof, and choice of law*, Oxford University Press / Oxford New-York, 1998 p. 29 s.

<sup>754</sup> « *It is remarkable to notice the regularity with which the courts have found that the applicable law is the law of the forum. As a broad generalization it may be stated that in cases which have an appropriate relationship to the forum country the courts will apply the law of the forum. This homeward trend has been noticeable in all the EC countries and in the United States, where it has been openly supported by writers and by statute* », P. HAY, O. LANDO, R. ROTUNDA, *Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration, in Integration through law*, vol. 1, book n° 2, 1986, ed. M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J. WEILER, p. 164.

<sup>755</sup> « *The homeward trend of the courts may well be termed a universal phenomenon (...). It would be a mistake to dismiss such a momentous phenomenon as an aberration or as a vagary of the courts. In fact, it raises a basic issue which deserves careful consideration* », A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 41-42.

<sup>756</sup> A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. 1<sup>er</sup>, Sirey Paris 1923, n° 24 p. 79.

<sup>757</sup> L'équité intervient en effet lorsque la règle de droit, créée abstraitement, se trouve *in concreto* injuste, J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, vol. I, PUF Paris, 27<sup>e</sup> éd. 2004, n° 9 p. 35.

jugement »<sup>758</sup>.

**422.** Rappelons alors que la doctrine de droit international privé qui consiste à accorder au juge une large discrétion pour la résolution des litiges internationaux est née d'une critique nord-américaine selon laquelle la règle de conflit de lois ne conduirait qu'à des solutions injustes en raison de son caractère mécanique et aveugle<sup>759</sup>. Il s'agit d'une critique qui a contribué à ranimer sur le terrain du droit international privé le débat entre prévisibilité et flexibilité des solutions<sup>760</sup>. Il est, en effet, apparu qu'en cette matière la justice réclamait parfois plus de souplesse dans l'appréhension des situations juridiques. Ce besoin a entraîné l'adoption de procédés dont l'avantage, si ce n'est la finalité, était de contourner la désignation résultant de la règle de conflit de lois, tout particulièrement (et c'est ici qu'intervient le lien avec l'ethnocentrisme) lorsque celle-ci conduisait à l'application de la loi étrangère. Il est, par exemple, notable qu'un auteur considère que la recherche d'une solution équitable en droit international privé passe toujours par l'éviction de la loi étrangère compétente au profit d'une solution plus conforme aux conceptions contenues dans la loi du for<sup>761</sup>.

**423.** Avant ce courant de pensée nord-américain, il existait pourtant des correctifs apportés à la mise en œuvre de la méthode savignienne permettant à coup sûr d'écarter l'application de la loi étrangère. Ces correctifs portent le nom de renvoi au premier degré, de fraude à la loi, d'atteinte à l'ordre public ou encore de défaillance dans l'établissement de la

---

<sup>758</sup> J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 7 p. 31.

<sup>759</sup> Par exemple : D. CAVERS, *The Choice-of-Law Process*, University of Michigan Press Ann Arbor, 1965 ; Gerhard KEGEL, *The crisis of Conflict of Laws*, RCADI 1964-II t. 112, p. 91 s. ; B. AUDIT, Flux et reflux de la crise des conflits de lois, in TCFDIP, Journée commémorative du cinquantième : problèmes actuels de méthode en droit international privé, éd. du CNRS Paris 1988, p. 59.

<sup>760</sup> S. SYMEONIDES, *Exception Clauses in Conflicts Law – United States*, in *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité : XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, préparé par D. KOKKINI-IATRIDOU et l'Académie internationale de droit comparé, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994, p. 77-79 ; P. HAY, *Flexibility Versus Predictability and Uniformity of Choice of Law : Reflections on Current European and United States Conflicts law*, RCADI 1991-I t. 226, p. 281.

<sup>761</sup> H. THIRLWAY, *La recherche de la solution équitable en droit international privé*, TCFDIP 1981-1982, éd. du CNRS Paris, p. 79, v. la jurisprudence citée et spéc. p. 87 : « dans les cas que nous examinons, c'est l'application de la loi étrangère en vertu de la règle de conflit interne qui donne lieu à un résultat

teneur du droit étranger. Il s'agit de procédés, auxquels nous nous sommes intéressés précédemment, pour lesquels l'utilisation de la *lex fori* est indéniable<sup>762</sup>. Ce qui doit nous préoccuper, c'est plutôt la description de l'ethnocentrisme qui existe dans les domaines où le pouvoir décisionnel du juge n'est pas restreint par une règle de droit prédéterminée, c'est-à-dire les domaines où, par définition, il n'y a aucune certitude sur le point de savoir si le juge va recourir à la loi étrangère ou à la loi du for pour rendre la justice dans l'affaire à l'occasion de laquelle il lui est donné de statuer<sup>763</sup>.

Pour ce faire, nous commencerons par examiner si le pouvoir décisionnel du juge a une influence sur la fréquence du recours à la loi du for (A). Nous verrons ensuite que la tendance pour le juge à privilégier la *lex fori* est amplifiée par l'utilisation d'une clause d'exception (B). Pour finir, nous montrerons que le souci de favoriser les intérêts d'un national constitue certainement aussi un facteur de *lex forisme* (C).

A/ Le recours à la *lex fori* facilité par le pouvoir décisionnel du juge

**424.** Émettons d'abord l'hypothèse selon laquelle le juge trouverait appui sur la marge d'appréciation qui lui est laissée pour trancher le litige conformément aux dispositions de sa propre loi. C'est l'idée que l'élargissement du domaine d'application de la *lex fori* serait la conséquence inéluctable de l'accroissement du pouvoir décisionnel. Un premier argument résiderait dans le fait que l'appréciation du juste se ferait forcément par rapport au système le plus connu du juge donc selon la *lex fori*. Il s'agit d'une idée soulevée par le doyen BATIFFOL devant l'Académie de droit international : « la confiance faite au juge pour une appréciation entièrement libre du juste dans le cas concret réintroduit en réalité subrepticement mais quasi inéluctablement le rôle prépondérant de la loi du for (...)

---

inacceptable ».

<sup>762</sup> Pour une inclusion de ces procédés, qualifiés d'« *escape devices* », dans le concept de « clause d'exception », v. les développements du doyen SYMEONIDES dans l'article précité : S. SYMEONIDES, *op. cit.*, p. 80-91. Sur ces procédés, v. *supra* n° 316 s.

<sup>763</sup> Ces hypothèses sont proches de la notion d'équité. Pour un débat sur l'équité dans la justice de droit international privé, v. les interventions qui ont fait suite à la communication de LOUSSOUARN au Comité français de droit international privé (Y. LOUSSOUARN, La règle de conflit est-elle une règle neutre ?, TCFDIP 1980-1981 t. 2, éd. du CNRS Paris, p. 61 s.). Sur la proximité entre l'équité et la justice, v. l'intervention de FRANCESCAKIS à la suite de la communication de H. THIRLWAY, La recherche de la solution équitable en droit international privé, TCFDIP 1981-1982, éd. du CNRS Paris, p. 103-104.

l'appréciation du juste est inévitablement liée à des conceptions préexistantes sur ce qui est juste, et qui dépendent pour une bonne part de la manière dont cette notion du juste est mise en œuvre dans chaque législation ; et le juge est naturellement habitué à concevoir le juste par référence consciente ou inconsciente aux positions du système dans lequel il a été formé »<sup>764</sup>. Sans conteste, il existe donc un lien entre le pouvoir décisionnel et la probabilité pour le juge d'être enclin à l'ethnocentrisme. Néanmoins, le lien dont il s'agit ne pourrait être qu'occulte puisque premièrement, l'ethnocentrisme n'est pas un principe de résolution des conflits de lois (au contraire) et deuxièmement, il ne s'agit pas non plus d'une prescription absolue pour le juge, ce dernier gardant heureusement la possibilité de se départir de l'emprise de la *lex fori*. D'où notre interrogation : est-il possible de trouver des exemples concrets dans lesquels le juge parvient à faire abstraction de sa propension naturelle à appliquer la *lex fori* ?

**425.** Même si chaque décision de droit international privé ayant appliqué une loi étrangère est une preuve manifeste que le juge peut résister à la tentation de recourir à la *lex fori*, elles ne sont pas explicites sur le sujet car elles n'expliquent pas la démarche intellectuelle opérée par le juge pour se détourner de ladite tentation. Il existe pourtant une décision tout à fait exemplaire de la Cour de cassation belge qui mérite d'être mentionnée.

L'affaire concernait un couple mixte : un Russe avait épousé en Belgique une demoiselle de nationalité belge, ce qui avait fait perdre à celle-ci sa nationalité au profit de celle de son mari, comme la loi belge le commandait à l'époque. Quelques années plus tard, elle avait recouvré la nationalité belge par une déclaration faite devant un officier d'état civil belge. Saisie d'une demande en divorce, les juges du fond avaient déclaré la demande irrecevable en application de la loi russe, prohibitive en la matière. La cour d'appel avait en particulier retenu que le statut personnel du mari, qui était aussi celui de la femme depuis le mariage jusqu'au jour où elle avait recouvré la nationalité belge, empêchait que le lien conjugal soit rompu autrement que par le décès de l'un des époux. Un pourvoi contre cette décision fut formé qui conduisit finalement la Cour de cassation à rejeter le moyen visant à faire appliquer le droit belge. Pour ce faire, elle soulignait que, dans les domaines relevant du statut personnel, « la loi belge n'a, comme telle, aucune prééminence sur la loi

---

<sup>764</sup> H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II t.139, p. 101.

étrangère »<sup>765</sup>. Manifestement, il aurait été nettement plus facile pour la Cour de cassation belge d'appliquer la *lex fori* pour permettre aux parties de divorcer. C'est d'ailleurs ce qu'avait fait la Cour de cassation française dans les célèbres affaires FERRARI<sup>766</sup> et BISBAL<sup>767</sup>. La Cour de cassation belge n'a pourtant pas cédé à la tentation d'écarter la loi étrangère.

En revanche, en retenant cette solution, la Cour ne fait pas preuve d'arbitraire, elle se contente de respecter scrupuleusement la règle de conflit de lois. Or, ce qui nous intéresse ici, c'est de trouver un exemple où le juge a appliqué le droit étranger en ne s'appuyant pas sur une motivation juridique claire, fondée sur les règles de droit et notamment sur la règle de conflit, ce qui nous permettrait d'affirmer que l'élargissement du pouvoir judiciaire n'entraîne pas un recours systématique à la loi du for.

**426. Affaire CHELOUCHE.** Une telle question a déjà fait l'objet des réflexions de Monsieur VASSILAKAKIS. Cependant, il semble que le résultat auquel parvient l'auteur n'apparaisse pas concluant en raison d'une contradiction entre les prémices de l'étude et les conclusions que celui-ci entend présenter. Le décalage réside entre l'affirmation, formulée au début de son étude, selon laquelle la tendance à recourir à la loi du for est un trait marquant de la pratique des juges<sup>768</sup> et l'affirmation que « les dispositions législatives récemment admises consacrent la liberté du juge, assez souvent aux dépens de la loi du

---

<sup>765</sup> Cour de cassation de Belgique, Cass. Civ. 12 juin 1941, affaire DECHAMPS c/ MATKOWSKY, PROCUREUR GÉNÉRAL DE LIÈGE ET PROCUREUR DU ROI D'ARLON, Pasirisie belge 1941-I p. 223.

<sup>766</sup> Cass. Civ. 14 mars 1928, FERRARI, Dalloz Hebdomadaire 1928 p. 253, S. 1929 I p. 92, Rev. dr. int. priv. 1928, p. 651 ; JDI 1928, p. 382 (où la Cour de cassation autorise, en application de la loi française, une Française à divorcer d'un Italien, après avoir rejeté dans une précédente décision la demande de conversion de leur séparation de corps en divorce, Cass. Civ. 6 juillet 1922, DE FERRARI, Rev. dr. int. pr. 1922, p. 444, rapport A. COLIN, note A. PILLET ; JDI 1922 p. 545, note A. MORILLOT et p. 714 ; D. 1922 I p. 137, note L. S. ; S. 1923 I p. 5, note Ch. LYON-CAEN ; GADIP n° 12). Cette jurisprudence partait de « l'idée qu'on ne pouvait priver un Français de la faculté de divorcer au prétexte que la loi régissant le lien matrimonial en consacrait l'indissolubilité », B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 12 § 4 p. 106.

<sup>767</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 12 mai 1959, BISBAL, Bull. 1959 I n° 236 p. 199 ; RCDIP 1960 p. 62, note H. BATIFFOL ; JDI 1960 p. 810, note J. B. SIALELLI ; D. 1960 p. 610, note Ph. MALAURIE ; JCP 1960 II 11733, note H. MOTULSKY ; GADIP n° 32.

<sup>768</sup> E. VASSILAKAKIS, Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, n° 24 s., p. 28 s.

for »<sup>769</sup>. La théorie de l'auteur est fondée sur le postulat que le renforcement du pouvoir d'appréciation du juge réduit les opportunités de recours à la *lex fori*<sup>770</sup>. Ce postulat est exactement l'inverse de notre hypothèse de départ. Il est ainsi très intéressant d'examiner le raisonnement utilisé par cet auteur. Pour illustrer l'opinion que l'application préférentielle de la loi du for n'est justement pas la conséquence inéluctable de la liberté judiciaire, Monsieur VASSILAKAKIS s'appuie principalement sur un cas néerlandais<sup>771</sup>. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour de cassation des Pays-Bas que nous nous proposons de reprendre ici<sup>772</sup>.

**427.** Dans cette affaire, les juges étaient chargés de déterminer le régime matrimonial d'une Française mariée à un homme d'affaires nord-américain. Étant de fortune inégale, l'épouse avait naturellement intérêt à ce que les juridictions néerlandaises retiennent le régime en vigueur dans le droit interne de ce pays, à savoir celui de la communauté universelle de biens (biens présents et acquis pendant le mariage). Jugeant que le résultat obtenu selon cette loi serait « inacceptable, vu les circonstances de l'espèce », la Cour de cassation néerlandaise chercha à exclure le recours à la *lex fori* pour fixer le régime matrimonial litigieux.

**428.** Pour ce faire, elle formula un raisonnement particulièrement soigné. Faute de contrat de mariage qui aurait pu indiquer à la Cour la volonté des époux sur ce point, celle-ci avait tout d'abord tenté de trouver un élément de rattachement qui soit commun aux deux parties. Elle avait alors interprété par analogie une disposition néerlandaise selon laquelle le régime matrimonial d'époux néerlandais à l'étranger était soumis à la législation néerlandaise pendant toute la durée du mariage. La bilatéralisation de la règle conduisait en effet à désigner la loi de la nationalité commune des époux<sup>773</sup>. Comme ces derniers étaient de nationalité différente, la Cour avait subsidiairement retenu le rattachement au domicile matrimonial commun. Or, le lieu du domicile matrimonial au moment du mariage n'avait pu être établi en l'espèce. Il fallait alors subsidiairement rechercher le pays avec lequel les

---

<sup>769</sup> E. VASSILAKAKIS, *op. cit.*, n° 365 p. 344.

<sup>770</sup> « Le recul de la loi du for (*est*) lié à un élargissement du pouvoir d'appréciation du juge », E. VASSILAKAKIS, *op. cit.*, n° 22 p. 23.

<sup>771</sup> E. VASSILAKAKIS, *op. cit.*, n° 201 s., p. 190 s.

<sup>772</sup> Cour de cassation des Pays-Bas, 10 décembre 1976, CHELOUCHE c. VAN LEER, RCDIP 1978 p. 97, note H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA.

<sup>773</sup> Sur la bilatéralisation v. *supra* n° 123-124.

parties avaient le lien le plus étroit. Sans désigner la loi étrangère applicable, la Cour décida « en tout cas » de rejeter l'hypothèse selon laquelle ce pays serait les Pays-Bas. L'arrêt mentionne, en effet, que le régime de la communauté universelle de biens ne pouvait pas convenir à leurs relations de droit puisque, au regard de leur situation patrimoniale respective au moment du mariage, il était invraisemblable que des époux se soient mariés sous ce régime – un régime qui, au surplus, n'était connu d'aucun des systèmes de droit auquel les parties avaient été liées avant leur mariage. Elle approuva ainsi les juges du fond d'avoir rejeté la demande de l'épouse.

**429.** Pour résumer cette motivation particulièrement riche, il faut reprendre la méthodologie utilisée par la Cour de cassation. Le raisonnement utilisé se veut clairement conforme à la méthode des rattachements subsidiaires (dite « échelle de KEGEL »<sup>774</sup>) avec, comme ultime solution, le rattachement à la loi de l'État le plus proche de la situation des parties (principe de proximité). La Cour de cassation a d'abord cherché à rattacher la situation à la loi d'autonomie, à défaut ensuite, à la loi de la nationalité commune, à défaut encore, à la loi du premier domicile matrimonial, à défaut enfin, à la loi de l'État avec lequel les parties entretiennent le lien le plus étroit. Pourtant, en utilisant le dernier rattachement subsidiaire, la Cour néerlandaise n'a pas cherché à localiser le lieu avec lequel les parties entretenaient le lien le plus étroit, conformément au principe de proximité<sup>775</sup>. À l'arrivée, elle s'est uniquement employée à trouver le régime le plus vraisemblable au regard de la situation patrimoniale des époux. Lors de sa recherche du vraisemblable, c'est-à-dire de la vérité à défaut d'élément probant, elle a, en somme, cherché à appuyer son appréciation du juste : ce qui correspond effectivement à un jugement rendu en équité.

**430.** Le rejet de la *lex fori* comme conduisant à une solution « invraisemblable », « inacceptable au regard des circonstances » ou encore « qui ne convient pas aux relations de

---

<sup>774</sup> Sur la méthode des rattachements subsidiaires, v. *supra* n° 144 s.

<sup>775</sup> La contradiction qui anime la solution de la Cour de cassation néerlandaise réside dans la consécration manifeste du principe de proximité alors que, dans le même temps, elle ne l'utilise pas. V. P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI 1986-I t. 196, n° 118 p. 125. Dans le même sens, v. A. E. VON OVERBECK, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - cours général de droit international privé, RCADI 1982-III t. 176, n° 429 p. 197

droit des parties »<sup>776</sup> ne trouve son origine dans aucune règle de droit préétablie : il s'agit, de toute évidence, d'une solution laissée, à l'époque, à l'entière discrétion de la Cour de cassation des Pays-Bas. Les différents éléments de rattachement posés par la Cour sont écartés en raison du contenu matériel de la loi néerlandaise à la désignation de laquelle chacun d'eux conduirait (*lex fori* en tant que *lex causae*). Le juge ne fait qu'écartier la solution en vigueur en droit interne (régime légal de la communauté universelle de biens) pour lui préférer une solution qu'il crée de son propre chef (tout autre régime légal que celui retenu par la loi néerlandaise). Ce faisant, il crée une règle matérielle inédite<sup>777</sup>. Au demeurant, il refuse de respecter la solution valable en droit interne alors qu'elle était pourtant désignée par la règle de conflit qu'il a lui-même élaborée. En d'autres termes, il désigne la *lex fori* sans l'appliquer puisqu'il invente un contenu de la *lex fori* qui est différent de la loi interne. Il s'agit d'une dissociation qui, sans parler de l'atteinte à la séparation des pouvoirs, contrevient de façon flagrante à la théorie générale des conflits de lois : par définition, la *lex fori* est le droit interne en vigueur dans le pays où est institué le tribunal. La solution est évidemment critiquable puisque l'arbitraire n'est pas réellement caractérisé en l'espèce alors que la décision judiciaire ne trouve explication que dans la volonté de ses auteurs d'arrêter une solution qui ne se fonde, malgré les apparences, sur aucune règle<sup>778</sup>.

**431.** L'arrêt CHELOUCHE n'est donc pas réellement pertinent à prouver l'assertion qu'un large pouvoir judiciaire ne va pas forcément de pair avec l'application du droit du for. D'ailleurs, la position de Monsieur VASSILAKAKIS au sujet de la faiblesse du lien entre le pouvoir du juge et sa propension à appliquer la *lex fori* n'est pas absolue puisque l'auteur

---

<sup>776</sup> Selon les propres termes de la Cour de cassation des Pays-Bas.

<sup>777</sup> En ce sens, H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, note sous l'affaire CHELOUCHE, Cour de cassation des Pays-Bas, 10 décembre 1976, RCDIP 1978 p. 108 : « dans le présent arrêt, la Cour fournit une contribution originale au développement de solutions matérielles dans le droit international privé ».

<sup>778</sup> L'arbitraire est défini comme étant le « caractère d'une décision (...) qui n'est pas le résultat de l'application d'une règle existante mais le produit d'une volonté libre » alors que « discrétionnaire » se dit « du pouvoir d'appréciation du juge dans les cas exceptionnels où celui-ci jouit de la faculté de prendre, en fonction des circonstances (qu'il apprécie librement) une décision qui non seulement échappe au contrôle de la Cour de cassation, comme toute appréciation souveraine de fait, mais, plus spécifiquement, peut se référer, pour motif suffisant, au sentiment d'opportunité du juge », G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8<sup>e</sup> éd. 2007, PUF Paris, v<sup>o</sup> Arbitraire, p. 69-70 et v<sup>o</sup> Discrétionnaire, p. 314. V. aussi G. BOLARD, L'arbitraire du juge, Mélanges offerts à Pierre Drai : le juge entre deux millénaires, Dalloz Paris 2000, p. 225.

admet tout de même qu'il y ait une forte probabilité que le juge fasse usage de sa marge d'appréciation pour recourir à sa propre loi<sup>779</sup>. Il n'est, du reste, pas possible de trouver pléthore de décisions écartant arbitrairement l'application de la loi du for : l'expérience des spécialistes montre que la jurisprudence ne rejette quasiment jamais la *lex fori* lorsqu'elle est désignée par la règle de conflit<sup>780</sup>. L'examen de la technique de la clause d'exception conforte d'ailleurs cette appréciation (B).

B/ L'accroissement du domaine de la *lex fori* sous l'effet de la clause d'exception

#### **432. Accroissement du pouvoir d'appréciation : l'exemple de la clause d'exception.**

Au premier rang des techniques de droit international privé qui permettent d'accroître le pouvoir décisionnel du juge par rapport à la règle de droit se trouve le principe de proximité, précédemment évoqué au sujet de l'affaire CHELOUCHE. L'une des manifestations de ce principe en matière de conflits de lois reçoit depuis le XX<sup>e</sup> siècle l'appellation de « clause d'exception »<sup>781</sup>.

**433.** En Europe, les clauses d'exception sont relativement rares, la méthode post-savignienne restant prédominante. Ainsi, pour prendre l'exemple de la France, il est assez difficile de trouver des utilisations jurisprudentielles du concept de « liens les plus étroits »<sup>782</sup> en dehors des décisions fondées sur les dispositions de la convention de Rome

---

<sup>779</sup> E. VASSILAKAKIS, *op. cit.*, n° 201 s. p. 191.

<sup>780</sup> « Que la *lex fori* – désignée par la règle de conflit du for – puisse elle aussi être exposée à un veto, voilà qui ne manquera pas d'étonner plus d'un spécialiste du droit international privé », H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA, note sous l'affaire CHELOUCHE, Cour de cassation des Pays-Bas, 10 décembre 1976, RCDIP 1978 p. 106.

<sup>781</sup> La paternité du mécanisme est attribuée à MARIDAKIS (G. MARIDAKIS, Rapport définitif sur le renvoi en droit international privé, AIDI 1957, vol. 47-II, p. 5, spéc. p. 53). V. C. DUBLER, Les clauses d'exception en droit international privé, Études suisses de droit international volume 35, Librairie Georg Genève, 1983, n° 1 p. 22 ; Ch. PAMBOUKIS, Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – Grèce, *in* Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité : XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, préparé par D. KOKKINI-IATRIDOU et l'Académie internationale de droit comparé, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994 p. 221 ; A. E. VON OVERBECK, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - cours général de droit international privé, RCADI 1982-III t. 176, n° 422 p. 193 s.

<sup>782</sup> Grâce à une recherche sur Legifrance ([www.legifrance.gouv.fr/](http://www.legifrance.gouv.fr/)), il est peut-être possible de trouver une piste d'application tout à fait originale du principe de proximité *via* la théorie du renvoi. En l'espèce, les

relative à la loi applicable aux obligations contractuelles (article 4 § 5 *in fine* et article 6 § 2 *in fine*)<sup>783</sup>. Le recours aux clauses d'exception de la convention de Rome n'étant pas lui-même très fréquent, il est en outre malaisé de dégager une tendance franche des tribunaux français à recourir à la *lex fori* par ce biais. Pour autant, il paraît assez révélateur que la totalité des arrêts de la Cour de cassation utilisant une clause d'exception contenue dans la convention de Rome – en l'occurrence trois arrêts – parviennent à la désignation de la *lex fori*<sup>784</sup>. Dans ces arrêts, la motivation utilisée traduit davantage un simple « groupement des

---

juridictions françaises étaient saisies de la mise sous tutelle d'une Canadienne qui résidait depuis des décennies en France. La règle de conflit commandait donc que la tutelle soit réglée selon la loi personnelle de l'intéressée. Or, le droit canadien de *common law* rattache, quant à lui, le statut personnel « au concept de domicile ou de résidence avec une évolution vers celui de "liens les plus étroits" », permettant par là même un renvoi à la loi du for. L'arrêt ne précise pas cependant quel est l'élément décisif entre le rattachement au domicile, le rattachement à la résidence ou le rattachement au pays des liens les plus étroits, puisque les trois conduisaient à l'application de la *lex fori*, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 septembre 2005, KENNY, Bull. 2005 I n° 336 p. 279 ; RCDIP 2006 p. 100, note H. MUIR WATT ; Dr. fam. 2005 n° 12, comm. 282, note M. FARGE ; D. 2006 p. 1726, note Fr.-X. MORISSET.

<sup>783</sup> Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> avril 1991 ; texte disponible sur : [www.rome-convention.org](http://www.rome-convention.org) . V. aussi la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2005 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit règlement Rome I), disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>. En raison de l'imprévisibilité juridique à laquelle la clause d'exception conduit, la proposition de la Commission tend à restreindre les hypothèses où cette clause pourra être mis en œuvre. Comp. l'art. 4 § 3 du Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles.

<sup>784</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janvier 2006, n° 03-11601, Legifrance (où il est décidé que les juges du fond ont justement retenu que la loi française s'appliquait, au motif que le principal de l'obligation avait été exécuté dans le ressort de la juridiction française et que la poursuite des négociations entre les parties avait pour but final l'acquisition d'actions d'une société ayant son siège social et ses actifs en France) ; Cass. Soc. 23 mars 2005 n° 03-42609 Legifrance (où est approuvée la cour d'appel « qui, après avoir fait ressortir que les parties n'avaient fait choix d'aucune loi pour régir leurs rapports, a constaté que les contrats de travail successifs de la salariée avaient été conclus entre personnes de nationalité française, qu'ils étaient rédigés en langue française et qu'ils fixaient le salaire de l'intéressée en francs français en rémunération d'un travail, accompli dans un établissement français soumis à la réglementation française en vigueur dans les établissements d'enseignement, sous le pouvoir disciplinaire du conseiller culturel de l'ambassade de France, lui-même placé sous l'autorité du ministre français de la coopération, a pu en déduire que ces contrats présentaient des liens étroits avec la France et a exactement décidé que la loi française était applicable au litige ») ; Cass. Com., 4 mars 2003, SOC. HAPAG, Bull. 2003 IV n° 33 p. 39 (en l'espèce, la Cour de cassation décide que « la cour d'appel a énoncé, à bon droit, qu'à défaut de choix des parties, la loi applicable devait être déterminée selon l'article 4.5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 ratifiée par la France et l'Allemagne, qui prévoit que les présomptions de l'article 4.4 de

points de contacts » que l'existence d'un concept plus évolué de la clause d'exception, tel qu'il est défini en droit comparé.

**434.** Certains pays voisins de la France ont, en effet, fait le choix de réserver un plus large accueil au procédé de la clause d'exception. C'est d'abord le cas de la Suisse, qui fait figurer à l'article 15 § 1 de la loi de droit international privé que « le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit »<sup>785</sup>. Par ailleurs, le législateur belge a lui aussi adopté une clause d'exception<sup>786</sup>. Dans ces deux pays, il s'agit de clauses *générales* d'exception qui concernent l'ensemble du système de résolution des conflits de lois<sup>787</sup>. Le

---

cette Convention, relatif au contrat de transport de marchandises, sont écartées lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays, comme en l'espèce avec la France où devaient être livrées les marchandises à Rungis à la société Tropique de Mexico par un transporteur allemand à l'issue d'un transport du Mexique à destination de Rungis via les Etats-Unis et la Belgique et que, par suite, la loi française est applicable au contrat de transport ». *Contra* (rendu avant l'entrée en vigueur de la convention de Rome) : Versailles, 6 février 1991, BLOCH, RCDIP 1991 p. 745, note P. LAGARDE ; JDI 1992 p. 125, note J. FOYER ; D. 1992 II p. 174, note J.-D. MONDOLINI. La Cour d'appel de Versailles a, en l'espèce, appliqué la loi italienne (obligation garantie régie par la loi italienne, contrat rédigé en langue italienne, lieu de conclusion du contrat situé en Italie, domicile italien du créancier). Néanmoins Monsieur LAGARDE remarque de façon tout à fait pertinente que, dans cette affaire, la Cour parvient, délibérément sans doute, à la solution qui résultait de la règle de conflit française antérieure à la convention de Rome (note précitée p. 749).

<sup>785</sup> Le texte est disponible sur le site internet des Autorités fédérales de la Confédération suisse : [www.admin.ch/ch/f/rs/291/](http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/). Fr. KNOEPFLER et Ph. SCHWEIZER, La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale), RCDIP 1988 p. 207. L'article 3082 du Code civil Québécois reprend une formulation identique (loi du 18 décembre 1991 codifiant le droit international privé en un livre dixième du nouveau Code civil du Québec, RCDIP 1992 p. 574).

<sup>786</sup> Une clause d'exception qui est énoncée à l'article 19, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code belge de droit international privé : « Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable lorsqu'il apparaît manifestement qu'en raison de l'ensemble des circonstances, la situation n'a qu'un lien très faible avec l'État dont le droit est désigné, alors qu'elle présente des liens très étroits avec un autre État. Dans ce cas, il est fait application du droit de cet autre État », Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, Moniteur belge 27 juillet 2004 p. 57344, RCDIP 2005 p. 158 ; J.-Y. CARLIER, M.c FALLON, et B. MARTIN-BOSLY, Code de droit international privé, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Bruylant Bruxelles, p. 583.

<sup>787</sup> Pour un exemple de clause spéciale d'exception, v. le droit international privé allemand des obligations extra-contractuelles et l'exception du « lien considérablement le plus étroit » énoncé à l'article 41 de la loi du

droit belge contient, en outre, une autre clause générale d'exception dans le domaine de la compétence juridictionnelle<sup>788</sup>, ce qui est tout naturellement assimilable à la théorie du *forum non conveniens*<sup>789</sup>.

**435.** Sur le plan méthodologique, la fonction de la clause d'exception est celle que l'on prête volontiers à la méthode savignienne et qui consiste à localiser le droit présentant le rapport le plus étroit avec la situation juridique<sup>790</sup>. Ce précepte est d'ailleurs exprimé en tête de la loi autrichienne de droit international privé qui dispose que « les situations qui présentent des liens avec l'étranger sont régies, en matière de droit privé, par l'ordre juridique avec lequel existe le rapport le plus fort »<sup>791</sup>. Or la méthode post-savignienne, si elle n'est pas complétée par une batterie d'éléments fixes de rattachements, peut permettre une très grande flexibilité en raison de sa généralité.

**436.** Volontairement dénuée de tout élément de rattachement prédéterminé, la méthode post-savignienne se voit ainsi réduite à un simple « principe de proximité »<sup>792</sup>. Il est admis que ce principe se caractérise par un rattachement souple (liens les plus étroits), voire

---

21 mai 1999 sur le droit international privé des obligations extra-contractuelles et des biens, RCDIP 1999 p. 871.

<sup>788</sup> Une attribution exceptionnelle de compétence internationale figure à l'article 11 du Code belge de droit international privé : « Nonobstant les autres dispositions de la présente loi, les juridictions belges sont exceptionnellement compétentes lorsque la cause présente des liens étroits avec la Belgique et qu'une procédure à l'étranger se révèle impossible ou qu'on ne peut raisonnablement exiger que la demande soit formée à l'étranger », Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, Moniteur belge 27 juillet 2004 p. 57344, RCDIP 2005 p. 156 ; J.-Y. CARLIER, M. FALLON, et B. MARTIN-BOSLY, Code de droit international privé, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Bruylant Bruxelles, p. 582.

<sup>789</sup> C. DUBLER, Les clauses d'exception en droit international privé, Études suisses de droit international vol. 35, Librairie Georg Genève 1983, n° 241 s. p. 191 s. ; P. LAGARDE, compte-rendu de l'ouvrage « Les clauses d'exception en droit international privé » de C. DUBLER, RCDIP 1985 p. 787 spéc. p. 788 ; P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI 1986-I t. 196, n° 142 s. p. 142 s. Sur le *forum non conveniens*, v. *infra* n° 776 s.

<sup>790</sup> Fr. KNOEPFLER, Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé, in Hommage à Raymond Jeanprêtre, éd. Ides et calendes Neuchâtel 1982, p. 118.

<sup>791</sup> Loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé (IPR-Gesetz), RCDIP 1979 p. 176.

<sup>792</sup> P. LAGARDE, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI 1986-I t. 196, p. 9 s.

casuistique (groupement de points de contact), afin de pouvoir s'adapter à chaque espèce<sup>793</sup>. La clause d'exception est, par conséquent, l'une des formes du principe de proximité. Il faut tout de même préciser que, par définition, elle ne fonctionne pas comme une règle principale de rattachement puisqu'elle intervient toujours à titre de correctif. Comme son nom l'indique, il s'agit bien d'une « exception » à la règle de conflit de lois. Elle a pour fonction d'affiner la règle de conflit lorsque la mise en œuvre de cette dernière conduit à un résultat injuste. En d'autres termes, elle a pour mission de « rétablir la justice de droit international privé qui s'est trouvée rompue par les faits particuliers de l'espèce »<sup>794</sup>. La clause d'exception a donc pour but de corriger l'application trop rigide d'une règle de rattachement. Elle peut aider le juge à donner une réponse équitable à des difficultés issues du manque de coordination de systèmes étatiques différents<sup>795</sup>. Elle peut également s'appliquer à des situations que le législateur, en édictant un rattachement général, ne pouvait pas prévoir<sup>796</sup>.

**437.** Quant au rapport entre la clause d'exception et la loi du for, il faut dire que le jeu de la clause d'exception n'impose pas, en principe, une comparaison des solutions matérielles, c'est-à-dire une comparaison entre la solution apportée par la *lex fori* et celle apportée par la loi étrangère<sup>797</sup>. Il est néanmoins certain que, par le biais de la clause d'exception, le juge

---

<sup>793</sup> P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 87 p. 95.

<sup>794</sup> Ch. PAMBOUKIS, Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions, RHDI 1994 vol. 47 p. 478.

<sup>795</sup> Circulaire du 23 septembre 2004 relative aux aspects de la loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé concernant le statut personnel. Disponible sur le site internet du Conseil francophone de la fédération du notariat belge : [www.notaire.be/info/actes/101\\_code\\_dip\\_circulaire.htm](http://www.notaire.be/info/actes/101_code_dip_circulaire.htm). Dans le commentaire de la loi fédérale sur le droit international privé, Messieurs KNOEPFLER et SCHWEIZER parlent quant à eux de « souplesse », Fr. KNOEPFLER et Ph. SCHWEIZER, La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale), RCDIP 1988 p. 227.

<sup>796</sup> R. MEYER, Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – Suisse, *in* Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité : XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, préparé par D. KOKKINI-IATRIDOU et l'Académie internationale de droit comparé, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994 p. 321 et S. SYMEONIDES, Exception Clauses in Conflicts Law – United States, même ouvrage, p. 78.

<sup>797</sup> Un auteur considère que cette sorte de « *better law approach* » engendrerait « les pires difficultés dans la mesure où elle impose au tribunal un jugement de valeur qui conduit inconsciemment à préférer le droit du for, le droit continental face au droit de la common law, les droits européens face au droit musulman », Fr. KNOEPFLER, Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé, *in* Hommage à Raymond Jeanprêtre, éd. Ides et calendes Neuchâtel 1982 p. 124. La position est unanime en doctrine : « aucun

cherchera à obtenir la solution qui lui semble la plus juste et préférable<sup>798</sup>. Or, il existe une probabilité non négligeable que sa propre loi soit la bénéficiaire quasi-exclusive de ce procédé<sup>799</sup>. À ce sujet, l'auteur d'une étude poussée sur les clauses d'exception constate de manière empirique que celles-ci interviennent essentiellement en faveur de la *lex fori*<sup>800</sup>.

**438.** Que la clause d'exception permette d'étendre l'application de la loi du for, il s'agit d'un reproche, ou plutôt d'une crainte, extrêmement courante au sein de la doctrine<sup>801</sup>.

---

auteur ne veut permettre de choisir, en application de la clause échappatoire, un droit plutôt qu'un autre pour la raison qu'il serait meilleur », A. E. VON OVERBECK, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - cours général de droit international privé, RCADI 1982-III t. 176, n° 412 p. 189.

<sup>798</sup> « Les juges auront une tendance certaine à n'utiliser la clause d'exception qu'autant qu'elle conduit à l'application de la loi qui leur semble préférable », P. RÉMY-CORLAY, Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois, RCDIP 2003 p. 52.

<sup>799</sup> « L'application la plus courante de la clause d'exception mène à une application de la *lex fori* au lieu de la loi étrangère désignée par la règle de conflit (...) dans le cas où la règle de conflit désigne la *lex fori*, la clause d'exception peut intervenir en faveur de la loi étrangère, une hypothèse qui sera plutôt rare », R. MEYER, Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – Suisse, *op.cit.*, p. 320-321.

<sup>800</sup> C. DUBLER, Les clauses d'exception en droit international privé, précité, n° 107 p. 94.

<sup>801</sup> « Souvent alors, pour ne pas dire naturellement, la clause d'exception permettra au juge d'ignorer la justice de droit international privé, exprimée par le principe de proximité, et de glisser vers des considérations matérielles. L'utilisation injustifiée de la clause d'exception risque en outre de provoquer l'application systématique de la *lex fori* car la tendance pour le juge, inspirée par un souci de commodité, est d'appliquer sa propre loi », Ch. PAMBOUKIS, Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions, RHDI 1994 (vol. 47) p. 477 ; « le risque de voir les tribunaux recourir à l'article 15 LDIP pour appliquer un peu trop généreusement la loi du for ne doit pas être nié », Fr. KNOEPFLER, note sous Tribunal fédéral suisse (2<sup>e</sup> Cour civile), 28 novembre 1991 (27 janvier 1992), RCDIP 1992 p. 494. Au sujet de la doctrine française, Monsieur SPIEGEL relate : « on craint plus précisément que les instruments de "flexibilisation" puissent devenir dans la main des juges un instrument pour arriver, par des moyens détournés, à des finalités non avouées – le plus souvent, à l'application de la loi française », N. SPIEGEL, Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction – France, *in* Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité : XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, préparé par D. KOKKINI-IATRIDOU et l'Académie internationale de droit comparé, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht/Boston/London, 1994 p. 216 ; « il est en effet à craindre une application fréquente de la *lex fori* par le jeu détourné de la clause d'exception », Ch. PAMBOUKIS, Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – Grèce, *op. cit.*, p. 231. La crainte est partagée par la doctrine portugaise et la doctrine suisse : v. R. M. MOURA RAMOS, Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – Portugal, *op. cit.*, p. 280 et R. MEYER,

Poussée à son paroxysme, ce serait, selon un auteur, l'une des manifestations de la « dérive vers une discrétion judiciaire subversive »<sup>802</sup>.

Il existe alors deux manières de procéder pour parvenir à une telle utilisation de la clause d'exception : l'une, active, consiste à mettre largement en œuvre la clause d'exception en faveur de la loi du for lorsque la loi étrangère est désignée par la règle de conflit de lois, tandis que l'autre, passive, consiste à ne pas recourir à la clause d'exception lorsque la règle de conflit de lois permet de rattacher la situation juridique à la *lex fori*<sup>803</sup>.

**439.** Ceci étant, il est difficile de démontrer que la notion de clause d'exception soit porteuse d'ethnocentrisme puisque la fonction de la clause d'exception n'est pas fondamentalement de permettre au juge d'appliquer sa propre loi. Ce serait d'ailleurs, non seulement un détournement indu de sa fonction<sup>804</sup>, mais encore l'expression indubitable des « dangers de l'utilitarisme de la clause d'exception »<sup>805</sup>.

**440.** Ainsi, en droit suisse, il n'apparaît pas que la clause d'exception soit excessivement ou abusivement utilisée par les juges. Un arrêt de principe rappelle qu'en tant qu'exception, l'article 15 de la loi suisse de droit international privé est d'interprétation stricte. Il s'agit d'une jurisprudence constante depuis cet arrêt. En l'espèce, le Tribunal fédéral a, en outre, pris le soin de vérifier la réalisation des deux conditions cumulatives figurant dans la lettre de la loi : un lien très lâche avec la loi désignée par la règle de conflit (en l'espèce la loi

---

Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – Suisse, *op. cit.*, p. 302. Monsieur BARNICH formule quant à lui l'espoir « que les plaideurs et les juges ne se serviront pas de la clause d'exception pour justifier l'application de telle loi dont le contenu leur paraît préférable » ce qui en ferait « un outil potentiellement dommageable », L. BARNICH, La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé, *in* mélanges John KIRKPATRICK, Bruylant Bruxelles 2004, p. 70 et p. 72.

<sup>802</sup> P. RÉMY-CORLAY, *op. cit.*, RCDIP 2003 p. 37.

<sup>803</sup> C. DUBLER, Les clauses d'exception en droit international privé, précité, n° 267 p. 211.

<sup>804</sup> La clause d'exception ne peut pas « justifier, par facilité, le retour à la loi du for », L. BARNICH, *op. cit.*, p. 70 ; « ce serait abuser de la clause d'exception que d'en faire un moyen commode de revenir à la *lex fori* chaque fois que l'application de la loi étrangère compétente soulève une difficulté quelconque », A. E. VON OVERBECK, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - cours général de droit international privé, RCADI 1982-III t. 176, n° 415 p. 190.

<sup>805</sup> P. RÉMY-CORLAY, Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois, RCDIP 2003 p. 51.

texane, loi de la nationalité commune des époux) et une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit (ici le droit suisse)<sup>806</sup>.

Dans une autre affaire<sup>807</sup>, le Tribunal fédéral a non seulement confirmé que la clause d'exception était d'interprétation restrictive, mais il a aussi retenu que la situation juridique n'avait pas de liens lâches avec le droit désigné par la règle de conflit<sup>808</sup>. Il n'a donc pas fait usage de la clause d'exception de l'article 15 de la loi suisse de droit international privé pour évincer la loi étrangère. Dans une troisième affaire, le juge suisse a même mentionné que la clause d'exception ne pouvait pas servir à éviter un résultat matériel indésirable<sup>809</sup>.

**441.** Ainsi encadré, le recours à la clause d'exception ne semble pas, par définition, pouvoir systématiquement mener à l'application de la *lex fori*. Cela est conforme à la prescription de VON OVERBECK, selon laquelle la clause d'exception doit conduire à un résultat paritaire entre la loi étrangère et la loi du for<sup>810</sup>. Après avoir étudié le droit suisse, Monsieur DUBLER écrit, quant à lui, que l'hypothèse d'intervention la plus courante de la clause d'exception est celle de l'éviction de la loi étrangère désignée par la règle de conflit au profit de la *lex fori* : « en effet pratiquement la totalité des cas d'application de la clause d'exception en matière contractuelle par le Tribunal fédéral ont pour effet d'imposer l'application exceptionnelle de la loi suisse du for au détriment des lois étrangères normalement désignées »<sup>811</sup>. Cette observation est également faite par Monsieur KNOEPFLER, selon lequel « la jurisprudence rendue avant l'entrée en vigueur de la LDIP

---

<sup>806</sup> Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour civile, 27 janvier 1992, ATF 118 II 79 (spéc. le considérant 3, p. 81-83). Disponible sur le site internet du Tribunal fédéral suisse : [www.bger.ch](http://www.bger.ch) ; commentaire Fr. KNOEPFLER, RCDIP 1992 p. 484.

<sup>807</sup> Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour civile, 7 avril 1995 ATF 121 III 246, spéc. considérant 3, p. 247. Disponible sur le site internet du Tribunal fédéral suisse : [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

<sup>808</sup> Il s'agissait du droit italien en tant que droit de la nationalité commune des époux.

<sup>809</sup> Tribunal fédéral, III<sup>e</sup> Cour civile, 11 février 2005, ATF 131 III 289 (en langue allemande), spéc. le considérant 2.5 p. 292 "Zudem darf die Ausnahmeklausel nicht dazu dienen, einem materiellrechtlich unerwünschten Ergebnis auszuweichen". Disponible sur le site internet du Tribunal fédéral suisse : [www.bger.ch](http://www.bger.ch).

<sup>810</sup> « La clause doit jouer aussi bien en faveur que contre la *lex fori* », A. E. VON OVERBECK, Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - cours général de droit international privé, RCADI 1982-III t. 176, n° 415 p. 190.

<sup>811</sup> C. DUBLER, Les clauses d'exception en droit international privé, précité, n° 119 p. 101 et note 227.

illustre ce danger puisque dans la grande majorité des décisions publiées les tribunaux ont appliqué finalement le droit suisse, donc le droit du for »<sup>812</sup>.

**442.** En conclusion, il existe bien un lien entre le pouvoir d'appréciation judiciaire permise par la clause d'exception et le recours à la *lex fori*. Ce résultat est, en revanche, pondéré par trois éléments :

- le fait que, théoriquement, la finalité de la clause d'exception ne soit pas d'encourager le juge à écarter la loi étrangère de la résolution du litige,
- l'utilisation d'une motivation particulièrement précise, en droit suisse du moins, qui permet au juge de justifier la mise en œuvre de la clause d'exception (ce qui réduit considérablement le risque de favoriser arbitrairement la *lex fori*),
- la faible fréquence du recours à la clause d'exception (trois arrêts significatifs en droit suisse depuis 1987 – trois arrêts significatifs en droit français depuis 1991, à l'occasion de l'application de la convention de Rome).

C/ L'accroissement du recours à la *lex fori* lorsque les intérêts d'un national sont en jeu

**443. Privilège de nationalité (loi applicable).** Il existe une forme d'ethnocentrisme qui, quant à elle, mérite indubitablement le qualificatif de nationaliste puisqu'elle consiste pour le juge à « faire inconsciemment triompher dans l'appréciation des éléments de la cause l'intérêt de son national, si celui-ci est en conflit avec un intérêt étranger »<sup>813</sup>. C'est

---

<sup>812</sup> Fr. KNOEPFLER, note sous Tribunal fédéral suisse (2<sup>e</sup> Cour civile), 28 novembre 1992, RCDIP 1992 p. 494.

<sup>813</sup> A. PRUDHOMME, Le droit international privé dans son développement moderne, JDI 1930 p. 924. Cette solution reçoit deux objections : d'une part, « il n'est nullement vérifié que (...) c'est l'application, les yeux fermés, de la loi française qui constituera la meilleure protection des Français » et d'autre part, « l'application arbitraire de la loi française par le juge français n'aura jamais qu'une valeur limitée, unilatérale, locale », P. LOUIS-LUCAS, Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de J.-P. Niboyet, TCFDIP 1951-1954, Librairie Dalloz 1955, p. 33. C'est pourquoi, il faut conclure avec cet auteur de « l'impossibilité de justifier de manière décisive cette suprématie dominatrice du droit français » (P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.* p. 39). NIBOYET avait pourtant proposé que la loi française soit, pour des raisons politiques, prédominante dans les litiges internationaux impliquant un Français en matière d'état des personnes (P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, L'œuvre de J.-P. Niboyet, RCDIP 1952 p. 407). Il a affirmé, par exemple, que « la loi française est faite pour s'appliquer le plus souvent possible, tandis que les cas d'intervention des lois étrangères, souvent nécessaires, sont malgré tout un sacrifice et constituent quelque chose d'anormal », J.-P.

l'hypothèse où le juge use de son pouvoir décisionnel pour privilégier l'intérêt d'un national (or la préférence nationale est bien l'un des traits caractéristiques du nationalisme). Précisons alors qu'ici le nationalisme se confond avec le *lex forisme* en raison de l'identité de localisation qui existe entre la situation territoriale du tribunal saisi et la nationalité de la partie que le juge choisit de privilégier. Il est possible de trouver des illustrations de cette tendance dans la jurisprudence française.

**444. L'intérêt du commerçant français à valider ses contrats de vente conclus avec des étrangers.** Le pouvoir discrétionnaire du juge peut ponctuellement conduire à l'adoption de solutions nationalistes. Par certains côtés, il en va certainement ainsi de l'arrêt LIZARDI, dans lequel la chambre des Requêtes écarte la loi mexicaine de la nationalité du contractant pour des raisons d'opportunité<sup>814</sup>. Elle y substitue une solution extrêmement favorable aux commerçants français en décidant que ceux-ci ne peuvent être tenus de connaître le contenu de la loi étrangère du moment qu'ils aient traité sans légèreté, sans imprudence et avec bonne foi. Ce faisant, les juges privilégient le commerçant français en lui appliquant la *lex fori* aux dépens de la solution du conflit de lois dictée par le Code civil (article 3)<sup>815</sup>.

**445. Intérêt d'une mère française à recevoir des aliments de sa fille étrangère.** Il en va pareillement de la solution adoptée dans l'affaire FONTAINE dont les faits sont les suivants : dans le but d'engager une action lui permettant de recevoir une pension alimentaire, Antoinette FONTAINE avait obtenu de la justice française qu'Adrienne FONTAINE soit reconnue comme étant sa fille naturelle. Or, cette femme de 27 ans avait précédemment acquis la nationalité britannique par l'effet de son mariage avec un Anglais. En application de la règle de conflit relative à l'état des personnes, les juges du fond avaient alors débouté la mère de sa demande alimentaire. En effet, l'acte sur lequel la mère fondait

---

NIBOYET, Traité de droit international privé français, t. III, Librairie du Recueil Sirey Paris 1944, n° 920 p. 200. DELAUME donne une interprétation nationaliste comparable : « on peut poser en axiome que *tout Français tire de sa qualité de Français le droit à l'application de sa loi nationale, c'est-à-dire de la loi française (...)* la France doit au Français l'application de la loi française, comme elle lui doit la faculté de plaider devant les tribunaux français », G. R. DELAUME, L'influence de la nationalité française sur la solution des conflits de lois en matière de droit des personnes, RCDIP 1949 n° 4 p. 8-9 [en italiques dans le texte].

<sup>814</sup> Cass. Req., 16 janvier 1861, LIZARDI, D.P. 1861 I 193 ; S 1861 I 305, note G. MASSÉ ; GADIP n° 5.

<sup>815</sup> V. aussi TGI Seine (1<sup>re</sup> ch.), 12 juin 1963, SOC. JEAN DESSÈS c. PRINCE FAROUK ET DAME SADEK, RCDIP 1964 p. 689, note H. B. ; JDI 1964 p. 285, note A. PONSARD.

son action n'était pas valable car la loi britannique, régissant l'état personnel d'Adrienne FONTAINE, interdisait la reconnaissance des enfants naturels. La Cour de cassation sanctionna pourtant cet arrêt en raison du « droit imprescriptible qu'a une mère française de reconnaître son enfant dans les formes et conditions édictées par la loi française »<sup>816</sup>. La Cour de cassation a ainsi entendu faire prévaloir les droits de la mère en raison de sa nationalité sans faire mention de l'exception de l'ordre public ou encore de l'existence d'une loi de police française imposant la mise à l'écart de la loi britannique. L'absence totale de référence à une quelconque règle de conflit montre encore que la Cour de cassation n'a pas utilisé le procédé conflictuel dans cette affaire. L'espèce ne peut donc être interprétée comme imposant le rattachement de la filiation naturelle à la nationalité de l'auteur de la reconnaissance. Il marque au contraire, par sa motivation laconique et exempte de référence à la loi étrangère, la volonté des juges français d'éviter un élément d'extranéité (la nationalité britannique d'Adrienne FONTAINE acquise par mariage) au bénéfice d'une application libérale de la *lex fori*.

**446. Intérêt d'une hôtesse navigante française à être indemnisée de son licenciement par une compagnie étrangère.** Dans un cas plus récent, la Cour de cassation a usé d'un élément de procédure pour évincer la loi étrangère applicable en vertu de la règle de conflit de lois<sup>817</sup>. L'affaire concernait un membre français du personnel navigant d'Air Afrique qui avait été licencié pour motif économique. Ayant été condamnée à indemniser cette personne sur le fondement du droit français, la compagnie Air Afrique, forte de précédents jurisprudentiels<sup>818</sup>, avait formé un pourvoi contre cette décision en reprochant aux juges du fond de ne pas avoir appliqué la loi ivoirienne vers laquelle concourait un faisceau d'indices, en particulier le lieu d'exécution et le lieu de conclusion du contrat. La Cour de cassation a rejeté ce moyen au motif que l'employeur avait demandé à l'administration française

---

<sup>816</sup> Cass. Civ., 8 mars 1938, DAME FONTAINE c/ EPOUX PULTENEY, RCDIP 1938 p. 653, note H. BATIFFOL ; D. P. 1939 I 17, note NAST ; GADIP n° 17. V. aussi : G. R. DELAUME, L'influence de la nationalité française sur la solution des conflits de lois en matière de droit des personnes, RCDIP 1949 n° 8 p. 12-15.

<sup>817</sup> Cass. Ass. Plén., 10 juillet 1992, C<sup>ie</sup> AIR AFRIQUE c/ M<sup>lle</sup> JONCHERAY, n° pourvoi 88-40674, Bull. 1992 A.P. n° 8 p. 15 ; JCP 1993 II 22063, note P. RODIÈRE ; RCDIP 1994 p. 69, note B. AUDIT.

<sup>818</sup> Cass. Ch. mixte, 28 février 1986, NOIREAUX ET A., Bull. ch. mixte n° 3 p. 4 ; RCDIP 1986 p. 501, note P. LAGARDE ; JDI 1986 p. 699, obs. A. LYON-CAEN ; Dr. Soc. 1986 p. 406, obs. H. GAUDEMET-TALLON ; *adde* P. RODIÈRE, À propos d'Air Afrique, Dr. Soc. 1986 p. 709. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 octobre 1988, MARTY ET A., Bull. 1988 I n° 292 p. 198 ; RCDIP 1989 p. 537, note P. LAGARDE.

l'autorisation de licencier son personnel basé à Paris et que, de ce fait, il s'était placé sous l'empire de la loi française de procédure. Il s'agit manifestement d'une extension abusive de la catégorie « procédure » propre à écarter la loi étrangère désignée par la règle de conflit, ce qui ne manque pas de mettre le commentateur de l'arrêt dans l'embarras<sup>819</sup> et le conduit à évoquer l'hypothèse d'un critère tiré de « l'intérêt de l'emploi en France » pour l'application de la protection française<sup>820</sup>.

**447. Intérêt de l'acheteur français à être indemnisé des avaries causées par le matériel vendu par une société étrangère.** Une solution encore plus significative a été rendue par la Cour de cassation à propos d'une affaire portant sur l'indemnisation d'avaries causées par le défaut de matériel vendu à un Français par une société belge<sup>821</sup>. La société belge reprochait aux juges du fond de l'avoir condamnée sur le fondement du droit civil français au mépris de la loi belge désignée à la fois par la convention de La Haye du 15 juin 1955<sup>822</sup> et par le contrat. En l'espèce, la convention des parties soumettait en effet le contrat à la loi du vendeur et fixait le délai de la garantie. La Cour de cassation a maintenu l'éviction de la loi belge au motif que les conclusions de chacune des parties faisaient référence au droit français et qu'il y avait donc un accord sur l'application de la *lex fori* malgré la clause du contrat de vente et le traité auquel la France était partie, qui désignaient tous les deux une loi étrangère<sup>823</sup>.

---

<sup>819</sup> « La méthode et les motifs aboutissant à l'application de la loi française au licenciement économique sont, de leur côté, plus compliqués et moins aisés à analyser », P. RODIÈRE, note sous Cass. Ass. Plén. 10 juillet 1992, C<sup>ie</sup> AIR AFRIQUE c/ M<sup>lle</sup> JONCHERAY, JCP 1993 II 22063 (2<sup>e</sup> arrêt) p. 216-217.

<sup>820</sup> P. RODIÈRE, *op. cit.*, p. 218.

<sup>821</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, SOC. HANNOVER INTERNATIONAL ET A., Bull. 1997 I n° 140 p. 94 ; RCDIP 1997, p. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON ; JDI 1997, p. 804, note D. BUREAU ; GADIP n° 84.

<sup>822</sup> Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels dont le texte est disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>823</sup> « Attendu que, pour les droits dont elles ont la libre disposition, les parties peuvent s'accorder sur l'application de la loi française du for malgré l'existence d'une convention internationale ou d'une clause contractuelle désignant la loi compétente ; qu'un tel accord peut résulter des conclusions des parties invoquant une loi autre que celle qui est désignée par un traité ou par le contrat », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, SOC. HANNOVER INTERNATIONAL ET A., précité.

**448. Conclusion sur le rapport entre le pouvoir décisionnel du juge et la *lex fori*.** Les exemples d'un recours à la *lex fori* dépourvus de véritables fondements juridiques solides pourraient être multipliés : un rapide bilan impose de constater qu'il est infiniment plus aisé de trouver des exemples jurisprudentiels dans ce sens plutôt que dans l'autre (à savoir celui qui a pour objet de favoriser l'application de la loi étrangère). En fait, comme le montre le procédé de la clause d'exception, l'élargissement du pouvoir décisionnel du juge ne permet pas à lui seul de conduire à l'application systématique de la *lex fori*. Cela étant, combinée à l'ethnocentrisme du juge et aux avantages pratiques dont elle jouit (clémence envers l'intérêt d'un national ; simplification de l'administration de la justice), la loi du for profite nécessairement de l'accroissement du pouvoir décisionnel judiciaire. Il s'agit donc bien d'un facteur favorisant la loi du juge saisi. Il peut se trouver, de surcroît, encouragé par diverses influences (§ 3).

### § 3 Les influences renforçant l'ethnocentrisme

Les influences ethnocentriques s'exerçant sur le juge saisi peuvent être décomposées en deux rubriques : les influences internes, d'ordre intime et liées à l'exercice de sa fonction par le juge (A), et les influences externes par opposition aux premières (B).

#### A/ Les influences internes

**449. Sentiment de rendre une meilleure justice.** En essayant de suivre la logique de pensée du juge – ce qui est loin d'être aisé puisque, évidemment, il y a ce qui est dans « le non-dit, dans l'esprit qui préside à l'élaboration des solutions, dans la philosophie qui inspire l'interprétation, les politiques jurisprudentielles, les courants doctrinaux, toutes choses sur lesquelles le juge reste discret dans ses motivations »<sup>824</sup> – on pourrait estimer que l'abandon de la solution juridique à une loi étrangère peut susciter chez le juge l'impression d'être démissionnaire. Il est vrai que celui-ci se sent assurément plus à l'aise avec sa propre loi (il ne connaît pas les institutions et la procédure étrangères). Il peut y avoir, en outre, une certaine réticence de sa part à abandonner l'affaire à des règles étrangères.

---

<sup>824</sup> J. DÉPREZ, Droit international privé et conflits de civilisations, aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel, RCADI 1988-IV t. 211,

**450. Mission première du juge.** Il ne faut pas se cacher que le recours à la *lex fori* a l'utilité pratique indéniable de faire obstacle à l'application des lois étrangères et donc de permettre au juge de rester dans sa mission première qui est l'application de sa loi interne. Cela produit deux conséquences. La première est que le juge restera dans l'autorité de la règle interne : il existe, en effet, un attachement au système qui ne cède que lorsque l'élément extérieur s'applique sur un point d'importance mineure qui ne compromet pas l'ensemble<sup>825</sup>. Les juges ont ainsi « le sentiment de fortifier la loi interne française en éliminant l'intrusion de la loi interne étrangère (...) on accueille avec faveur une solution qui fortifie sa cohérence et son autorité en éliminant la loi interne étrangère »<sup>826</sup>. La seconde conséquence est qu'en appliquant sa propre loi, le juge aura le sentiment de rendre une meilleure justice, en tout cas une justice dont il mesure par expérience les répercussions<sup>827</sup>. La loi du for est une loi que le juge est, par définition, supposé maîtriser. Or, même si la justice est conçue pour les plaideurs, il n'en demeure pas moins que ceux-ci ont intérêt à ce que leur différend soit résolu au moyen de règles certaines, clairement comprises et correctement appliquées<sup>828</sup>. En conséquence, le souci de bonne administration de la justice est un argument de poids en faveur de la *lex fori*.

**451. Insécurité du juge.** La sécurité des rapports juridiques, autrement dénommée principe de prévisibilité des solutions, est un principe général du droit souvent invoqué au bénéfice *des parties*. Pour autant, on ne peut pas nier que l'intervention d'une loi étrangère soit un facteur d'insécurité pour *le juge*<sup>829</sup>. Comment peut-il avoir la certitude d'apprécier

---

p. 33.

<sup>825</sup> H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 131 p. 294.

<sup>826</sup> H. BATIFFOL, *op. cit.*, n° 131 p. 294.

<sup>827</sup> En ce sens, il existe un lien indéniable entre l'usage de la loi du for et la théorie de la règle de droit la plus appropriée dite « *better law approach* » : « *the courts frequently revolt against the application of foreign law – the determination of which is often a cumbersome and costly process – and incline toward applying the lex fori, in the belief that their own law generally provides the better rule of law* », P. HAY, O. LANDO, R. ROTUNDA, Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration, *in* Integration through law, vol. 1, book n° 2, 1986, ed. M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J. WEILER, p. 257.

<sup>828</sup> H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, Librairie du Recueil Sirey Paris 1929, p. 303.

<sup>829</sup> « Les juges ont l'impression que les décisions qu'ils rendent dans ces conditions sont mauvaises, sans sécurité, sans justification pleinement satisfaisante », H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la

correctement la solution rendue sur la base d'un système juridique qui ne lui est aucunement familier ? Le doyen BATIFFOL avait déjà écrit que « rares sont les juges prêts à admettre qu'un système juridique n'est pas clos sur lui-même : l'opinion est fortement enracinée que le droit d'un pays est assez complexe pour qu'on n'aggrave pas les difficultés par l'introduction d'éléments hétérogènes à son développement et dont la valeur sera toujours difficile à interpréter »<sup>830</sup>.

**452. Comparaison avec l'arbitre international.** À cette observation, il demeure pourtant une objection, empruntée à Monsieur LALIVE. L'arbitre international est souvent susceptible d'appliquer le droit étranger ; pour autant, la justice qu'il rend n'est pas considérée comme inférieure<sup>831</sup>. Elle est, au contraire, jugée comme un mode privilégié et efficace de résolution des litiges relatifs au commerce international.

L'argument n'emporte cependant pas tout à fait la conviction puisqu'il ne tient pas compte du degré de spécialisation de l'arbitre professionnel. L'arbitre international est précisément choisi en fonction de son expérience des litiges internationaux. Par définition, il est formé et habitué aux méthodes du commerce international et du droit international privé. Ainsi, la différence entre l'arbitre international et le juge étatique est que le rôle majeur du premier est de régler des litiges internationaux, tandis que celui du second est avant tout de régler des litiges internes.

**453. Influence de l'éducation.** Le concept d'ethnocentrisme révèle, en outre, que le mode de raisonnement et le mode d'interrogation utilisés quotidiennement par les juristes sont influencés par ce qu'ils connaissent. Cela a été relevé maintes fois par les auteurs qui s'intéressent aux lois uniformes<sup>832</sup>. Or, il n'est pas nié que le jeune juriste soit élevé dans le

---

capacité civile des étrangers en France, précité, p. 302.

<sup>830</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 97 p. 216.

<sup>831</sup> P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé (cours général)*, RCADI 1977-II t. 155, p. 171.

<sup>832</sup> Par exemple : « *We should not consider judges and lawyers as abstract entities but rather as persons who may be influenced by what they have been taught* », S. FERRERI, *The Influence of Education - in Law Schools and Law Faculties - on the Application of Uniform Law ; International uniform law in practice – Le droit uniforme international dans la pratique*, Actes du III<sup>e</sup> congrès de droit privé organisé par l'Institut International pour l'Unification du droit privé, UNIDROIT Rome / Oceana ed. Dobs Ferry N.Y. 1988, p 289 ; *adde*, « en

cocon d'un système juridique étatique précis<sup>833</sup>. Il n'y a pas forcément là un reproche à faire à l'égard des universités : il faut nécessairement délimiter l'objet d'une étude pour en saisir les rudiments et en maîtriser les subtilités. En revanche, l'objection serait bien plus pernicieuse si elle signifiait que l'université échoue à cultiver l'ouverture d'esprit et la curiosité intellectuelle dans l'éducation des jeunes juristes. Il semble pourtant que le droit international privé, certes bien moins que le droit comparé, soit justement la discipline qui contribue précisément à ouvrir les juristes aux autres systèmes juridiques, tout spécialement, cela tombe sous le sens, en les familiarisant au contenu des lois étrangères grâce au maniement de la résolution savignienne des conflits de lois<sup>834</sup>. Il s'agit d'un bienfait qui est, en outre, certainement encouragé par les échanges universitaires interétatiques<sup>835</sup>.

**454. Influence de l'ordre interne sur la mission créatrice du juge.** Par ailleurs, un point de vue plus global permet de déceler une dernière influence interne subie par le juge. Hors de la hiérarchie calquée sur la constitution logique de l'édifice du droit international privé, le

---

règle générale, le juge n'a pas la connaissance certaine et complète du droit étranger qu'il possède de la *lex fori*. Cette connaissance insuffisante qu'il a du droit étranger et qui est une conséquence naturelle de sa formation juridique nationale, influe d'une manière décisive sur les données du problème envisagé », I. ZAJTAY, Le traitement du droit étranger dans le procès civil, étude de droit comparé, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1968 p. 245 n° 12.

<sup>833</sup> « L'étudiant (...) risque d'être d'autant plus déconcerté [*par le droit international privé*] que jusque-là l'enseignement qui lui avait été dispensé avait eu tendance à l'élever dans le cocon du système juridique français et à l'entourer de certitudes positives. De fait, l'un des principaux défauts de l'enseignement du droit en France, quels que soient les efforts déployés par certains, est assurément de donner une vision étroitement française du droit », H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (sous la dir. de), *Travaux dirigés de droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd. 2007, Litec Paris, avant-propos de Monsieur le doyen FULCHIRON, p. XVII, [*ajouté par nous*].

<sup>834</sup> « Le droit international privé permet tout d'abord de sortir des frontières juridiques françaises pour s'ouvrir sur le monde. Au hasard des espèces, il amène à faire connaissance avec d'autres systèmes juridiques, avec d'autres conceptions du droit, avec d'autres logiques, avec d'autres cultures. En plaçant les différents systèmes juridiques sur un pied d'égalité, le droit international privé fait du juriste français un juriste du monde », H. FULCHIRON et C. NOURISSAT (sous la dir. de), *op. cit.*, avant-propos de Monsieur le doyen FULCHIRON, p. XVIII.

<sup>835</sup> « Du Moyen Âge à l'Époque des Lumières, l'écolier pouvait faire son droit en passant une année à Tübingen ou en Sorbonne, une autre à Bologne ou Salamanque et, pourquoi pas, la troisième à Cambridge. L'usage large ou exclusif du latin, alors *lingua franca* de l'Europe intellectuelle, facilitait une telle circulation », Fr. FERRAND et O. MORÉTEAU, *L'enseignement du droit national aux étudiants étrangers en France*, RIDC 1993 (vol. 45 / n° 1), p. 67.

juge peut privilégier le développement des règles internes et leur immédiateté à régir les intérêts humains<sup>836</sup>. Le doyen BATIFFOL a ainsi pu expliquer que la conception purement sociologique du droit impose d'observer de l'extérieur un phénomène social spontané, comme le fait le magistrat face à une règle étrangère. Cette réalité est cependant concurrencée par une autre : celle de l'attitude du juriste qui vit à l'intérieur du système qu'il contribue à former<sup>837</sup>. De sorte que l'approche sociologique trouve nécessairement des limites à travers l'explication de l'existant alors que le droit, quant à lui, est destiné à poursuivre d'autres objectifs : pour le législateur, l'appréhension, c'est-à-dire finalement le contrôle, de phénomènes par définition évolutifs ; pour la doctrine, la proposition du préférable ; pour les juridictions, la pacification de conflits, etc. Toutes ces activités juridiques créatrices sont, en fait, nécessairement influencées par les différents juristes qui en sont à la source.

#### B/ Les influences externes

**455. Le juge est lié par la demande du plaideur or « l'homme de la rue est volontiers territorialiste »<sup>838</sup>.** Pour ceux qui se sont familiarisés avec le droit international privé, il est aisé de constater que les justiciables sont souvent persuadés qu'ils n'ont pas d'autre possibilité que de saisir les juges du pays où ils se trouvent et que ceux-ci leur appliqueront le droit de ce pays (territorialisme passif). Une telle observation vaut non seulement pour les nationaux, mais aussi pour les immigrés<sup>839</sup>. Cette idée peut, du reste, être fortement relayée

---

<sup>836</sup> V. H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 143 p. 318.

<sup>837</sup> H. BATIFFOL, *Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit*, RIDC 1970 p. 673-674.

<sup>838</sup> M. FARGE, *Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle*, éd. L'Harmattan Paris 2003, p. 7.

<sup>839</sup> « Lorsque les personnes d'origine étrangère saisissent un juge français, c'est, en général, pour que le droit français soit appliqué », (synthèse d'une enquête effectuée auprès de notaires, d'avocats, d'associations et d'institutions en contact avec les populations étrangères, ainsi que d'une analyse de décisions de justice rendues par la chambre de la famille du tribunal d'Orléans durant la période 1993-1997), Fr. MONÉGER, *Les populations d'origine étrangère dans l'agglomération orléanaise*, in *L'étranger en France, face et au regard du droit*, Mission de recherche Droit et justice, 1999, p. 3. Disponible sur le site de la Mission de recherche Droit et justice : [www.gip-recherche-justice.fr/](http://www.gip-recherche-justice.fr/). Le constat est tout à fait similaire pour les populations maghrébines et comorienne de Marseille : « sauf intérêt particulier (cas d'un divorce marocain), nos enquêtés ne s'adressent pas à d'autres institutions judiciaires que françaises » ; d'ailleurs, « la Justice française n'applique guère que la

par certains interlocuteurs privilégiés des immigrés, par exemple les travailleurs sociaux. Ces derniers sont peu formés aux problématiques du droit international privé. Ils sont, au contraire, habitués à se référer au droit du for<sup>840</sup>.

En effet, l'enquête réalisée en 1999 sous l'égide de la mission de recherche « Droit et Justice » a montré que le juge français est le juge vers lequel les étrangers établis en France se tournent naturellement en cas de conflit<sup>841</sup>. Dans ce rapport, il est expliqué qu'il est nettement plus facile de s'adresser au juge local parce que les conditions de sa saisine sont connues, qu'il est géographiquement plus proche et que la demande sera moins coûteuse (d'autant plus que l'étranger pourra bénéficier de l'aide juridictionnelle, le cas échéant).

**456. L'ethnocentrisme du juge est encouragé par le législateur.** Une autre influence externe réside dans la fonction du législateur. Le mode de pensée ethnocentrique conduit le législateur à construire le droit approprié pour un espace (l'espace familial du territoire national) et pour une période (correspondant en général au moment où les phénomènes sociaux se déroulent) qui, par définition, ne sont pas infinis<sup>842</sup>. À un degré d'ethnocentrisme plus avancé, il existe par ailleurs une tendance du législateur à cultiver le particularisme étatique – ce qui est plutôt en adéquation avec les souhaits des praticiens qui y voient une source de simplicité. En droit français, les dispositions qui ont été adoptées par le Parlement sont souvent favorables à l'application de la *lex fori*. Les règles de conflit de lois en matière de filiation (loi de 1972) et de divorce (loi de 1975) ont été « animées d'un esprit nationaliste

---

loi française », Fr. LORCERIE (sous la dir. de), Sl. BARIKI, Fr. BRUSCHI, Les populations d'origine maghrébine et comorienne de Marseille, in *L'étranger en France, face et au regard du droit*, Mission de recherche Droit et justice, 1999 p. 2 et p. 4. Disponible sur le site de la Mission de recherche Droit et justice : [www.gip-recherche-justice.fr/](http://www.gip-recherche-justice.fr/).

<sup>840</sup> M. SIMONET, *L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français*, in *L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Ph. KAHN (sous la dir. de), Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française Paris, 2001 p. 124 et 139.

<sup>841</sup> « De la même façon que l'on constate que le recours au juge français est un réflexe assez naturel pour les populations étrangères installées en France, on peut dire, non sans nuance, que la loi française est relativement bien acceptée et comprise par ces mêmes populations », M. SIMONET, *op. cit.*, p. 117.

<sup>842</sup> MAURY évoque d'ailleurs que « le droit matériel national constitue, pour chaque législateur, la meilleure réglementation possible, qu'il y a, en sa faveur, une présomption de supériorité », J. MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, RCADI 1936-III t. 57, n° 178 p. 528.

très prononcé »<sup>843</sup>. Enfin, on peut constater qu'il n'est pas à l'ordre du jour d'abroger des dispositions du Code civil instituant des privilèges nationalistes (articles 14 et 15, loi sur le droit de prélèvement, etc.).

**457. L'ethnocentrisme est encouragé par certains discours hostiles au droit international privé.** De temps en temps, des voix se lèvent pour dénier l'intérêt d'utiliser la loi étrangère dans la résolution des litiges internationaux. Pour illustrer ce type de discours, voici les paroles d'un conseiller auprès du ministère de la Justice des Pays-Bas, que l'on ne peut s'empêcher de rapporter tant ils sont choquants au regard des principes fondamentaux et universels du droit international privé : « si on arrivait à élaborer un système de règles relatives à la compétence internationale qui assure que le juge néerlandais ne traite que des affaires qui, par quelque élément que ce soit, se rattachent à la sphère juridique néerlandaise, le rattachement existerait aussi au plan du droit matériel. Il semble donc y avoir lieu de partir du principe que le juge applique normalement son propre droit, et de réserver aux cas exceptionnels l'application du droit étranger. Et encore faut-il que l'on prenne ces exceptions au sens étroit. On n'aura donc recours à une loi étrangère que dans les cas où cela est, à proprement parler, inévitable et où le juge aurait tort de négliger l'élément étranger du cas soumis à lui. En effet, ce recours est toujours hasardeux, plein de risques et d'éléments spéculatifs. Les moyens très insuffisants dont dispose le juge pour s'informer du contenu du droit étranger, suffisent à expliquer cette situation. Je suis persuadé que l'incompréhension qui règne depuis toujours entre la plupart des praticiens du droit et les théoriciens du droit international privé, provient directement du fait que ces derniers insistent sur la nécessité d'appliquer le droit étranger. C'est ce que répugnent à faire les praticiens, et ce qui cause chez eux un conflit de conscience, voire un sentiment de culpabilité. Et comme n'importe quel psychologue le confirmera, de tels sentiments font que l'on s'éloigne de la réalité. Je ne crois pas que le spécialiste de droit international privé fasse mal son métier lorsqu'il reconnaît que la *lex fori* doit être préférée dans tous les cas où cela se justifie, de quelque manière que ce soit. Je ne considère pas non plus condamnable que le législateur adopte ce même credo. Je ne crois pas non plus que ce credo soit inconciliable avec la pensée idéaliste qui veut qu'une règle de droit international privé ne soit pas mal placée dans un droit mondial. Un égoïsme sain peut être, même en droit international privé, la meilleure défense

---

<sup>843</sup> Y. LOUSSOUARN, Les réformes du droit international privé du divorce et de la filiation, *in* La terre, la famille, le juge : études offertes à Henri-Daniel Cosnard, Economica Paris 1990, p. 151.

contre les névroses progressives dont sont victimes ceux qui n'ont d'autre plaisir que de faire appliquer le droit étranger »<sup>844</sup>.

**458.** Que penser d'un tel plaidoyer contre la loi étrangère ? Ce genre de positions excessivement partisans contrarie très certainement les efforts compréhensifs consentis à l'égard des phénomènes ethnocentriques, ce qui est dommage. En effet, pour prendre en compte la complexité des rapports juridiques internationaux, la raison le commande : il est complètement stérile d'encourager les « esprit(s) de clocher »<sup>845</sup>. Il est, par ailleurs, peu scientifique de renier d'un simple trait de plume, sans en apporter quelque fondement juridique, l'expérience judiciaire et surtout la réflexion doctrinale poursuivie pendant des siècles au sujet de la résolution des conflits de lois. Car, au-delà de l'aspect strictement doctrinal, il faut surtout dire que l'ethnocentrisme entraîne certains effets peu souhaitables (Section 2).

## Section 2 Les effets de l'ethnocentrisme en droit international privé

**459.** En droit, l'ethnocentrisme se décrit comme l'attitude qui consiste à croire en la supériorité qualitative de son propre système juridique. Cela produit plusieurs effets qui ne sont pas forcément souhaitables dans la conduction d'un droit international privé respectueux de l'ordre international et des systèmes juridiques étrangers. Le premier est relatif à la vanité qu'éprouve le juriste à l'égard de son propre ordre juridique (§ 1). Le second est, quant à lui, directement utilitaire puisqu'il sert à intégrer la population immigrée dans l'État du for grâce à l'application de la *lex fori* (§ 2). Le dernier effet concerne enfin la préservation de la cohérence de l'ordre juridique interne face aux éléments juridiques transcendants ou concurrents (§ 3).

### § 1 La vanité du juriste à l'égard de son propre système juridique

**460. Immobilisme des solutions à l'intérieur du système juridique.** Toute posture

---

<sup>844</sup> J. VAN RIJN VAN ALKEMADE, La codification du droit international privé des Pays-Bas, dans *L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale, Studi in memoria di Mario Giuliano*, éd. CEDAM Padova 1989, p. 991-992.

<sup>845</sup> P. LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé (cours général), RCADI 1977-II t. 155, p. 199.

intellectuelle qui consiste à placer sa propre culture juridique au-dessus des autres<sup>846</sup> a, bien entendu, pour effet de nier toute évolution dynamique des droits étrangers. En effet, pour ceux qui cultivent une foi en leur propre loi, il est difficilement concevable qu'un droit étranger puisse se révéler plus moderne ou plus adapté au problème juridique posé. Toute vision ethnocentrique conforte l'immobilisme des solutions juridiques et fige les conceptions du droit.

**461. Opposition avec le relativisme.** Le comportement ethnocentrique est, de surcroît, contraire aux valeurs véhiculées par le droit international privé. À ce sujet, Monsieur MAYER écrit que « le droit international privé vise à organiser la coexistence, sur le terrain du droit privé, d'ordres juridiques qui ne reposent pas toujours sur les mêmes valeurs, et qui en tout cas, par hypothèse, n'ont pas adopté les mêmes règles. Il ne peut remplir sa mission sans un sérieux sens de la relativité. L'internationaliste doit lutter contre la tendance naturelle de l'esprit humain à croire que le système dans lequel il a été formé est le seul valable. Quel juriste français, apprenant que dans les pays de *common law* le demandeur prend la parole en dernier, n'en est pas instinctivement choqué ? Or on ne saurait dénier aux anglo-saxons un sens particulièrement développé de la mission de rendre la justice. Inversement tout juriste anglais considère comme contraire à la *natural justice* qu'en France les témoins ne soient pas – ou si rarement ! – entendus, et que la *cross-examination* n'y soit pas connue »<sup>847</sup>. Ainsi, le monopole de la *lex fori* sur les situations juridiques qui sont soumises au juge fait obstacle à la prise en compte de la pluralité juridique. L'autarcie qui en résulte témoigne d'une absence d'ouverture intellectuelle aux concepts juridiques étrangers.

**462.** Quelques remarques s'imposent alors au sujet du relativisme. Le concept d'ethnocentrisme nous enseigne qu'il ne faut pas négliger l'existence du filtre culturel entre le juriste et la norme issue d'un système juridique étranger. Il ne faut pas non plus, pour les auteurs, cultiver l'illusion de la neutralité scientifique. Dans le processus intellectuel, la

---

<sup>846</sup> Il s'agit d'une définition de l'ethnocentrisme qui figure dans le lexique de sociologie : Y. ALPE, A. BEITONE, Chr. DOLLO, J.-R. LAMBERT, S. PAPAYRE, *Lexique de sociologie*, Dalloz Paris 2005, v° ethnocentrisme, p. 89. Comp. G. FERRÉOL (sous la dir. de), *Dictionnaire de sociologie*, 3<sup>e</sup> éd. 2002, Armand Colin Paris, v° ethnocentrisme, p. 69.

<sup>847</sup> P. MAYER, *Droit au procès équitable et conflit de juridictions*, in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant Bruxelles 1996, p. 125 spéc. p. 133.

confrontation aux ordres juridiques étrangers est fatalement interprétative mais elle n'est pas systématiquement nuisible pour les rapports qu'ils entretiennent. Elle peut être bénéfique, à condition que le juriste adjoigne une dose de relativisme juridique à son appréciation (ce que relève Monsieur MAYER dans la citation ci-dessus). Le relativisme sert ainsi à accepter, par principe, l'ouverture aux autres cultures et à la mise à l'épreuve de particularismes nationaux dont on ne sait s'ils sont bons à être abandonnés ou au contraire bons à être perfectionnés. Néanmoins, il y a une mise en garde importante à faire dans l'utilisation du relativisme car il ne doit pas permettre une acceptation aveugle et absolue des normes étrangères. Il faut nécessairement le soumettre à l'autocritique, voire mieux, à la critique d'interprètes extérieurs. Cela peut être la critique d'un autre juge – si l'affaire réclame la collégialité<sup>848</sup> – ou tout simplement la critique doctrinale. Dans ces limites, le relativisme des ordres juridiques est nécessairement souhaitable et utile.

**463. Ethnocentrisme et interchangeabilité des règles.** La prise en compte des phénomènes ethnocentriques n'est pas, en revanche, sans conséquence sur le droit international privé. Premièrement, elle permet de réfuter la conception abstraite qui consiste à dire que toutes les règles juridiques, quelle que soit leur origine étatique, sont interchangeables. Cette idée de l'interchangeabilité des règles nie, en effet, tous les processus instinctifs d'interprétation, tous les jugements de valeur pourrait-on presque dire, imperceptiblement opérés par les utilisateurs de la règle de droit<sup>849</sup>.

**464.** Ce point de vue nous conduit alors à écarter la théorie des professeurs MAYER et HEUZÉ selon laquelle tout ordre juridique a vocation à régir toute question de droit<sup>850</sup>. Le raisonnement de ces auteurs s'inscrit autour de la pensée suivante : « appliquer une règle substantielle, ce n'est (...) pas lui obéir, mais simplement faire un syllogisme dont la majeure est constituée par la proposition en laquelle la règle s'énonce, et la mineure par les faits de l'espèce ; toute proposition de forme normative peut constituer la majeure du syllogisme, sur l'ordre du législateur du for, et cet ordre est opportun dès lors que la

---

<sup>848</sup> Sur les bienfaits de la collégialité en droit international privé, v. l'intervention de Monsieur BAUDOIN sous la communication de LOUSSOUARN, Y. LOUSSOUARN, La règle de conflit est-elle une règle neutre ?, TCFDIP 1980-1981 t. 2, éd. du CNRS Paris, p. 62.

<sup>849</sup> Comp. D. CUCHE, La notion de culture dans les sciences sociales, 3<sup>e</sup> éd. 2004, éd. La découverte Paris, p. 113-114.

<sup>850</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 83 s. p. 63 s.

proposition est le contenu de la règle en vigueur dans le pays étranger où la relation est localisée »<sup>851</sup>. Si le raisonnement est très certainement exact du point de vue de la logique aristotélicienne<sup>852</sup>, il perd de vue, par défaut d'abstraction, les données matérielles (l'intérêt des parties, l'intérêt de la société, l'intérêt de la bonne administration de la justice, etc.) ou immatérielles (la tentation de l'ethnocentrisme, la sympathie pour une cause, la conscience professionnelle, etc.) auxquelles le juge est soumis<sup>853</sup>. Comme le souligne CARBONNIER, « le juge est un homme, non pas une machine à syllogismes : autant qu'avec sa connaissance des règles et sa logique, il juge avec son intuition et sa sensibilité »<sup>854</sup>.

**465. Ethnocentrisme contre ethnocentrisme.** Deuxièmement, les comportements ethnocentriques peuvent avoir des conséquences nuisibles sur les relations internationales. Selon NIBOYET, la centralisation des conflits intéressant un pays donné autour de son propre for est en contradiction avec l'idée même d'une vie internationale<sup>855</sup>. En effet, si les États raisonnent en autarcie, dans l'ignorance des autres pays, voire en affichant une volonté d'imposer leur propre système de pensée, ils risquent d'hériter en retour d'une opposition – légitime – voire d'un rejet de la part de ceux-ci. La compétence extensive de la *lex fori* a pour conséquence une accentuation réflexe des égoïsmes nationaux, particulièrement nuisible pour la société internationale<sup>856</sup>. Quelques auteurs évoquent d'ailleurs cette préoccupation ancienne consistant à éviter les revendications excessives de souveraineté à

---

<sup>851</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 85 p. 65.

<sup>852</sup> Le syllogisme est, en effet, un raisonnement, propre à la démonstration, qui a été dégagé par ARISTOTE (par ex. « Tout homme est mortel, Socrate est un homme donc Socrate est mortel »). Or, la rigueur de ce procédé ne tolère pas l'intrusion du réel ou de propositions étrangères aux prémisses du raisonnement.

<sup>853</sup> Le juriste « n'est pas détaché de la réalité ; au contraire, il ne doit jamais la perdre de vue ; si des concepts et des principes sont dégagés par abstraction des intérêts qu'ils représentent, leur enchaînement ne peut se contenter de l'absence de contradiction ou d'incompatibilité interne. Le droit ne peut se limiter aux seuls efforts de la pensée : il doit permettre de satisfaire des exigences concrètes de la vie sociale », J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, 4<sup>e</sup> éd. 2003, Dalloz Paris, n° 249 p. 288.

<sup>854</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil, Introduction*, vol. I, 27<sup>e</sup> éd., PUF Paris 2004, n° 9 p. 35.

<sup>855</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Librairie du Recueil Sirey Paris 1944, p. 16.

<sup>856</sup> P. LOUIS-LUCAS, Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ?, *RCDIP* 1959 p. 415. Monsieur MAYER écrit aussi que « si le nationalisme n'est pas contraire au droit, il faut s'attendre néanmoins à ce qu'il suscite des réactions hostiles de la part de ses victimes », P. MAYER, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, *RCDIP* 1979 n° 84 p. 551-552.

cause des possibles réactions que cela pourrait susciter à l'étranger<sup>857</sup>.

**466.** L'ethnocentrisme peut donc entraîner cet autre effet négatif : l'influence d'un ordre juridique étranger peut être vécue chez le système juridique receveur comme une agression puis, une fois admise, comme la preuve d'une faiblesse de résistance aux influences extérieures, voire comme la marque indélébile de la défaite<sup>858</sup>. L'ethnocentrisme des uns peut alors entraîner chez les autres le refus du modèle extérieur, pouvant aller jusqu'à une volonté de dénigrer ceux qui se poseraient comme sociologiquement supérieurs parce qu'ils risquent d'exproprier les premiers de leur identité culturelle et de leurs particularismes nationaux. Le propre de l'ethnocentrisme n'est pas seulement de susciter des résistances, il est aussi de créer chez l'ordre juridique receveur le désir de protéger sa souveraineté par la revendication de particularités. Il peut, de surcroît, faire naître la volonté de promouvoir son système de référence, voire de l'ériger en modèle<sup>859</sup>.

**467.** L'ethnocentrisme étant universel, aucun système juridique étatique n'est à l'abri de ce phénomène. La France fut ainsi à l'origine de comportements ethnocentriques lorsqu'elle imposait aux tribunaux de ses anciennes colonies et protectorats d'appliquer la loi française au lieu de leur *lex fori*. La loi du for fut, par conséquent, très peu utilisée par ces tribunaux en raison de la posture ethnocentrique dont se prévalait le pays colonisateur. L'application de la loi locale était d'ailleurs mal tolérée à l'égard des litiges impliquant une personne originaire du pays colonisateur malgré la résidence de celui-ci en territoire colonisé ou en territoire sous protectorat. L'arrêt MACHET, dans lequel la Cour de Rabat applique la loi française au lieu de la loi désignée par l'article 15 du Dahir de 1913 sur la condition civile des Français et des étrangers, est un exemple de ce phénomène<sup>860</sup>.

---

<sup>857</sup> « *There is an historical concern with excessive assertions of sovereignty and possible foreign reaction to this* », J. FAWCETT, *The Interrelationships of Jurisdiction and Choice of Law in Private International Law*, *Current Legal Problems* 1991 (vol. 44) p. 49.

<sup>858</sup> A. MEZGHANI, *Le juge français et les institutions du droit musulman*, JDI 2003 p. 722.

<sup>859</sup> V. le rapport du Conseil National des Barreaux sur l'action internationale du barreau français (14 décembre 2002) qui propose les moyens d'une promotion des intérêts des avocats français et une promotion du droit français et de la conception française de la justice. Rapport disponible sur le site du CNB : [www.cnb.avocat.fr/](http://www.cnb.avocat.fr/).

<sup>860</sup> Rabat, 24 octobre 1950, MACHET, RCDIP 1952 p. 89, note Ph. FRANCESKAKIS ; JDI 1951 p. 898, note B. GOLDMAN ; GADIP n° 23. À propos de cette affaire, les commentateurs expliquent que « siégeaient à l'époque à Rabat des juges français formés à la forte discipline de la loi française et sans doute intimement convaincus de la supériorité de celle-ci (...) même si le contexte quasi-colonial dans lequel elle a été rendue

**468.** La France fut à son tour soumise à des remises en cause identitaires lors de la parution des rapports annuels « *Doing business* » réalisés par la Banque Mondiale, dont l'objet est d'établir un classement mondial d'après la capacité des droits nationaux à faciliter la vie des affaires<sup>861</sup>. Les critiques à l'égard du système juridique français ont d'ailleurs concouru à la création par la France de son propre programme d'étude de l'Attractivité économique du droit<sup>862</sup>, ainsi que d'une « Fondation pour la promotion du droit français »<sup>863</sup>. Le bicentenaire du Code civil a également été l'occasion pour certains auteurs de faire preuve de nostalgie à l'égard de la période, au XIX<sup>e</sup> siècle, où le Code Napoléon était le droit commun de l'Europe<sup>864</sup>.

---

explique au moins en partie la décision, il faut cependant noter que ses auteurs ont entrepris de lui apporter une ébauche de justification proprement juridique », B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 23 § 3 p. 212.

<sup>861</sup> Le rapport *Doing Business in 2007* place par exemple la France au 35<sup>e</sup> rang mondial. Il la place en outre à la 160<sup>e</sup> position (sur un total de 175 pays) pour la capacité de son droit à faciliter « l'enregistrement d'une propriété ». Le rapport *Doing Business in 2008* montre une progression de la France au 31<sup>e</sup> rang mondial. V. le site internet *Doing business* [www.doingbusiness.org/](http://www.doingbusiness.org/)

<sup>862</sup> Programme international de recherche sur l'attractivité économique du droit ([www.gip-recherche-justice.fr/aed.htm](http://www.gip-recherche-justice.fr/aed.htm)) dont la première publication est : Bertrand DU MARAIS (sous la dir. de), *Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business : études du programme de recherches sur l'Attractivité économique du droit*, Mission de recherche droit et justice, éd. La Documentation française Paris 2006.

<sup>863</sup> Au sujet de cette fondation, consulter le discours du Président de République prononcé à l'occasion du bicentenaire du Code civil, [www.elysee.fr/elysee/elysee.fr/francais\\_archives/interventions/discours\\_et\\_declarations/2004/mars/discours\\_d\\_e\\_m\\_jacques\\_chirac\\_president\\_de\\_la\\_republique\\_lors\\_du\\_colloque\\_organise\\_pour\\_le\\_bicentenaire\\_du\\_code\\_civil.2597.html](http://www.elysee.fr/elysee/elysee.fr/francais_archives/interventions/discours_et_declarations/2004/mars/discours_d_e_m_jacques_chirac_president_de_la_republique_lors_du_colloque_organise_pour_le_bicentenaire_du_code_civil.2597.html); consulter le site internet du ministère de la Justice : [www.justice.gouv.fr/presse/conf201204.htm](http://www.justice.gouv.fr/presse/conf201204.htm) ; consulter aussi la réponse du ministère de la Justice à la question parlementaire de Monsieur R. DEL PICCHIA (JO Sénat du 08/12/2005 p. 3136 et JO Sénat du 16/12/2006 p. 442). Le projet de création de cette fondation est encensé par les praticiens : par exemple dans le rapport du Conseil National des Barreaux intitulé « Vers une fondation pour la promotion du droit français » en date du 16 avril 2005 et disponible sur le site internet du CNB, [www.cnb.avocat.fr](http://www.cnb.avocat.fr). V., en dernier lieu, le site internet de la Fondation pour la promotion du droit continental : [www.fondation-droitcontinental.org/1.aspx](http://www.fondation-droitcontinental.org/1.aspx).

<sup>864</sup> « Le Code Napoléon de 1804 a longtemps servi de modèle dans de nombreux pays. Il n'en va plus de même maintenant ; âgé de 200 ans, notre Code a vieilli et les législateurs en quête d'inspiration se tournent plutôt vers des œuvres nouvelles comme le Code civil néerlandais de 1992, ou encore le BGB rénové en 2001. Si l'on veut qu'à nouveau le Code civil français ait un certain rayonnement, outre les indispensables réformes de nombreux articles de droit interne, la place reconnue au droit international privé témoignerait de la prise de conscience par

**469.** Pour autant, la vanité à l'égard de son propre système juridique n'est pas le seul effet de l'ethnocentrisme, le phénomène peut également entraîner, ce qui est tout aussi contestable, un recours purement utilitaire à la *lex fori*, destiné à intégrer – de plein droit – les étrangers dans l'État du for (§ 2).

§ 2 L'utilitarisme de la *lex fori* pour l'intégration de la population immigrée dans l'État du for

**470.** « Il ne peut y avoir que des avantages à étendre l'empire des lois civiles françaises », telle était l'une des devises de BONAPARTE<sup>865</sup>. Cette considération entre-t-elle en jeu lors de l'adoption et de la mise en œuvre des règles de droit international privé ? *A priori* l'impérialisme exprime une volonté de domination qui est contraire à l'esprit universaliste du droit international privé<sup>866</sup>. Or, il n'est pas démenti qu'un large recours à la loi du for a pour avantage non seulement de maintenir les nationaux sous l'empire de leur loi, pour le peu qu'ils viennent réclamer justice devant leur juge national, mais encore de soumettre à la *lex fori* le sort de tous les justiciables étrangers qui sont établis sur le territoire<sup>867</sup>. Il n'est pas rare, dès lors, de lire tous les bienfaits que cette solution apporterait aux immigrés<sup>868</sup>. Il

---

les juristes français de l'inéluctable et intense internationalisation de la vie juridique », H. GAUDEMET-TALLON, Droit international privé et Code civil, in « 1804-2004, Le code civil : un passé, un présent, un avenir » ; ouvrage collectif de l'Université de Panthéon-Assas, Dalloz Paris 2004, p. 771.

<sup>865</sup> En prononçant ces mots, BONAPARTE avait naturellement en tête la mobilisation pour la conscription : P. WEIL, Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution, 2<sup>e</sup> éd. (revue et augmentée) 2004, Grasset Paris, p. 46.

<sup>866</sup> L. CHEDLY, L'ordre public en droit international privé, instrument de chauvinisme, d'impérialisme ou d'universalisme ?, in Impérialisme et chauvinisme juridiques : rapports présentés au colloque à l'occasion du 20<sup>e</sup> anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 3-4 octobre 2002, Schulthess Genève, Zurich, Bâle 2004, p. 156.

<sup>867</sup> Il s'agit de la proposition extrêmement favorable à la *lex fori* qui revient à donner aux « nationaux le droit de se prévaloir de la loi française, tout en assujettissant les étrangers à la loi de leur domicile, au moins lorsque celui-ci est fixé en France », G. R. DELAUME, L'influence de la nationalité française sur la solution des conflits de lois en matière de droit des personnes, RCDIP 1949 n° 22 p. 31 [*en italiques dans le texte*].

<sup>868</sup> Par exemple, à propos du divorce, v. J. FOYER, Tournant et retour aux sources en droit international privé ? (l'article 310 nouveau du Code civil), JCP 1976 I 2762 n° 15 et 23 et à propos du statut personnel, v. G. R. DELAUME, *op. cit.*, n° 22 p. 31 : « pays d'immigration, nous n'avons aucun intérêt à appliquer fréquemment sur notre territoire des lois étrangères difficiles à connaître, peu pratiques pour les intéressés et

s'agit d'une représentation du droit des conflits de lois qui se trouve exprimée de façon particulièrement extrême dans les travaux de NIBOYET<sup>869</sup>.

**471.** L'idée est, en réalité, fortement liée à la conception de la nationalité qui prévaut depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle. C'est, en effet, la période à laquelle naît l'exigence d'un lien sociologique effectif avec le pays pour lequel la nationalité est demandée<sup>870</sup>. Cela signifie que l'accession de l'étranger à une nationalité donnée est évaluée selon son degré d'insertion sociale : l'étranger doit ainsi apporter des preuves positives de sa motivation à s'insérer dans la société accueillante. Or, chose très étrange, la doctrine décèle chez certains magistrats d'aujourd'hui une tendance à anticiper ou à présumer l'intégration des étrangers dans la société française et partant, dans l'ordre juridique y correspondant<sup>871</sup>. Cela est surtout perceptible chez les auteurs qui ont étudié le droit de l'état des personnes et de la famille.

---

qui retardent leur assimilation ».

<sup>869</sup> Afin de défendre le recours à la loi du domicile, NIBOYET explique qu'un pays d'immigration qui ne soumettrait pas à sa loi tous les étrangers établis sur son territoire « pourrait se suicider moralement » et « encouragerait sa propre colonisation ». Selon cet auteur, « permettre à des individus de dérouler leur existence d'après leur propre loi, c'est tout faire pour coaguler leur extranéité sur notre sol et les maintenir toujours éloignés de nous », il ajoute que « la soumission à nos lois les obligera, en passant par une sorte de conformateur national, à abandonner certains des liens susceptibles de les maintenir étrangers par rapport à nous », J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Sirey Paris 1944, n° 924 p. 215.

<sup>870</sup> V. P. WEIL, *Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution*, 2<sup>e</sup> éd. (revue et augmentée) 2004, Grasset Paris, p. 88 s. Ainsi, dès 1929, le doyen BATIFFOL parlait de la politique d'assimilation des immigrés comme d'un argument en faveur de la *lex fori*, H. BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1929 p. 305.

<sup>871</sup> « De façon générale, la majorité des magistrats ne se préoccupent pas de l'effet de leur décision dans le pays d'origine des étrangers. Ils estiment, à tort ou à raison (mais peut-être ont-ils raison), que le fait de solliciter la justice française est en soi le signe d'une intégration dans la société française et que la non-reconnaissance de leur décision par l'État d'origine ne présente pas en fait d'inconvénient. Certains estiment, en outre, qu'il appartient aux étrangers d'apprécier eux-mêmes le risque d'une situation juridiquement boiteuse. C'est une des raisons, parmi bien d'autres, de la non-application d'office des lois étrangères applicables, et cela même en matière d'état des personnes. Dans ce domaine important de l'état des personnes, terre d'élection de la loi nationale, la diversité des solutions est le reflet de la diversité des opinions quant à l'opportunité du respect des lois étrangères », C. LABRUSSE, *La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère*, TCFDIP 1975-1977, éd. CNRS Paris, p. 123.

**472.** L'application de la loi du for répond à un objectif d'intégration des immigrés dans le pays du for qui est par exemple relevé par Monsieur GUTMANN<sup>872</sup>. Les travaux de Monsieur FARGE<sup>873</sup>, ainsi que de Madame HUNTER-HENIN, sont également significatifs quant à l'existence de cette tendance qu'il y a à désigner la loi du milieu d'accueil par souci d'intégration. Ce dernier auteur souligne même que, poussée dans ses extrêmes, la logique d'une recherche d'intégration dans l'ordonnement interne aboutit nécessairement à la dissolution de la règle de conflit dans une approche casuistique qui valorise le rôle des autorités judiciaires (ou administratives) saisies<sup>874</sup>. En fait, la description de l'ethnocentrisme que nous avons développée montre que cela va plutôt dans un sens contraire : la marge décisionnelle laissée au juge l'autorise souvent à écarter la loi étrangère au bénéfice de la *lex fori*. Pour autant, il n'est pas dit que ces deux tendances ne puissent pas s'autoalimenter<sup>875</sup>.

**473.** En réalité, si l'on décidait d'analyser la tendance qu'il y a pour un juge à intégrer les étrangers qui résident dans le pays sur le territoire duquel il est institué, il serait très certainement possible de l'interpréter tantôt sous le concept de l'ethnocentrisme, tantôt sous

---

<sup>872</sup> Ce dernier oppose néanmoins le caractère définitif d'un rattachement à la loi du for au constat que beaucoup d'immigrés restent attachés à leur pays d'origine, D. GUTMANN, Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille, BDP t. 327, LGDJ Paris 2000, n° 456 p. 382.

<sup>873</sup> M. FARGE, Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle, éd. L'Harmattan Paris 2003, n° 25 s. p 31 s. *Adde*, « la généralisation de l'utilisation du domicile et de la résidence habituelle dans les domaines de plus en plus variés, participe de l'idée simple mais essentielle qu'il faut que les individus soient gouvernés par la loi qui les touche de plus près, à laquelle ils s'attendent à être soumis parce que c'est avec elle qu'ils ont établi le plus de contacts, le plus de liens privilégiés, du fait de leur appartenance à la sphère économique, culturelle, humaine, politique qu'elle régit. Ce lien étroit ne peut plus être le signe d'une appartenance plus ou moins vague à une nation mais l'expression d'une intégration », G. GOURDET, L'effectivité en droit international privé, th. dactyl. Nice 1978, n° 84 p. 198-199.

<sup>874</sup> M. HUNTER-HENIN, Pour une redéfinition du statut personnel, PUAM Aix-en-Provence 2004, n° 514 p. 383.

<sup>875</sup> Par exemple : « l'autorité parentale ou la garde des enfants est aussi une source extraordinairement fréquente de litiges et d'interventions du juge, surtout du juge des enfants, dans les familles étrangères. De façon générale, c'est toujours selon la loi française que les problèmes sont résolus et c'est à travers l'appréciation de l'intérêt de l'enfant que les juges tiennent compte ou non des particularismes sociologiques des familles étrangères. Ainsi, les pratiques suivies à l'égard d'enfants issus de familles maghrébines révèlent soit des tendances ethnocentriques justifiées par le souci d'assimiler ces enfants à la société française, soit parfois un plus large respect des structures familiales étrangères et notamment de l'autorité paternelle », C. LABRUSSE, La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère, TCFDIP 1975-1977, éd. du CNRS Paris, p. 125.

celui d'*homeward trend*. Dans ce dernier cas, le recours à la notion d'intégration ne serait en réalité qu'un prétexte pour ne pas recourir au rattachement de la loi nationale et donc de ne pas appliquer la loi étrangère aux immigrés. Cela reviendrait ainsi à écarter la *lex causae* en dépit de l'indisponibilité éventuelle des droits litigieux, ce qui est bien entendu illicite au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, sauf à justifier cette solution par l'exception de protection de l'ordre public.

À ce sujet, un autre effet de l'ethnocentrisme, plus difficile à contester, est celui qui consiste à autoriser la sauvegarde de la cohérence du système interne face aux systèmes extérieurs, elle nous amènera à suivre la pensée du doyen BATIFFOL, selon laquelle il est naturel que le système juridique interne préserve son ordonnancement avant de produire un quelconque règlement des situations internationales (§ 3).

§ 3 La préservation de la cohérence au sein de l'ordre juridique interne

**474. Entre affirmation de soi et rejet de l'autre.** Le droit international privé est le témoin du tiraillement qui se produit entre l'ordre interne et l'ordre international. Le premier lui impose de se distinguer des autres ordres juridiques pour s'affirmer en toute indépendance, tandis que le second entend favoriser au maximum la coopération des ordres juridiques entre eux. Ces deux mouvements *a priori* inconciliables expliquent le difficile jeu d'équilibriste auquel doit se livrer le droit international privé : il faut, par exemple, accepter que le droit étranger puisse être appliqué par le juge étatique mais il ne faut pas que, ce faisant, le droit étranger puisse menacer les valeurs qui structurent l'ordre juridique étatique<sup>876</sup>. C'est ainsi que, dans le but d'expliquer l'aspect conquérant assigné à la *lex fori*, il faut s'intéresser à cette prise en compte, par le droit international privé, de la nécessité de « protéger chaque système contre les menaces de désorganisation qu'implique la part à faire

---

<sup>876</sup> En ce sens, M.-Cl. NAJM, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux, NBT vol. 49, Dalloz Paris 2005, n° 108 p. 102-103 : « ces deux axes fondamentaux – efficacité de l'ordre interne et efficacité de l'ordre international – correspondent, en définitive, à la dialectique même du droit international privé, tiraillé entre deux tendances contraires qui agissent en même temps : des forces d'unification, d'ouverture, de coordination et d'harmonisation d'une part, des forces d'exclusivisme, de défiance, de cloisonnement et de protectionnisme, de conflit d'autre part ».

aux autres systèmes dans les relations privées internationales »<sup>877</sup>. Il s'agit premièrement d'une résistance aux autres systèmes juridiques étatiques (A) et deuxièmement d'une résistance au système juridique international (B).

A/ La préservation horizontale : la résistance aux ordres juridiques étatiques concurrents

**475.** Si l'ouverture aux cultures juridiques étrangères est très certainement source de progrès, il faut garder à l'esprit son sens critique et préserver l'ordre juridique interne d'une ouverture inconditionnelle à l'altérité. L'ouverture sur l'étranger implique, dans cette optique, une analyse rigoureusement scientifique des éléments introduits. Dans cette fonction de préservation, intervient ainsi un mécanisme de défense tout à fait indispensable puisque l'absence de préservation peut conduire à la dilution, voire à la disparition de valeurs, de concepts ou de principes considérés comme essentiels et foncièrement bénéfiques. Un certain degré de protection, même réduit aux valeurs essentielles qui marquent l'ordre juridique, permet en effet de maintenir celui-ci dans son identité et sa définition<sup>878</sup>.

**476. Terminologie : cohérence ou cohésion ?** Tout d'abord, à quel concept juridique rattacher cette préservation ? Madame NAJM a distingué à ce propos deux notions qu'elle met chacune au rang des principes directeurs fondamentaux du droit international privé : celle de la cohérence et celle de la cohésion. Le principe de cohérence prescrirait « aux tribunaux de se prononcer de telle sorte que la teneur de leurs décisions puisse s'harmoniser avec celle d'autres décisions intervenues ou pouvant intervenir dans le même État »<sup>879</sup>. Tandis que le principe de cohésion correspondrait, quant à lui, à l'intention des juristes de préserver l'ordonnement juridique du for, c'est-à-dire de « préserver l'autorité et l'homogénéité de l'ordre interne à l'encontre des infiltrations de normes étrangères indésirables »<sup>880</sup>. Seul le deuxième principe pourrait ainsi véritablement décrire notre propos.

---

<sup>877</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 131 p. 294.

<sup>878</sup> « La fin des distances physiques révèle l'importance des distances culturelles », D. WOLTON, *L'autre mondialisation*, éd. Flammarion Paris 2003, p. 18.

<sup>879</sup> M.-Cl. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, NBT vol. 49, Dalloz Paris 2005, n° 78 p. 80.

<sup>880</sup> M.-Cl. NAJM, *op. cit.*, n° 80 p. 82.

477. En réalité, la distinction de ces deux points n'est pas si prégnante qu'il y paraît. D'un point de vue étymologique, les deux termes possèdent d'ailleurs la même racine latine « *cohaerere* » qui signifie « adhérer ensemble »<sup>881</sup>. Ils sont en outre synonymes, comme le montre leur définition courante<sup>882</sup>. En droit international privé, on note toutefois que l'usage du terme « cohérence »<sup>883</sup> est peut-être plus adéquat que celui de « cohésion »<sup>884</sup> parce qu'il fait référence à la fois à un ensemble (le droit interne) et au caractère logique et ordonné de cet ensemble.

---

<sup>881</sup> « Cohérence » vient du latin *cohaerentia* « cohérent » de même que « cohésion » vient du latin *cohaerere* « adhérer ensemble » et de *cohaesio* « proximité », J. REY-DEBOVE (sous la dir. de) et A. REY, Le nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert Paris 2008, v° *Cohérence* et v° *Cohésion*.

<sup>882</sup> La cohérence est définie comme la liaison étroite des divers éléments d'un groupe ou, plus abstraitement, comme l'harmonie logique entre les divers éléments d'un ensemble d'idées ou de faits, tandis que la cohésion est écrite comme la propriété d'un ensemble dont toutes les parties sont intimement unies, Y. GARNIER et M. VINCIGUERRA, Le Petit Larousse Grand format, 102<sup>e</sup> éd. 2006, Larousse Paris, v° *Cohérence* et v° *Cohésion*. La proximité des deux définitions est encore plus flagrante dans un autre dictionnaire qui qualifie directement la cohérence de synonyme de « cohésion ». Selon celui-ci, la cohérence est l'union étroite des divers éléments d'un corps ou encore la liaison étroite d'idées qui ne se contredisent pas. La cohésion est quant elle un ensemble de forces qui maintiennent associés les éléments d'un même corps. C'est aussi l'union, la solidarité entre les membres d'un groupe ou encore la cohérence, l'unité logique d'une pensée, d'une œuvre, J. REY-DEBOVE (sous la dir. de) et A. REY, Le nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert Paris 2008, v° *Cohérence* et v° *Cohésion*.

<sup>883</sup> Il est, par exemple, employé par BATIFFOL : H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 131 p. 294 et n° 145 p. 323 ; Fr. MOSCONI, Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules, RCADI 1989-V t. 217, p. 21 « *internal harmony and coherence of the forum* ». La notion de cohérence est aussi utilisée par Monsieur LEQUETTE au sujet de l'insertion des traités dans le droit interne, Y. LEQUETTE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, RCADI 1994-II t. 246 n° 252 p. 227.

<sup>884</sup> Au sujet des lois d'application immédiate, il a été soutenu que « l'ordre interne doit être admis en priorité à faire prévaloir sur les lois étrangères ceux de ses éléments qui mettent en cause sa cohésion », H. BATIFFOL et Ph. FRANCESKAKIS, L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé, RCDIP 1959 p. 272 ; L. GANNAGÉ, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille, BDP t. 353, LGDJ Paris 2001, n° 235 p. 153, n° 263 p. 182 et n° 390 p. 290. Pour une utilisation de l'expression de « cohésion sociale », v. É. BARTIN, Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises, éd. Domat-Montchrestien, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd. 1930, § 72 p. 169.

**478.** Il faut avouer que les notions de cohésion et de cohérence se confondent, dans le sens où elles ont toutes deux pour finalité de préserver une homogénéité qui prend sa source dans le système interne<sup>885</sup>. L'identité des concepts est donc particulièrement perceptible lorsque ces deux principes sont mis en rapport avec la loi du for. La *lex fori* permet alors d'assurer un règlement du litige d'après une solution unitaire et globale. Elle permet, par ailleurs, de protéger la logique juridique de l'État dans lequel siège le juge. Il faut en conclure que le premier principe auquel Madame NAJM fait référence, qui prescrit « aux tribunaux de se prononcer de telle sorte que la teneur de leurs décisions puisse s'harmoniser avec celles d'autres décisions intervenues ou pouvant intervenir dans le même État », concerne en fait simplement l'harmonie interne des situations juridiques, tandis que le principe de préservation peut indifféremment se rapporter à la cohérence interne ou à la cohésion interne.

**479. Intérêt politique de l'État.** La cohérence permise par l'application de la loi du for ne naît pourtant pas du néant : elle ressort d'une impulsion concrète qui est parfois raccrochée par les auteurs sous la bannière de l'intérêt politique de l'État. Il s'agit évidemment de la position retenue par NIBOYET<sup>886</sup>, qui a notamment convaincu un auteur comme WENGLER, pourtant considéré comme un grand adversaire de la *lex fori*<sup>887</sup>, puisque ce dernier classe l'intérêt politique du pays dans les principes généraux du droit international privé<sup>888</sup>.

---

<sup>885</sup> Madame GANNAGÉ se réfère d'ailleurs à l'expression d'« homogénéité de l'ordre interne du for », L. GANNAGÉ, *op. cit.*, n° 16 p. 17.

<sup>886</sup> P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, L'œuvre de J.-P. Niboyet, RCDIP 1952 p. 401 spéc. p. 405-406 ; « le droit international privé n'est pas une école de logique, mais d'intérêt politique », J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Librairie du Recueil Sirey Paris 1944, n° 926 p. 222.

<sup>887</sup> Monsieur RIGAUX décrit la doctrine de WENGLER comme un acharnement qui consiste à destituer – ou défenestrer, écrit-il encore – la *lex fori* de la position centrale qu'elle occupe traditionnellement en droit international privé, Fr. RIGAUX, *Une imposante synthèse allemande en droit international privé : le traité du professeur Wilhelm Wengler*, RCDIP 1982 p. 245, spéc. p. 252 et 256.

<sup>888</sup> W. WENGLER, *Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits*, RCDIP 1952 n° 23 s. p. 614 s. L'auteur prend cependant beaucoup de précautions dans ses explications puisqu'il atténue la définition du politique dans une acception plus juridique. Il explique que le principe de l'intérêt politique de l'État ne doit pas permettre au juge de faire dépendre la résolution des litiges de considérations à proprement parler politiques. Il s'agit plutôt pour le juge de tenir compte des directives supérieures déjà consacrées par le pouvoir législatif ou la jurisprudence antérieure et qui guident la formation de l'ordre juridique étatique (W. WENGLER, *op. cit.*, n° 23 p. 615). Par exemple, comme l'indique l'auteur, le principe de l'intérêt

**480.** Si une telle explication n'apparaît pas aujourd'hui entièrement convaincante, en raison notamment de la dilution du rôle de l'État dans la mouvance de la mondialisation de l'économie, elle se trouve pourtant manifestement incarnée dans certains procédés jurisprudentiels, propres au droit international privé et cautionnés par la doctrine, tels que la mise en œuvre des lois de police ou de la protection de l'ordre public<sup>889</sup>. Ces procédés contribuent, dès lors, à édulcorer, voire à évincer la loi étrangère à chaque fois qu'intervient un élément de résistance provenant du milieu juridique dans lequel se trouve le juge saisi<sup>890</sup>. En conséquence, il ne faut pas exagérer la valeur coordinatrice des règles bilatérales de conflit car il est bien évident qu'un ordonnancement « ne saurait consister en la destruction des unités à ordonner »<sup>891</sup> et que « l'ordre du for ne peut sans se renier prescrire contre lui-même »<sup>892</sup>.

**481.** Pour autant, la préservation de l'ordre juridique interne ne saurait, à notre sens, être qualifiée de principe général du droit international privé parce que le modèle bilatéral de résolution des conflits de lois est justement d'éviter le cloisonnement systématique des systèmes juridiques. La protection du système juridique ne doit pas, en effet, guider le juge dans sa décision : elle ne sert qu'à corriger les effets pervers d'une ouverture inconditionnelle aux règles étrangères. Par ailleurs, dépassant ce binôme traditionnel axé autour du principe et de l'exception, ne serait-il pas envisageable d'associer ces deux

---

politique ne vaut pas pour des questions neutres telles que celle de la cession de créance.

<sup>889</sup> Les auteurs du traité de droit international privé ont par exemple écrit, à propos de l'ordre public, qu' « en admettant l'application des lois étrangères, le législateur ne peut donner un blanc seing à l'ensemble des législateur de l'univers (...) pour éviter ce que Raape appelait "un saut dans l'inconnu" ("*Sprung ins Dunkle*") », H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 354 p. 569.

<sup>890</sup> Comp. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1944, n° 920 p. 203 note 1.

<sup>891</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 144 p. 319 ; « toute application d'une loi étrangère n'est-elle pas une renonciation, en vue de rapports internationaux plus faciles et plus justes, à des solutions internes, dont on voit bien, à leur réapparition par l'ordre public, le renvoi ou la plénitude de compétence, que le juge y tient toujours ? », H. BATIFFOL, *op. cit.*, n° 146 p. 327.

<sup>892</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 27 § 7 p. 250.

tendances dans une complémentarité ?

**482.** Ainsi, dans une première direction, on peut constater que l'ouverture à l'altérité entraîne inéluctablement des questionnements relatifs à l'identité et à l'estime de soi ainsi qu'une préservation contre les atteintes. Cela trouve son explication dans le fait que la prise de conscience d'une plus large dynamique territoriale s'accompagne toujours d'un retour aux racines, à une identité culturelle refuge dans un espace territorial plus restreint, de dimension humaine, par exemple un espace régional. Monsieur WOLTON explique d'ailleurs que la croissance du phénomène de la mobilité s'est proportionnellement accompagnée d'un renforcement du besoin d'identité<sup>893</sup>.

**483.** Dans une direction inverse, on constate aussi que le système interne cloisonné se nourrit de chaque élément étranger importé et, par conséquent, renforce son identité au fur et à mesure des contacts avec les systèmes extérieurs. Le professeur RIVIÈRE affirme notamment que « le regard porté sur l'autre implique que soient nouées des relations, et a pour conséquence une meilleure connaissance de soi-même et de sa propre culture par comparaison »<sup>894</sup>. Un autre auteur expose d'ailleurs qu'il y a un dysfonctionnement du pluralisme lorsque les lignes de fracture économique-sociales se chevauchent car elles peuvent devenir envahissantes et agressives. Par conséquent, selon ce même auteur, « le pluralisme fonctionne lorsque les *cleavages*, les lignes de division, sont neutralisées par des affiliations et même des allégeances, multiples »<sup>895</sup>. Il met ainsi en évidence la fonction structurelle du pluralisme : la tolérance vis-à-vis de la culture juridique ne peut fonctionner que si les sociétés restent cloisonnées en entités car « l'altérité est le complément nécessaire de l'identité »<sup>896</sup>.

La préservation est donc davantage un phénomène psychologique que juridique. Par exemple, BATIFFOL explique que les juristes sont attachés à la cohérence de leur système

---

<sup>893</sup> D. WOLTON, *L'autre mondialisation*, éd. Flammarion Paris 2003, p. 23.

<sup>894</sup> Cl. RIVIÈRE, *Introduction à l'anthropologie*, Hachette Paris, 1999, p. 12.

<sup>895</sup> G. SARTORI, *Pluralisme, multiculturalisme et étrangers : essai sur la société multiethnique*, traduit de l'italien par J. GAYRARD, éd. des Syrtes Paris 2003, p. 34.

<sup>896</sup> G. SARTORI, *op. cit.*, p. 43. *Adde*, « la diversité des cultures exclut nécessairement l'identification aux autres, elle implique le maintien des différences », P.-J. SIMON, « Ethnocentrisme » *in* *Pluriel-recherches, vocabulaire historique et critique des relations inter-ethniques* 1993, cahier n°1, p. 62-63.

juridique : il s'agit de la dimension psychologique et non seulement logique de la préservation de la cohérence étatique<sup>897</sup>. Le même phénomène se produit à l'égard des ordres juridiques supranationaux (B).

B/ La préservation verticale : la résistance aux ordres juridiques supranationaux

**484.** Les manifestations de résistance de l'ordre interne à l'ordre international se traduisent également par un élargissement du recours à *lex fori*. Cette réaction défensive de l'ordre interne a pour but d'empêcher l'assimilation de celui-ci dans l'ordre international. Il existe nécessairement des points de droit sur lesquels le for ne pourra jamais céder à l'application d'une règle extérieure contradictoire, même lorsque celle-ci trouve son origine dans un traité<sup>898</sup>.

**485.** Alors que l'adoption de traités en matière de conflit de lois a justement pour finalité de remédier aux problèmes suscités par les différences entre les ordres juridiques internes, l'apparition de résistances au traité peut se concrétiser chez certaines autorités étatiques. En d'autres termes, les institutions judiciaires refusent parfois de céder à la volonté du pouvoir exécutif de court-circuiter, à l'aide d'une convention internationale, les îlots internes de résistance à l'uniformité ou à la coordination interétatique. C'est l'idée, avancée par Madame GANNAGÉ, que « le recours aux conventions bilatérales ne fait que traduire la volonté de contrecarrer les résistances de l'ordre interne en se prévalant du principe de la primauté de l'ordre international. On essaie à cet égard d'imposer, par voie conventionnelle, des solutions auxquelles les ordres juridiques nationaux répugnent profondément »<sup>899</sup>. Ainsi, lorsque la solution née du traité se trouve trop éloignée de la règle juridique interne, la désobéissance « rejaillit inévitablement »<sup>900</sup>. Les conséquences sont doubles puisque cette résistance entraîne un mépris pour l'harmonie internationale des solutions (rompant avec les

---

<sup>897</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 131 p. 294.

<sup>898</sup> « De même que l'État ne peut, sous prétexte de bien commun, méconnaître la personne humaine au bénéfice de laquelle, finalement, il travaille, de même l'État ne peut se refuser à sacrifier à l'ordre international ce qu'il considère comme inséparable de la conception même de la justice : il se nierait lui-même en agissant autrement », H. BATIFFOL, *op. cit.*, n° 147 p. 328-329.

<sup>899</sup> L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, BDP t. 353, LGDJ Paris 2001, n° 235 p. 153.

principes du droit international privé) mais aussi une violation de l'obligation générale pour les États d'exécuter de bonne foi les traités auxquels ils sont parties (rompant avec les principes du droit international public).

**486.** Quelles sont alors les formes de désobéissance au traité rencontrées en jurisprudence ? Il s'agit, tout d'abord, de chaque omission ou de chaque méconnaissance de la convention internationale, agissant comme une sorte de désobéissance passive et donc relativement peu décelable. Il s'agit aussi du mépris pour le caractère obligatoire de la convention internationale, voire de sa violation, grâce à des procédés juridiques, précédemment évoqués, tels que l'accord procédural sur l'application de la loi du for<sup>901</sup> ou l'exception d'ordre public<sup>902</sup>.

**487.** Ayant étudié cette neutralisation interne des traités, Madame GANNAGÉ parvient ainsi à la conclusion que ces solutions jurisprudentielles remplissent parfois une fonction utilitaire : celle de contribuer à la préservation d'une cohérence au sein de la résolution interne des conflits de lois<sup>903</sup>. Cela signifie, par extension, que la primauté de l'ordre international ne peut fondamentalement pas être absolue en droit international privé puisqu'il faut nécessairement laisser une place à l'expression, par l'ordre juridique étatique, de son identité (la théorie savignienne ne prétend pas elle-même pouvoir annihiler les conflits de lois irréductibles<sup>904</sup>).

---

<sup>900</sup> L. GANNAGÉ, *op. cit.*, n° 234 p. 153.

<sup>901</sup> Au sujet de la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, v. l'affaire société Hannover International précitée : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, SOC. HANNOVER INTERNATIONAL ET A., Bull. 1997 I n° 140 p. 94 ; RCDIP 1997, p. 514, note B. FAUVARQUE-COSSON ; JDI 1997, p. 804, note D. BUREAU ; GADIP n° 84.

<sup>902</sup> Au sujet de la convention franco-algérienne sur la sécurité sociale du 19 janvier 1965 : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, VEUVE BAAZIZ, RCDIP 1989 p. 71, note Y. LEQUETTE. Sur l'utilisation de l'ordre public pour évincer l'application d'un traité, v. A. E. VON OVERBECK, L'application par le juge interne des conventions de droit international privé, RCADI 1971-I t. 132 n° 81 s. p. 72 s. ; L. GANNAGÉ, *op. cit.*, n° 302 s. p. 210 s.

<sup>903</sup> L. GANNAGÉ, *op. cit.*, n° 279 p. 191 et n° 287 p. 194.

<sup>904</sup> En témoignent les développements de VON SAVIGNY sur l'inapplication de la loi étrangère en présence de « lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires » : « il y a plusieurs espèces de lois dont la nature spéciale n'admet pas cette indépendance de la communauté du droit entre différents États. En présence de ces lois, le juge doit appliquer exclusivement le droit national, lors même que notre principe demanderait l'application du droit étranger », Fr.-C. VON SAVIGNY, *Traité de droit romain*, t. VIII, trad. Guénoux, 2<sup>e</sup> éd.

**488.** Par conséquent, il est possible d'adopter au sujet des traités cet énoncé complètement antinomique et pourtant infiniment réaliste : « le succès de l'unification conventionnelle du droit international privé passe par l'élaboration d'une formule qui assure à chaque ordre juridique la sauvegarde de ce qu'il considère comme intangible »<sup>905</sup>. Au cœur de cette conclusion, forcément limitative à l'égard de l'efficience promise par les conventions internationales, se trouve l'opposition entre l'universel et le particulier. En effet, comme le souligne le doyen BATIFFOL, « sur plus d'un point l'ordre ainsi établi n'est aucunement susceptible d'une généralisation qui lui donnerait une valeur universelle »<sup>906</sup>. En droit international privé, on en trouve deux explications majeures qui ont été formulées à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et au XX<sup>e</sup> siècle.

**489. Des règles de conflit de lois calquées sur les règles internes.** La première explication « prend appui chez Bartin sur une démonstration qui se veut strictement juridique, celle de la primauté prétendue inéluctable des concepts du droit civil interne dans l'élaboration des catégories du droit international privé, d'où découlerait une impossibilité proprement logique d'aboutir à des solutions des conflits de lois valables pour tous les États »<sup>907</sup>. La thèse repose alors sur plusieurs éléments : premièrement, l'absence originelle de modèle universel de réglementation des relations internationales, deuxièmement, l'inévitable création des règles de conflit à partir de l'existant<sup>908</sup>, c'est-à-dire des règles internes<sup>909</sup>, troisièmement, l'impossibilité inexorable de dissocier les règles de conflit des

---

1860, éd. Firmin Didot frères Paris, rééd. Panthéon-Assas, diff. LGDJ, Paris, 2002, § 349 p. 35.

<sup>905</sup> Y. LEQUETTE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, RCADI 1994-II t. 246, n° 149 p. 144.

<sup>906</sup> H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, précité, n° 46 p. 103.

<sup>907</sup> Ph. FRANCESKAKIS, Perspectives de droit international privé français actuel : à propos de la deuxième édition du Traité de M. Henri Batiffol, RIDC 1955 p. 350.

<sup>908</sup> « Nier tout lien entre l'orientation de la règle de conflit et la structure du droit interne revient à éliminer la donnée de base du problème, la recherche d'une coordination de systèmes qui ont une structure déterminée : un système qui cherche sa coadaptation avec ses voisins la recherche nécessairement à partir de sa propre organisation – ou alors on quitte le plan des droits existants », H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, précité, n° 17 p. 39.

<sup>909</sup> Les juristes ne peuvent créer les règles de droit international privé « en dehors des règles internes de leur droit national, sans emprunter à ces règles internes de leur droit national l'outillage de principes et de notions abstraites sans lequel cette construction ne se conçoit pas, qu'ils le seraient, si je puis dire, à se débarrasser de

règles internes qui leur sont sous-jacentes<sup>910</sup>. La constatation irréfutable faite par l'école particulariste – et qui consiste à affirmer que « si les règles de droit international privé sont substantiellement internationales, elles sont formellement internes »<sup>911</sup> – est en réalité née d'une conception de la résolution des conflits de lois exagérément civiliste<sup>912</sup>. Elle démontre cependant une indéniable estime à l'égard du système interne<sup>913</sup>.

**490. Antériorité historique de l'ordre interne.** La thèse de BARTIN a ensuite été approfondie par le doyen BATIFFOL. Cet auteur explique, en effet, qu'il existe une discordance chronologique entre le développement institutionnel du droit interne et celui du droit international. Il y a donc une sorte de primauté historique du premier sur le second<sup>914</sup>. Ainsi, l'abandon de primauté (cette fois juridique), consenti par l'ordre interne au profit de l'ordre international, se voit ralenti par le défaut de perfection de ce dernier<sup>915</sup> et surtout par son défaut d'efficacité. Or, « c'est un fait d'observation que les ordres internes se sont développés bien avant l'ordre international, non seulement par le nombre et la précision des

---

leur ombre au soleil », É. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Éditions Domat-Montchrestien, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd. 1930, § 55 p 112-113.

<sup>910</sup> « Si on veut bâtir un droit international privé indépendant de tout droit privé interne, on aura un ensemble de règles abstraites qui ne s'inspireront d'aucune conception humaine déterminée ; il s'agirait de règles combinatoires, indifférentes au contenu des systèmes à combiner. Une pareille notion est-elle viable, alors que toute l'expérience acquise montre que les règles de conflits impliquent une conception du droit privé ? », H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, précité, n° 17 p. 40.

<sup>911</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, n° 241 p. 402-403.

<sup>912</sup> Il faut remarquer que, en tant que grand civiliste, BARTIN pénètre profondément dans le droit civil dans chacun de ses écrits de droit international privé : cela le conduit nécessairement à conclure de l'existence du « caractère nécessairement particulariste et national des règles de conflit dans chaque pays », É. BARTIN, *op. cit.*, § 57 p 118.

<sup>913</sup> « Le droit international privé n'est pour moi que la forme juridique de l'idée de patrie, dans les relations de Droit privé », É. BARTIN, *op. cit.*, préface, p. II.

<sup>914</sup> « Si rationnellement le droit interne est subordonné par nature au droit international, à moins qu'on ne nie purement et simplement ce dernier, il l'a précédé de loin dans l'ordre de l'existence, établissant avec précision ses règles positives, et organisant efficacement leur sanction », H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, précité, n° 145 p. 323.

<sup>915</sup> « La primauté de l'ordre interne doit, en effet, pour M. Batiffol se déduire d'une constatation de caractère *historique*, celle de l'antériorité dans le temps de la formation de l'ordre juridique interne, lequel pour cela témoignerait d'un *plus grand degré de perfection* par rapport à l'ordre international », Ph. FRANCESKAKIS, *Perspectives de droit international privé français actuel : à propos de la deuxième édition du Traité de M. Henri Batiffol*, RIDC 1955 p. 354.

règles qu'ils ont élaborées, mais aussi par l'établissement d'autorités en mesure de formuler ces règles et d'assurer leur sanction »<sup>916</sup>. Partant, l'État ne peut sacrifier l'efficacité de son système interne pour améliorer le règlement de situations juridiques qui s'échappent partiellement de sa sphère et pour lesquelles il n'est pas sûr que les autres États consentiront à un sacrifice équivalent<sup>917</sup>.

#### **491. Absence de sanction à l'encontre des violations judiciaires de traités.**

L'inefficacité de l'ordre international apparaît alors dans son absence totale de réaction à l'égard de violations commises par les juridictions nationales envers les traités de droit international privé. En effet, la mise à l'écart des conventions internationales, bien entendu illicite au regard du droit international public, est tacitement permise par le fait précis qu'il n'existe aucun exemple de mise en cause de la responsabilité d'un État pour avoir omis ou refusé d'appliquer une convention internationale portant sur la résolution des conflits de lois<sup>918</sup>. Au contraire, l'affaire BOLL montre implicitement qu'il est possible, en pratique, de prendre des mesures étatiques qui entrent en contrariété avec un traité<sup>919</sup>.

---

<sup>916</sup> H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, précité, n° 61 p. 134.

<sup>917</sup> « Les relations internationales s'établissent donc entre des États – ou des ressortissants de ceux-ci – dont l'organisation a quelque fermeté, alors que la société engendrée par ces relations n'a pas jusqu'ici créé une organisation véritable. L'État a donc le souci de ne pas compromettre la cohérence d'un ordre interne qui fonctionne effectivement, ou s'y essaye, en vue d'une amélioration des relations internationales, alors que la société internationale n'est pas en mesure, dans son état embryonnaire, de faire fructifier efficacement un tel sacrifice dans l'intérêt de tous – la cause principale de cette inorganisation se trouvant d'ailleurs dans la diversité de structure des États, qui met dans un relief comparativement singulier l'unité de la nature humaine », H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, précité, n° 145 p. 323.

<sup>918</sup> « Il n'existe pas de mécanisme efficace de sanction », B. FAUVARQUE-COSSON, Le juge français et le droit étranger, D. 2000, Chron., n° 6 p. 127.

<sup>919</sup> CII, 28 novembre 1958, BOLL, RCDIP 1958 p. 713. « L'arrêt *Boll* revient à dire que la signature d'un traité sur le conflit de lois ne saurait empêcher un Etat de soustraire à l'initiative privée des matières qu'il estime toucher assez directement ses intérêts généraux pour que la puissance publique en assure la gestion », H. BATIFFOL et Ph. FRANCESKAKIS, L'arrêt *Boll* de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé, RCDIP 1959, p. 274 ; comp. L. GANNAGÉ, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille, précité, n° 380 s. p. 280 s.

**492.** Comment expliquer alors cet état de fait ? L'absence de sanction internationale s'explique sans doute non seulement par l'autonomie des juridictions étatiques<sup>920</sup>, mais aussi par l'impossibilité pour les personnes privées de saisir la Cour internationale de justice et surtout par la difficulté de mise en œuvre de la responsabilité des États. Pour y parvenir, il faudrait démontrer, outre l'omission d'avoir appliqué le texte international, le préjudice causé par ce manquement au ressortissant de l'État contractant. Il faudrait ensuite que l'État en question accepte de faire jouer sa protection diplomatique et enfin que l'État en manquement accepte la compétence de la Cour internationale de justice<sup>921</sup>. Dans ces conditions, il règne une impunité dont les juridictions nationales ne peuvent que profiter.

---

<sup>920</sup> « Législateurs et juges ont la faculté de décider de leur propre initiative : même s'ils entendent exprimer un ordre international, la décision leur appartient », H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, précité, n° 46 p. 103.

<sup>921</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 74-78 § 12 p. 683. Comp. H. BATIFFOL et Ph. FRANCESKAKIS : « la doctrine a relevé depuis longtemps que dans le domaine du conflit de lois les réclamations diplomatiques sont rares », H. BATIFFOL et Ph. FRANCESKAKIS, *L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé*, RCDIP 1959, p. 260.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**493.** Dans ce chapitre, l'occasion nous a été donnée d'expliquer les phénomènes de résistance judiciaire à l'application de la loi étrangère. Pour ce faire, une orientation particulière a été choisie. L'étude de la tendance pour les juges à recourir à leur propre loi s'est en effet déroulée selon une introspection que nous avons voulue détachée de toute condamnation de principe. En suivant cette piste, le concept sociologique de l'ethnocentrisme a spécialement servi à approfondir les différentes formes de retour instinctif à la loi du for. Il a ainsi été montré que l'accroissement du pouvoir décisionnel du juge correspondait inévitablement à une réduction de la fréquence d'application des lois étrangères. Cela s'est vérifié dans les décisions fondées sur l'équité, où le pouvoir décisionnel du juge frôle parfois l'arbitraire en faveur de la *lex fori*. Cela a ensuite été corroboré par l'analyse des décisions dans lesquelles le juge a fait usage d'une clause d'exception. Il a enfin été décelé, dans certaines affaires, que la *lex fori* était sciemment utilisée pour favoriser les intérêts d'un national, ce qui constitue sans aucun doute une discrimination injustifiable au regard du droit.

**494.** Pour autant, il est apparu que ces différentes formes d'ethnocentrisme juridique ne pouvaient être mises à la charge exclusive du juge en raison des diverses pressions subies par celui-ci. Une première catégorie, qualifiée de pressions internes, est évidemment liée à la fonction du juge : il aura, par exemple, à cœur de rendre la justice la meilleure qui soit, à savoir celle dont il a éprouvé l'efficacité et les mérites lors de sa mission quotidienne. La seconde catégorie de pressions est, quant à elle, externe : elle est directement due aux attentes des plaideurs qui ont une conception purement territoriale de la justice. Cette conception est, en outre, souvent relayée par le législateur ou encore par les adversaires du droit international privé qui voient dans l'application de la *lex fori* l'expression d'un pragmatisme absolu et d'un complet désaveu à l'égard de l'utilisation des lois étrangères.

**495.** La série d'inconvénients qui est provoquée par l'ethnocentrisme nous mène toutefois à la conclusion qu'il faut impérativement se départir de ce phénomène dans la résolution des conflits de lois<sup>922</sup>. En effet, il a été expliqué que l'ethnocentrisme conduisait les juristes à

---

<sup>922</sup> « Admettre le caractère inévitable et même nécessaire de l'ethnocentrisme comme phénomène social n'enlève rien à la validité de la règle méthodologique qui impose au chercheur de se dépendre de tout

faire preuve de vanité dans leur façon de penser le droit. Il les entraîne également à mettre en sommeil leur esprit critique, tant à l'égard de leur propre système qu'à l'égard de celui des autres pays, qu'ils refusent par principe. Plus grave encore, l'ethnocentrisme revient purement et simplement à nier la circulation des personnes et des biens sous le prétexte de les intégrer dans la sphère étatique. Il en résulte nécessairement une oisiveté s'agissant de la prise en compte du caractère international des relations juridiques, alors que par définition ces dernières pâtissent d'une complexité différente de celle qui concerne les relations purement internes. L'ethnocentrisme a enfin pour effet de susciter des réactions ethnocentriques similaires chez les ordres juridiques étrangers qui le subissent. Toutes ces conséquences néfastes expliquent que les juristes, et le juge tout particulièrement, doivent s'efforcer de résister à la tentation d'élargir le domaine de leur loi. En effet, ramenée sur le strict plan de l'égalité entre la loi étrangère et la loi du for, l'acceptation de la loi étrangère réclame autant que possible l'abandon d'une vision du monde qui ramène son observateur vers le centre<sup>923</sup>.

**496.** Il existe, du reste, une forme irréductible d'ethnocentrisme dont l'utilité est de maintenir une cohérence dans l'ordre juridique interne. Elle confère à la *lex fori* une fonction conservatrice. Par définition, cette fonction n'est pas générale. Son champ d'expression ne doit concerner qu'une partie restreinte de l'ordre juridique interne : celle qui se résume aux éléments essentiels du système étatique. Or, puisque les caractéristiques identitaires d'un ordre juridique interne ne peuvent être révélées qu'au contact des autres ordres juridiques, la loi étrangère se voit elle aussi remplir un rôle indispensable dans le processus de définition étatique. C'est ce qui explique que la loi du for ne puisse recevoir un domaine universel d'application.

**497.** En conclusion, la notion d'ethnocentrisme nous a permis d'apporter un fondement sociologique à l'inégalité d'application qui règne entre la loi étrangère et la loi du for. Ce fondement doit ensuite être complété par une préoccupation importante qui guide le magistrat dans l'exercice de sa fonction, celle de la bonne administration de la justice

---

ethnocentrisme », D. CUCHE, La notion de culture dans les sciences sociales, éd. La découverte Paris, 3<sup>e</sup> éd. 2004, p. 115 ; « l'important est d'avoir un bagage théorique et méthodologique qui lui permette une distanciation scientifique », Cl. RIVIÈRE, Introduction à l'anthropologie, Hachette Paris, 1999 p. 12.

<sup>923</sup> O. MORÉTEAU, Le juriste français entre ethnocentrisme et mondialisation, 1999 p. 13. Disponible sur le site du réseau Européen Droit et société : [www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/moreteal.pdf](http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/moreteal.pdf).

(Chapitre II).



## CHAPITRE II L'INFLUENCE DE LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE

**498. Présentation.** Partant de l'idée que l'application de la *lex fori* est plus pragmatique qu'idéologique, il paraît intéressant de rechercher si certains éléments ne guideraient pas les praticiens du droit international privé vers une éviction courante de la loi étrangère. Cela pourrait expliquer que l'application de la *lex fori* soit encouragée par les auteurs dont le souci premier est de présenter la résolution des conflits de lois de façon réaliste. En effet, il faut reconnaître que la loi du for a certaines vertus pratiques que ne possède pas la loi étrangère. Nous les avons effleurées au cours de nos précédents développements, il s'agit à présent de les développer.

**499.** Cette tâche passe par la présentation d'une notion elle-même fortement empreinte de réalisme, à savoir la notion de bonne administration de la justice. Il s'agit d'une notion qui, traditionnellement, ne se trouve pas forcément prise en compte par le droit international privé. C'est pourquoi, sous l'angle de la *lex fori*, nous confronterons d'abord la bonne administration de la justice à la justice de droit international privé (Section 1). Cela nous permettra ensuite de décomposer les éléments qui, en matière de résolution des conflits de lois, forment l'essence de la bonne administration de la justice (Section 2).

### Section 1 La justice de droit international privé à l'épreuve de son administration

**500. Commodité.** Comme nous l'avons envisagé à propos du renvoi, certaines solutions de droit international privé sont en partie fondées sur la volonté de satisfaire la commodité des justiciables<sup>924</sup>. Il en va ainsi, par exemple, du chef de compétence juridictionnelle applicable aux litiges relatifs aux droits réels immobiliers<sup>925</sup>. Comme l'écrit BATIFFOL, les justiciables sont les bénéficiaires directs de la justice et il n'apparaît pas surprenant que le système s'attache à leur garantir une certaine commodité<sup>926</sup>. Si, de ce fait, il se produit une

---

<sup>924</sup> Sur les justifications pratiques du renvoi, v. *supra* n° 348 s.

<sup>925</sup> H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II, t. 139, p. 91-92.

<sup>926</sup> H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, précité, p. 92. Sur la commodité, v. aussi H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, Librairie du

coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement en matière de droits réels immobiliers<sup>927</sup>, c'est que l'application de la *lex fori* va de pair avec la commodité<sup>928</sup>.

**501.** Il est bien évident que, du point de vue du fonctionnement des services judiciaires, le contenu des règles du juge saisi est d'un accès facile et rapide. Or, l'efficacité de la justice impose qu'elle soit rendue dans un délai raisonnable. Un tel souci de pragmatisme et d'efficacité est la principale justification avancée en faveur de la *lex fori*. Il convient, dès lors, de rechercher si cet argument fondé sur la commodité peut être invoqué au soutien des solutions *lex foristes* du droit international privé. C'est pourquoi, après avoir tenté de cerner la notion de « bonne administration de la justice » (§ 1), nous confronterons cette notion générale à la justice de droit international privé proprement dite (§ 2).

#### § 1 La notion de bonne administration de la justice

**502. Définition.** En raison d'une absence de définition technique, il peut paraître problématique de présenter la notion de « bonne administration de la justice ». Certes, l'expression est évocatrice car elle emprunte ses termes au langage courant. Elle semble donc faire référence à une acception communément reçue et non à une signification proprement juridique. De sorte qu'il n'y a, dans cette notion, aucune spécificité à l'égard du droit international privé puisqu'il s'agit, au contraire, d'une notion utilisée de façon tout à fait transversale<sup>929</sup>.

---

Recueil Sirey Paris, 1929 p. 314-315.

<sup>927</sup> Sur la coïncidence entre le *jus* et le *forum* en matière de droits réels immobiliers, v. *infra* n° 825 s. et n° 839 s.

<sup>928</sup> La même justification est donnée pour exclure l'intervention des lois étrangères dans la procédure : « *practical (and highly important) considerations of cost and time justify the continued application (ie from the outset and throughout the duration of the litigation) of the forum's own procedural laws* », J. CARRUTHERS, Substance and Procedure in the Conflict of Laws : a Continuing Debate in Relation to Damages, ICLQ 2004 (vol. 53 - n° 3) p. 693.

<sup>929</sup> N. LAVAL, La bonne administration de la justice, Petites Affiches 12 août 1999 n° 160 p. 12. V. aussi les développements de Monsieur JEULAND qui qualifie l'administration judiciaire de « discipline embryonnaire », E. JEULAND, Droit processuel, LGDJ Paris 2007, n° 89 s. p. 107 s. Pour une analyse de la notion de bonne administration de la justice en matière de compétence juridictionnelle, v. A. SINAY-CYTERMANN, L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale, th. dactyl. Strasbourg 1980, (t. 1), n° 122 s. p. 244 s.

**503.** Il faut d'abord préciser que l'administration de la justice ne se confond pas avec la procédure. Plus largement que la procédure, l'administration de la justice correspond à l'organisation et la gestion du service public de la justice<sup>930</sup>. L'adjectif qualificatif de « bon » désigne, quant à lui, une certaine qualité de l'administration de la justice, voire une rationalité qui serait guidée par le sens commun<sup>931</sup>. Par ailleurs, la notion peut aussi faire référence au contexte et à la manière dont sont rendues les décisions judiciaires<sup>932</sup>. La notion de bonne administration de la justice sert alors à établir les conditions raisonnables qui permettent la viabilité du service public tout en conservant une qualité satisfaisante de la justice. Prise dans ce sens, la notion de bonne administration de la justice a donc la valeur d'un objectif à atteindre<sup>933</sup>. Elle constitue un standard juridique<sup>934</sup> dans le sens où elle s'adapte aux circonstances et où elle fait appel à l'expérience pratique qu'a le juge de sa fonction, sans que cela découle d'une règle juridique imposée<sup>935</sup>.

**504.** Par suite, le rôle de la bonne administration de la justice est d'être une mesure de conduite pour le juge qui lui permet de rendre une décision de qualité sans que cela n'entraîne un coût de fonctionnement abusif des institutions publiques. Or, d'un autre côté, la qualité des décisions de justice est une notion extrêmement vague. Elle est évaluée selon

---

<sup>930</sup> Th. RENOUX et A. ROUX, *L'administration de la Justice en France, Que sais-je ?*, PUF Paris 1994, p. 7 ; C. VAN DER PLAS, *The Limits of the Judicial Function and the Conflicts of Laws*, *Netherlands International Law Review* 2006 (vol. 53 / n° 3) p. 452 s.

<sup>931</sup> « Tout comme la bonne foi, les bonnes mœurs ou la conduite en bon père de famille, la bonne administration de la justice exprime par la présence de l'adjectif qualificatif "bon", la raisonnable, la normalité d'un comportement humain ou d'une situation », N. LAVAL, *op. cit.*, n° 160, p. 18.

<sup>932</sup> H. PAULIAT, *Les différents modes d'administration de la justice en Europe et au Québec et leur influence sur la qualité*, in *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, sous la dir. de M. FABRI, J.-P. JEAN, Ph. LANGBROEK et H. PAULIAT, Montchrestien Paris 2005, p. 23.

<sup>933</sup> Ce que Monsieur DE BOER désigne sous l'expression de « perfectionnement de l'efficacité procédurale » (« *improvement of procedural efficiency* »), Th. M. DE BOER, *Facultative choice of law: the procedural status of choice-of-law rules and foreign law*, *RCADI* 1996 t. 257, p. 322.

<sup>934</sup> N. LAVAL, *op. cit.*, n° 160, p. 16 s.

<sup>935</sup> « Le standard (...) ne se prête pas à une application mécanique. C'est l'intuition et l'expérience pratique des choses de la vie qui inspirent et guident le juge dans l'application empirique du "standard". L'intuition et l'expérience prennent la place du raisonnement et de la logique », A.-A. AL-SANHOURY, *Le Standard Juridique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II : *Les sources générales des systèmes juridiques actuels*, Librairie du recueil Sirey Paris, 1934, p. 146.

des critères hétérogènes qui impliquent, de surcroît, une totale transparence des résultats et une évaluation de la performance. Pourtant, en l'occurrence, il ne s'agit pas seulement de mesurer la compétence des magistrats qui élaborent les décisions de justice, ni simplement d'évaluer l'efficacité *a posteriori* de la décision rendue, puisque l'appréciation de la qualité de la justice est fortement subjective. Elle dépend, pour une grande part, de la satisfaction des usagers du service public de la justice<sup>936</sup>. En amont, elle se trouve donc forcément déformée par la confiance que placent les justiciables dans l'efficacité de leur système judiciaire. En particulier, la lenteur de la procédure est de nature à susciter une crise de confiance de la part des plaideurs<sup>937</sup>. En droit international privé, l'engouement croissant suscité pour l'arbitrage international en est sans doute l'un des révélateurs.

**505.** Dès lors, étant admis que l'application de la loi étrangère est génératrice de plusieurs inconvénients<sup>938</sup>, la question se pose de savoir si l'application de la loi étrangère ne serait pas de nature à altérer, en règle générale, la qualité de la justice rendue. C'est ce que soutiennent au premier plan les partisans du caractère facultatif de la règle de conflit. Pour ces derniers, l'application généralisée de la *lex fori* se trouve, en effet, justifiée par l'intérêt des parties de recevoir une meilleure justice<sup>939</sup>.

**506. Avantages pratiques de la *lex fori*.** Systématisés par un célèbre auteur néerlandais<sup>940</sup>, les avantages attachés à l'application de la *lex fori* peuvent se résumer de la façon suivante. Au premier chef, les parties ont forcément intérêt à recevoir une décision de qualité plutôt qu'une décision fondée sur le contenu approximatif d'une loi étrangère<sup>941</sup>.

---

<sup>936</sup> « *Whether the application of foreign law jeopardizes the quality of the judicial process depends largely on the individual case* », Th. M. DE BOER, *Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law*, précité, p. 320.

<sup>937</sup> En ce sens, v. E. JEULAND, *Droit processuel*, LGDJ Paris 2007, n° 90 p. 108.

<sup>938</sup> Pour un exemple des difficultés provoquées par la mise en œuvre de la loi étrangère, v. *supra* n° 548 s.

<sup>939</sup> A. FLESSNER, *Fakultatives Kollisionsrecht*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1970 p. 547 ; pour une évaluation de la théorie de Monsieur FLESSNER, v. P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé*, *RCADI* 1977-II t. 155 p. 154-221. Comp. P. M. M. MOSTERMANS, *Optional (facultative) Choice of Law ? Reflections from a Dutch Perspective*, *Netherlands International Law Review* 2004 (vol. 51) p. 400 s.

<sup>940</sup> Th. M. DE BOER, *Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law*, *RCADI* 1996, t. 257, p. 318-319.

<sup>941</sup> « *Application of forum law may benefit the parties as well. To them, high-quality adjudication is of*

D'ailleurs, lorsque ce contenu nécessite une expertise, le juge perd une part de son indépendance en faisant reposer sa décision sur l'avis de l'expert. Ensuite, en appliquant sa propre loi, le juge saisi possède une meilleure vue d'ensemble du système juridique dans lequel il évolue. De cette façon, il peut mieux insérer la solution qu'il adopte au sein d'une construction juridique de dimension étatique. Le juge et les avocats sont également plus à l'aise pour élaborer une argumentation juridique reposant sur la *lex fori* plutôt que sur la loi étrangère<sup>942</sup>. Enfin, les recherches sur le contenu de la loi étrangère ralentissent la prise de décision. Ils augmentent les coûts de la procédure et de l'instruction du dossier<sup>943</sup>.

**507.** Avec la loi du for, le justiciable dispose de l'expertise naturelle du juge sur l'application de sa propre loi. Il jouit d'une meilleure connaissance du contenu des règles de la part du juge et d'une meilleure appréciation de leur résultat effectif sur la situation juridique, d'une meilleure appréciation de la justice rendue. Avec cette loi, il y a vraisemblablement moins de risque d'erreur. En outre, l'application de la *lex fori* bénéficie de meilleures garanties que la loi étrangère. Elle fait l'objet d'un contrôle d'interprétation qui protège les parties contre les risques d'arbitraire ou d'erreur de la part du juge. Cela signifie, pour les parties, la possibilité non négligeable de former un pourvoi devant la Cour de cassation sur la base d'une violation de la loi tandis que, d'un autre côté, la Cour de cassation ne contrôle pas l'application du droit étranger par les juges du fond. La Commission de droit international de l'Union internationale des Magistrats estime d'ailleurs qu'une simple sanction de la dénaturation, qui constitue le seul contrôle de la loi étrangère pratiqué en droit français, ne répond pas suffisamment aux nécessités d'une bonne administration de la justice<sup>944</sup>.

---

*paramount interest. They have a right to expect that their dispute is settled by tried and true standards of law, not by an approximation of what the law could be, nor by Solomonic wisdom alone. When foreign law must be applied, however, the quality of the administration of justice is bound to suffer* », Th. M. DE BOER, *op. cit.*, p. 318.

<sup>942</sup> « *When forum law applies, both the court and the parties' attorneys communicate on the same level ; they can appreciate the merits of the case, they are aware of precedents, and they are sensitive to the subtleties of legal argumentation* », Th. M. DE BOER, *op. cit.*, p. 319.

<sup>943</sup> Sur la question du coût de la preuve en ce domaine, v. J. H. MERRYMAN, *Foreign Law as a Problem*, *Stanford Journal of International Law* 1983 p. 156 ; P. MAYER, *Les procédés de preuve de la loi étrangère*, in *Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle : études offertes à Jacques Ghestin*, LGDJ Paris 2001, p. 617, n° 7 p. 621 et n° 12 p. 625.

<sup>944</sup> Résolution de la Commission de droit international de l'Union internationale des Magistrats, réunis à

**508.** La balance des inconvénients et des avantages ne penche donc pas en faveur de la loi étrangère. Cela autorise un auteur à conclure que l'application directe de la loi du juge saisi est probablement plus raisonnable que celle de la loi étrangère<sup>945</sup>. Pour autant, la bonne administration de la justice se trouve transcendée par la Justice elle-même<sup>946</sup>. En effet, sur le plan de la philosophie poursuivie par le droit international privé, l'application systématique de la *lex fori* est, elle aussi, génératrice de plusieurs inconvénients. Ces derniers apportent du crédit à l'utilisation de la loi étrangère au sein de la justice de droit international privé (§ 2).

## § 2 La justice de droit international privé

**509.** Pour évaluer la contribution de la *lex fori* à la qualité de la justice rendue, il faut déterminer dans quels cas cette loi est source d'injustice à l'égard des situations juridiques internationales. Cela conduit à s'interroger, par ailleurs, sur la légitimité de la loi étrangère à corriger l'injustice causée par l'application systématique de la *lex fori*. En d'autres termes, il faut préciser la fonction occupée par la loi étrangère dans la justice de droit international privé.

**510. Spécificité de la justice de droit international privé.** La prétendue spécificité de la justice de droit international privé commande, au préalable, de préciser les raisons pour lesquelles celle-ci se démarque de la notion générale de Justice. Dans un sens large, ne pourrait-on pas considérer que la Justice englobe la justice particulière de droit international privé ? Un auteur semble le suggérer. Il écrit que « l'idéal essentiel auquel tend toute règle de droit, par conséquent la règle de droit international privé également, consiste à réaliser la

---

Salzbourg (5<sup>e</sup> session) le 24 septembre 1966, II point 3, reproduite in J.-L. ROPERS, La loi étrangère et le juge national, JCP 1967 I n° 2101 p. 1.

<sup>945</sup> « *One who surveys the combined "choice of law" and "foreign law" issues in a case with foreign contacts and thinks about the uncertainty of their resolution and the demands that they make of court, lawyer and client effort, time and money, could be excused for wondering if it would not, on balance, make more sense to ignore the foreign contacts and merely apply the law of the forum in all cases (...) those cases would be simpler and quicker for counsel and court and cheaper (and perhaps fairer) for clients* », J. H. MERRYMAN, *op. cit.*, p. 151-152.

<sup>946</sup> « La justice ne saurait être confondue avec le service public qui en assure la mise en œuvre, elle le transcende », J. HÉRON et Th. LE BARS, Droit judiciaire privé, 3<sup>e</sup> éd. 2006, Montchrestien Paris, n° 247 p. 196.

justice ou, selon l'expression platonicienne, à réaliser l'idée du droit »<sup>947</sup>. Toutefois, un autre auteur considère que « le droit international privé trouve sa raison d'être dans la diversité des lois des États, d'une part, et la nécessité de trouver les solutions justes dans la communauté internationale, d'autre part »<sup>948</sup>. La justice de droit international privé répondrait donc à des objectifs propres. S'interroger sur le sens de la justice en droit international privé revient alors à identifier les objectifs poursuivis par les règles adoptées en cette matière. Il faut dire qu'ils sont multiples. Ne serait-ce qu'en matière de conflit de lois, ils consistent à :

- harmoniser des solutions
- éviter les situations juridiques boiteuses
- respecter les attentes légitimes des parties
- préserver la souveraineté des États
- résoudre équitablement les conflits de lois.

**511.** Ce seul énoncé des objectifs poursuivis en matière de résolution des conflits de lois suffit à montrer que le droit international privé repose sur une conception spécifique de la justice. La somme des problématiques abordées en matière de conflits de lois ne se retrouve pas dans une autre discipline. Elle en justifie donc l'existence et l'autonomie par rapport à toutes les autres branches du droit<sup>949</sup>. Par ailleurs, le déclenchement de la justice en cette matière est préalablement dépendant de la sensibilisation du juge aux méthodes du droit international privé et des facilités qu'il peut avoir, le cas échéant, pour rechercher le contenu des règles étrangères qu'il doit appliquer. Les considérations relatives à l'administration de la justice ne doivent donc pas être négligées. Il faut alors nécessairement les confronter aux inconvénients suscités par la *lex fori* pour connaître le contenu exact de la notion de justice en droit international privé.

---

<sup>947</sup> G. MARIDAKIS, Rapport définitif sur le renvoi en droit international privé, *Annuaire de l'Institut de Droit International* 1957, vol. 47 t. II, p. 9.

<sup>948</sup> E. JAYME, Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne, *RCADI* 1995-I t. 251 p 39.

<sup>949</sup> V. M. FALLON, Le droit international privé en 2004, entre *ius commune*, codification et droit privé européen, in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen : études réunies et présentées par Alain WIJFFELS*, Bruylant Bruxelles 2005, p. 247 s.

**512. Inconvénients théoriques de la *lex fori*.** Quant à l'application systématique de la *lex fori*, elle génère trois ordres d'inconvénients susceptibles de conduire à des situations contraires à la justice du droit international privé. Premièrement, il existe un risque que la décision ne soit pas reconnue dans les autres pays parce qu'elle entre en contradiction avec les solutions qui y sont en vigueur. Ce type d'argument, qui ne touche que les bénéficiaires de décisions judiciaires, ne semble pas irréfutable. Premièrement, il part du postulat que toutes les décisions ont vocation à circuler or cela n'est pas nécessairement le cas. Du reste, il est impossible d'évaluer la réalité de l'harmonie internationale des solutions car il n'existe aucun suivi international des décisions judiciaires. Deuxièmement, l'argument ne prend pas en compte les progrès survenus en matière de reconnaissance et d'exécution des décisions, en particulier sous l'effet des règles communes aux États membres de l'Union européenne<sup>950</sup>. En particulier, le juge chargé de reconnaître une décision étrangère a de

---

<sup>950</sup> Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles I » (précédé par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale), Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale, précités ; v. aussi le Règlement (CE) n° 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JOUE L 143 du 30/04/2004 p. 15, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/> ; sur l'ensemble de la question, consulter A. MARMISSE, La libre circulation des décisions de justice en Europe, Presses Universitaires de Limoges / Limoges 2000. Sur l'ensemble des objectifs visés à terme par l'Union européenne, v. le projet de programme des mesures sur la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale (2001/C 12/01), JOUE n° C 12 du 15/01/2001 p. 1, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/>. Pour autant, la reconnaissance des décisions ne doit pas être confondue avec le principe de reconnaissance mutuelle, autrement appelé le principe de la loi du pays d'origine, qui est un dérivé de la théorie des droits acquis, rejeté par la majorité des auteurs français de droit international privé, v. CJCE, 20 février 1979, CASSIS DE DIJON, aff. 120/78 Rec. p. 649, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/> ; JDI 1981 p. 106, obs. R. KOVAR ; RTD Eur. 1980 p. 765 et p. 611, note J.-Cl. MASCLET ; Revue du Marché Commun 1980 p. 505, note A. MATTERA. Sur ce principe, v. P. LAGARDE, Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2004 (vol. 68) p. 227 ; J.-S. BERGÉ, Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen, *in* Le droit international privé : esprit *et* méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, n° 8 p. 118 ; Fr. VIANGALLI, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire, PUAM Aix-en-provence 2004, n° 180 s. p. 79 s. ; V. HEUZÉ, De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen, *in* Le droit international privé : esprit *et* méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul

moins en moins besoin de contrôler si le fonctionnement de la règle de conflit étrangère a conduit le juge étranger à appliquer la même loi que celle qu'il aurait lui-même appliquée s'il avait été saisi en premier<sup>951</sup>.

**513.** Le deuxième inconvénient est que l'application par chaque juge de sa propre loi étatique, si elle est abusive, nuit à la coopération internationale et n'encourage pas la réciprocité des comportements<sup>952</sup>. En particulier, si les magistrats laissent libre cours à leurs tendances ethnocentriques, ils risquent de provoquer une extension du domaine spatial de leur loi étatique et un rejet corrélatif de la part des autres ordres juridiques<sup>953</sup>. Ils doivent donc particulièrement veiller à ne pas céder à cette tentation. Néanmoins, il est très rigoureux de faire assumer aux seuls juges l'entière coordination internationale des systèmes juridiques<sup>954</sup>.

**514.** Troisièmement, l'application hégémonique de la *lex fori* par le juge entraîne des risques de *forum shopping*<sup>955</sup>. C'est que, si chaque juge saisi applique son propre système de règles, le demandeur préférera engager son action devant le tribunal qui lui appliquera les règles les plus favorables à sa cause. Certes, il est possible de remédier à cet inconvénient en établissant des chefs de compétence juridictionnelle qui soient impératifs et universellement

---

Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 394 ; M. FALLON, Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé, in Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux, Bruylant Bruxelles 1993, p. 187 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris, 2007, n° 230 s. p. 150 s.

<sup>951</sup> Sur cette question, v. *infra* n° 666.

<sup>952</sup> À propos de l'extension du domaine de la *lex fori* par le biais de la catégorie « procédure » : « *it might reasonably be argued that the 'inconvenience' argument has been applied by English and Scots courts in a restrictive, forum-preferring manner which, if we are honest, has policy and homeward trend at its root* », J. CARRUTHERS, Substance and Procedure in the Conflict of Laws : a Continuing Debate in Relation to Damages, ICLQ 2004 (vol. 53 - n° 3) p. 709 (et les auteurs cités par Madame CARRUTHERS; *op. cit.*, note n° 107).

<sup>953</sup> Sur l'ethnocentrisme, v. *supra* n° 408 s.

<sup>954</sup> D'autant qu'« il n'y a pas (...) de conscience professionnelle commune des juges des divers pays qui sont appelés à assurer la coordination des divers systèmes juridiques malgré les interventions politiques des législateurs nationaux », J. BASEDOW, Spécificité et coordination du droit international privé communautaire, TCFDIP 2002-2004, éd. Pedone Paris 2005, p. 283.

<sup>955</sup> Sur le *forum shopping*, v. *infra* n° 748 s.

unifiés. Pourtant, même dans ce cas, il sera difficile de supprimer tous les types de fraude à la compétence car la fraude est elle-même un phénomène sensiblement invincible. De plus, l'uniformisation des chefs de compétence par le biais d'une convention internationale pâtit des inconvénients inhérents au procédé même de l'uniformisation<sup>956</sup>. Enfin, l'impérativité du chef de compétence ne va pas dans le sens de la tendance actuelle qui consiste à favoriser les accords d'élection de for.

**515. Rationalité de la *lex fori* à s'appliquer.** Tous ces inconvénients pourraient être mis à la marge s'il était prouvé que l'application des lois étrangères engendrait davantage d'effets négatifs que l'application de la *lex fori*. Qu'en est-il ? On sait que la méthode post-savignienne est supposée apporter une harmonie internationale des solutions, notamment grâce à l'utilisation de la loi étrangère lorsque le siège de la situation est localisé à l'étranger. Elle est aussi censée faciliter la coordination des ordres juridiques étatiques et permettre un développement juste de la société internationale. En réalité, l'utilisation des lois étrangères suscite des difficultés pratiques, sans qu'il soit possible de savoir si, en retour, l'harmonie attendue se trouve concrètement réalisée. Plus précisément, l'élargissement du domaine de la *lex fori*, intervenant postérieurement au jeu de la règle de conflit, est révélateur d'une certaine ineffectivité de la mise en œuvre de la loi étrangère. La prise en compte progressive des multiples phénomènes de résistance, qui se manifestent par un essor de méthodes favorables à *lex fori*, est alors tout à fait significative du caractère généralement inapproprié de la loi étrangère pour la résolution des litiges internationaux. Elle témoigne, au contraire, de la rationalité que l'application de la *lex fori* revêt.

**516.** La raison majeure de cette rationalité doit se rechercher dans les difficultés pratiques inhérentes à l'application des lois étrangères que nous avons précédemment développées<sup>957</sup>. Elles rejaillissent, d'ailleurs, sur les justifications théoriques du principe d'égalité entre la loi du for et la loi étrangère. En effet, les approximations scientifiques qui affectent les fondements du principe d'égalité, pour ne pas dire ceux de la loi étrangère, nuisent considérablement à la crédibilité du système de résolution des conflits de lois. Les nombreux cas d'éviction de la loi étrangère désignée par la règle de conflit portent un désaveu de la méthode qui prétend utiliser la loi étrangère dans la même proportion que la loi du for. Il faut

---

<sup>956</sup> Sur les inconvénients posés par l'uniformisation, v. *infra* n° 537 s. et n° 773 s.

<sup>957</sup> Sur les inconvénients pratiques de l'application de la loi étrangère, v. *supra* n° 506 s.

alors s'interroger sur les véritables arguments qui commandent le recours aux lois étrangères. Ces arguments ne doivent pas être purement théoriques dans la mesure où ils s'opposent à des résistances pratiques fortes : un auteur souligne d'ailleurs que, « si les règles de conflit de lois doivent être respectées comme règles de droit, dans les faits, elles sont souvent écartées. L'application du droit étranger reste subsidiaire, voire rare. Les règles de droit international privé sont souvent manipulées au profit de la loi française »<sup>958</sup>.

**517. Conclusion de la section.** La bonne administration de la justice ne semble pas en totale adéquation avec la justice de droit international privé. Chacun guidé par des objectifs différents, les deux concepts ont même tendance à s'opposer, surtout lorsqu'une loi étrangère est appelée à être appliquée pour résoudre la question litigieuse. En quelque sorte, il y a une antinomie pour le juge entre le fait d'utiliser une loi étrangère et la nécessité de rendre la justice dans les meilleures conditions possibles. Si bien que, confronté à un profond dilemme sur la manière dont l'équilibre doit être instauré entre ces deux ensembles, il appartient au juge de déterminer s'il est préférable de recourir aux mécanismes du droit international privé dans leurs moindres subtilités ou alors de prendre une décision le plus promptement possible. S'il soumet cette question aux parties, comme le préconisent les adeptes du caractère facultatif de la règle de conflit, la balance risque de pencher pour la deuxième proposition.

**518.** Il est bien évident que ce choix idéologique entre le modèle empirique ou pragmatique et le modèle dogmatique ou idéaliste ne peut être accompli que si les parties maîtrisent suffisamment les implications théoriques de leur décision. Ainsi, dès lors que l'application de la *lex fori* est guidée par la raison pratique et que les mécanismes du droit international privé requièrent une pédagogie particulièrement poussée de la part des juges et des avocats, il est à craindre que la loi applicable pour résoudre la question litigieuse soit uniquement désignée sur la base de critères relatifs à la bonne administration de la justice (Section 2).

---

<sup>958</sup> E. RUDE-ANTOINE, La coexistence des systèmes juridiques différents en France : l'exemple du droit familial, in Ph. KAHN (sous la dir. de), L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique, Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La documentation française Paris 2001, p. 151.

## Section 2 Les caractères fondamentaux de la bonne administration de la justice en droit international privé

**519.** L'appréhension des rapports sociaux par des principes abstraits, dont le juge est l'interprète pour chaque cas particulier, est aujourd'hui concurrencée par une adhésion à un modèle concret, immédiatement saisissable et censé remédier à l'impression de complexité qui affecte le droit : « on tente de saisir l'effectivité plutôt que l'équilibre », explique Monsieur Xavier LAGARDE<sup>959</sup>. L'application de la loi du for relève pleinement de cette tendance qui marque, plus généralement, une atténuation du formalisme des systèmes juridiques (où la normativité repose davantage sur la source du droit plutôt que sur l'effet des règles juridiques)<sup>960</sup>.

**520.** Assurément, la notion de bonne administration de la justice en droit international privé implique, elle aussi, une appréciation concrète. Cette appréciation concerne le caractère raisonnable du processus par lequel le juge est amené à rendre une décision de justice<sup>961</sup>. Elle se perçoit plus particulièrement à travers deux éléments assez caractéristiques de la résolution des conflits de lois. Premièrement, en droit international privé, le juge se trouve saisi d'une question de droit en général complexe, ce qui peut entraîner des conséquences sur la durée du procès (§ 1). Deuxièmement, la mise en œuvre de la loi étrangère désignée à la suite de ce raisonnement complexe, est susceptible d'accroître le coût du procès (§ 2). Ces éléments, dès lors qu'ils sont contraires à une bonne administration de la justice, peuvent entraîner une réticence des plaideurs à engager leur action ou à la mener jusqu'à son terme.

---

<sup>959</sup> X. LAGARDE, Pourquoi le droit est-il complexe ?, *Revue le Débat* n° 127, nov. déc. 2003, p. 153.

<sup>960</sup> « Dans un système formaliste prévalent les sources du droit et les rapports organisés entre elles. L'effet des règles édictées est indifférent à la normativité sur laquelle repose le droit », W. BARANÈS et M.-A. FRISON-ROCHE, *Le souci de l'effectivité du droit*, D. 1996, Chron., n° 14 p. 302.

<sup>961</sup> « Chaque fois qu'un droit ou un pouvoir quelconque, même discrétionnaire, est accordé à une autorité, ou à une personne de droit privé, ce droit ou ce pouvoir sera censuré s'il s'exerce d'une façon déraisonnable. Cet usage inadmissible du droit sera qualifié techniquement de façons variées comme abus de droit, comme excès ou détournement de pouvoir, comme iniquité ou mauvaise foi, comme application ridicule ou inappropriée de dispositions légales, comme contraire aux principes généraux du droit communs à tous les peuples civilisés. Peu importent les catégories juridiques invoquées. Ce qui est essentiel c'est que, dans un État de droit, dès qu'un pouvoir légitime ou un droit quelconque est soumis au contrôle judiciaire, il pourra être censuré s'il s'exerce d'une façon déraisonnable, donc inacceptable », Ch. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, in *Archives de philosophie du droit* 1978, t. 23, p. 36.

En particulier, la durée et le coût excessifs du procès compromettent l'accès à la justice et peuvent laisser perdurer des situations injustes.

## § 1 L'équilibre entre le délai raisonnable et la complexité de l'affaire

La *lex fori* a, en règle générale, la vertu de ne pas ralentir le cours du procès (A). C'est la raison pour laquelle cette loi est utilisée pour faire face aux cas d'urgence en matière de droit international privé (B). Elle apparaît donc conforme au « délai raisonnable » qui est imposé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (C).

Le caractère international du litige nécessite, quant à lui, un temps d'analyse plus long qu'à la normale. Il est, en outre, un facteur de complexité difficilement réductible (D). Or, les pistes de simplification, autres qu'un recours basique à la *lex fori*, n'apparaissent pas réellement efficaces (E). Seule une meilleure présentation formelle des règles de droit international constituerait un progrès susceptible d'atténuer la complexité de la matière et, partant, de réduire la durée du procès (F).

A/ Le rôle de la *lex fori* sur la réduction de la durée du procès

**521. Loi étrangère et durée du procès.** Tout magistrat se doit d'être attentif à la durée des procès dont il a la charge. Chaque jour ramené à l'impératif du fonctionnement efficace de l'appareil judiciaire, le juge est directement confronté aux dossiers à traiter, aux délais de procédure et à la gestion restrictive des moyens matériels mis à sa disposition. De ce fait, les contraintes des juridictions judiciaires doivent nécessairement être prises en compte dans la justice de droit international privé. Or, l'application de la loi étrangère est une source d'allongement du procès. C'est que les délais indispensables pour s'informer sur le contenu des droits étrangers ne semblent pas répondre aux exigences générales de célérité<sup>962</sup>. A *contrario*, la *lex fori* est une source directe de simplicité : le contenu de la loi du for est, par

---

<sup>962</sup> « Retards de procédure, surcroît d'occupations pour les magistrats, risques d'interprétation erronée du droit applicable, autant d'inconvénients inhérents à la preuve, qui incombe aux parties, des dispositions de la loi étrangère », G. SUTTON, LES ARTICLES 311-14 et suivants du CODE CIVIL à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de Grande Instance de Paris, TCFDIP 1982-1984, éd. du CNRS Paris 1986, p. 196 ; *adde*, P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires, RCDIP 1996 n° 2 p. 399.

nature, plus facile à déterminer que celui de la loi étrangère<sup>963</sup>. On peut certes objecter que certaines lois étrangères sont très accessibles<sup>964</sup>, comme celles qui sont issues d'un système juridique dont le langage est identique à celui du juge saisi<sup>965</sup>. Cela ne signifie pas qu'il faille, pour autant, ignorer la difficulté qu'il y a à connaître le contenu des droits étrangers n'entrant pas dans cette catégorie.

**522.** Prenons l'exemple d'une action en recherche de paternité introduite en France contre un Français par une mère biélorusse pour son enfant né à Saint-Pétersbourg. Avant dire droit, une première décision des juges du fond interviendra pour rechercher le contenu de la loi personnelle de la mère (article 311-14 du Code civil). Si les éléments obtenus sont insuffisants, un deuxième arrêt renverra l'affaire à sa mise en l'état afin d'établir avec certitude le contenu de la loi étrangère, voire celui de la loi d'un État voisin. En cas de recherches infructueuses, un troisième arrêt fera application de la *lex fori* à titre subsidiaire. À cela s'ajoute le délai nécessaire à la Cour de cassation pour statuer sur l'éventuel pourvoi du prétendu père de l'enfant. Au terme du procès, il aura fallu presque neuf ans à la mère pour obtenir une décision définitive sur le fondement d'une loi qui, si elle avait été appliquée dès le départ, aurait probablement réduit la durée du procès à cinq ans<sup>966</sup>.

---

<sup>963</sup> « Le recours à la loi française évite les lenteurs provoquées par la recherche du contenu du droit étranger », G. LÉGIER, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1984, ABED, JDI 1985 p. 449.

<sup>964</sup> « De nombreux tribunaux de par le monde appliquent *quotidiennement* une loi étrangère – notamment, bien sûr, des pays qui leur sont voisins – sans éprouver de difficultés appréciables ni pour la connaissance de ce droit, ni pour son interprétation », P. LALIVE, *op. cit.*, p. 170.

<sup>965</sup> Par exemple, pour le juge français, il s'agira du droit belge, du droit luxembourgeois, du droit suisse ou encore du droit québécois (à l'exclusion des décisions rendues dans une autre langue officielle que le français).

<sup>966</sup> « M<sup>me</sup> Irina Y..., de nationalité biélorusse, a intenté le 9 février 1998 devant le tribunal de grande instance de Toulon, à l'encontre de M. Alain X..., une action en recherche de paternité naturelle pour son fils Mikhail, né le 7 octobre 1993 à Saint-Pétersbourg (Russie) ; que, par le premier arrêt attaqué avant dire droit du 5 février 2002, la cour d'appel a renvoyé l'affaire à la mise en état en vue de rechercher la teneur de la loi biélorusse applicable ; que, par le deuxième arrêt attaqué avant dire droit du 3 juin 2004, la cour d'appel, estimant les éléments insuffisants, a renvoyé, à nouveau, l'affaire à la mise en état en vue d'établir la preuve du contenu du droit étranger, et, notamment la teneur des articles 17 et 18 de la loi fédérale russe sur les actes d'état civil et leur applicabilité à la cause ; que le troisième arrêt attaqué (Aix-en-Provence, 17 août 2005) a déclaré l'action de M<sup>me</sup> Irina Y... recevable en application de l'article 340-4 du code civil français », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 2006, M. X, Bull. 2006 I n° 500 p. 445 ; RCDIP 2007 p. 575, note H. MUIR WATT.

**523. Vertu simplificatrice de la *lex fori*.** Indéniablement, le recours à la *lex fori* est une source de simplicité immédiate, c'est pourquoi les nouvelles législations et conventions de droit international privé multiplient les règles qui favorisent la coopération entre autorités étatiques plutôt que les règles de conflit assurant une égalité entre la loi étrangère et la loi du for<sup>967</sup>. Il s'agit d'une tendance que Madame GANNAGÉ nomme le « règlement purement administratif du conflit de lois »<sup>968</sup>. Il n'est pas rare, en effet, que certaines règles conventionnelles, imposant l'application de la loi du juge ou de l'autorité saisie, soient guidées par cette volonté de simplicité. Par exemple, Monsieur LEQUETTE écrit que l'application par l'autorité saisie de sa propre loi en vertu de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 sur la protection des mineurs s'explique par la volonté des auteurs de la convention d'assurer une meilleure protection des mineurs « tout en faisant l'économie de distinctions qui apparaissent à certains comme des complications inutiles »<sup>969</sup>. Cette même volonté de simplification est également relevée à propos des conventions internationales concernant la propriété littéraire et artistique<sup>970</sup>. Pour les mêmes raisons, la *lex fori* est aussi utilisée en cas d'urgence (B).

B/ L'exemple de l'urgence

**524. Fonction de la *lex fori* en cas d'urgence.** La fonction de la *lex fori* en tant que loi censée réduire la durée du procès international est parfaitement perceptible dès lors qu'intervient l'urgence de la prise de décision. En matière de litiges internationaux, l'urgence est un « mécanisme d'éviction des lois étrangères dont la mise en œuvre entraînerait un retard préjudiciable aux intérêts des parties en présence »<sup>971</sup>. Occupant une

---

<sup>967</sup> V. G. P. ROMANO, La bilatéralité éclipse par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes, RCDIP 2006 p. 457 s.

<sup>968</sup> L. GANNAGÉ, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille, BDP t. 353, LGDJ Paris 2001, n° 204 p. 134.

<sup>969</sup> Y. LEQUETTE, Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales RCADI 1994-II t. 246, n° 23 p. 40.

<sup>970</sup> « En matière de propriété littéraire et artistique l'application de la loi du juge saisi a joué depuis longtemps un rôle considérable (...) la difficulté est que la raison de la solution n'a jamais été donnée à ma connaissance autrement que par l'affirmation que l'application par le juge saisi de sa propre loi est beaucoup plus simple », H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II, t.139, p. 93-94.

<sup>971</sup> Y. LEQUETTE, note sous TI Paris (juge des tutelles), 3 décembre 1973, DAME LAFORTUNE, RCDIP 1974 p. 663 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. II, 7<sup>e</sup> éd. 1983,

fonction dérogoire à la règle de droit<sup>972</sup>, l'urgence peut donc provisoirement exclure la désignation du droit étranger. Par nature, elle commande l'application directe de la loi du juge saisi jusqu'à ce que le fond du droit ait été examiné<sup>973</sup> puisque l'effet de l'urgence est temporaire et que la mesure prise relève obligatoirement du provisoire (il s'agit, par exemple, du référé ou des mesures conservatoires)<sup>974</sup>.

---

LGDJ Paris, n° 500 p. 156 ; M.-L. NIBOYET, Capacité - Protection des incapables, J-Cl. International, fasc. 545 (1998), n° 70 p. 11 ; A. HUET, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Compétence internationale ordinaire - Règles de compétence purement internationale, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 21 (2001), n° 64 p. 19. *Adde*, « il est en effet de principe constant (...) qu'au plan des conflits de lois l'urgence peut entraîner substitution de la *lex fori* à la loi étrangère éventuellement compétente lorsqu'il s'agit d'ordonner avec célérité une mesure provisoire », TGI Marseille, réf., 28 juin 1977, BONITEAU, RCDIP 1979 p. 97, note P. LAGARDE. La notion d'urgence est également utilisée en matière de compétence juridictionnelle, v. A. SINAY-CYTERMANN, L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale, (2 tomes), th. dactyl. Strasbourg, 1980, n° 290 s. p. 536 s. ; Chr. CHODKIEWICZ, L'urgence en matière de conflits de juridictions, th. Paris I 2000 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1989, « l'urgence peut justifier la compétence des tribunaux français pour ordonner des mesures provisoires ou conservatoires, notamment lorsque la sécurité des personnes ou la conservation de leurs biens est en péril », Bull. 1989 I n° 139 p. 92, D. 1990 Jur. p. 147, note G. PEYRARD, JDI 1989 p. 1045, note Br. OPPETIT.

<sup>972</sup> Y. LEQUETTE, note précitée, p. 661 ; Ph. JESTAZ, L'urgence et les principes classiques du droit civil, LGDJ Paris 1968, n° 3 p. 2 et n° 328 p. 285 ; Chr. CHODKIEWICZ, *op. cit.*, p. 10.

<sup>973</sup> Le juge des référés n'a pas le pouvoir de statuer sur la détermination de la loi successorale applicable, il peut en revanche prescrire, à titre conservatoire, les mesures urgentes nécessaires à la protection des droits éventuels que les héritiers peuvent tirer de la *lex fori*, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1994, CONSORTS ARPELS, Bull. 1994 I n° 161 p. 118. *Adde*, le juge saisi d'une demande d'autorisation de mesure conservatoire portant sur des meubles dépendant d'une succession n'a pas le pouvoir d'appliquer la règle de conflit de lois gouvernant cette succession qui concerne le fond du litige. Il doit seulement apprécier l'apparence de fondement de la créance successorale invoquée, et l'existence de circonstances susceptibles d'en menacer le recouvrement, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 1996, CONSORTS DENNEY, Bull. 1996 I n° 183 p. 127 ; RCDIP 1997 p. 716, note P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES. Un auteur explique, néanmoins, que l'interdiction de préjudicier au fond se produit souvent en fait, Ph. JESTAZ, L'urgence et les principes classiques du droit civil, LGDJ Paris 1968, n° 75 p. 72 et n° 64 s. p. 60 s. *Adde*, M.-L. NIBOYET, Capacité - Protection des incapables, J-Cl. International, fasc. 545 (1998), n° 70 p. 11. *Contra*, « la loi française ne devrait pas être compétente du seul fait qu'il y a urgence, voire dès qu'il y a lieu à référé. Sa mise en œuvre, lorsqu'elle n'est pas commandée par la règle de conflit, devrait donc seulement résulter de sa vocation subsidiaire », J.-P. RÉMERY, v° Référé, Répertoire International Dalloz (1998), n° 19 p. 4.

<sup>974</sup> « La mesure provisoire est généralement obtenue au terme d'un procès caractérisé par la simplification des formalités judiciaires et par la célérité avec laquelle la décision la prononçant sera rendue », P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires, RCDIP 1996 n° 1 p. 399 ; « l'urgence et le caractère provisoire de la mesure justifient

**525.** De cette manière, le caractère procédural de la mesure provisoire prononcée pour cause d'urgence est tellement sous-jacent<sup>975</sup> qu'il est difficile d'interpréter l'application de la *lex fori* comme le résultat de la mise en œuvre de la règle de conflit<sup>976</sup>. C'est pourquoi, il n'est pas permis de classer l'urgence parmi les procédés d'éviction qui interviennent au stade de la mise en œuvre de la *lex causae* : par définition, la loi applicable à la cause est une question qui sera examinée au fond du droit. La justification du recours à la loi du for découle, en fait, de ce que la Cour de cassation se réfère uniquement, dans le dernier état de sa jurisprudence, à la délimitation des pouvoirs du juge en matière de mesures urgentes<sup>977</sup>. Ainsi, l'urgence ne paraît pas pouvoir être analysée comme un critère de rattachement à part entière mais plutôt comme une condition de recevabilité de la demande en mesures urgentes<sup>978</sup>.

---

traditionnellement la compétence des tribunaux et du droit français », G. LÉGIER, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1984, ABED, JDI 1985 p. 449.

<sup>975</sup> Monsieur LÉGIER écrit pourtant que la justification de l'application de la *lex fori* peut se trouver dans les concepts d'urgence et de caractère provisoire de la mesure, indépendamment de la catégorie procédure, G. LÉGIER, note précitée, p. 450. *Contra*, Monsieur HUET place, quant à lui, l'ordre public juridictionnel comme fondement de la notion d'urgence, A. HUET, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Compétence internationale ordinaire - Règles de compétence purement internationale, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 21 (2001), n° 64 p. 20 et n° 77 p. 23.

<sup>976</sup> Un auteur se pose pourtant en contrariété avec le caractère procédural de l'application de la *lex fori* pour cause d'urgence : « en matière de mesures provisoires, le problème du conflit de lois est assez largement absorbé par celui du conflit de juridictions : la compétence législative appartient en principe à l'État doté de la compétence judiciaire au provisoire », P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires, RCDIP 1996 n° 3 p. 400 ; « comme *lex fori*, la loi française a vocation à régler les mesures conservatoires sollicitées des tribunaux français (...) l'intervention de la loi française se fait toujours sur désignation de la règle de conflit », P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 1996, CONSORTS DENNEY, RCDIP 1997 n° 3 p. 718 et n° 4 p. 719.

<sup>977</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1994, CONSORTS ARPELS, précité ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 1996, CONSORTS DENNEY, précité. V. l'article 808 du CPC pour le juge des référés, et l'article 848 du CPC pour le juge du tribunal de première instance.

<sup>978</sup> Sur ce point, v. Chr. CHODKIEWICZ, L'urgence en matière de conflits de juridictions, th. Paris I 2000, p. 102 s. Madame CHODKIEWICZ s'appuie sur la distinction, opérée par certains auteurs, entre l'incompétence du juge et l'irrecevabilité de la demande. Dans les deux cas, l'effet est le même : le juge doit rejeter la demande sans se prononcer sur le bien fondé de la prétention puisqu'il lui est interdit de juger au fond. Malgré cette proximité, il existe un critère de distinction. Il repose sur l'idée d'une concurrence entre les juridictions, induite par la notion de compétence. Ainsi, tandis que le pouvoir juridictionnel du juge des référés

**526.** Par ailleurs, l'appréciation de l'urgence relevant du pouvoir souverain des juges du fond<sup>979</sup>, il faut pouvoir éviter les recours abusifs à la loi du for, de sorte que la solution est pondérée par un critère de proximité qui atteint, non pas la loi applicable, mais la compétence juridictionnelle<sup>980</sup>. Pour le juge saisi, cela consiste à relever que le bien ou l'individu concerné se trouve localisé dans le périmètre de la juridiction territoriale étatique. Ainsi, l'urgence ne peut intervenir pour désigner un tuteur que si le mineur se trouve sur le territoire du juge saisi<sup>981</sup>. Elle ne peut être mise en œuvre pour l'instauration de mesures conservatoires sur un immeuble que si celui-ci est situé sur le territoire du for<sup>982</sup>.

---

ne peut être contesté que sur la base des critères posés par la loi ou le règlement (ex. absence d'urgence), la désignation éventuelle d'une autre juridiction ne concerne, quant à elle, que la juridiction dont le juge des référés est l'émanation (ex. tribunal de grande instance). En effet, si l'urgence fait défaut, le demandeur ne peut pas saisir un autre juge des référés, H. SOLUS et R. PERROT, *Droit judiciaire privé*, t. II : la compétence, Sirey paris, 1973, n° 630 p. 679 s. et n° 633 p. 684.

<sup>979</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n° 98-22883 Legifrance ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 novembre 1996, M<sup>me</sup> X, Bull. 1996 I n° 374 p. 262 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 octobre 1994, n° 92-16117 Legifrance ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 1991, M<sup>me</sup> WIDMAIER, Bull. 1991 I n° 115 p. 77 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1988, n° 86-16490 Legifrance ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 octobre 1980, SCHMIDT ET A., Bull. 1980 I n° 246 p. 197 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 janvier 1979, DAME BERGER, Bull. 1979 I n° 2 p. 2. Sur le caractère indéfinissable de la notion d'urgence, v. Chr. CHODKIEWICZ, *op. cit.*, spéc. le titre préliminaire, p. 9 s.

<sup>980</sup> P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 1996, RCDIP 1997 n° 3 p. 718-719 ; G. LÉGIER, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1984, ABED, JDI 1985 p. 450 ; Chr. CHODKIEWICZ, *op. cit.*, p. 76 s. ; « c'est la localisation en France de la mesure urgente qui constitue le chef de compétence des tribunaux français », A. HUET, *Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Compétence internationale ordinaire - Règles de compétence purement internationale*, J-CI. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 21 (2001), n° 81 p. 24. Comp. CJCE, 17 novembre 1998, VAN UDEN, aff. C-391/95, RCDIP 1999 p. 340, note J. NORMAND (1<sup>er</sup> arrêt) : dans le cadre de la Convention de Bruxelles, « l'octroi de mesures provisoires ou conservatoires en vertu de l'article 24 est subordonné, notamment, à la condition de l'existence d'un lien de rattachement réel entre l'objet des mesures sollicitées et la compétence territoriale de l'État contractant du juge saisi » (point 40). Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>981</sup> Cass. Civ., 19 novembre 1923, DAME RUSCHETTA, JDI 1924 p. 163, note A. MORILLOT ; RDIP 1924 p. 136 ; Cass. Civ., 7 mai 1928, ANTONIOTTI, RDIP 1929 p. 124 ; S. 1928 I p. 238 ; D.P. (Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine) 1929 I p. 47 ; JDI 1929 p. 431. V. P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 535 p. 395 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 350 p. 565.

<sup>982</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1984, ABED, Bull. 1984 I n° 39 p. 32 ; JDI 1985, p. 444, note G. LÉGIER ; Rép. Def. 1984 p. 925, note A. PIÉDELIÈVRE ; JCP 1985 20362, note Fr. BOULANGER (hypothèque conservatoire urgente).

Évidemment, ce raisonnement n'est pas sans rappeler la doctrine du *forum conveniens*<sup>983</sup>, alors que le droit français se défend d'utiliser cette approche.

C/ La contrainte du délai raisonnable posée par la Cour européenne des droits de l'homme

**527. Délai raisonnable.** Par ailleurs, les magistrats doivent être scrupuleusement vigilants à ne pas allonger la durée des procès dont ils ont la charge, d'autant plus que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales a fait du délai raisonnable une composante du procès équitable<sup>984</sup>. En effet, selon la Cour européenne des droits de l'Homme, la célérité des instances judiciaires dans le traitement de l'affaire est rendue nécessaire par l'efficacité et la crédibilité de la justice<sup>985</sup>. Toutefois, en raison de l'appréciation concrète dont elle fait l'objet, la célérité ne constitue pas une obligation absolue à l'égard des juridictions<sup>986</sup>.

**528.** C'est que, plus généralement, la notion de bonne administration de la justice n'entraîne pas une obligation de célérité absolue dans la conduction du procès<sup>987</sup>. Il doit y

---

<sup>983</sup> Sur la question du *forum conveniens* et du *forum non conveniens*, v. *supra* n° 776 s.

<sup>984</sup> « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle », art. 6, 1., al. 1<sup>er</sup>, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Texte de la convention disponible sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'homme : [www.echr.coe.int/echr](http://www.echr.coe.int/echr).

<sup>985</sup> « En exigeant le respect du "délai raisonnable", la Convention souligne l'importance qui s'attache à ce que la justice ne soit pas rendue avec des retards propres à en compromettre l'efficacité et la crédibilité », CEDH, 23 octobre 1990, aff. MOREIRA DE AZEVEDO, A n° 189, § 74 ; CEDH, 24 octobre 1989, aff. H. c/ FRANCE, A n° 162-A, § 58. Disponible sur le site de la Cour européenne des Droits de l'Homme : [www.echr.coe.int/echr/](http://www.echr.coe.int/echr/).

<sup>986</sup> Les principes servant à définir la qualité du procès, tels que le principe du délai raisonnable, « ne doivent pas conduire à privilégier des garanties de nature procédurale au détriment de la qualité de la justice dans son ensemble », J.-P. JEAN et H. PAULIAT, L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité, D. 2005 p. 600.

<sup>987</sup> « L'article 6 (art. 6) prescrit la célérité des procédures judiciaires, mais il consacre aussi le principe, plus général, d'une bonne administration de la justice. Dans les circonstances de la cause, le comportement des autorités se révèle compatible avec le juste équilibre à ménager entre les divers aspects de cette exigence

avoir un juste équilibre entre la rapidité de la procédure et la bonne administration de la justice<sup>988</sup>. Ainsi, le principe de bonne administration de la justice peut venir pondérer l'appréciation restrictive de la durée du procès<sup>989</sup>. En particulier, la Cour européenne des droits de l'homme admet que la complexité de l'affaire puisse légitimement ralentir le cours du procès<sup>990</sup>. En matière civile, le caractère international d'une affaire semble également être pris en compte dans l'appréciation du délai raisonnable<sup>991</sup>.

**529.** Cela n'empêche pas la Cour européenne des droits de l'homme d'être particulièrement sévère à l'égard des États qui ne prennent pas assez de mesures politiques pour enrayer l'engorgement des juridictions<sup>992</sup>. Se pourrait-il alors que les États préconisent

---

fondamentale », CEDH, 12 octobre 1992, *BODDAERT c/ BELGIQUE*, série A, n° 235-D, p. 82 § 39 ; CEDH, 22 juin 2000, *COËME c/ BELGIQUE*, Recueil des arrêts et décisions 2000-VII, § 140. Disponible sur le site de la Cour européenne des Droits de l'Homme : [www.echr.coe.int/echr/](http://www.echr.coe.int/echr/).

<sup>988</sup> Fr. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8<sup>e</sup> éd. 2006, PUF Paris, p. 392 ; L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, NBT 57, Dalloz Paris 2006, n° 576 p. 468 ; « les règles du procès équitable doivent être conciliées avec une exigence de rapidité, de gestion des flux, d'économie de la justice », J.-P. JEAN et H. PAULIAT, *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, D. 2005 p. 600.

<sup>989</sup> Fr. SUDRE, *Convention européenne des droits de l'homme – Droits garantis – Droit à un procès équitable*, J.-Cl. Europe Traité, fasc. 6526 (2005), n° 139 p. 27. Sur l'utilisation du principe de bonne administration de la justice dans la jurisprudence de la CEDH relative à l'accès à un tribunal, v. L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, NBT 57, Dalloz Paris 2006, n° 281 s. p. 220.

<sup>990</sup> « Le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence de la Cour, notamment la complexité de l'affaire, le comportement du requérant et celui des autorités compétentes », CEDH, 31 mars 1991, aff. X c. FRANCE, A n° 234-C § 32 ; CEDH, 27 février 1992, aff. RIDI c/ ITALIE, série A n° 229-B (expertise) ; CEDH, 8 décembre 1983, aff. PRETTO et a. c/ ITALIE, A 71 § 32 (disponible sur le site de la Cour européenne des Droits de l'Homme : [www.echr.coe.int/echr/](http://www.echr.coe.int/echr/)) ; J.-L. CHARRIER, *Code de la Convention européenne des droits de l'homme*, 3<sup>e</sup> éd. 2005, Litec Paris, n° 0296 p. 106 ; R. CLAYTON et H. TOMLINSON, *The Law of Human Rights*, Oxford University Press Oxford 2000, n° 11.220 p. 653 ; P. LAMBERT, *Les notions de « délai raisonnable » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 1991 n° 8 p. 14.

<sup>991</sup> L.-E. PETTITI (sous la dir. de), E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd. 1999, Economica Paris, p. 268 ; A. FISCHER, *Le « délai raisonnable » et la jurisprudence allemande*, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 1991 n° 3 p. 97 ; R. ERGEC et J. VELU, *La notion de « délai raisonnable » dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : essai de synthèse*, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 1991 p. 157.

<sup>992</sup> L. MILANO, *op. cit.*, n° 580 p. 470.

une application généralisée de la *lex fori* dans le but de respecter leurs obligations internationales ? Une autre possibilité serait pour eux de réduire la cause de l'allongement qui touche le procès de droit international privé : la complexité de la matière (D).

D/ L'exception de complexité

**530. Complexité.** La complexité est définie comme « l'état d'un ensemble diversifié qui défie les possibilités de compréhension ou de gestion par la multiplicité et la variété de ses éléments constituants et de leurs interrelations »<sup>993</sup>. Or, selon BATIFFOL, la complexité des intérêts en présence est ce qui différencie le droit international privé par rapport à toutes les autres branches du droit<sup>994</sup>. Elle serait une spécificité propre au droit international privé. De nombreux auteurs, en effet, se font l'écho de cette constatation<sup>995</sup>.

---

<sup>993</sup> A.-J. ARNAUD (sous la dir. de), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, p. 82.

<sup>994</sup> H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1929 p. 311.

<sup>995</sup> Monsieur LALIVE estime que « c'est en effet comme un droit "complexe" au sens de compliqué et embrouillé que la majorité des juristes voient cette branche du droit, de longue date fameuse pour sa difficulté et par voie de conséquence, pour le plaisir intellectuel plus ou moins pervers qu'il procure aux initiés », P. LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé, RCADI 1977-II t. 155, p. 77. Le droit international privé serait « une espèce d'algèbre immuable et indifférente visant, non à concilier des intérêts humains, mais à combiner des lois, avec une précision exclusive de toute appréciation subjective », H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, Librairie du Recueil Sirey Paris 1929, p. 310-311. FRANCESKAKIS évoque les « inextricables complications dont la théorie des conflits de lois a fini par s'encombrer », Ph. FRANCESKAKIS, Compte rendu d'« Observations sur les liens de la compétence et de la compétence judiciaire » par H. BATIFFOL, RCDIP 1963 p. 869. Madame LABRUSSE affirme que « l'articulation de la loi étrangère et de la loi française atteint un degré de complexité désarmant », C. LABRUSSE, La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère, TCFDIP 1975-1977, éd. du CNRS Paris, p. 128. Le doyen honoraire à la Cour de cassation écrit que « l'expérience prouve que peu d'avocats et même de juges maîtrisent parfaitement les règles complexes – souvent trop complexes – du droit international privé », J. MASSIP, chron. de Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 novembre 1986, M. A. c. M<sup>me</sup> A., Rép. Def. 1987 I, arrêt n° 39, p. 774. Monsieur FARGE parle de l'« excessive sophistication du système français de droit international privé », M. FARGE, Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle, L'Harmattan Paris 2003, n° 19 p. 25. La même remarque est faite par Monsieur FOYER lorsqu'il explique que les conflits de lois ont « suscité une littérature savante et parfois très sophistiquée » ainsi que des méthodes d'une « grande sophistication », J. FOYER, Loi française et loi étrangère, in La loi - bilan et perspectives, sous la dir. de Catherine PUIGELIER, Economica

**531. Source d’allongement du procès.** Par nature, la complexité nécessite que le juge puisse examiner l’affaire en toute sérénité<sup>996</sup>. Or, puisque le droit international privé est qualifié de complexe, cela sous-entend que son application requiert davantage de temps que pour des questions juridiques moins élaborées. De cette manière, la qualité de la justice en droit international privé se pose en contradiction avec l’exigence de célérité qu’impose le principe de bonne administration de la justice. Il faut du temps pour identifier la méthode à employer, pour vérifier si la désignation opérée ne doit pas faire l’objet d’un affinement (notamment par la mise en œuvre d’exceptions) et, le cas échéant, pour rechercher le contenu la loi étrangère désignée puis analyser son application sur le litige à trancher. Au dernier stade, il existe donc un lien sous-jacent entre la familiarisation des magistrats au droit international privé et l’application de la loi étrangère<sup>997</sup>.

**532.** En outre, la complexité se révèle être une donnée particulièrement difficile à réduire puisque « la recherche de l’intelligibilité ne doit pas méconnaître la complexité du réel »<sup>998</sup>. La nature complexe du droit international privé semble alors inéluctable car la complexité

---

Paris 2005 p. 79 et 80. Selon Madame BODÉNÈS-CONSTANTIN, « cette discipline atteint de nos jours une complexité jusqu’alors jamais égalée », A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, *La codification du droit international privé français*, Defrénois Paris, Doctorat & Notariat t. 11, 2005, n° 17 p. 17. Un autre auteur écrit même que « la règle de conflit demeure un moyen à part entière d’ingénierie juridique », É. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille*, Defrénois Paris 2006, coll. Doctorat & Notariat t. 12, n° 7 p. 4. Sur la complexité du droit international privé, v. aussi D. BUREAU, *L’application d’office de la loi étrangère : essai de synthèse*, JDI 1990 p. 363 s. ; Br. OPPETIT, *Le droit international privé, droit savant*, RCADI 1992-III, t. 234, p. 377.

<sup>996</sup> En ce sens, v. J.-Fr. KRIEGK, *Le délai raisonnable : office du juge et office de l’autorité publique*, Petites Affiches 2003 n° 127 p. 4.

<sup>997</sup> En témoigne le commentaire de PONSARD à la suite des arrêts REBOUH et SCHULE, qui avaient semblé marquer un revirement par rapport à la jurisprudence BISBAL : « pendant un temps on a pu penser que beaucoup de juges étaient peu familiarisés avec les règles du droit international privé et que l’on ne pouvait leur faire grief de n’en avoir pas fait application d’office ; aujourd’hui la connaissance de ces règles est peut-être plus répandue, et l’obligation de les appliquer d’office pourra conduire le juge à en rechercher le contenu », A. PONSARD, *L’office du juge et l’application du droit étranger*, RCDIP 1990 p. 611.

<sup>998</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 114 p. 254. Comp. : il s’agit de « l’observation pragmatique que la complexité du droit ne fait que traduire la complexité du réel dont il entend se saisir », X. LAGARDE, *Pourquoi le droit est-il complexe ?*, Revue le Débat n° 127, nov. déc. 2003, p. 147.

des règles de droit est à la mesure de la complexité et de la variété des questions sociales engendrées par les déplacements internationaux de personnes, de biens et d'idées<sup>999</sup>.

**533.** Dans le même ordre d'idées, un auteur parle de la complexité comme un « mal nécessaire »<sup>1000</sup>. En effet, les situations internationales sont difficiles à appréhender parce qu'elles sont multiples, qu'il y a une confrontation de souverainetés et une opposition entre plusieurs systèmes juridiques eux-mêmes complexes. La complexité qui jalonne les questions de droit international privé est, en fait, à la hauteur de la complexité des situations qu'il appréhende<sup>1001</sup>. Il faut donc la respecter parce qu'elle correspond à la réalité<sup>1002</sup>. En d'autres termes, il faut accepter que les situations internationales puissent poser des problèmes insolubles.

**534. Exemple du renvoi.** Pourtant, le besoin de simplicité conduit les auteurs de conventions internationales et les législateurs étatiques à abandonner certaines notions classiques du droit international privé. L'exemple le plus typique est celui du renvoi. Étant perçu comme un vecteur de complexité, le procédé semble être de plus en plus abandonné, à la fois dans les traités<sup>1003</sup> et dans les codifications récentes<sup>1004</sup>.

---

<sup>999</sup> P. LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé, RCADI 1977-II t. 155 p. 78-79.

<sup>1000</sup> X. LAGARDE, *op. cit.*, p. 148.

<sup>1001</sup> « Notre système (*français*) de conflits de lois est subtil, délicat, casuistique, diversifié selon qu'il s'agit du droit commun ou du droit conventionnel, sujet de divergences importantes de méthodes et d'opinions, objet d'une science savante dont la pratique, souvent, ne rend pas compte. De son côté, l'immigration étrangère est un phénomène hétérogène, évolutif, incertain et ambigu dans ses caractères comme dans les politiques dont il est l'objet. Confronter tant de complexités entre elles est une gageure », C. LABRUSSE, La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère, TCFDIP 1975-1977, éd. du CNRS Paris, p. 111-112.

<sup>1002</sup> C. LABRUSSE, *op. cit.*, p. 137.

<sup>1003</sup> V. J. FOYER, Requiem pour le renvoi ?, TCFDIP 1980-1981, CNRS Paris, 1981, p. 105 s. ; résumé de l'intervention, RCDIP 1981 p. 210 par P. BELLET. *Adde*, pour les conventions internationales : « le recul du renvoi dans les conventions internationales s'explique notamment par la sophistication des rattachements adoptés par ces conventions et par le souci d'accroître la prévisibilité des solutions. Cela est aussi dû parfois à la nécessité de ménager les pays membres qui sont hostiles au renvoi. De même, il ne faut pas oublier que le renvoi, qui est une technique essentiellement utile pour l'harmonisation des solutions internationales, peut souvent apparaître comme faisant quelque peu double emploi avec les conventions internationales, jouant elles-mêmes le rôle d'unificatrices des règles de conflit, encore plus radicalement que le renvoi », W. KASSIR, Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé : contribution au dialogue des cultures juridiques

**535. Critique de l'argument de simplicité.** La simplicité apportée par l'application de la loi du for est un avantage indéniable<sup>1005</sup>. Il n'est pourtant pas décisif aux yeux d'un auteur tel que Monsieur LALIVE, qui remarque qu'« il n'est guère besoin de rappeler que la justice est au service des justiciables, non l'inverse, et que la "loi du moindre effort" n'a pas encore été reconnue comme un "principe général de droit", notamment de droit judiciaire ! »<sup>1006</sup>. D'un point de vue scientifique, l'application systématique de la *lex fori* n'apparaît pas non plus satisfaisante parce qu'elle conduit à une efficacité réduite. Cette efficacité est, en effet, limitée à la fois dans l'espace (espace territorial du pays où la décision est rendue) et dans le temps (à court terme, pour le procès, mais pas à long terme). Il faut donc rechercher d'autres solutions pour remédier à la complexité du procédé de résolution des conflits de lois (E).

E/ Les pistes de simplification

**536. Autres solutions tendant à réduire la complexité du droit international privé.** Pourquoi l'application de la loi du juge serait-elle considérée comme l'unique procédé de simplification ? Il est peu probable que la doctrine n'ait pas envisagé d'autres solutions<sup>1007</sup>. Ainsi, pour atténuer la complexité, un auteur suggère de revenir aux principes traditionnels de la personnalité et de la territorialité des lois<sup>1008</sup>. Il est aussi possible d'élaborer un droit

---

nationales à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, Bruylant Delta Bruxelles LGDJ Paris 2002, p. 56.

<sup>1004</sup> Par exemple, l'article 35 du Code tunisien de droit international privé issu de la loi n° 98-97 du 27 novembre 1998, RCDIP 1999 p. 386. Pour des raisons de simplicité, le droit belge, quant à lui, limite le renvoi à certains cas bien délimités : « le principe de simplicité conduit le codificateur à abandonner certaines théories qui font le miel de la doctrine. La théorie du renvoi est expressément exclue (art. 16), sauf en matière de capacité (art. 34, art. 2), de succession immobilière (art. 78, § 2, al. 2) et de personne morale (art. 110) », J.-Y. CARLIER, Le code belge de droit international privé, RCDIP 2005 p. 27. *Adde*, A. FIORINI, The Codification of Private International Law : the Belgian Experience, ICLQ 2005 (vol. 54, n° 2), p. 513.

<sup>1005</sup> « Qu'il soit plus simple pour le juge de faire application de la *lex fori* que d'une loi étrangère paraît difficilement contestable », D. BUREAU, L'accord procédural à l'épreuve, RCDIP 1996 n° 45 p. 616.

<sup>1006</sup> P. LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé (cours général), RCADI 1977-II t. 155, p. 165.

<sup>1007</sup> « La prise de conscience de la complexité du social est inséparable de la recherche de stratégies de réduction de complexité, à la fois dans le raisonnement sur la réalité sociale et dans la pratique des acteurs sociaux », A.-J. ARNAUD (sous la dir. de), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, p. 84.

<sup>1008</sup> « La méthode savignienne apparaît parfois comme inutilement complexe. Or les principes de personnalité

uniforme pour tous les États, ce qui, de fait, supprimerait théoriquement les conflits de lois. Cependant, BATIFFOL affirme que « si l'on veut faire du droit uniforme sans conflit de lois, on fait un peu comme ceux qui font de la physique sans mathématiques (...) on espère gagner du temps et se passer d'un instrument qu'on trouve compliqué. En réalité, l'expérience montre que, quand on fait de la physique sans mathématiques, on y passe plus de temps qu'en prenant le temps de les apprendre »<sup>1009</sup>. Un auteur a montré, par exemple, que l'uniformisation des règles applicables au contrat de vente internationale de marchandises ne supprimait pas le recours au droit international privé<sup>1010</sup>.

**537.** Il est alors sans doute moins ambitieux d'uniformiser les règles de résolution des conflits de lois. C'est pourquoi les conventions relatives à la loi applicable au litige sont considérées par les universalistes comme la meilleure façon de remplir les objectifs d'harmonisation des solutions. Pourtant, cette méthode, empruntée au droit international public, n'est pas exempte de défauts. Les contraintes de compromis engendrées par l'élaboration même du texte de la convention augmentent la complexité des règles adoptées<sup>1011</sup>. Les conflits de conventions sont également une source de complexité. En effet,

---

et de territorialité qui inspirent directement cette méthode pourraient remédier à ces difficultés méthodologiques de par leur simplicité », J.-L. ELHOUEISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, vol. 1, th. Paris II 2000, n° 23 p. 18.

<sup>1009</sup> H. BATIFFOL, Intervention sous la communication de Ph. MALAURIE, *Loi uniforme et conflit de lois*, TCFDIP 1964-1966, éd. Dalloz 1967, p. 101-102.

<sup>1010</sup> Fr. FERRARI, *La Convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé*, JDI 2006 p. 27 s. Cela vaut, *a fortiori*, pour l'harmonisation du droit : v. M. FALLON, *Forum shopping et impact des différences de législations nationales*, in *La directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits : dix ans après*, (M. GOYENS éd.), Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve 1996, p. 213.

<sup>1011</sup> *Hague Conventions* « often appeared to be far more complex than non-conventional rules ; they evolved out of compromises which resulted in impractical provisions ; their substantive and geographical scope was limited ; unification was more apparent than real given the risks of diverging national interpretations of convention rules ; and, finally, the instruments were not able to adapt to societal changes », A. FIORINI, *The Codification of Private International Law : the Belgian Experience*, ICLQ 2005 (vol. 54, n° 2), p. 505 ; « les règles de conflit issues de ces textes sont très généralement infiniment plus complexes que celles du droit commun : celles posées par les Conventions de La Haye sur la loi applicable aux accidents de la circulation routière (1971), sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits (1973) et surtout sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux (1978), de même que celles de la directive CEE de 1988 sur le contrat d'assurance, confinent à l'ésotérisme ; en outre, l'articulation de leurs dispositions soulève bien souvent de

« loin d'être une simplification, une œuvre de systématisation permettant aux justiciables un accès plus aisé à la norme juridique, la codification internationale constituerait un simple déplacement du problème, un changement d'échelle. On remplacerait alors le vieux conflit de lois par un conflit de normes internationales »<sup>1012</sup>. C'est sans compter aussi avec les problèmes de systématisation et de mise en œuvre au niveau interne<sup>1013</sup>. En effet, « la réalité est souvent beaucoup moins savante »<sup>1014</sup> puisque les tribunaux refusent consciemment d'appliquer les conventions internationales<sup>1015</sup>. Cela se traduit, en pratique, par une désaffection à l'égard du procédé d'élaboration des normes internationales. Par exemple, en moyenne seuls huit États ratifient les conventions de la Conférence de La Haye qui portent sur les conflits de lois<sup>1016</sup>. Il faut donc rechercher une autre solution de simplification. Elle peut se trouver dans la codification (F).

---

déliçates questions d'interprétation, sur lesquelles les jurisprudences nationales sont elles-mêmes partagées », Br. OPPETIT, *Le droit international privé, droit savant*, RCADI 1992-III t. 234, p. 425. Ces conventions posent « des règles dont la sophistication confine parfois à l'ésotérisme, ce qui rend difficile leur mémorisation, délicate leur application, et par la même faible leur effectivité », Y. LEQUETTE, *De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille*, in *L'internationalisation du droit*, Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn, Dalloz Paris 1994, p. 246.

<sup>1012</sup> C. KESSEDJIAN, *La codification en droit international privé*, in *La codification en droit international : colloque de la Société française pour le droit international*, Pedone Paris 1999, p. 106. Sur les conflits de conventions, v. D. BUREAU, *Les conflits de conventions*, TCFDIP 1998-1999 et 1999-2000, éd. Pedone Paris 2001, p. 201.

<sup>1013</sup> « Émanant (...) d'autorités différentes, le droit international privé est le produit d'une élaboration compartimentée, détachée de toute vision d'ensemble », L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille*, BDP t. 353, LGDJ Paris, 2001, n° 4 p. 2.

<sup>1014</sup> L. GANNAGÉ, *op. cit.*, n° 378 p. 275-276 ; voir aussi les références citées en note p. 276.

<sup>1015</sup> « L'observation du droit positif montre d'ailleurs que les tribunaux n'hésitent pas, dans bien des cas, à s'affranchir des conventions internationales en invoquant les lois de police du for ou en ayant recours au mécanisme de l'adaptation. Mais dans cette voie, la jurisprudence ne se soucie guère de la recherche d'un équilibre quelconque entre les différents impératifs en conflit, pas plus qu'elle ne s'estime tenue d'indiquer les fondements qui l'autorisent ainsi à ignorer délibérément le droit conventionnel », L. GANNAGÉ, *op. cit.*, n° 372 p. 272.

<sup>1016</sup> M. FALLON, *Le droit international privé en 2004, entre ius commune, codification et droit privé européen*, in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen : études réunies et présentées par Alain WIJFFELS*, Bruylant Bruxelles 2005, p. 246 ; Cl. NYSSSENS et L. WILLEMS, *Rapport fait au nom de la Commission de la Justice*, Document législatif n° 3-27/7 du 20 avril 2004, disponible sur le site internet du Sénat de Belgique : [www.senate.be](http://www.senate.be) (rubrique « Législation »).

**538. Remède de la codification.** L'idée d'une codification s'appuie sur le fait que, dans son état actuel, il est extrêmement difficile d'avoir une vision d'ensemble du droit international privé français. Plusieurs phénomènes expliquent cet état de fait : la multiplication des sources de droit<sup>1017</sup>, la diversification des méthodes employées pour la résolution des litiges internationaux (amplifiée par une amélioration de l'accès à la doctrine) et la présence d'un « arsenal de notions à contenu variable » qui jalonne la discipline<sup>1018</sup>. Parallèlement, le droit international privé français s'est tenu en marge du grand mouvement de codification qui s'est opéré dans de nombreux pays durant la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1019</sup>.

---

<sup>1017</sup> L'enchevêtrement des règles de droit international privé est considéré comme une menace pour la cohésion des systèmes de conflits de lois, v. L. GANNAGÉ, *op. cit.*, n° 177 p. 115.

<sup>1018</sup> L. GANNAGÉ, *op. cit.*, n° 277 p. 191.

<sup>1019</sup> Dans les États membres de l'Union européenne, ce mouvement concerne la **BELGIQUE** (Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, RCDIP 2005 p. 154), l'**ITALIE** (Loi n° 218 du 31 mai 1995, réforme du système italien de droit international privé, RCDIP 1996 p. 174), la **ROUMANIE** (Loi n° 105 du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé, RCDIP 1994 p. 172), l'**ALLEMAGNE** (Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé, RCDIP 1987 p. 170), la **BULGARIE** (Code de la famille, RCDIP 1989 p. 822), la **HONGRIE** (Décret-loi n° 13/1979 du Présidium de la République populaire hongroise sur le droit international privé, RCDIP 1981 p. 161), l'**AUTRICHE** (Loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé, *IPR-Gesetz*, RCDIP 1979 p. 174), l'**ESPAGNE** (v. J. L. IGLESIAS BUIGUES, Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol, RCDIP 1976 p. 397), le **PORTUGAL** (Dispositions de droit international privé du nouveau Code civil, spéc. art. 14 à 65, approuvées par le décret-loi n° 47-344 du 25 novembre 1966, RCDIP 1968 p. 369), la **POLOGNE** (Loi n° 46 du 12 novembre 1965 sur le droit international privé, RCDIP 1966 p. 323, note T. WYRWA), l'**ancienne TCHÉCOSLOVAQUIE** (Loi n° 97 du 4 décembre 1963 sur le droit international privé et de procédure, RCDIP 1965 p. 614). Ce mouvement de codification s'est accompagné de lois portant sur des points spécifiques du droit international privé en **ESPAGNE** (Loi organique 11/2003 du 29 septembre 2003 concernant les mesures concrètes en matière de sécurité publique, violence domestique et intégration sociale des étrangers, RCDIP 2003 p. 783 ; Loi 11/1990 du 15 octobre 1990 concernant la réforme du code civil, en application du principe de non discrimination à raison du sexe, RCDIP 1991 p. 624 ; Loi du 7 juillet 1981 modifiant la réglementation du mariage et déterminant la procédure en matière de nullité, séparation et divorce, RCDIP 1983 p. 140), aux **PAYS-BAS** (v. I. SUMNER, H. WARENDORF, Family Law Legislation of the Netherlands, a translation including book 1 of the Dutch Civil Code, procedural and transitional provisions and private international law legislation, Intersentia Antwerp, 2003 ; Loi du 14 mars 2002 portant règlement des

**539.** Certes, en droit français, « il y a bien du droit écrit, mais il ne s'agit pas pour autant d'une véritable codification embrassant l'ensemble de la matière »<sup>1020</sup>. S'il y a eu quelques interventions législatives en France, la seule codification d'ensemble concerne surtout le droit de la nationalité<sup>1021</sup>. Les autres dispositions éparses de droit international privé français n'ont pas vraiment apporté les vertus traditionnelles attribuées à la codification. Il suffit de les exposer pour s'en rendre compte.

**540. Avantages de la codification.** Selon Madame MUIR WATT, la codification répond à un triple besoin, celui d'apporter sécurité, accessibilité et cohérence, et « l'argument de la cohérence des règles juridiques est de poids »<sup>1022</sup>. En tant qu'œuvre de systématisation, la codification permet d'apporter une clarification et une simplification du droit<sup>1023</sup>. Le

---

conflits de lois en matière de liens de filiation, RCDIP 2002 p. 389), en **ALLEMAGNE** (Loi du 21 mai 1999 sur le droit international privé des obligations extra-contractuelles et des biens, RCDIP 1999 p. 870), en **GRÈCE** (Loi 2447/1996 sur l'« adoption, tutelle et prise en charge de mineurs, assistance judiciaire, diligence judiciaire des affaires étrangères et dispositions relatives matérielles, procédurales et transitoires », RCDIP 1999 p. 617), au **ROYAUME UNI** (Loi de 1995 portant diverses dispositions en matière de droit international privé, RCDIP 1996 p. 377), au **PORTUGAL** (Décret-loi n° 422/83 du 3 décembre 1983, Protection de la concurrence, RCDIP 1988 p. 631 ; Décret-loi n° 496-77 du 25 novembre 1977 modifiant le Code civil, RCDIP 1978 p. 598), ainsi qu'en **FRANCE** (article 309 – ancien article 310 – du Code civil issu de la loi du 11 juillet 1975, articles 311-14 à 311-18 issus de la loi du 3 janvier 1972, articles 370-3 à 370-5 issus de la loi du 6 février 2001, *in* Code civil disponible sur le site du service public de l'accès au droit français, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)). En ce qui concerne les pays qui ne sont pas membres de l'Union européenne, v. l'ANNEXE à la fin de l'ouvrage.

<sup>1020</sup> H. MUIR WATT, La codification en droit international privé, DROITS n° 27/3 1998 p. 150.

<sup>1021</sup> Articles 17 à 33-2 du Code civil (nationalité) et article 11 du Code civil (condition des étrangers). En matière de compétence juridictionnelle, il existe les articles 14 et 15 du Code civil. En matière de conflit de lois, la codification est partielle : article 3, articles 311-14 à 311-18 (filiation), article 309 (divorce), articles 370-3 à 370-5 du Code civil (adoption internationale), auxquels il faut ajouter la loi du 14 juillet 1819 (droit de prélèvement successoral). D'autres dispositions du Code civil concerne le caractère international de la situation : articles 47 et 48 (état civil) ; article 171-1 à 171-8 (mariages d'étrangers en France ou de Français à l'étranger) ; article 515-3 dernier alinéa (pacte civil de solidarité) ; articles 999 et 1000 (testaments à l'étranger) ; article 1397-2 à 1397-6 (loi applicable au régime matrimonial).

<sup>1022</sup> H. MUIR WATT, Les principes généraux en droit international privé français, JDI 1997 p. 407. En comparaison, Monsieur BUREAU parle de simplification, d'accessibilité, de certitude et de modernité au droit comme vertus de la codification, D. BUREAU, La codification du droit international privé, *in* La codification, éd. Dalloz Paris 1996, n° 31 p. 131.

<sup>1023</sup> A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, La codification du droit international privé français, éd. Defrénois Paris

caractère jurisprudentiel de la discipline peut, quant à lui, donner beaucoup d'importance aux solutions particulières et une impression d'imprécision sur l'état des règles. L'accès aux règles définitives s'en trouve nécessairement brouillé<sup>1024</sup>. Par ailleurs, le caractère jurisprudentiel occulte l'existence des règles de conflit de lois et conforte l'immobilisme des solutions en faveur de la *lex fori*. La codification permet, quant à elle, d'organiser et d'ordonner les normes en un système. Elle participe grandement à la diffusion et à l'accessibilité des règles juridiques. Elle est utile pour permettre l'accès au droit et contribuer à la réalisation de certains principes juridiques fondamentaux, tels que celui de la sécurité juridique ou celui de la certitude que le destinataire de la règle peut techniquement avoir connaissance du contenu de la norme<sup>1025</sup>. Au demeurant, le Conseil constitutionnel français a élevé l'accessibilité et l'intelligibilité de la loi au rang d'objectif à valeur constitutionnelle<sup>1026</sup>.

**541. Inconvénients de la codification.** Pourtant, la codification présenterait certains inconvénients. En réalité, nous allons voir que ces inconvénients ne résistent pas à la critique<sup>1027</sup>. Premièrement, selon plusieurs auteurs, la codification ne laisserait pas place à l'évolution et à la maturation des règles<sup>1028</sup>. Pourtant, l'œuvre de codification qui touche la

---

2005, Doctorat & Notariat t. 11, n° 140 p. 98 ; D. BUREAU, *op. cit.*, n° 27 p. 129 ; « *coherence, logical structure, absence of contradiction, conformity of codified and applied law, completeness, clarity, ease of use and publicity* », A. FIORINI, The Codification of Private International Law : the Belgian Experience, ICLQ 2005 (vol. 54, n° 2), p. 500.

<sup>1024</sup> Le caractère coutumier du droit international privé, « en augmentant la liberté laissée à l'interprète, rend les controverses plus fréquentes et constitue une nouvelle source de difficultés », Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 1 p. 3.

<sup>1025</sup> Sur le principe de sécurité juridique en droit international privé, v. *infra* n° 722 s.

<sup>1026</sup> Décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999, Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par voie ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes ; accessible sur le site internet du Conseil Constitutionnel : [www.conseil-constitutionnel.fr/](http://www.conseil-constitutionnel.fr/). V. M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANES, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, D. 2000, Chron., p. 361 s. Sur la valeur de ce principe, v. H. MOYSAN, La consolidation des codes, lois, décrets : positions doctrinales d'éditeurs ou devoir de l'État ?, JCP 2006 I p. 196 s.

<sup>1027</sup> V. A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, *op. cit.*, n° 170 s. p. 123 s.

<sup>1028</sup> H. MUIR WATT, Les principes généraux en droit international privé français, JDI 1997 p. 408 ; D. BUREAU, La codification du droit international privé, in La codification, éd. Dalloz Paris 1996, n° 36-38 p. 134-135 ; P. LAGARDE, Sur la non-codification du droit international privé, Syracuse Journal of International Law and Commerce 1998 (vol. 25) p. 51.

quasi-totalité du reste du droit français témoigne du contraire : l'adoption d'un code ne sclérose pas l'état du droit. Le droit codifié n'est jamais figé et cela en raison même de l'existence du droit positif<sup>1029</sup>.

**542.** Deuxièmement, la codification étatique risquerait d'entraîner un nationalisme juridique qui, de fait, aggraverait les particularismes et cultiverait les différences de règles de conflit entre les pays<sup>1030</sup>. Pour expliquer ce danger, il peut être instructif de prendre l'exemple des grandes codifications du droit civil qui ont eu lieu en Europe au XIX<sup>e</sup> siècle. Un historien du droit expose ainsi que le rempart des codifications nationales, qui ne fut pas l'apanage du système français, a contribué au développement d'un nationalisme juridique dans plusieurs pays<sup>1031</sup>. Mais il souligne que le phénomène du nationalisme a été le fruit de poussées successives : « comme la nation elle-même, le nationalisme juridique trouve probablement ses origines dès la fin du Moyen Âge, avec l'affirmation de solides royaumes et l'émergence d'un sentiment liant chacun de plus en plus fortement à son pays »<sup>1032</sup>.

**543.** Au contraire, il semble que le droit international privé soit le fruit d'incitations à l'ouverture sur les autres systèmes juridiques. Si ces mouvements sont parfois restreints, par exemple sous l'effet des lois de police, il n'est pas possible d'enlever complètement au droit international privé sa philosophie d'ouverture sur le monde. Certains auteurs considèrent, du reste, que chaque droit international privé étatique subit l'influence de modèles tels que les

---

<sup>1029</sup> « Un code vit dans la mesure où il exprime une expérience concrète et où une jurisprudence traduit les réactions à son endroit d'une société donnée. De même que l'être biologique doit, pour vivre, se particulariser, affecter une forme matérielle déterminée et adaptée à des besoins et à un milieu définis, de même les règles de conduite sanctionnées par l'autorité sociale doivent, elles aussi, se particulariser en prescriptions précises adaptées à une société définie dans le temps et l'espace par ses caractéristiques de fait et ses aspirations. Il en résulte que quand un droit positif s'est développé, on ne conçoit pas plus la solution d'un problème en dehors de ses développements que la vie d'un squelette dépourvu d'organes », H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 35 p. 80.

<sup>1030</sup> V. D. BUREAU, *La codification du droit international privé*, in *La codification*, éd. Dalloz Paris 1996, n° 45 p. 138 s.

<sup>1031</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF Paris 1999, p. 11. Comp. Madame KESSEDJIAN estime que l'« on ne doit pas se cacher que la codification nationale a exacerbé le particularisme, ou, à tout le moins, en a été le révélateur », C. KESSEDJIAN, *La codification en droit international privé*, in *La codification du droit international : colloque de la Société Française pour le droit international*, Pedone Paris 1999, p 105.

<sup>1032</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 11.

Conventions de la Conférence de La Haye de droit international privé, elles-mêmes élaborées à partir d'une comparaison des règles existantes dans chaque pays<sup>1033</sup>. Il faut aussi préciser que plusieurs codifications étatiques intègrent les conventions internationales à l'aide de la méthode de l'incorporation amplifiante (art. 2 de la loi italienne de droit international privé et art. 2 du Code belge de droit international privé) ou en insérant à l'avant du code de droit international privé le texte des conventions internationales en vigueur<sup>1034</sup>.

**544.** Il faut alors s'entendre sur la signification du terme codification. La codification ne consiste pas à adopter des conventions internationales de droit international privé<sup>1035</sup> tout comme elle ne peut prendre la forme de principes généraux jurisprudentiels<sup>1036</sup>. Par définition, le code est une compilation matérielle et ordonnée de l'ensemble des règles dans une branche précise du droit. Il est une transformation formelle des solutions juridiques dans le but d'améliorer la compréhension<sup>1037</sup>. Il est, de ce fait, secondaire de savoir si le code en question doit revêtir une origine étatique ou supra-étatique (régionale ou internationale).

---

<sup>1033</sup> « L'idée d'une codification du droit international privé par des sources internationales n'a pas donné les résultats escomptés : les conventions en vigueur sont rares et à portée limitée. La codification internationale serait donc un échec. Mais en fait, la multiplication des codifications nationales n'a pas entraîné, comme on aurait pu le craindre, une disparité croissante des règles en vigueur dans les divers pays. Bien au contraire, elle tend à établir un véritable modèle international ou transnational du droit international privé », S. GUILLEMARD et A. PRUJINER, La codification internationale du droit international privé : un échec ?, *in* Les cahiers de droit 2005 (vol. 46 / n° 1-2) p. 190-191.

<sup>1034</sup> V. J.-Y. CARLIER, M. FALLON, et B. MARTIN-BOSLY, Code de droit international privé : textes assemblés au 1<sup>er</sup> septembre 2006, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Bruylant Bruxelles.

<sup>1035</sup> *Contra* : à défaut de codification étatique, Madame KESSEDJIAN considère que, « consciemment ou inconsciemment, les pouvoirs publics (*français*) ont privilégié la codification internationale du droit international privé », C. KESSEDJIAN, *op. cit.*, p. 105 ; « en choisissant de ne pas se doter d'une codification "à usage domestique", la France a implicitement pris le parti de faire confiance à la codification internationale, par voie de conventions multilatérales », E. PUTMAN, Réflexions sur la question de la codification du droit international privé, *in* La codification en droit international : colloque de la Société française pour le droit international, Pédone Paris 1999, p. 111. Comp. P. LAGARDE, Sur la non-codification du droit international privé, *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 1998 (vol. 25) p. 55 s.

<sup>1036</sup> A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, *op. cit.*, n° 30 s. p. 26 s. ; H. MUIR WATT, La codification en droit international privé, *DROITS* n° 27/3 1998, p. 156-157.

<sup>1037</sup> A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, *op. cit.*, n° 51 p. 37.

Il semble pourtant, au stade où se trouve le développement droit international privé européen, qu'il faille plutôt encourager la codification des règlements adoptés dans le cadre de l'Union européenne<sup>1038</sup>. Cela ne signifie pas qu'il faille pour autant dissuader les membres de la doctrine d'œuvrer pour une meilleure transparence des règles françaises de droit international privé. Après tout, la systématisation n'est-elle pas une opération à caractère purement scientifique<sup>1039</sup> ?

**545. Facteur de certitude.** Cette opinion semble être partagée par Monsieur AUDIT qui considère, en tant que membre de la doctrine, que le droit international privé jurisprudentiel français pourrait sans peine être traduit en textes<sup>1040</sup>. Malgré tout, il est problématique de laisser aux praticiens le soin d'opérer de leur chef cette synthèse des solutions jurisprudentielles, alors qu'ils ne sont pas toujours formés à cet exercice particulièrement complexe<sup>1041</sup>. Au contraire, les praticiens manifestent un fort besoin de codification<sup>1042</sup>, ce

---

<sup>1038</sup> Quelques auteurs préconisent encore une codification étatique du droit international privé français, A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, La codification du droit international privé français, éd. Defrénois Paris 2005 ; B. BOURDELOIS, La loi comme source de droit international privé, in La loi - bilan et perspectives, sous la dir. de C. PUIGELIER, Economica Paris 2005, p. 89 s.

<sup>1039</sup> Il semble qu'un Juriscodex de droit international privé soit en cours d'élaboration à l'Université de Lyon en collaboration avec les éditions Litec.

<sup>1040</sup> B. AUDIT, Le droit international privé en quête d'universalité, RCADI 2003 t. 305, p. 57.

<sup>1041</sup> La synthèse est l'opération intellectuelle par laquelle les éléments de connaissance sont réunis de manière à construire un ensemble cohérent, J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit, 4<sup>e</sup> éd. 2003, Dalloz Paris, n° 248 p. 287 note (2).

<sup>1042</sup> « Les praticiens ont du mal à s'y retrouver et la doctrine ne peut se satisfaire de ce qui apparaît comme une sorte de "patchwork" de droit international privé ! », H. GAUDEMET-TALLON, Droit international privé et Code civil, in 1804-2004, Le code civil : un passé, un présent, un avenir, Ouvrage collectif de l'Université de Panthéon-Assas, Dalloz Paris 2004, p. 751. Par ailleurs, à l'occasion d'un rapport de synthèse pour le 101<sup>e</sup> congrès des notaires de France, Monsieur NOURISSAT met en exergue le besoin de codification ressenti par les notaires : « comment ne pas souligner alors l'ambition qui vous a animés en relançant cette idée essentielle d'une codification de notre droit international privé français. Vous y adhérez de manière unanime car vous en ressentez le besoin pour vous et vos confrères des quinze autres États membres connaissant l'institution notariale », C. NOURISSAT, Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ?, Rapport de synthèse du 101<sup>e</sup> congrès des notaires de France, Rép. Def. 2005, Doct., Art. 38202, p. 1200. Le constat est le même, au sujet de la codification belge : « si le principe même d'une codification demeure controversé, le résultat d'ensemble offrira certainement au praticien un meilleur outil, de nature à favoriser l'exercice même du droit international privé trop souvent délaissé au profit de l'application simple de la *lex fori* par ignorance ou par paresse (...) la matière est complexe et le praticien a besoin pour répondre à ses questions d'un guide et non

qui n'échappe pas aux auteurs de droit international privé<sup>1043</sup>. On peut, dès lors, s'interroger sur le fait que « la codification du droit international privé n'a jamais été ressentie en France comme une nécessité par les spécialistes de la matière »<sup>1044</sup>. Ne faudrait-il pas y voir un « intérêt personnel des juristes au maintien de l'obscurité du droit »<sup>1045</sup> ? La question est soulevée par Madame MUIR WATT. En effet, le fonds de commerce des juristes est précisément la complexité du droit<sup>1046</sup>.

**546. Conclusion du paragraphe.** En conclusion, l'absence de simplification formelle des règles de droit international privé ne peut que susciter, par substitution, les tentatives de recours à la *lex fori*. Elle apporte une réponse élémentaire qui satisfait les exigences du procès équitable, selon l'interprétation qui est reçue par la Cour européenne des droits de l'homme. De sorte qu'en réduisant la durée du procès par rapport à la loi étrangère, la loi du for contribue à la bonne administration de la justice. Elle a aussi l'avantage d'entraîner bien moins de frais que sa concurrente dans la résolution des conflits de lois (§ 2).

§ 2 L'équilibre entre le coût raisonnable et le besoin d'expertise

**547.** Comme l'établissent nos précédents développements, l'application généralisée de la *lex fori* répond à un modèle empirique qui ne peut s'accommoder de l'abstraction et de la

---

d'échos multiples entre lois, jurisprudences et doctrines », J.-Y. CARLIER, Le code belge de droit international privé, RCDIP 2005 p. 12 et 17.

<sup>1043</sup> « Une codification générale du droit international privé français apporterait plus de certitude aux juristes non spécialisés en la matière et permettrait aussi aux tribunaux étrangers qui, par l'effet du renvoi, ont aussi à appliquer parfois le droit international privé français, de mieux l'appréhender », H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, n° 271 p. 456. Madame LABRUSSE estime aussi qu'« étant donné la fréquence des problèmes de droit civil que suscite l'immigration, il apparaît nécessaire de réduire ces incertitudes qui caractérisent trop souvent encore les solutions de conflits de lois. Seules des règles législatives peuvent restituer en ce domaine la simplicité et la prévisibilité nécessaires », C. LABRUSSE, La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère, TCFDIP 1975-1977, éd. du CNRS Paris, p. 128-129.

<sup>1044</sup> P. LAGARDE, Sur la non-codification du droit international privé, Syracuse Journal of International Law and Commerce 1998 (vol. 25) p. 51.

<sup>1045</sup> H. MUIR WATT, La codification en droit international privé, DROITS n° 27/3 1998 p. 151.

<sup>1046</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, n° 38 p. 79, note 119.

dogmatique présentes dans la théorie post-savignienne<sup>1047</sup>. La mise en œuvre de cette théorie savante, en imposant une application égalitaire de la loi du for et de la loi étrangère, demande un haut degré d'expertise qui ne va pas sans accroître les frais procéduraux (A). Ainsi, la confrontation de cette méthode avec le principe de bonne administration de la justice ne peut que conduire à la réduction de la proportion laissée aux lois étrangères. La *lex fori* s'en trouve automatiquement bénéficiaire. C'est ce qui peut expliquer que la loi étrangère soit affectée d'une ineffectivité patente (B). Nous en exposerons les symptômes (C) pour, ensuite, tenter d'en dégager les causes (D).

A/ Le coût de la mise en œuvre de la loi étrangère

**548. Argument du coût excessif.** La justice de droit international privé est coûteuse parce qu'elle nécessite un degré de spécialisation des consultants, pour la matière elle-même, mais surtout pour le contenu du droit étranger désigné applicable par la règle de conflit<sup>1048</sup>. En outre, dans certains pays, l'introduction de l'action par un étranger nécessite parfois le versement d'une caution préalable<sup>1049</sup>. Or, le coût excessif de la justice peut naturellement

---

<sup>1047</sup> Ce qu' EHRENZWEIG nomme la « lutte entre le dogme et la réalité » : « *the struggle between dogma and reality* », A. EHRENZWEIG, A Treatise on the Conflict of Laws, West publishing co. ed., St Paul Minn., 1962, § 103 p. 312.

<sup>1048</sup> Monsieur LANDO considère que l'établissement du contenu de la loi étrangère est « *often time consuming and costly. A party will therefore only claim application of foreign law when he sees a good chance of gaining by it, and sometimes he will not have seen the chance* », O. LANDO, *Lex Fori in Foro Proprio*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 1995 p. 370. De la même façon, Madame MUIR WATT écrit que la mise en œuvre de la loi étrangère « a très souvent un coût qui dépasse très largement l'enjeu du contentieux et sollicite parfois à l'excès les ressources judiciaires pour un résultat qui ne créé pas de jurisprudence, c'est-à-dire qui ne se mesure pas en termes de bien public pour la communauté locale », H. MUIR WATT, La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé, huitième conférence du Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, 18 septembre 2006, p. 7, disponible sur le site internet de la Cour de cassation [www.courdecassation.fr/formation\\_br\\_4/2006\\_55/technique\\_cassation\\_8586.html](http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/technique_cassation_8586.html).

<sup>1049</sup> V. G. DROZ, Variations *Pordea* (À propos de l'arrêt de la Cour de cassation ; 1<sup>re</sup> chambre, du 16 mars 1999), RCDIP 2000 p. 181. La France, quant à elle, a ratifié deux conventions de La Haye qui suppriment la caution dite « caution *judicatum solvi* » : la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> mars 1954 relative à la procédure civile et la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 tendant à faciliter l'accès international à la justice. Le texte des conventions est consultable sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : [www.hcch.net/](http://www.hcch.net/).

constituer un obstacle à l'accès à la justice pour les particuliers<sup>1050</sup>. En d'autres termes, le coût raisonnable du procès est un élément préalable et indispensable au procès équitable.

**549.** Le plaideur engagé dans un litige international est confronté à des frais spécifiques qui ont d'ailleurs été parfaitement cernés par la Commission européenne à l'occasion d'un livre vert daté du 9 février 2000<sup>1051</sup>. Ces dépenses concernent la traduction de documents, la consultation de deux avocats, les déplacements internationaux et la signification des actes. En effet, le plaideur peut avoir besoin de recourir à deux avocats : le premier dans son pays de résidence, pour lui fournir des conseils précontentieux, et l'autre dans le pays où il engage l'action, pour assurer sa représentation en justice. Cela entraîne des frais d'interprétation au cours de la procédure judiciaire, voire à chaque consultation de l'avocat si celui-ci ne maîtrise pas une langue commune avec le demandeur. Éventuellement, certains documents devront être traduits, ce qui suppose le paiement d'honoraires à un traducteur spécialisé dans le domaine juridique. Enfin, l'avocat, le plaideur et les témoins pourront être contraints d'engager des frais de déplacement.

**550.** Le plaideur engagé dans un litige international est, de surcroît, confronté à plusieurs obstacles relatifs à sa demande d'aide financière concernant le procès. S'agissant de sa demande d'assistance, il peut être soumis à l'obligation de résider dans l'État membre où l'aide est sollicitée, à certaines conditions liées à ses ressources financières, à certaines conditions liées à un examen du bien-fondé ou aux chances d'aboutir de la procédure, à l'absence d'informations sur l'accès à l'assistance judiciaire dans d'autres États ou, enfin, au fait que certains régimes étatiques d'aide judiciaire ne tiennent pas compte des coûts supplémentaires générés par le caractère international du litige.

---

<sup>1050</sup> G. DROZ, *Variations Pordea* (À propos de l'arrêt de la Cour de cassation ; 1<sup>re</sup> chambre, du 16 mars 1999), RCDIP 2000 p. 183.

<sup>1051</sup> Livre vert de la Commission (COM/2000/0051 final) - Assistance judiciaire en matière civile : problèmes rencontrés par le plaideur transfrontalier. Disponible sur le site internet d'accès au droit de l'Union européenne : <http://eur-lex.europa.eu/>. Une telle étude était appelée des vœux d'un auteur comme Monsieur LALIVE qui considère, plus généralement, qu'il serait souhaitable qu'« une recherche portât un jour sur les coûts, humains et financiers, de cette diversité, sur les dépenses inutiles ou en tout cas improductives qu'entraînent, dans les relations internationales, les conflits de lois et de juridictions et, tout d'abord, l'insécurité juridique régnante », P. LALIVE, *op. cit.*, p. 39.

**551.** Dès lors qu'il appert que la justice de droit international privé est une justice coûteuse, il est à craindre que l'accès à la justice soit entravé. Ainsi les auteurs expliquent-ils, par exemple, que le coût de la justice en Angleterre a engendré un étiolement du droit international privé de la personne et de la famille au profit du développement du droit international privé des affaires lequel concerne des entreprises ayant de grands moyens financiers<sup>1052</sup>. Plus généralement, il faut avouer que les soucis d'économie n'épargnent aucun service judiciaire<sup>1053</sup>. Par exemple, certaines décisions de la Cour de cassation sont en partie guidées par l'efficacité de son fonctionnement (un auteur la qualifie même d'objectif<sup>1054</sup>). À cet égard, la Cour de cassation s'est longtemps servie du risque d'inflation des pourvois et du risque de manœuvres dilatoires pour éviter d'imposer aux juges l'application d'office de la loi étrangère. Pourtant, ces arguments « entament le crédit de l'institution judiciaire toute entière »<sup>1055</sup> car ils sous-entendent une incapacité des juridictions à mettre en œuvre la justice de droit international privé.

**552. Approche réaliste du recours aux lois étrangères.** Une distinction très expressive est alors exposée par Monsieur LANDO qui oppose les réalistes aux idéalistes<sup>1056</sup>. Pour les premiers, la justice réclame que la loi désignée comme applicable soit la même, quelle que soit l'origine du tribunal saisi. Le juge doit donc appliquer cette loi, même si elle est d'origine étrangère et que les parties n'en ont pas soulevé l'application devant lui. Il importe

---

<sup>1052</sup> « Le coût dissuasif d'accès à la justice, joint à la nature accusatoire (*adversarial*) de la procédure devant les juges de *commom law*, qui n'intervient pas d'office pour assister la partie faible, la veuve ou l'orphelin dans la recherche de la loi étrangère, explique l'étiolement du droit international privé de la personne et de la famille en Angleterre, par exemple, au profit d'un corps de solutions secrétées par les grands contentieux des affaires, où la régulation – coûteuse – de la compétence juridictionnelle occupe une place importante », D. BUREAU et H. MUIR WATT, Droit international privé, t. 1, Partie générale, PUF Paris 2007, n° 10 p. 28-29.

<sup>1053</sup> V. P. LAGARDE, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1992, CAMARA, RCDIP 1993 p. 44, au sujet de la politique de la Cour de cassation qui consiste à ne pas casser les arrêts qui, sur le fond, formulent une solution juste et surtout, précise Monsieur LAGARDE, qui ont appliqué la loi du for : cela permet d'éviter d'encombrer la cour d'appel de renvoi avec un nouveau procès.

<sup>1054</sup> Pour Madame ALEXANDRE, les « objectifs poursuivis par la Cour de cassation » sont « de simplifier la tâche des juges du fond et de désengorger la Cour de cassation de pourvois purement dilatoires », D. ALEXANDRE, v° La loi étrangère devant les tribunaux français - Généralités - Application d'office de la règle de conflit, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. 60 (1995), n° 27 p. 9.

<sup>1055</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, Le juge français et le droit étranger, D. 2000 Chron. n° 3 p. 126.

<sup>1056</sup> « *In this the realists and the idealists clash* », O. LANDO, Lex Fori in Foro Proprio, Maastricht Journal of European and Comparative Law 1995 p. 372.

peu que l'application de la loi étrangère entraîne des conséquences nocives sur la qualité de la justice rendue.

Les seconds envisagent, quant à eux, la question en termes d'économie procédurale. Pour ces derniers, il faut éviter l'application de la loi étrangère lorsqu'elle demande de coûteux efforts de recherche, d'autant plus lorsque, de toute évidence, ils s'avèreront vains. Ainsi, l'investissement intellectuel et matériel dans la recherche de la loi étrangère doit être proportionnel aux chances de succès de la demande et aux sommes mises en jeu<sup>1057</sup>.

**553.** L'inconvénient de ce système, reconnaît Monsieur LANDO, est que la justice sera rendue de façon sélective sur la base de critères de productivité et de pronostics sur le gain obtenu grâce à l'action en justice. Les idéalistes estiment, au contraire, que la justice doit être égale pour tous<sup>1058</sup>. Monsieur LANDO remarque alors que la conception idéale conduit les juges et les avocats à recourir à la *lex fori* par des moyens indirects parce qu'ils sont réticents à utiliser les règles de conflit de lois. Une telle hypocrisie, écrit l'auteur, cause plus de tort à la justice que si le système adoptait une approche réaliste<sup>1059</sup>.

**554.** Ce raisonnement appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, il est difficilement concevable de justifier l'application généralisée de la *lex fori* par des considérations d'économie procédurale parce que cela ne tient pas compte des applications de la *lex fori* qui résultent d'une « attitude faite, le plus souvent, d'abstention, de passivité, ou d'ignorance »<sup>1060</sup>. Si les parties ne sont pas averties par un expert en droit international privé, il est alors peu probable qu'elles puissent apprécier leur intérêt commun de ne pas appliquer la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois.

---

<sup>1057</sup> Comp. « dans les domaines où les droits des parties sont disponibles, si l'enjeu de celui-ci n'est pas suffisamment caractérisé, les parties ont toujours la liberté, soit de lier le juge en faveur de l'application de la loi du for, soit de ne pas soulever le conflit de lois, ce qui revient à ne pas invoquer le caractère international de la situation concernée », M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 98 p. 47.

<sup>1058</sup> « *The idealists retort that justice must be done in all cases, to the poor as well to the rich. Justitia should not cast side glances at the values involved* », O. LANDO, *op. cit.*, p. 372.

<sup>1059</sup> O. LANDO, *op. cit.*, p. 373.

<sup>1060</sup> P. LALIVE, *op. cit.*, p. 167.

**555.** Ensuite, un tel raisonnement comptable à l'égard de la loi étrangère peut être critiqué, dès lors que l'on considère que la justice est un service public dont, comme le principe de gratuité du service public l'indique, le but premier ne doit jamais être la rentabilité. D'un autre côté, l'optimisation économique du système n'est pas une donnée extérieure au bien être social des justiciables qui sont aussi, en principe, des contribuables<sup>1061</sup>. Existe-t-il alors d'autres solutions pour atténuer les inconvénients de l'approche réaliste du règlement des conflits de lois ?

**556.** Pour réduire les risques de discriminations sociales en matière d'accès à la justice de droit international privé<sup>1062</sup>, un auteur propose de réduire les frais engagés dans la procédure en améliorant l'information et la formation du juge, ce qui serait préférable à une réforme du droit dans sa substance<sup>1063</sup>. Quant aux honoraires des avocats, il n'y a pas réellement de propositions. Un auteur constate que ceux-ci évitent par eux-mêmes de soulever l'existence d'un conflit de lois de peur de d'accroître la durée et le coût de la procédure pour leur client<sup>1064</sup>. Il s'agit du problème, également soulevé par Monsieur LANDO, de l'utilisation

---

<sup>1061</sup> V. H. MUIR WATT, La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé, huitième conférence du Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, 18 septembre 2006, disponible sur le site internet de la Cour de cassation [www.courdecassation.fr/formation\\_br\\_4/2006\\_55/technique\\_cassation\\_8586.html](http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/technique_cassation_8586.html).

<sup>1062</sup> Sur le fait que l'absence d'impérativité pour le juge de rechercher la loi désignée par la règle de conflit peut conduire à des discriminations entre les plaideurs fortunés et ceux qui ne le sont pas, v. Fr. MÉLIN, commentaire de Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, M. A. c/ M<sup>me</sup> E., JCP 1999 II 10192 p. 1985.

<sup>1063</sup> « Il faut adapter les moyens au but, qui est la justice dans les relations internationales, et non sacrifier le but à cause de l'exiguïté des moyens », P. LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé (cours général), RCADI 1977-II t. 155, p. 174. Sur la nécessité d'assurer une meilleure formation des juristes et le développement de l'information, v. H. FULCHIRON (sous la dir. de), Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe, Mission de recherche Droit et Justice, 2002, spéc. p. 11 et 12. Synthèse disponible sur le site internet de la Mission de recherche Droit et justice : [www.gip-recherche-justice.fr/](http://www.gip-recherche-justice.fr/).

<sup>1064</sup> Madame FOLETS témoigne, à propos de la pratique belge, que « nombreux sont les avocats que nous avons rencontrés qui exigent simplement l'application du droit belge, sans s'arrêter à la possibilité de se référer au droit marocain. Pour nombre d'entre eux, l'étude des problèmes de conflits de lois et de juridictions prendrait trop de [leur] temps : "[...] La conséquence est que l'on devient un avocat trop cher". Ceux qui utilisent les techniques du droit international privé le font souvent pour des raisons pragmatiques : "[...] Tout d'abord, on vérifiera quel but on cherche à atteindre ; ce n'est qu'ensuite que l'on recherchera la manière d'atteindre ce but : soit par l'application du droit belge, soit en se référant au droit marocain. Ce n'est qu'après coup que l'on recherchera la justification de l'une ou l'autre de ces solutions" », M.-Cl. FOLETS, Le statut

effective de la loi étrangère par les praticiens (B).

B/ Les symptômes de l'ineffectivité d'application de la loi étrangère

**557.** Étudier l'effectivité du droit international privé consiste, selon les termes de Madame GOURDET, à mener une réflexion sur la portée et l'application des règles de droit en ce domaine<sup>1065</sup>. En particulier, cela consiste à recenser les cas dans lesquels les lois étrangères sont ignorées dans le but de revenir vers la loi du for<sup>1066</sup>. Ainsi, la notion d'effectivité que nous envisageons est celle qui « exprime la nécessité pour le droit de se traduire en réalité », l'ineffectivité étant, de ce fait, « une limite objective du droit »<sup>1067</sup>. L'effectivité est la nature de ce qui existe dans la réalité : une règle effective est une règle qui se réalise concrètement<sup>1068</sup>.

**558.** Par extension, étudier l'effectivité de l'application de la loi étrangère équivaut à évaluer l'efficacité de la règle de conflit de lois qui la désigne. Cependant, les deux termes ne se confondent pas : l'effectivité nécessite un constat pris sur la base de faits, tandis que l'efficacité demande une évaluation qualitative de la mise en œuvre de la règle (ce qui la rapproche des études portant sur un standard tel que la bonne administration de la justice).

**559.** Pour autant, Madame FOHRER montre que la définition de l'effectivité est relativement insaisissable<sup>1069</sup> et que cette notion peut elle-même être utilisée, non pas pour

---

personnel musulman devant les tribunaux en Europe : une reconnaissance conditionnelle, *in* L'étranger et le droit de la famille, pluralité ethnique, pluralisme juridique, sous la dir. de Ph. KAHN, Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La documentation française Paris 2001, note 129 p. 70.

<sup>1065</sup> G. GOURDET, L'effectivité en droit international privé, th. dactyl. Nice 1978, n° 2 p. 3.

<sup>1066</sup> G. GOURDET, *op. cit.*, n° 2 p. 3, note n° 2.

<sup>1067</sup> Ch. PAMBOUKIS, L'acte public étranger en droit international privé, BDP t. 219, LGDJ Paris 1993, n° 215 p. 154. Comp. : l'effectivité traduit « le besoin de la règle de ne pas rester une simple proposition générale et abstraite, mais de devenir l'élément qui dicte le comportement des intéressés (lesquels devraient alors être sanctionnés en cas de non-respect) », E. FOHRER, La prise en considération des normes étrangères, th. Paris II 2004, n° 147 p. 119.

<sup>1068</sup> J. TOUSCOZ, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, LGDJ Paris 1964, p. 1.

<sup>1069</sup> « L'effectivité est une notion à laquelle il a fréquemment été recouru pour légitimer des constructions doctrinales nouvelles. Plusieurs définitions en ont été proposées mais ont toutes échouées en raison du caractère flou de ses contours et de son contenu. Il est donc seulement loisible de relever que l'effectivité d'une règle est

constater l'application de la loi étrangère, mais plutôt pour constater l'existence d'une situation juridique commandant la simple prise en considération de la loi étrangère<sup>1070</sup>. L'idée coïncide, d'ailleurs, avec la pensée du doyen CARBONNIER selon laquelle une règle ou une situation juridique ne peut pas toujours s'analyser en termes d'effectivité ou d'ineffectivité, puisque l'effectivité est parfois relative dans les faits (ineffectivité partielle), voire variable dans le temps (hypothèse de la règle tombée en désuétude)<sup>1071</sup>. Cela explique que la notion d'effectivité puisse intervenir avec une force différente selon la situation juridique envisagée. L'effectivité est, en conclusion, un concept qui fait naturellement appel à l'empirisme et à la casuistique.

**560.** Ces considérations appellent certains commentaires au sujet de la mise en œuvre de la loi étrangère. Tout d'abord, il ressort des statistiques que les conseillers de la première chambre civile de la Cour de cassation française sont d'excellents agents de l'application effective de la règle de conflit désignant la loi étrangère<sup>1072</sup>. Ceci dit, l'efficacité de l'application de la loi étrangère, quant à elle, n'est pas évaluable dans la jurisprudence de la Cour de cassation en raison de son propre refus de contrôler, sauf dénaturation, l'interprétation des lois étrangères. De même, l'évaluation de l'application effective par les juges du fond du contenu matériel des lois étrangères ne peut pas non plus être menée à bien, faute de transparence du système juridique français concernant l'ensemble des décisions judiciaires rendues au premier et au second degré. Elle nécessiterait, en outre, un sérieux appareil scientifique pour effectuer la comparaison entre la mise en œuvre de la loi étrangère effectuée par le juge saisi et le contenu réel de cette loi (si tant est qu'il soit fixé) tel qu'il est utilisé dans son pays d'origine. Une telle étude imposerait de réduire l'analyse à une loi étrangère donnée (par exemple, la loi d'un pays voisin dont le contenu est relativement

---

ressentie par les juges quand ils constatent les faits qui leur sont soumis, et qu'ils ne suivent pas de démarche raisonnée en la prenant en considération », E. FOHRER, *op. cit.*, n° 171 p. 143. Pour un exemple d'utilisation du principe d'effectivité pour justifier la compétence juridictionnelle, v. E. VITTA, Cours général de droit international privé, RCADI 1979-I t. 162, p. 91.

<sup>1070</sup> Madame FOHRER pose ainsi l'effectivité comme le *criterium* de la prise en considération, E. FOHRER, *op. cit.*, n° 115 s. p. 96 s.

<sup>1071</sup> J. CARBONNIER, Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, in *Flexible droit*, 10<sup>e</sup> éd. 2001, LGDJ Paris, p. 136 s., spéc. p. 146.

<sup>1072</sup> V. l'analyse de la fréquence de désignation de la loi étrangère dans la jurisprudence de la Cour de cassation *supra* n° 108 s.

accessible) pour un nombre de décisions préalablement délimité<sup>1073</sup>.

**561.** L'effectivité de la désignation de la loi étrangère ayant été menée à bien en ce qui concerne la Cour de cassation, la suspicion se tourne naturellement vers l'utilisation qui est faite de la loi étrangère par les juges du fond. C'est ainsi que de nombreux professionnels relèvent la méconnaissance qui est faite du droit international privé par le corps des magistrats<sup>1074</sup> et celui des avocats<sup>1075</sup>. Par exemple, le Premier Président BELLET explique

---

<sup>1073</sup> À l'image d'une étude aussi fameuse que celle du comportement des automobilistes en face d'un feu rouge non surveillé, J. CARBONNIER, Effectivité et ineffectivité de la règle de droit, précité, p. 145.

<sup>1074</sup> Une magistrate du tribunal de grande instance de Paris témoigne : « quels mauvais traitements infligeons-nous au droit international privé quand il advient par mésaventure de devoir subir nos incursions en son domaine ? Mésaventure, vous voudrez bien en convenir, pour nous aussi, occasionnels transfuges du droit interne, exposés à nous fourvoyer sur des chemins qui ne nous sont pas familiers et dont nous n'apercevons qu'à grand peine les détours, sans en déceler les embûches », G. SUTTON, LES ARTICLES 311-14 et suivants du CODE CIVIL à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de Grande Instance de Paris, TCFDIP 1982-1984, éd. du CNRS Paris 1986, p. 193. Un conseiller à la cour d'appel de Montpellier relève qu'« en 1992, nous aurions pu célébrer tout à la fois le vingtième anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et ... le vingtième anniversaire de sa méconnaissance par les juges des enfants français ». L'auteur explique que les raisons de cette méconnaissance se trouvent dans le manque de formation des magistrats français en matière de droit international privé : « il est rare que les élèves magistrats l'aient étudié au cours de leurs études universitaires et l'École nationale de la magistrature ne comble pas cette lacune », J.-M. BAUDOIN, La protection du mineur étranger par le juge des enfants, RCDIP 1994 p. 483-484. De même, certains auteurs nord-américains constatent « que les juges semblent faire peu de cas des différentes méthodes dans leurs décisions alors que ces méthodes sont classées et analysées avec précision dans les ouvrages de droit international privé. Ils les mélangent un peu toutes », Fr. MONÉGER, *The last ten* ou les derniers États des États-Unis d'Amérique fidèles à la *lex loci delicti*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 581.

<sup>1075</sup> Madame SIMONET parle de la difficulté, « y compris pour les avocats, à dissocier les conflits de juridictions des conflits de lois, à faire la part entre le tribunal compétent et la loi applicable au fond du litige. Pour beaucoup, saisir le juge français, c'est déjà accepter de se soumettre au système normatif français », M. SIMONET, L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français, in *L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique*, Mission de recherche « Droit et Justice », (sous la dir. de Ph. KAHN), éd. La Documentation Française Paris 2001, p. 126. Madame BERNARD avoue aussi qu'« il y a d'éminents avocats qui sont des internationalistes mais il y en a beaucoup d'autres qui n'y connaissent absolument rien, qui n'ont pas même conscience des problèmes de droit international qui se posent et en font complètement abstraction. Alors la tentation pour nous [les magistrats] dans certaines affaires, lorsque nous voyons que l'équité pourrait nous incliner à pencher dans

que son expérience au tribunal de grande instance lui a fait prendre conscience que « le droit international était à peu près inconnu non pas seulement des magistrats, mais de 99 % des parties et des avocats et que, de là, il y avait une tentation très grande qui était de court-circuiter ou d'écarter les problèmes nés du droit international et des règles de conflit »<sup>1076</sup>.

**562.** En outre, une étude du contentieux de l'annulation des mariages internationaux, soumis à la première chambre civile du tribunal de grande instance de Lyon, montre que les juges et les parties au litige n'ont pas recours à la loi étrangère et se réfèrent systématiquement la loi du for<sup>1077</sup>. Le même bilan a été dressé des dossiers relatifs à la rectification de l'état civil<sup>1078</sup> ou à l'autorité parentale<sup>1079</sup>.

---

un certain sens, c'est de ne pas s'apercevoir qu'il y a un problème de conflit de lois », C. BERNARD, Intervention sous la communication de LOUSSOUARN, Y. LOUSSOUARN, La règle de conflit est-elle une règle neutre ?, TCFDIP 1980-1981, t. 2, éd. du CNRS Paris, p. 63.

<sup>1076</sup> P. BELLET, Intervention à la suite de la communication de Jean-Marc BISCHOFF, Le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988 – rapport introductif, TCFDIP 1990-1991, éd. du CNRS Paris, p. 19 spéc. p. 27-28.

<sup>1077</sup> La « présentation du contentieux de l'annulation des mariages internationaux permet de voir le décalage qui existe entre la théorie et la pratique judiciaire. Aucune application de la loi étrangère n'a été mise en évidence. Seule la loi française est invoquée par les parties ou le ministère public ; et elle est seule appliquée par le juge national », É. CORNUT et A. DEVERS, L'annulation du mariage, *in* L'étranger en France, face et au regard du droit : rapport (texte imprimé), Centre de droit de la famille Université de Lyon 3, Lyon Ministère de la Justice, Mission de recherche « Droit et Justice », Paris 1999, n° 173 p. 64 ; « la consultation des dossiers de la première chambre du tribunal de grande instance de Lyon aura permis de mettre en évidence l'application hégémonique de la loi française », É. CORNUT et A. DEVERS, *op. cit.*, n° 196 p. 74.

<sup>1078</sup> « L'application de la loi étrangère n'est jamais retenue alors que les dossiers relatifs aux procédures en légitimation concernent des situations pour lesquelles les magistrats auraient dû avoir recours aux normes étrangères en matière de filiation par application des règles du droit international privé. L'analyse des procédures de légitimation met en exergue l'ignorance des règles françaises par les étrangers et les difficultés liées à l'application de la loi personnelle des populations d'origine maghrébine. La méconnaissance des règles par certaines autorités françaises fait écho à l'ignorance des étrangers », Chr. BIDAUD-GARON et F. TOULIEUX, Le contentieux de l'état civil, *in* L'étranger en France, face et au regard du droit : rapport (texte imprimé), Centre de droit de la famille Université de Lyon 3, Lyon Ministère de la Justice, Mission de recherche « Droit et Justice », Paris 1999, n° 35 p. 15.

<sup>1079</sup> « Aucun des dossiers étudiés dans le cadre de cette étude ne soulevait de problèmes d'articulation entre la loi française et la loi du statut personnel des intéressés. Non seulement la loi étrangère n'a jamais été retenue mais surtout son application n'a jamais été réclamée par les intéressés », X. PESENTI, L'autorité parentale, *in* L'étranger en France, face et au regard du droit : rapport (texte imprimé), Centre de droit de la famille Université de Lyon 3, Lyon Ministère de la Justice, Mission de recherche « Droit et Justice », Paris 1999,

**563.** D'ailleurs, la méconnaissance du droit international privé n'est pas le seul fait des cours nationales, elle est aussi le fait de juridictions supranationales<sup>1080</sup> ou de juristes<sup>1081</sup> qui usent habituellement d'une toute autre méthodologie que celle du droit international privé.

---

n° 198 p. 77.

<sup>1080</sup> De l'expérience de Madame KESSEDJIAN, « la Cour de justice ne statue pas en termes de conflit de lois et (...) les Avocats généraux n'aiment pas les conflits de lois. D'ailleurs si vous interrogez n'importe quel juge à la Cour de justice ; ils disent que les conflits de lois, ils n'y comprennent pas grand chose, que la Convention de Bruxelles, ils détestent et que tout ce qui est droit international privé, ils aimeraient bien s'en passer », C. KESSEDJIAN, débats sous la communication de P. KINSCH « Principe d'égalité et conflits de lois », TCFDIP 2002-2004, éd. Pedone Paris 2005, p. 142. Sur la tendance qui consiste pour la Cour de justice à éviter d'utiliser les mécanismes du droit international privé, v. J. GONZÁLEZ CAMPOS, La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé, in Festschrift für Erik JAYME, band 1, herausgegeben von H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, H. KRONKE, Chr. KOHLER, R. HAUSMANN, éd. Sellier München, 2004, p. 263 s. *Adde*, « le droit international privé est en effet dissocié du droit communautaire pour l'essentiel, et la doctrine communautariste reste inversement ignorante pour une large part du droit international privé », Fr. VIANGALLI, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire, PUAM Aix-en-provence 2004, n° 13 p. 18 ; « la Cour ne souhait(e) pas s'aventurer dans les méandres labyrinthiques des règles de conflits de lois, qu'elle sent par trop étrangers à ses propres préoccupations », Fr. VIANGALLI, *op. cit.*, n° 218 p. 96.

<sup>1081</sup> Monsieur VERHOEVEN écrit que, si les auteurs de droit international privé s'intéressent souvent aux rapports que leur matière entretient avec le droit international public, il est surprenant que l'inverse ne se produise pas. En fait, les publicistes ne s'y attardent pas véritablement et même, à l'ordinaire, ils s'en désintéressent totalement. Ils concèdent, tout au plus, l'existence d'une « disposition d'esprit », mais ils ne voient dans le droit international privé qu'un droit national. J. VERHOEVEN, Droit international public et droit international privé : où est la différence ?, *Archive de philosophie du droit* 1987 (t. 32) p. 25. En droit international public, cette méconnaissance du droit international privé se retrouve, par exemple, dans les développements de Monsieur CARREAU sur la définition de l'État (D. CARREAU, Répertoire international Dalloz, v° *État*, 1998, spéc. n° 68) ou encore, chez d'autres auteurs, à l'occasion d'une explication assez inattendue de la « prise en considération » du droit étranger : « lorsque le rattachement d'un individu, d'une activité, d'un contrat à son territoire est relativement ténu, faire obstacle à l'application du droit étranger constituerait une atteinte abusive à la compétence personnelle des autres États (...) les techniques de prise en considération de la "loi étrangère" (au sens large) varient d'un État à un autre, mais visent toutes au même effet : atténuer le caractère trop absolu de la souveraineté territoriale dans un esprit de coopération », Q. D. NGUYÊN, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd. 2002, LGDJ Paris, n° 335 p. 507.

## C/ Les causes de l'ineffectivité d'application de la loi étrangère

Une fois exposées les multiples ineffectivités dont la loi étrangère fait l'objet dans la pratique, il peut être utile de cerner les causes de ce phénomène. Cela nécessite d'expliquer pourquoi le caractère international d'un litige peut entraîner un coût abusif lors du procès. L'absence de médiatisation du rôle social qui est assumé par le droit international privé sera rapidement envisagée (1), bien que l'hermétisme dogmatique qui règne sur cette matière semble davantage pouvoir être désigné comme la source de la méconnaissance de la méthode post-savignienne (2).

### 1/ La méconnaissance du droit international privé par l'opinion publique

**564. Déficit d'intérêt chez les particuliers.** L'utilisation de la loi étrangère étant parfois méconnue des juristes, elle l'est aussi *a fortiori* de la part des particuliers qui sont extérieurs à cette profession<sup>1082</sup>. De fait, les problématiques abordées par le droit international privé ne sont que très rarement médiatisées<sup>1083</sup>. Lorsque cela est le cas, elles sont très vite mal interprétées par l'opinion publique<sup>1084</sup>.

---

<sup>1082</sup> « I am convinced that the average citizen, lacking experience in dealing with multistate legal problems, is not very sensitive to the problems and solutions of choice-of-law. In fact, I fear that the problem as such escapes him. Even law students taking their first class in private international law are seldom aware that national courts occasionally do apply foreign law. A little survey I conducted among a group of academics, none of them lawyers, confirmed my impression that most people, when confronted with the choice-of-law problem, have never thought about it before, and, when asked for a suitable solution, will come up with all kinds of suggestions, none of which accords with the prevailing choice-of-law orthodoxy », Th. M. DE BOER, Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law, RCADI 1996 t. 257, p. 298-299.

<sup>1083</sup> « Peut-on trouver des idées ou des tendances définies sur des problèmes dont l'ensemble de la population ignore l'existence ? Or c'est le cas de ceux qui se posent en droit international privé. Leur portée et leurs implications n'empêchent pas qu'ils s'élèvent à propos de cas concrets trop rares et d'un intérêt trop indirect pour que l'opinion s'y intéresse », H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 80 p. 174.

<sup>1084</sup> Ce fut le cas à l'occasion de la proposition de directive dite « Bolkestein » où l'opinion publique s'est scandalisée des risques de *dumping* social engendrés par la libéralisation des services en Europe, v. L. IDOT, Marché européen des services : directive « Bolkestein » ou « Frankenstein » ? Le mythe de la loi d'origine..., Revue Europe n° 3 / mars 2005, p. 3.

Toutefois, peut-on reprocher l'indifférence générale dont pâtit le droit international privé ? Il ne semble pas car, en définitive, il ne s'agit que d'un problème social parmi tant d'autres<sup>1085</sup>. Le fait qu'il soit laissé à des spécialistes n'apparaît pas, en soi, condamnable<sup>1086</sup>. Par exemple, en Allemagne, Madame KIENINGER évoque l'influence des universitaires sur le législateur et la jurisprudence, le droit international privé étant, selon ses propres termes, « un domaine extrêmement théorique, impénétrable et, de préférence, laissé aux spécialistes »<sup>1087</sup>. En France, les universitaires ont également un rôle très important sur la jurisprudence : la Cour de cassation a parfois employé des formules directement tirées de traités de droit international privé<sup>1088</sup>. Pourtant, en dépit de toute la considération qui est due à la doctrine, il apparaît sans doute délicat de justifier le fait que, lorsqu'ils cultivent à outrance l'abstraction et le dogmatisme, les experts en droit international privé se ferment d'eux-mêmes aux situations concrètes (2).

---

<sup>1085</sup> En ce sens, l'explication avancée par Monsieur VON OVERBECK de l'absence de codification du droit international privé français : « il faut reconnaître que la codification du droit international privé ne répond pas à des intérêts vitaux, tels que la protection de la couche d'ozone, le développement, ou les droits de l'homme. On peut aussi faire du droit international privé sans conventions et ces dernières sont surtout destinées à l'améliorer et à le rendre moins imprévisible. On comprendra, dès lors, qu'il n'y a pas de pressions politiques pour la ratification des conventions et que celle-ci n'est pas la première des préoccupations de gouvernements et de parlements harassés par les tâches les plus urgentes », A. VON OVERBECK, La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé, RCADI 1992 II t. 233, n° 160 p. 92.

<sup>1086</sup> Un auteur remarque que le droit international privé apparaît comme « une matière réservée à quelques spécialistes lecteurs de la Revue critique de droit international privé », Fr. MONÉGER, L'applicabilité du droit international privé de la famille, in L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique, Mission de recherche « Droit et Justice » (sous la dir. de Ph. KAHN), éd. La Documentation Française Paris 2001, p. 18.

<sup>1087</sup> « *In general, academics in Germany have quite a large influence on legislative and court decisions, especially in a field like private international law which is thought to be highly theoretical, impenetrable and best left to specialists* », E.-M. KIENINGER, The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility : EU and US Compared, German Law Journal 2004, (n° 4 / vol. 6), p. 757.

<sup>1088</sup> Par exemple, la motivation de l'arrêt BISBAL reprend les termes du traité écrit par les professeurs BATIFFOL et LAGARDE, v. B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 32-34 § 2 p. 287 et § 13 p. 294 ; n° 43 § 1 p. 385. Sur l'influence de la doctrine sur la jurisprudence, v. Br. OPPETIT, Le droit international privé, droit savant, RCADI 1992-III t. 234, p. 385-393.

**565. Une discipline extrêmement théorique.** Terrain de controverses, de constructions scientifiques et de challenges cérébraux, le droit international privé offre aux chercheurs un inépuisable casse-tête. Au sein des juristes, la matière est surtout connue pour l'intérêt spéculatif et intellectuel<sup>1089</sup> qu'elle procure aux « juristes un peu marginaux » qui l'étudient<sup>1090</sup>. Elle est, d'ailleurs, parfois accusée de cultiver une attitude d'esprit doctrinaire<sup>1091</sup>. Selon un historien du droit, « la variété des opinions doctrinales contraste ainsi avec l'étroitesse des marges de manœuvre dans les situations concrètes. De ce fait, des théories aux bases diamétralement opposées aboutissent parfois aux mêmes règles de détail. Le droit international privé, en tant que science du droit, vit d'une querelle d'écoles constamment renouvelée » et « trop souvent instrumentalisée au service de choix dogmatiques »<sup>1092</sup>.

**566.** En effet, la doctrine de droit international privé quitte très souvent son rôle explicatif du droit positif pour élaborer des fictions doctrinales<sup>1093</sup>. Il s'ensuit un risque de décalage,

---

<sup>1089</sup> Le droit international privé est « le paradis des défis intellectuels », M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Foreign law in national courts, a comparative perspective*, RCADI 2003 t. 304, p. 203 ; « il ne fait guère [*de*] doute que le développement des études de droit international privé est plus proportionné à leur intérêt spéculatif qu'à leur importance pratique *relative* », H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 140 p. 312-313 ; « nul ne met en doute l'intérêt spéculatif et intellectuel de la théorie des conflits de lois et le rôle précieux qu'elle joue dans la formation juridique. C'est un merveilleux jeu de l'esprit comparable à un jeu d'échecs. Mais elle porte en elle-même les défauts de ses qualités. Sa subtilité est telle qu'abstraction faite de quelques spécialistes, bien rares sont ceux qui en ont assimilé toutes les finesses. Comment des magistrats non spécialisés qui n'ont connaissance des problèmes de droit international privé que de façon épisodique pourraient-ils dans ces conditions faire une application correcte de la théorie des conflits de lois ? », Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Précis de droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz, n° 65 p. 65. V. aussi C. LABRUSSE, *La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère*, TCFDIP 1975-1977, éd. du CNRS Paris, p. 120-121.

<sup>1090</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF Paris 1999, p. 36.

<sup>1091</sup> « Le droit international privé non seulement est considéré comme une matière éminemment théorique mais est accusé de nourrir une attitude d'esprit doctrinaire », D. EVRIGENIS, *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, RCADI 1966-II, t. 118 p. p. 322.

<sup>1092</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 3.

<sup>1093</sup> La matière du droit international privé, « très spécialisée et très technique (...), est à la fois le terrain d'une

voire de contrariété, avec les problèmes juridiques qui surviennent dans la réalité<sup>1094</sup>. Ce phénomène a particulièrement bien été décrit sous la plume de BATIFFOL : « le droit international privé, comme toute branche du droit, peut se heurter à deux écueils, mais qui paraissent pour lui particulièrement menaçants. D'une part, une "ratiocination" indéfinie des mêmes problèmes généraux peut verser dans une multiplicité de nuances, qui tournent aux querelles de mots et restent sans influence sur le droit positif, notamment en ignorant les questions qui se posent effectivement. D'autre part, un intérêt sans recul pour les questions et les idées les plus diverses qui apparaissent successivement en liaison apparente avec l'objet ordinaire de cette branche du droit conduit à la dispersion des efforts, à des remises en cause souvent stériles et aux dépens de l'effort effectif d'approfondissement et d'organisation »<sup>1095</sup>.

**567.** Quelques exemples serviront à illustrer les écueils mentionnés par ce dernier auteur. Par exemple, à l'occasion de l'affaire BARTHOLO, BARTIN a soulevé un problème de conflit de qualifications qui ne se posait aucunement dans ce cas d'espèce<sup>1096</sup>. L'arrêt COUCKE peut aussi illustrer le décalage des partisans de la loi étrangère avec la réalité judiciaire<sup>1097</sup>. Cette décision très brève, constamment citée parce qu'elle évoque que la règle étrangère est une « règle de droit », est une décision qui ne semble revêtir aucune importance

---

casuistique extrêmement développée, faisant largement appel à l'autorité de précédents judiciaires, et d'une dogmatique accumulant les opinions divergentes sur l'état positif du droit et plus encore sur le droit qui serait le plus souhaitable », J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 2. V. aussi P. ARMINJON, L'objet et la méthode du droit international privé, RCADI 1928-I t. 21, p. 447.

<sup>1094</sup> Ainsi, un auteur considère que « le vocabulaire du droit international privé se caractérise par un degré élevé d'abstraction, d'imprécision et de fluctuation, par une influence marquée de la doctrine, par un fossé assez profond entre le vocabulaire doctrinal et celui des praticiens – législateurs, avocats et juges – et par un recours exagéré au latin et aux langues étrangères », E. GROFFIER, La terminologie du droit international privé : langage savant ou cryptographie ?, *in* Mélanges offerts par ses collègues de Mc Gill à Paul-André CREPEAU, éd. Yvon Blais Inc. Cowansville 1997, p. 356.

<sup>1095</sup> H. BATIFFOL, L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest, JDI 1973 p. 45.

<sup>1096</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, p. 70 s. (arrêt n° 9). Comp. la théorie des conflits de systèmes dans le temps développée par FRANCESKAKIS à l'occasion de l'arrêt MACHET, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, p. 210 s. (arrêt n° 23).

<sup>1097</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1993, CONSORTS COUCKE, Bull. 1993 I n° 14 p. 10, RCDIP 1994 p. 78, note B. ANCEL.

particulière dans la jurisprudence de la Cour de cassation. La formule utilisée dans cet arrêt n'a jamais été reprise dans la jurisprudence postérieure. L'arrêt COUCKE est un arrêt d'espèce qui vient confirmer une autre solution, très bien établie quant à elle, celle de l'interprétation souveraine des juges du fond du contenu de la loi étrangère.

**568.** Il est par conséquent possible d'affirmer, à l'image de NIBOYET, que la doctrine a parfois joué « le rôle de ces cavaliers d'exploration qui perdent tout contact avec le gros de l'armée et elle a évolué désormais pour son seul enchantement »<sup>1098</sup>. Il est vrai qu'en exploitant toutes les virtualités permises par l'abstraction du droit international privé, les auteurs qui s'intéressent à cette matière ont tout bonnement dégagé une image complexe de leur science<sup>1099</sup>. Naturellement, elle ne pouvait pas être totalement intégrée par la pratique jurisprudentielle qui trouve ses propres limites dans les fonctions assignées à l'institution judiciaire<sup>1100</sup>. C'est que, par définition, il ne peut y avoir de correspondance totale entre le travail fourni par la doctrine et celui qui ressort des activités judiciaires. Il n'est guère surprenant que, de leur côté, les auteurs y voient parfois « des siècles de frustration »<sup>1101</sup>.

**569. Une discipline abstraite.** L'écart entre la théorie et la pratique est d'ailleurs manifeste dans le domaine de la théorie générale des conflits de lois<sup>1102</sup>. La structure même

---

<sup>1098</sup> L'auteur utilise cette image au sujet des auteurs universalistes de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle, J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. I, Librairie du Recueil Sirey Paris 1938, n° 40 p. 55.

<sup>1099</sup> « *It is to be noted, on the other hand, that an intellectual abstraction usually favoured by Private International Lawyers in treating their subject could hardly be expected from a judge whose daily task is not to solve conflict-of-laws problems, but rather to find substantive solutions to the issues before him* », A. GÜNDÜZ ÖKÇÜN, *Trans-municipal Law : a Critical Analysis of Private International Law*, éd. Ankara Universitesi Basimevi Ankara 1968, p. 3.

<sup>1100</sup> « *Juges et avocats n'ont pas besoin de raisonner sur les genres et les espèces pour inventer les solutions des questions neuves : les intérêts des parties les leur définissent avec violence* », H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 26 p. 60.

<sup>1101</sup> M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Foreign law in national courts, a comparative perspective*, RCADI 2003 t. 304, p. 203.

<sup>1102</sup> « *La théorie s'est d'abord évertuée à assortir le mécanisme premier d'un certain nombre de compléments, tels que le renvoi. Cela a engendré une "technologie de la règle de conflit", ou encore une normologie, c'est-à-dire une science formelle dans laquelle la règle de conflit devenait une fin en soi. Ces développements ont trouvé leur place dans une "partie générale" des conflits de lois de plus en plus fournie et de plus en plus*

de la règle issue de la méthode post-savignienne de résolution des conflits de lois requiert, en effet, une abstraction poussée<sup>1103</sup>. La règle de conflit n'est pas une règle qui donne directement sa solution au problème de droit : elle nécessite un stade supérieur d'élévation du litige qui est, par nature, dérogoratoire à la résolution commune des litiges<sup>1104</sup>. Ce caractère indirect suscite alors le sentiment que les règles de conflit se posent à un niveau d'abstraction supérieur à celui des règles internes et qu'elles paraissent « plus loin de la vie et de l'homme »<sup>1105</sup>. Elles se superposent trop abstraitement à la loi interne tandis que la loi interne « touche plus directement aux intérêts humains et sociaux immédiats et fondamentaux que les règles de conflit »<sup>1106</sup>.

**570.** Il est indéniable que la science des conflits de lois paraisse, aux yeux de certains, comme un luxe intellectuel : les thèmes qui y sont abordés ne correspondent pas vraiment à un besoin social qui soit à la mesure des efforts demandés (efforts d'ouverture sur l'extérieur, de coordination cohérente d'ensembles normatifs, de maîtrise d'une méthodologie complexe, etc.). Cela est encore accentué par l'insertion d'une dynamique de droit comparé dans cette discipline car « le comparatisme a longtemps été considéré comme

---

complexe puisque, avec la recherche de "super-règles" de conflit, la discipline vient à comporter un nouvel étage. L'accord ne régnant même pas sur elles, on se trouve engagé dans une spirale sans fin et vouée à l'échec, tandis que les raisonnements mis en œuvre acquièrent un caractère de plus en plus ésotérique aux yeux des juristes non spécialisés », B. AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité*, RCADI 2003 t. 305, n° 233 p. 230.

<sup>1103</sup> « Le droit international privé, et plus précisément les conflits de lois, ont été traditionnellement considérés comme un lieu privilégié des règles générales d'une grande abstraction et prétendant aussi à une grande précision », H. BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI 1973-II, t. 139, p. 106.

<sup>1104</sup> Sur la nature abstraite de la règle de conflit, v. E. VASSILAKAKIS, *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, p. 141 s.

<sup>1105</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 6 p. 18. Pourtant, « en dépit de l'absence de base sociologique homogène, le droit international privé ne se résume pas à une dialectique désincarnée, dépourvue de tout lien avec les évolutions économiques et sociales. Fait historique, la norme juridique est beaucoup plus qu'une abstraction logique », Jean-Louis HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF Paris 1999, p. 195.

<sup>1106</sup> H. BATIFFOL, *Aspects... précité*, n° 131 p. 294. *Adde*, la règle de conflit de lois donne parfois l'impression d'appartenir à un « droit désincarné ayant la rigueur d'un jeu d'échecs d'où toute psychologie serait exclue » : elle constitue un jeu « fascinant pour l'esprit mais (...) doté d'une sécheresse mathématique », Y. LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, TCFDIP 1980-1981 t. 2, éd. du CNRS Paris,

un plaisir de dilettante, ne méritant pas de grands investissements »<sup>1107</sup>. Or, l'utilisation des lois étrangères dans le processus de résolution des conflits de lois appelle nécessairement une réflexion comparative<sup>1108</sup>. Tous ces éléments contribuent alors à isoler les penseurs du droit international privé.

**571. Conclusion du paragraphe.** En conclusion, le cloisonnement dont fait l'objet le droit international privé est de nature à accroître son ineffectivité, l'éviction de la loi étrangère en étant l'exemple le plus extrême. En particulier, la mauvaise information du public, combinée à l'excessive abstraction de la matière, ne peut pas, dans la pratique, assurer une bonne utilisation judiciaire de la méthode post-savignienne de résolution des conflits de lois. En effet, pour être soulevée, il faudrait qu'elle soit présente, même à un stade très élémentaire, dans la culture générale des justiciables. Or, la confidentialité élevée qui entoure la matière ne permet pas de mettre le justiciable en mesure d'accéder à l'expertise scientifique indispensable pour résoudre son litige international, voire de l'éviter à l'aide de mesures préventives. Plus grave, le degré de réflexion suscité par les problématiques du droit international privé, spécialement de la résolution des conflits de lois, est une source majeure d'aggravation du coût du procès. De cette manière, il constitue un obstacle indirect à l'accès à la justice pour les plaideurs les moins fortunés, ce que l'aide publique ne peut vraisemblablement pas résorber. En tant que partie intégrante de la bonne administration de la justice, l'application de la loi du juge saisi est donc utile puisqu'elle maintient ouvert l'accès à la justice, même si cette justice présente parfois des imperfections par rapport aux théories du droit international privé. Cela explique vraisemblablement les pratiques de mise à l'écart du principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for.

---

p. 46.

<sup>1107</sup> O. MORÉTEAU, *Le juriste français entre ethnocentrisme et mondialisation*, 1999, p. 9. Disponible sur le site du réseau Européen Droit et société : [www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/moretea1.pdf](http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/moretea1.pdf).

<sup>1108</sup> Comme le rappelle GOLDSCHMIDT, « le droit international privé est la seule matière juridique qui, outre la double relation commune à toutes les disciplines juridiques, présente des liens étroits avec le droit étranger, d'une part, et le droit comparé, de l'autre (...). Si (...) le droit comparé est auxiliaire de toutes les matières, il fait partie intégrante du droit international privé », W. GOLDSCHMIDT, *Système et philosophie du droit international privé*, RCDIP 1956 p. 21.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**572.** À partir du constat simple que la *lex fori* implique une commodité certaine pour ceux qui y ont recours, nous avons été amenée à étudier la notion de bonne administration de la justice comme explication de l'inégalité qui règne entre la loi étrangère et la loi du for en matière de résolution des conflits de lois. Cette notion repose, entre autres, sur des exigences de qualité de la justice et sur un fonctionnement raisonnable des institutions judiciaires. Or, comme le montrent les partisans du caractère facultatif des règles de conflit, le recours aux lois étrangères est de nature à altérer ces deux éléments.

**573.** Toutefois, il ne suffit pas de démontrer que l'application de la loi étrangère ne répond pas à la bonne administration de la justice, il faut aussi expliquer pourquoi la *lex fori* serait, quant à elle, une source d'injustice. À cet égard, il apparaît que les inconvénients engendrés par l'application de la loi du for sont sensiblement relativisés par ceux qui résultent de l'application de la loi étrangère. En particulier, la loi du for n'a pas pour inconvénient de ralentir le procès : elle est même utilisée en cas d'urgence pour court-circuiter temporairement l'application d'une loi étrangère. Elle rencontre, en outre, un certain succès dans les conventions internationales, lesquelles se concentrent désormais sur la coopération des autorités étatiques plutôt que sur l'égalité de répartition entre la loi étrangère et la loi du for.

**574.** La *lex fori* n'a pas non plus pour inconvénient d'accroître la complexité d'une question de droit qui est elle-même suffisamment rendue difficile par la nature internationale de la situation juridique. D'autant que la mise en œuvre de la loi étrangère – et de tout mécanisme de droit international privé en général – réclame un haut degré d'expertise qui n'est pas sans entraîner de coûteuses recherches. Une étude européenne montre d'ailleurs que le plaideur engagé dans un litige international s'expose à de multiples chefs de dépense qui ne se limitent pas à la recherche du contenu de la loi étrangère.

**575.** De telles préoccupations, relatives au délai et au coût, s'inscrivent incontestablement dans la définition du procès équitable posée par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, dont le réalisme s'avère en l'occurrence salutaire. Cette approche concrète se fait, en effet, l'écho de la pratique puisque de nombreux auteurs constatent l'ineffectivité du recours aux lois étrangères en raison des inconvénients

qu'elles suscitent.

**576.** Dans ce cadre, la *lex fori* s'analyse, en définitive, seulement comme un procédé de substitution, dont la fréquence de recours pourrait être diminuée par la réduction de la complexité et du coût engendrés par le procès international. Cela passe notamment par l'instauration d'un dialogue entre les spécialistes du droit international privé et les justiciables. À cet effet, la codification du droit international privé s'avère indispensable à la familiarisation des juristes avec les méthodes spécifiques à cette matière. Elle permettra également la diffusion du droit international privé auprès du grand public et, pourquoi pas, on peut l'espérer, l'amélioration de sa réputation.

## CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

**577.** Une première présentation des atteintes portées à l'égalité entre la loi étrangère et la loi du for nous a permis de systématiser toutes les conquêtes que la *lex fori* opère sur le terrain de la loi étrangère. La crainte était qu'une telle description dressât un portrait peu flatteur de la science des conflits de lois. On devait, en effet, redouter que, grâce au principe d'égalité, l'ordre juridique interne soit superficiellement accueillant pour les règles étrangères, alors que, concrètement, la science des conflits de lois ne pouvait jamais permettre aux juristes de s'abstraire de leur patrie juridique. Cette crainte s'est en partie avérée juste sur le plan théorique comme sur le plan pratique.

**578.** Elle n'a été démentie que dans le premier chapitre, où nous avons montré que la méthodologie tirée du principe d'égalité entre la *lex fori* et la loi étrangère était une quête doctrinale trouvant écho dans la jurisprudence de la Cour de cassation française. Elle a, en revanche, été confortée par le reste de nos développements. Nous sommes, en effet, parvenus à la conclusion que les méthodes qui ne respectaient pas le principe d'égalité (méthodes des rattachements unilatéraux, des rattachements à finalité matérielle, des lois de police et des règles matérielles de source interne) octroyaient directement ou indirectement une position réellement privilégiée à la *lex fori* plutôt qu'à la loi étrangère.

**579.** Cette position privilégiée s'est trouvée expliquée dans la pratique judiciaire, sous l'effet des dérogations à l'application de la loi étrangère et plus précisément sous l'effet de l'ethnocentrisme, qui est un obstacle sociologique à l'application du droit étranger<sup>1109</sup>. Sur ce dernier point, une incursion dans la sociologie juridique nous a permis d'adopter un point de vue compréhensif à l'égard de la tendance qui consiste pour le juge à recourir largement à sa loi interne dans la résolution des conflits de lois. Ceci étant, il nous a paru important de mentionner que l'ethnocentrisme n'était pas un phénomène inéluctable, le juge gardant heureusement la possibilité de ne pas céder à la tentation de recourir indûment à la *lex fori*.

**580.** Il apparaît alors critiquable que la doctrine de droit international privé puisse fournir au législateur les instruments méthodologiques qui encouragent le juge à céder à cette

---

<sup>1109</sup> I. ZAJTAY, Le traitement du droit étranger dans le procès civil, étude de droit comparé, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1968, n° 2 p. 245.

tentation. Cette dominance de la *lex fori* sur le plan des méthodes donne, il est vrai, au juge l'opportunité d'assouvir des instincts ethnocentriques déjà suffisamment encouragés par des pressions internes et externes, que nous avons exposées. Cependant, alors que le juge n'est pas contraint de céder à l'ethnocentrisme dans la résolution des litiges internationaux, il ne peut jamais écarter les positions privilégiées de la *lex fori* qui lui sont dictées par la législation de droit international privé. Il faut ainsi en conclure que l'application préférentielle de la loi du for ne doit absolument pas, même indirectement (sous la forme de l'unilatéralisme par exemple), accéder au rang de méthode dans la législation de droit international privé. Elle doit, au contraire, être strictement cantonnée au plan de la pratique judiciaire et être parallèlement découragée par les auteurs car il revient justement à la doctrine de construire la théorie des conflits de lois sur des bases scientifiques et non sur des tendances ethnocentriques.

**581.** Pour précisément analyser d'une autre façon le bien-fondé de certains recours à la *lex fori*, nous avons ensuite étudié les raisons d'ordre pratique qui expliquent que la *lex fori* soit plus utilisée que la loi étrangère dans la résolution des litiges internationaux. Pour ce faire, nous avons exposé les considérations qui ont, en partie, déjà été dégagées par les partisans de l'application facultative des règles de conflit de lois et par les partisans d'une approche réaliste du droit international privé.

À l'aide de la notion cadre de « bonne administration de la justice », il a dès lors été possible de montrer que l'application de la *lex fori* est une source de réduction du délai et du coût du procès, une source de simplification et un facteur d'effectivité de la justice qui répond aux exigences du procès équitable. La question est alors de savoir si ces justifications, regroupées sous la notion de bonne administration de la justice, sont à eux seuls suffisants pour proposer une mise à l'écart définitive du principe d'égalité entre la loi étrangère et la loi du for.

**582.** Après avoir étudié de façon transversale le droit international privé, tant du point de vue théorique que pratique, il nous semble que toute autre proposition serait inconcevable. De fait, l'utilisation de la loi étrangère est inégale à celle de la *lex fori*. En outre, combattre chaque solution *lex foriste* n'aurait pour effet que d'activer une résurgence de loi du for par le biais d'autres procédés indirects.

L'utilisation de la *lex fori* est donc irréductible en droit international privé : un rapprochement du juge compétent et du droit qu'il applique doit alors être préconisé. Reste à déterminer son champ exact d'intervention, ce que nous nous proposons de faire dans une seconde partie (Partie II).



## PARTIE II VERS UN RAPPROCHEMENT DE LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE ET DE LA LOI APPLICABLE

**583.** La première partie de nos développements s'est concentrée sur la résolution des conflits de lois. Il en a résulté une présentation assez variée, mais surtout très technique, des formes d'application de la *lex fori*. Pourtant, la façon la plus élémentaire de faire prévaloir la *lex fori* passe par l'atténuation du principe de séparation entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable. Il s'agit d'une approche rudimentaire du droit international privé, susceptible d'apporter des réponses moins complexes et donc de remédier à certains des inconvénients qui affectent cette discipline.

**584.** Pourtant, seuls quelques auteurs souhaitent que le choix du rattachement localisateur soit le plus possible déterminé par le souci de désigner la loi du juge saisi : par exemple, Messieurs MAYER et HEUZÉ écrivent que « la coïncidence fréquente entre la loi applicable et la loi du for est souhaitable, les juges ayant les plus grandes difficultés à connaître et interpréter les lois étrangères »<sup>1110</sup>. En quelque sorte, c'était aussi une préoccupation de VON SAVIGNY. Elle est, bien entendu, constamment passée sous silence par les auteurs favorables à l'égalité entre la loi étrangère et la loi du juge saisi<sup>1111</sup>. De cette manière, la majorité des auteurs de droit international privé ne met absolument pas en valeur l'application de la loi du for par le biais d'un rapprochement du *forum* et du *jus*<sup>1112</sup>. Il s'agit d'une voie qui n'apparaît que discrètement empruntée en droit international privé<sup>1113</sup>.

---

<sup>1110</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 491 p. 362.

<sup>1111</sup> V. *supra* n° 1 s. et n° 55.

<sup>1112</sup> « Le progrès en droit international privé est (...) présenté comme allant dans le sens de la séparation du *forum* et du *jus*. Aussi cette contraction des compétences de droit international privé pourrait-elle être comprise comme une régression du droit international privé », V. MOISSINAC MASSÉNAT, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, BDP t. 481, LGDJ Paris 2007, n° 350 p. 241.

<sup>1113</sup> Les institutions de l'Union européenne ne s'y sont d'ailleurs pas trompées : en faisant prévaloir une uniformisation de la compétence juridictionnelle puis de la procédure au sens strict, elles ont entendu discrètement préparer une place non négligeable à la *lex fori*, comme dans n'importe quel système de droit international privé. Ce faisant, elles ont pendant un temps préservé le domaine le plus sensible aux yeux de la doctrine : il s'agit non seulement des règles de conflit de lois mais aussi et surtout de la théorie générale qui les concerne.

**585.** Dans le même temps, l'existence de procédés destinés à accroître l'application de la loi du juge saisi lors de l'établissement et de la mise en œuvre de la règle de conflit montre qu'en l'état actuel du droit international privé, les liens entre le *jus* et le *forum* sont insatisfaisants. Le rapprochement préconisé permettrait pourtant, de cette façon, de tendre vers une « harmonie des règles de conflit de lois et de juridictions, qui répondraient aux mêmes critères et feraient l'objet d'un règlement unique au plus grand bénéfice de la simplification et de la sécurité des relations privées internationales »<sup>1114</sup>.

**586.** Le rapprochement du *jus* et du *forum* peut, en effet, s'interpréter comme un principe directeur de la compétence juridictionnelle dont l'utilité est de prendre en compte la bonne administration de la justice dans la résolution des conflits de lois. Plus précisément, le processus de rapprochement opère un mélange entre deux principes du droit international privé – le principe de séparation entre le *jus* et le *forum* et le principe de coïncidence entre le *jus* et le *forum*<sup>1115</sup> – mais il prend légèrement parti pour le deuxième de ces principes. En fait, il s'agit de trouver la mesure raisonnable entre, d'une part, l'application systématique à la *lex fori* qui est frappée de suspicion parce qu'elle n'est pas considérée comme le signe d'un esprit international<sup>1116</sup> et, d'autre part, l'application systématique de la loi étrangère qui entraîne un effet déstructurant sur l'ordre juridique du juge saisi et l'administration de sa justice.

**587.** Afin de présenter cette idée, il convient de mener d'attentives recherches à propos de l'emprise que porte le principe de séparation entre le *jus* et le *forum* sur la résolution des

---

<sup>1114</sup> A. NUYTS, L'exception de *forum non conveniens*, étude de droit international privé comparé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2003, n° 592 p. 855.

<sup>1115</sup> « *The principle of unity of legislative and court jurisdiction, principium identitatis legis et iurisdictionis, means that as far as possible the jurisdiction of that state should be established, whose substantive and procedural laws are applicable in the decision of the legal dispute. The antithesis of this concept is the principle of separateness of legislative and court jurisdiction, principium dispartitatis legis et iurisdictionis, which requires that the legislator and the judge determine the substantive and the procedural law independently of one to another, according to different points of view. In systems of positive law the two basic principles usually manifest themselves side by side, sometimes the one, sometimes the other being dominant* », I. SZÁSZY, International civil procedure, A comparative study, Sitjhoff Leyde 1967, p. 310.

<sup>1116</sup> P. HÉBRAUD, De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître, RCDIP 1968 p. 233.

conflits de lois (Titre I), étant admis que, non content d'être dépourvu de caractère absolu puisqu'un certain nombre de liens subsistent entre la loi applicable et le juge chargé de la désigner, le principe de séparation ne doit pas s'imposer sous peine de supprimer tout recours à la *lex fori* ; nous verrons donc ensuite les différentes formes de rapprochement qui existent entre le *jus* et le *forum* (Titre II).



## TITRE I LES FAIBLESSES DU PRINCIPE DE SÉPARATION DU *FORUM* ET DU *JUS*

**588.** La séparation du *jus* et du *forum* jalonne implicitement toute la science de résolution des conflits de lois. Selon certains auteurs, cette distinction apparaîtrait même comme l'une des certitudes les plus assurées du droit international privé, voire comme le fondement de cette discipline<sup>1117</sup>. Aborder cette question équivaut, par conséquent, à observer certains des aspects les plus fondamentaux de la théorie générale de résolution des conflits de lois.

**589.** Or, l'existence du conflit de lois suppose par essence que le juge ait de bonnes raisons d'hésiter entre sa règle de droit et une règle étrangère. En d'autres termes, l'utilisation de la loi étrangère implique que la détermination de la loi applicable ne soit pas totalement dépendante de la compétence juridictionnelle. L'importance que revêt la loi étrangère en droit international privé ne doit donc pas faire douter de la force avec laquelle la séparation du *forum* et du *jus* est reconnue en droit positif.

**590.** Pour évaluer cette intensité, il faut examiner le degré d'intégration du principe de séparation parmi les différentes sources et autorités du droit (Chapitre I). Il faut ensuite rechercher les fondements théoriques qui la sous-tendent (Chapitre II). Il faut enfin examiner si la séparation de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable a effectivement pour résultat de lutter contre les inconvénients de l'application de la *lex fori* (Chapitre III).

---

<sup>1117</sup> A. HUET, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - généralités, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 10 (2001), n° 9 p. 4.



## CHAPITRE I L'INTENSITÉ DU PRINCIPE DE SÉPARATION DANS LES SOURCES ET AUTORITÉS DU DROIT

**591.** L'énoncé explicite du principe de séparation de la compétence juridictionnelle et du droit applicable est soigneusement évité dans les diverses législations de droit international privé (Section 1). Par ailleurs, la jurisprudence ne fait que rarement état de son existence (Section 2). Il s'avère alors que, dans les sources et autorités du droit, seule la doctrine apparaît disposée à mettre la séparation du *jus* et du *forum* au rang de principe du droit international privé (Section 3).

### Section 1 L'absence de consécration législative du principe de séparation

**592.** À l'étude du droit comparé, il n'y a aucune législation qui accorde une valeur explicite au principe de séparation entre le *forum* et le *jus*. Les législateurs ne lui reconnaissent pas de caractère fondamental et, dans les législations, la séparation du *forum* et du *jus* n'est pas formellement mise au rang des règles générales du droit international privé. En pratique, la séparation y est tout de même utilisée puisque la compétence juridictionnelle et la résolution des conflits de lois sont exposées de façon distincte, que ce soit dans un sens (présentation des règles de conflit de lois puis des règles de compétence juridictionnelle) ou dans l'autre (présentation des règles de compétence juridictionnelle puis des règles de conflit de lois)<sup>1118</sup>.

**593.** Pourtant, dans la mesure où elle permet au juge d'appliquer une loi étrangère, la séparation est une condition indispensable à mise en œuvre des règles de conflit bilatérales qui sont, quant à elles, consacrées dans les législations de droit international privé. Dès lors, en tant qu'inhérente à la résolution des conflits de lois, cette séparation doit être tenue pour universelle à tous les systèmes juridiques qui recourent à la loi étrangère<sup>1119</sup>. D'autant que la séparation du *jus* et du *forum* est également présente dans les systèmes non codifiés, où la

---

<sup>1118</sup> V. les références citées en ANNEXE à la fin de nos développements.

<sup>1119</sup> « La coexistence, à l'intérieur des systèmes de droit international privé, du corps des règles de conflit de lois et du corps des règles de conflit de juridictions, peut être tenue pour universelle », J.-M. JACQUET, La fonction supranationale de la règle de conflit de lois, RCADI 2001-III t. 292, p. 159.

jurisprudence a beaucoup d'importance, tels que ceux de *common law*<sup>1120</sup>. En effet, en l'absence de directives légales, les juges n'appliquent pas systématiquement leur propre loi pour résoudre le litige international<sup>1121</sup>. Il est alors difficile d'expliquer pourquoi les législateurs de droit international privé consacrent une méthode de résolution des conflits de lois qui donne une place à la loi étrangère sans préalablement faire mention du principe de séparation. Ce dernier n'aurait-il qu'une valeur théorique ? Une vertu pédagogique dont les modalités sont laissées à la doctrine ? Plus généralement, une législation doit-elle rester exempte des principes explicatifs qui appartiennent aux fondements du droit ? La jurisprudence, quant à elle, ne s'embarrasse pas de ces questions : les tribunaux français sont moins timides à faire figurer le principe de séparation dans la motivation de leurs décisions (Section 2).

## Section 2 La reconnaissance jurisprudentielle du principe de séparation

**594.** La jurisprudence française fait parfois référence au principe de séparation de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable. Concrètement, cela se traduit par le rejet d'une argumentation des plaideurs fondée sur l'identité entre la compétence législative et la compétence juridictionnelle. En pratique, les magistrats utilisent alors le principe de séparation dans deux cas parallèles. Premièrement, à l'occasion de la vérification de la compétence juridictionnelle, pour exprimer l'indépendance du *forum* par rapport au droit applicable au fond du litige (§ 1). Deuxièmement, au moment de désigner la loi applicable, pour signifier l'indépendance du *jus* par rapport au juge compétent (§ 2).

### § 1 L'indépendance du *jus* par rapport au *forum*

**595.** Dans leur dispositif, certaines décisions font explicitement mention de l'indépendance avec laquelle le juge compétent doit déterminer la loi applicable au fond du droit (A). Il arrive aussi que quelques magistrats utilisent implicitement cette distinction dans

---

<sup>1120</sup> « *This conceptual dichotomy between judicial jurisdiction and "legislative" or "prescriptive" jurisdiction is the foundation of our conflict of laws system* », H. MAIER et Th. McCOY, A Unifying Theory for Judicial Jurisdiction and Choice of Law, AJCL 1991 (vol. 39) p. 249.

<sup>1121</sup> « *Under the absence or silence of private international rules it is not enough to apply systematically the lex fori* », A. BOGGIANO, The Contribution of The Hague Conference of Private International Law in Latin America : Universality and *genius loci*, RCADI-II 1992 t. 233, p. 194.

le corps de leurs décisions (B).

A/ L'affirmation explicite du principe d'indépendance du *jus* par rapport au *forum*

**596.** Aucun arrêt de la Cour de cassation ne fait expressément mention du principe de séparation du *jus* par rapport au *forum*, mais il est possible d'en trouver la trace dans la jurisprudence des juges du fond. En 1921, les juges du tribunal civil de la Seine ont décidé que le conflit de lois et le conflit de juridictions étaient « essentiellement distincts l'un de l'autre »<sup>1122</sup>. De même, un jugement rendu en 1927 par le tribunal de commerce de la Seine dans le domaine contractuel a fait expressément référence au principe d'indépendance du *forum* par rapport au *jus*<sup>1123</sup>. Dans cette dernière affaire, l'argument développé par le défendeur consistait à contester l'application de la loi anglaise pour régler les conséquences d'une inexécution contractuelle. Pour empêcher son adversaire de revendiquer le bénéfice du *Sale of Goods Act* de 1893, le défendeur soutenait que l'assignation devant les juridictions françaises, au lieu des juridictions anglaises, valait automatiquement renonciation à cette loi au profit de la loi française. La prétention fut rejetée par le tribunal, au motif « qu'il est de principe certain que la compétence judiciaire et la compétence législative sont indépendantes l'une de l'autre ». Ce faisant, le juge a décidé que sa compétence juridictionnelle n'entraînait pas la mise à l'écart de la loi étrangère expressément stipulée dans le contrat. En d'autres termes, la compétence d'un juge ne lui permet pas en elle-même de rattacher la situation à la *lex fori*.

**597.** Plus récemment, dans une affaire de divorce international, il a été jugé que la compétence des juridictions saisies n'entraînait pas nécessairement l'application de la *lex fori*. L'affirmation revêt d'autant plus de poids que la cour a finalement appliqué la loi du for en vertu du rattachement de la situation à la loi du domicile commun des époux au moment de l'introduction de la demande. La solution était pourtant loin d'être évidente, en raison des multiples points de contact de la situation litigieuse avec les États-Unis d'Amérique et de

---

<sup>1122</sup> « Attendu, en effet, qu'il n'y a pas de lien nécessaire entre la détermination de la loi applicable à une situation juridique et la détermination de la juridiction qui est appelée à en connaître ; que le conflit de lois et le conflit de juridictions sont essentiellement distincts l'un de l'autre, et que la procédure applicable à une situation juridique se trouve nécessairement déterminée par la *lex fori*, c'est-à-dire par la loi du juge saisi de la demande », Trib. civ. de la Seine, 24 décembre 1921, DAME BERMAN, RCDIP 1922 p. 431.

<sup>1123</sup> Tribunal de commerce de la Seine, 29 juill. 1927, JOHN BATT AND C°, RCDIP 1928 p. 308.

l'absence totale de liens avec le juge saisi, après l'introduction de la demande<sup>1124</sup>.

**598.** Ces trois décisions montrent que les juges du fond ont parfois recours au principe de séparation du *jus* et du *forum* pour afin d'écarter les prétentions qui tendent à imposer la loi du for précisément en raison de la compétence du juge saisi. D'autres décisions sont moins explicites (B).

B/ L'utilisation implicite du principe d'indépendance du *jus* par rapport au *forum*

**599.** Sans faire explicitement référence au principe de séparation entre le *jus* et le *forum*, il a été jugé que la loi applicable ne dépendait pas du chef de compétence juridictionnelle fondé sur la nationalité française du demandeur<sup>1125</sup>.

**600.** Par ailleurs, à l'occasion d'une affaire opposant une société française à son fournisseur italien, la Cour de cassation a sanctionné les juges du fond qui, afin de soumettre l'opération contractuelle à la loi française, s'étaient fondé sur la compétence des tribunaux français pour régir le litige. Il s'agissait, en l'occurrence, d'une compétence édictée par l'article 14 de la convention franco-italienne du 3 juin 1930. Il a été jugé que les juges du fond avaient violé ce traité par fausse application, au motif que ladite convention ne s'occupait pas de désigner la loi applicable. Elle ne réglait que la compétence judiciaire des tribunaux de l'un des États contractants en vue de la reconnaissance et de l'exécution des jugements dans un autre État partie. La Cour de cassation a jugé que, pour déterminer la loi applicable, la cour d'appel aurait dû rechercher l'ensemble des circonstances de nature à déterminer la localisation du contrat, et en particulier rechercher, comme le lui demandaient la société italienne, si le paiement n'avait pas été fait en Italie et en monnaie italienne<sup>1126</sup>.

**601.** Voilà donc deux décisions qui, incontestablement, utilisent le principe de séparation dans leur motivation, même si elles ne le nomment pas explicitement. D'autres décisions y

---

<sup>1124</sup> Lyon, 29 juin 2004, n° 2004/00094, Publié par le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, Legifrance.

<sup>1125</sup> « Le jeu de l'article 14 du Code civil n'empêche pas celui d'une loi étrangère », TGI Seine, réf., 13 avril 1967, SOC. INTRABANK, RCDIP 1969 p. 68, chron. Chr. GAVALDA, RCDIP 1969 p. 1.

<sup>1126</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1977, SOC. VETROCEMENTO ARMATO, Bull. 1977 I n° 267 p. 211, RCDIP 1978 p. 119, note H. BATIFFOL ; D. 1978 I.R. p. 103, obs. B. AUDIT.

ont également recours dans le but de marquer l'indépendance de la compétence juridictionnelle par rapport à la loi applicable (§ 2).

## § 2 L'indépendance du *forum* par rapport au *jus*

**602.** En jurisprudence, le principe de séparation sert parfois à rejeter les exceptions d'incompétence fondées sur l'application de la loi étrangère au fond du litige. Sur ce point, la jurisprudence admet que le juge soit valablement saisi même s'il ne doit pas mettre en œuvre sa propre loi. Cela se retrouve en matière contractuelle, lorsque les parties ont préalablement choisi la loi qui sera applicable à leur accord (A), mais aussi en matière de divorce et de séparation de corps (B).

### A/ Les exemples jurisprudentiels français en matière contractuelle

**603.** La Cour de cassation ayant solennellement consacré depuis 1910 la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable à leur contrat<sup>1127</sup>, une question pouvait éventuellement surgir quant à l'influence de ce choix sur la détermination de la compétence juridictionnelle. Plus précisément, il s'agissait de savoir si la sélection, dans le contrat, d'une loi étatique qui n'était pas la *lex fori* pouvait constituer un motif d'incompétence pour le juge. La jurisprudence française a répondu à cette interrogation en retenant que la désignation contractuelle d'une loi étrangère ne permettait pas au juge saisi de dénier sa compétence juridictionnelle.

**604.** Ce fut le cas à l'occasion d'un litige opposant les signataires d'un connaissance. Le défendeur excipait de l'incompétence du juge français saisi pour trancher le litige, précisément parce que les cocontractants avaient stipulé que toutes les questions litigieuses seraient gouvernées par la loi anglaise. L'argument fut rejeté par la cour qui décida que « le choix d'un tribunal est indépendant de la loi à appliquer ; que les conventions des parties sont muettes à cet égard » et que, si le demandeur « a accepté d'être soumis à la loi anglaise, il n'a ni expressément, ni implicitement renoncé à son droit d'être jugé par les tribunaux

---

<sup>1127</sup> Cass. Civ., 5 décembre 1910, AMERICAN TRADING COMPANY, GADIP n° 11; RCDIP 1911 p. 395 ; Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée 1912 p. 1156, note H. GALIBOURG ; S. 1911 I p. 129, note Ch. LYON-CAEN.

français »<sup>1128</sup>.

**605.** La cour d'appel de Paris a pareillement décidé que la « règle de compétence [*celle du tribunal du domicile du défendeur*] doit être appliquée même dans l'hypothèse où, comme en l'espèce, le tribunal français serait amené à considérer comme valables des droits acquis en vertu des dispositions d'une loi étrangère »<sup>1129</sup>. Il s'agit, là aussi, d'une manifestation du principe de séparation entre le *jus* et le *forum*.

Plus récemment, la Cour de cassation française a jugé que, la soumission d'un contrat à la loi étrangère ne valait pas, à elle seule, renonciation à la compétence des tribunaux français parce que la détermination de la loi applicable et celle de la juridiction compétente n'étaient pas liées<sup>1130</sup>.

**606. Contrat de travail.** Dans une autre espèce, où un ressortissant français avait conclu avec une société mauritanienne un contrat de travail soumis expressément à la loi mauritanienne, les juges du fond avaient déduit, de ce seul fait, que les contractants avaient entendu attribuer compétence aux juridictions de la République islamique de Mauritanie pour connaître de leurs différends et qu'ils renonçaient à la compétence éventuelle du tribunal français du lieu de conclusion du contrat. La chambre sociale de la Cour de cassation a prononcé la cassation de cet arrêt au motif que la détermination de la loi applicable et celle de la juridiction compétente n'étaient pas liées<sup>1131</sup>. Il s'agit d'une solution jurisprudentielle particulièrement constante en matière de contrat de travail<sup>1132</sup>. D'autres

---

<sup>1128</sup> Rennes, 3 février 1905, CAPITAINE MARCUSSEN, *Revue de dr. int. priv. et de dr. pén. int.* 1908 p. 245.

<sup>1129</sup> Paris, 22 mars 1924, VEUVE BOUVIER, *RCDIP* 1924 p. 558, [*ajouté par nous*].

<sup>1130</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1981, SCPI, *Bull.* 1981 I n° 216 p. 177, « la détermination de la loi applicable et celle de la juridiction compétente n'étant pas liées, la soumission du contrat à la loi monégasque ne valait pas à elle seule renonciation à la compétence des tribunaux français fondée sur l'article 14 du Code civil ». Il a aussi été jugé, à propos d'une garantie indépendante, que la désignation de la loi du contrat (en l'espèce la loi iranienne) n'entraînait pas nécessairement la compétence des juridictions du pays dont la loi est choisie, Paris, 25 février 1988, BANQUE TEJARAT, *D.* 1989 *Somm. Comm.* p. 150, obs. M. VASSEUR.

<sup>1131</sup> Cass. Soc., 29 novembre 1978, PERNIN, *Bull.* 1978 V n° 804 p. 607.

<sup>1132</sup> Cass. Soc., 20 juin 1979, CASTELAIN, *Bull.* 1979 V n° 551 p. 405, *JDI* 1979 p. 852, note A. LYON-CAEN, « la détermination de la loi applicable au contrat n'est pas liée à celle de la juridiction compétente, et (...) la référence à la loi mauritanienne, loi du lieu d'exécution du contrat, comme loi du contrat de travail, ne saurait, à elle seule, constituer une renonciation non équivoque à l'application de l'article 14 du Code civil » ;

exemples peuvent également être cités en matière de divorce et de séparation de corps (B).

B/ Les exemples jurisprudentiels français en matière de divorce et de séparation de corps

**607. Conciliation.** À l'occasion d'une demande en divorce concernant des époux franco-américains résidants tous deux en Italie, un juge des affaires familiales a précisé que le problème de conflit de lois ne peut exercer aucune influence sur la décision relative à la compétence des tribunaux français<sup>1133</sup>. Il en ressort que le juge conciliateur avait pour mission de statuer sur les règles de compétence qui ne préjugeaient en rien de la solution du conflit, cette dernière relevant de l'office du tribunal statuant au fond du droit. Il admet alors qu'un ressortissant français puisse saisir un tribunal français d'une action en divorce, sur le fondement de l'article 14 du Code civil, même si son conjoint est étranger et réside hors de France et même si la loi italienne se trouve applicable à la résolution au fond du litige. Il a estimé, malgré le lien très lâche entre la situation litigieuse et l'ordre juridique français, que la saisine du tribunal de Paris était conforme à une bonne administration de la justice et paraissait d'autant moins discutable que l'épouse était née à Paris, s'y était mariée, et qu'elle y avait aussi donné naissance à l'enfant du couple, ce qui constituait, aux yeux du magistrat, « un lien géographique naturel et suffisant »<sup>1134</sup>.

---

Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 26 octobre 1982, BANQUE SEDERAT IRAN, Bull. 1982 I n° 300 p. 256 (rejet) ; Cass. Soc., 2 juin 1983, DAWSON, Bull. 1983 V n° 301 p. 213, JDI 1984 p. 337 (1<sup>re</sup> esp.), note P. RODIÈRE ; D. 1984, IR p. 368, obs. A. LYON-CAEN, où il a été décidé que la stipulation précisant que le contrat de travail, passé entre une société de New York et un cadre supérieur américain muté en France pour diriger une usine, est soumis au droit de l'État de New York « ne concernait que la loi applicable au fond du litige (*et*) demeurait sans effet sur la juridiction territorialement compétent » ; Cass. Soc., 20 octobre 1983, BANK SADERAT IRAN, RCDIP 1985 p. 99, note H. GAUDEMET-TALLON ; JDI 1984 p. 337 (2<sup>e</sup> esp.), note P. RODIÈRE, « en droit français la compétence internationale est régie par les règles internes de compétence territoriale, quelles que soient la loi applicable au fond et la nationalité des parties » ; Cass. Soc., 6 février 1986, SOC. ANONYME AIR ALGÉRIE, Bull. 1986 V n° 5 p. 4, JCP 1986 IV p. 100 ; D. 1986 IR p. 266, obs. B. AUDIT, « la loi éventuellement applicable au fond du litige est sans effet sur la juridiction compétente » ; Cass. Soc., 16 février 1987, SOC. ANONYME INTER-RELAIS, Bull. 1987 V n° 77 p. 50, JCP 1987 IV p. 139, « la loi applicable au fond du litige demeure sans effet quant à la détermination de la juridiction compétente ».

<sup>1133</sup> TGI Paris, ord., 12 juillet 1976, DAME L., Gaz. Pal. 1976, Jur. p. 717, spéc. p. 718 (ordonnance de non-conciliation).

<sup>1134</sup> TGI Paris, ord., 12 juillet 1976, *op. cit.*, p. 718.

**608. Conversion d'une séparation de corps en divorce.** En outre, la Cour de cassation a fermement rappelé aux juges du fond que « le juge français ne peut se déclarer incompétent pour statuer sur un moyen de défense, au motif que la loi applicable est une loi étrangère »<sup>1135</sup>. En l'espèce, la demanderesse, dont le mariage avait été célébré en Espagne, désirait obtenir la conversion en divorce de la séparation de corps prononcée par le juge français. Le défendeur invoquait la nullité du mariage pour défaut d'inscription sur les registres espagnols de l'état civil. L'arrêt attaqué accueille la demande au motif que « le juge de l'exception ne peut contrôler si la loi étrangère sanctionne, par la nullité, l'inobservation des formes qui n'auraient pas été observées », et qu'il appartient au mari de poursuivre, devant la juridiction espagnole compétente, la nullité de son mariage. La Cour de cassation a prononcé la cassation de cet arrêt qui, en violation des règles françaises de compétence internationale, s'était refusé à statuer sur la fin de non-recevoir.

**609.** Dans une autre affaire, les juges français étaient saisis d'une demande en séparation de corps formée par une épouse algérienne domiciliée en France. Les juges du fond avaient déclaré cette action irrecevable en raison d'un jugement antérieur de divorce prononcé par défaut par un tribunal algérien au profit du mari. Le jugement devait, selon les juges du fond, recevoir effet en France au motif que la décision étrangère émanait « bien d'une juridiction compétente aux termes de l'article 310 du Code civil, la loi algérienne du statut personnel des époux s'étant reconnue compétente ». Les magistrats de la cour d'appel avaient donc utilisé la règle de conflit de lois pour régler une question de compétence, plus précisément pour apprécier la compétence internationale indirecte de la juridiction algérienne. La Cour de cassation a donc sanctionné l'arrêt attaqué au motif que le texte auquel la cour d'appel s'était référée était sans application<sup>1136</sup>.

**610. Conclusion de la section.** L'étude de la jurisprudence française montre que le principe de séparation de la compétence juridictionnelle et du droit applicable est utilisé comme une véritable règle juridique afin de rejeter les arguments des plaideurs qui revendiquent indûment l'application de la loi du for ou qui soulèvent une exception d'incompétence infondée à l'encontre des juridictions saisies. Cette constatation se vérifie

---

<sup>1135</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1993, n° 92-10225, Legifrance.

<sup>1136</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1993, M<sup>me</sup> X, Bull. 1993 I n° 338 p. 234 ; Rép. Def. 1994 p. 323, note J. MASSIP.

particulièrement en matière contractuelle et en matière de divorce, mais elle peut naturellement toucher d'autres domaines, tels que celui des droits réels mobiliers. Par exemple, dans un litige concernant des meubles situés à l'étranger, il a été jugé que « la question de savoir quelle est la loi applicable pour juger le fond est indépendante de celle qui concerne la compétence, c'est-à-dire la détermination du tribunal ayant qualité pour appliquer à telle ou telle sorte de biens la loi qui doit la régir »<sup>1137</sup>.

**611.** Il faut pourtant constater que les décisions rendues à propos de la séparation sont peu nombreuses et émanent, le plus souvent, des juges du fond et non de la Cour de cassation. D'ailleurs, les décisions précitées ne paraissent pas si significatives que cela de l'ensemble de la jurisprudence. Au contraire, la règle de rattachement utilisée en matière de divorce (art. 309 du Code civil) désigne le plus souvent la loi du juge français saisi<sup>1138</sup> et le critère utilisé pour déterminer la loi applicable à un contrat peut être décisif pour fixer la compétence juridictionnelle<sup>1139</sup>. Au regard de l'ambivalence de la jurisprudence rendue en droit français, il n'apparaît pas possible d'affirmer avec certitude que la séparation du *forum* et du *jus* soit le reflet du droit positif. Malgré ce constat, les adeptes du principe de séparation sont légion parmi les auteurs de droit international privé (Section 3).

### Section 3 La reconnaissance doctrinale du principe de séparation

**612. Séparation entre *forum* et *jus* dans la doctrine française.** En droit international privé français, de nombreux auteurs, parmi lesquels figurent les plus représentatifs de la doctrine de droit international privé de ce pays, font mention de la séparation entre le *jus* et le *forum*. Qualifiée de « vérité première du droit international privé »<sup>1140</sup> ou de distinction congénitale à cette matière<sup>1141</sup>, la séparation entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable occupe une place essentielle. Un auteur souligne d'ailleurs que la coexistence de règles distinctes pour la désignation du juge compétent et de la loi applicable est *l'un des*

---

<sup>1137</sup> Trib. Civ. Tours, 10 janvier 1896, LETTS ET A., confirmé par Orléans, 18 novembre 1896, JDI 1897 p. 329.

<sup>1138</sup> Sur la règle de l'article 309 (ancien 310) du Code civil, v. *supra* n° 125 s.

<sup>1139</sup> Sur l'influence du droit applicable sur la compétence juridictionnelle en matière d'obligations contractuelles, v. *infra* n° 985 s.

<sup>1140</sup> P. LAGARDE, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 1972, ROUGERON, D. 1973 p. 60.

<sup>1141</sup> H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II t. 139, p. 85.

*phénomènes les plus anciens et les moins contestés du droit international privé*<sup>1142</sup>. Il est aussi *l'un des points de départ stables et incontestés de la matière*<sup>1143</sup>.

**613. Éventualité du recours à la loi étrangère.** Sans cette séparation, la question de l'applicabilité de la loi étrangère ne se poserait même pas<sup>1144</sup>, de sorte qu'elle correspond à la « conception classique du droit international privé »<sup>1145</sup> parce que ne pas appliquer le droit étranger reviendrait, dit-on, à nier cette discipline. L'argument est ainsi récurrent en doctrine. Selon une approche plus récente, il apparaît même que la connaissance des systèmes juridiques serait la « première fonction du droit international privé »<sup>1146</sup>. Dans le même sens, un auteur écrit que « la spécificité essentielle du droit international privé réside en ce que le juge peut être amené à appliquer une loi autre que celle de l'État qui l'a institué : la distinction entre compétence judiciaire et compétence législative constitue une règle de base du contentieux international »<sup>1147</sup>.

**614. Un principe obligatoire ?** À notre connaissance, aucun pays au monde ne refuse par principe d'appliquer les règles de droit étranger<sup>1148</sup>, au point qu'il faille peut-être y voir une

---

<sup>1142</sup> Chr. CHALAS, L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, PUAM Aix-en-Provence 2000, t. II, n° 671 p. 621.

<sup>1143</sup> « S'il fallait, en droit international privé, trouver un point de départ stable et incontesté à partir duquel conduire une réflexion, on peut gager que l'indépendance du conflit de lois et du conflit de juridictions pourrait fort bien faire l'affaire », É. PATAUT, Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé), BDP t. 298, LGDJ Paris 1999, n° 1 p. 1.

<sup>1144</sup> « En droit international purement privé, lorsqu'aucun État n'est impliqué dans la relation, on doit distinguer nettement la question du conflit de lois et celle du conflit de juridictions. Les critères de "compétence" ne sont pas en général les mêmes dans l'une et l'autre de ces branches, ce dont découle, d'ailleurs, l'éventualité qu'un juge applique une loi étrangère », P. MAYER, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, RCDIP 1979 n° 40 p. 360-361.

<sup>1145</sup> A. MIAJA DE LA MUELA, Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international, RCADI 1972-I t. 135, p. 61.

<sup>1146</sup> B. FAUVARQUE-COSSON, Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux, RIDC 2000 p. 798.

<sup>1147</sup> E. VASSILAKAKIS, Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, n° 23 p. 27.

<sup>1148</sup> « Depuis Savigny les auteurs n'ont cessé de considérer la distinction des compétences comme un véritable dogme de la théorie des conflits et (...) les tribunaux n'ont pas hésité non plus à s'y conformer partout comme règle fondamentale. On ne trouverait pas un seul pays civilisé dont le juge refuserait d'appliquer *en principe* les

obligation naturellement respectée par les États. Cette interprétation est reçue par un auteur qui considère que les États se sentent généralement obligés de posséder un système de droit international privé qui leur ouvre la possibilité de recourir au droit étranger<sup>1149</sup>. Ce genre d'obédience, spontanément pratiquée par les États, traduit en réalité l'impraticabilité de la solution qui consiste à appliquer de façon systématique la *lex fori* en matière de litiges internationaux<sup>1150</sup>.

**615.** Il est toutefois réducteur d'assigner au droit international privé la seule tâche de faire introduire la loi étrangère dans le procès. Le recours aux lois étrangères n'est pas le seul procédé qui permette de résoudre une question de droit international privé<sup>1151</sup>. Il est donc préférable de qualifier cette séparation de fondement de la méthode de résolution des conflits de lois et non de fondement du droit international privé tout entier<sup>1152</sup>.

---

lois étrangères », J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. III, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1944, p. 17.

<sup>1149</sup> « *As a general principle, it seems probable that public international law imposes on States the obligation to have a system of private international law so that they do not absolutely exclude the application of foreign law within their territories. This is only a general principle that indicates a certain trend to be followed by the States. It is not, and it could not be, a precise rule with specific legal effects. It does not state which conflict rules or other rules of private international law should be adopted by the States. It does not indicate, for example, any precise rule of personal statute* », A. BOGGIANO, *The Contribution of The Hague Conference of Private International Law in Latin America : Universality and genius loci*, RCADI-II 1992 t. 233, p. 192.

<sup>1150</sup> « *In multinational cases, the States must establish when their lex fori or a foreign law shall be applied. Therefore, the States must not always apply their lex fori as a closed system* », A. BOGGIANO, *op. cit.*, p. 193.

<sup>1151</sup> Il faut se garder de limiter le droit international privé à la résolution des conflits de lois. *Contra*, B. FAUVARQUE-COSSON, *Droit comparé et droit international privé : la confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux*, RIDC 2000, p. 797 s.

<sup>1152</sup> Par exemple, BATIFFOL évite cet abus de langage qui consiste à dire que la séparation est un principe du droit international privé quand il écrit que la distinction des deux sortes de règles est la « condition *sine qua non* de l'existence de conflits de lois », H. BATIFFOL, *L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest*, JDI 1973 p. 27.



## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**616.** Afin de cerner l'application de la loi étrangère en matière de résolution des conflits de lois, nous avons analysé les manifestations de la séparation qui existe entre les règles de conflits de lois et les règles de compétence juridictionnelle. Au terme de cette analyse, il apparaît que, même si elle n'est jamais formellement consacrée par les législateurs, la séparation du *forum* et du *jus* est intrinsèque à la résolution des conflits de lois.

**617.** Pour les auteurs de droit international privé, la distinction est d'ailleurs à la base de la résolution des conflits de lois, au point qu'il ne soit pas forcément nécessaire de la consacrer dans un texte de loi. En tant qu'élément fondamental de la théorie générale de la résolution des conflits de lois, le principe de séparation trouve ainsi parfaitement sa place dans les constructions doctrinales qui décrivent le mécanisme de l'application de la loi étrangère en droit international privé.

**618.** À l'examen de la jurisprudence française, l'existence du principe de séparation n'est pourtant pas flagrante. Il apparaît alors incertain qu'il puisse monopoliser le règlement des conflits de lois au complet détriment de la coïncidence de la compétence juridictionnelle avec le droit applicable. En tout cas, la séparation qui existe entre ces deux éléments ne semble pas revêtir le caractère impératif qui en ferait un véritable principe général<sup>1153</sup>.

**619.** Mais, avant de parvenir à une telle conclusion, il faut analyser les fondements théoriques qui sont apportés par la doctrine à ce principe de séparation de la compétence juridictionnelle et du droit applicable. Il s'agit d'un point infiniment plus problématique, en ce qu'il touche de près aux justifications du recours aux lois étrangères (Chapitre II).

---

<sup>1153</sup> Un auteur considère que cela n'est pas propre au principe de séparation mais concerne la théorie générale du droit international privé toute entière, dont il dénonce l'absence d'impérativité : « il manque au droit international privé un système réel dont le point de départ serait le litige présentant des éléments étrangers ; au contraire, il a été doté d'un système normologique. Ce qu'on appelle "les principes" d'un droit international privé positif, par exemple, ceux de l'indépendance, de l'autonomie, de la bilatéralité, de la possibilité d'internationalisation des règles de conflit de lois, ne possèdent aucune force systématique parce qu'ils participent du caractère contingent de tout droit positif et parce que leur irréductible pluralité est incompatible avec le monisme consubstantiel à tout système », W. GOLDSCHMIDT, *Système et philosophie du droit international privé*, RCDIP 1955 p. 643.



## CHAPITRE II LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT AU PRINCIPE DE SÉPARATION

**620.** Si la fonction de la séparation qui existe entre le *jus* et le *forum* est aisément identifiable – puisqu'elle est de permettre au juge d'appliquer une loi qui n'est pas la sienne<sup>1154</sup> – les justifications du recours à la loi étrangère sont, quant à elles, tout à fait obscures. Il ne serait d'ailleurs pas exagéré de dire qu'il s'agit du point le plus problématique de la théorie générale des conflits de lois. Se situant au cœur des raisonnements juridiques qui sont à la base même du droit international privé, les justifications du recours au droit étranger ont tout naturellement varié selon les théories qui ont marqué l'évolution de cette discipline<sup>1155</sup>.

**621.** Ainsi, dans toute l'histoire de la résolution des conflits de lois, la recherche d'un fondement à l'application du droit étranger s'interprète véritablement comme *le* morceau de bravoure au point qu'il faille se résoudre, non sans regrets, à remettre en question son bien-fondé. En particulier, il est à présager que cette quête infructueuse de légitimité qui concerne le droit étranger doit nécessairement nous conduire à établir la rationalité du recours à la *lex fori* dans la résolution des litiges internationaux. *A priori*, pourtant, cette solution semble aussi insatisfaisante que celle qui consiste à préconiser l'application systématique des lois étrangères.

---

<sup>1154</sup> « En principe, en DIP français, les deux ordres de compétence sont indépendants. Une chose est de déterminer si les juges français peuvent connaître de tel type de relations privées internationales. Une autre est de savoir en vertu de quel droit il convient d'apprécier l'existence et le contenu de ces relations. Dans un cas, les impératifs de commodité procédurale prédominent, dans l'autre ce sont les considérations de fond. Cette indépendance des compétences explique – non sans surprendre des esprits non initiés – que les tribunaux français puissent appliquer des lois étrangères », M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ Paris, 2007, p. VII-VIII.

<sup>1155</sup> Un auteur écrit ainsi qu'il n'existe pas de réponse uniforme à la question de savoir pourquoi il est parfois nécessaire d'appliquer la loi étrangère : « *the question therefore is : what reasons can, under certain circumstances, make it necessary to apply foreign law ? It may be astonishing to note that a uniform answer to this question has not been established* », Fr. VISCHER, *General course on private international law*, RCADI 1992-I t. 232, p. 24.

**622.** À ce sujet, Monsieur KERCKHOVE a remarqué que l'absence de fondement bien assuré pour le droit international privé, et notamment quant à l'application de la loi étrangère, engendre une précarité dans cette matière. Pourtant, selon ce même auteur, le recours systématique à la loi du for ne peut être préconisé parce que cela ne correspond pas à ce qui est directement consacré par la jurisprudence et parce que la doctrine voue une affection considérable à la loi étrangère qu'il serait maladroit de méconnaître<sup>1156</sup>. Face à ce constat, il faut admettre que la multitude des réflexions doctrinales suscitée par l'utilisation des lois étrangères ne peut céder devant la simple intuition que la *lex fori* revêt un titre fréquent à s'appliquer à l'intérieur des frontières du juge saisi.

**623.** De même, il apparaît certainement insuffisant d'expliquer l'utilisation de la loi étrangère par les concepts d'équité et de justice<sup>1157</sup>. On peut, certes, s'appuyer sur l'expérience de nos prédécesseurs<sup>1158</sup>, mais il faut avant tout découvrir les fondements proprement juridiques du recours au droit étranger. En effet, lorsqu'une alternative s'impose entre deux normes dont l'antagonisme est irréductible (par hypothèse, la *lex fori* et la loi étrangère), il faut bien procéder à un choix sur des bases objectives<sup>1159</sup>. Pour que l'opérateur

---

<sup>1156</sup> É. KERCKHOVE, Particularisme et universalisme dans les conflits de lois, th. Lille II 1988, p. 104.

<sup>1157</sup> Un comparatiste des États-Unis explique que la naissance du conflit de lois date du jour, au XII<sup>e</sup> siècle, où est apparue « la géniale conception d'équité, selon laquelle la règle de décision doit être fournie par la loi la plus juste et la plus utile, eu égard à la nature de l'espèce jugée ». Il ajoute que « c'était là un progrès notable dans la fonction judiciaire : il permettait aux tribunaux institués par des autorités politiques particulières d'appliquer aux litiges étrangers la loi étrangère appropriée ». Il n'hésite pas à trouver en cela un « perfectionnement dans l'administration de la justice », H. YNTEMA, Les objectifs du droit international privé, RCDIP 1959 p. 2. Lorsque, par ailleurs, Sir NORTH définit le droit international privé, il ne manque pas non plus de signaler que l'application du droit étranger ne se fait ni par courtoisie internationale, ni par sacrifice de souveraineté, mais par un simple désir de rendre la justice : « *the fact is, of course, that the application of a foreign law implies no act of courtesy, no sacrifice of sovereignty. It merely derives from a desire to do justice* », P. NORTH and J.J. FAWCETT, Cheshire and North's Private International Law, 13<sup>th</sup> ed. 1999, London/Edinburgh/Dublin, p. 5.

<sup>1158</sup> Selon Monsieur LALIVE, le droit international privé a pour fonction de fournir une réglementation adéquate aux situations internationales et, de ce fait, il comporte nécessairement une ouverture sur les droits étrangers. Il rappelle que l'idée de recourir au droit étranger, ou plus exactement d'utiliser des règles de rattachement bilatérales, est née de « l'expérience pluriséculaire des praticiens, de leur sentiment de l'opportunité et de la justice dans des cas comportant des éléments étrangers », P. LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé (cours général), RCADI 1977-II t. 155, p. 155.

<sup>1159</sup> Dans ce sens, v. A. F. SCHNITZER, L'égalité de la loi étrangère et de la loi interne dans les rapports

de ce choix ne soit pas taxé de partialité – ce qui serait quand même le comble en matière de justice – la *lex fori* ne doit donc pas toujours sortir victorieuse de ce conflit. Alors se pose la question majeure du critère qui guidera le juge vers un choix objectif.

**624.** Pour aborder ce problème, il faut aussi tenir compte du fait indéniable qu’au premier abord, l’utilisation de normes étrangères ne semble pas aller de soi. Le sens commun de la justice interne voudrait que la loi étatique puisse régir toutes les situations juridiques sans exception. Cela repose sur « l’idée inévitable », dégagée par Messieurs BATIFFOL et LAGARDE, « que les lois, œuvre de la communauté politique, sont destinées à régir cette communauté ; seuls, donc, les membres de celle-ci sont aptes à en réclamer le bénéfice, à être sujets de droits. On ne peut nier la force de cette idée dans un monde, qui est encore le nôtre, où l’organisation juridique est l’œuvre de sociétés distinctes la créant séparément dans leur propre sein »<sup>1160</sup>.

**625.** En outre, il faut garder en mémoire que les techniques de résolution des conflits de lois sont fatalement peu sollicitées parce que, de leur côté, les litiges strictement internes sont proportionnellement plus fréquents que les litiges internationaux. De ce fait, il n’est pas réellement surprenant qu’il y ait quelque difficulté à faire admettre aux justiciables que le juge qu’ils saisissent puisse appliquer la loi étrangère là où, quant à eux, ils s’attendent plutôt à l’application de la loi de ce juge.

**626.** C’est aussi que « l’emploi d’un élément venant d’un droit étranger a toujours quelque chose de dérangeant qui s’oppose à nos conceptions rationnelles envisageant les règles de droit à l’intérieur d’un ordre homogène sous la forme de systèmes nationaux »<sup>1161</sup>. La loi du for aurait donc une vocation rationnelle à s’appliquer pour ceux qui n’ont pas à se projeter sur le plan international. Comme le précise un auteur, l’étude du droit interne suppose que notre pays est le seul pays au monde et que le système qu’il a élaboré est le seul possible<sup>1162</sup>. Comment alors faire admettre qu’un juge étatique puisse appliquer des éléments de droit extérieurs à son système de pensée ? Est-il possible d’expliquer qu’il puisse

---

internationaux, RHDI 1969 p. 35.

<sup>1160</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 9 p. 19.

<sup>1161</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF Paris 1999, p. 1-2.

<sup>1162</sup> E. RALSER, *Pluralisme juridique et droit international privé*, RRJ 2003-4 p. 2549.

occasionnellement appliquer un droit qui n'est pas le sien sans bouleverser les acquis et les traditions du droit privé ? À l'évidence, les ouvrages postmodernes de droit international privé peinent à fournir cette explication<sup>1163</sup>.

**627.** Il est d'ailleurs complètement incertain que nous puissions, à nous seule, réussir à dégager les fondements de l'application de la loi étrangère alors que tant d'auteurs s'y sont déjà risqués. Parmi les théories précédemment dégagés en droit international privé, nous retiendrons plus particulièrement celle de la territorialité et de la personnalité du droit (Section 1), puis celle de respect des systèmes juridiques étrangers (Section 2) et enfin celle de l'harmonie internationale des solutions (Section 3), mais nous justifierons surtout l'application de la loi étrangère par une analyse approfondie des différences entre les règles de compétence et les règles de conflit de lois (Section 4).

#### Section 1 La théorie de la territorialité et de la personnalité du droit

**628. Hypothèse de départ.** La personnalité des lois, qui véhicule une circulation des lois étrangères proportionnelle à la circulation internationale des individus, serait le véritable fondement de la séparation entre le *forum* et le *jus*, contrairement à la territorialité des lois qui imposerait une coïncidence entre ces deux ensembles. En vérité, grâce à un rappel historique de cette doctrine, nous allons voir qu'une telle présentation des choses ne peut pas servir à justifier pleinement l'application des lois étrangères.

**629. La *lex fori*, concept primitif du droit international privé.** Avant les débuts du droit international privé, que GUTZWILLER place au XI<sup>e</sup> siècle, la solution instinctivement retenue par le juge saisi d'un litige international était l'application de sa propre loi. GUTZWILLER relate qu'« il est saisissant de constater que la "solution" instinctive de la

---

<sup>1163</sup> « *In contemporary treatises and textbooks, relatively little attention is given to the raison d'être of private international law. This lack of interest in such a fundamental question may be taken as proof that conflicts law has become a legal discipline which has passed the preparadigmatic stage and now enjoys the status of a "normal science" in which scholarly consensus on the fundamentals prevails. On the other hand, the acceptance of a well-established paradigm does not absolve scholars from enquiring now and then into the "what", "why" and "how" of their field of study, lest they lose themselves in academic constructions that no longer serve the purposes their discipline is meant to achieve* », Th. M. DE BOER, *Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law*, RCADI 1996 t. 257, p. 271.

jurisprudence fut celle en faveur de la *lex fori*. C'est là le principe primitif. C'est le Droit du juge saisi qui doit prévaloir. Le forain, en tant qu'il n'est pas privé des droits dits "civils", trouve la réponse qu'il cherche à l'endroit où il la demande, et selon le Droit qui y existe. C'est de cette manière que réagit instinctivement et inconsciemment toute communauté primitive : contre tout ce qui vient du dehors, ce qui est étranger, et en faveur de son propre Droit »<sup>1164</sup>.

**630. Personnalité des lois : absence de conflit de lois.** L'application primitive par le juge de sa propre loi s'explique en réalité par une absence de conflit de lois. Chaque individu relevait des lois du groupe dont il était membre. Ce système était exclusif, c'est-à-dire qu'il n'était pas permis d'appliquer à un individu les lois d'un autre groupe ethnique. D'ailleurs, les étrangers y étaient considérés comme des sans-droits. À l'époque où le système de la personnalité des lois était le principe pour les peuplades nomades et migrantes, il ne pouvait donc y avoir de conflit de lois.

**631. Émergence de la territorialité des lois.** Le régime de la personnalité des lois a ensuite connu un déclin laissant une place croissante à la territorialité du droit. À cette époque, les différents groupes ethniques qui sont présents sur le territoire sont traités de la même façon puisque le territoire coïncide avec le champ d'application des lois. L'effacement de la personnalité des lois s'explique alors par une série de motifs, exposés par MEIJERS<sup>1165</sup>. Tout d'abord, la détermination de l'origine des individus est rendue difficile par la formation d'une unité ethnique nouvelle (les peuples se sont mêlés entre eux). Ensuite, il se produit un effacement de la connaissance des anciennes lois. Il y a aussi l'influence du législateur, qui entend prendre des lois qui s'imposent à tous les sujets, quelle que soit la coutume dont ils relèvent. Enfin, les juristes redécouvrent le droit romain qui devient une loi générale et universelle à partir du XII<sup>e</sup> siècle. Cette disparition du régime de la personnalité des lois, constatée en particulier en Italie et dans le Midi de la France, est également percevable dans le reste de l'Europe occidentale.

**632.** Selon une opinion courante, la cause de cette disparition se trouverait dans

---

<sup>1164</sup> M. GUTZWILLER, Le développement historique du droit international privé, RCADI 1929-IV t. 29, p. 298.

<sup>1165</sup> E. M. MEIJERS, L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age (spécialement dans l'Europe occidentale), RCADI 1934-III t. 49, p. 558-566.

l'absolutisme des seigneurs féodaux qui ne voulaient pas appliquer d'autres coutumes que leur propre coutume territoriale<sup>1166</sup>. Au contraire, MEIJERS précise que ces solutions territoriales ne sont pas le fruit des seigneurs mais des grandes cours qui étaient confrontées à plusieurs coutumes<sup>1167</sup>. Il faut dire que les solutions territoriales ont toujours existé, même au temps du régime de la personnalité des lois<sup>1168</sup>.

**633.** Néanmoins, MEIJERS nous apprend que le principe de la territorialité ne doit pas être confondu avec l'application de la *lex fori*<sup>1169</sup>. En effet, la loi de situation d'un bien peut être appliquée par le juge d'un pays où ce bien n'est pas localisé. Dans ce cas, la loi appliquée n'est pas la *lex fori* mais la loi étrangère. Par conséquent, il ne faut pas associer l'application de la *lex fori* avec la territorialité, car cela revient à confondre l'application par un juge de sa propre loi et l'application d'une loi sur un territoire donné indépendamment de l'origine d'un individu<sup>1170</sup>.

**634.** Notons tout de même qu'une mise en relation de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable atténue cette remarque : si le juge ne connaît que des actions portant sur les biens situés sur son territoire, l'application territoriale des lois s'analyse, en fait, en une application systématique de la *lex fori* dans cette matière. Au XVI<sup>e</sup> siècle, par exemple, un auteur français, Bertrand D'ARGENTRÉ (1519-1590), a proposé une conception large du principe de territorialité en matière réelle immobilière. En donnant une définition extensive aux questions relatives aux immeubles, ce qui convenait à l'époque à l'importance

---

<sup>1166</sup> E. M. MEIJERS, *op. cit.*, p. 567.

<sup>1167</sup> « Ce ne sont pas les petits seigneurs qui ont formé les grands principes du droit coutumier de la France ou de l'Angleterre. Cela s'est fait par les grandes cours, la *curia regis* de ces deux pays ou par l'Échiquier de la Normandie. Dans le ressort de ces cours, on trouvait plusieurs coutumes locales, on avait besoin de règles pour décider quand l'une ou l'autre coutume devait être appliquée », E. M. MEIJERS, *op. cit.*, p. 568.

<sup>1168</sup> E. M. MEIJERS, *op. cit.*, p. 568-591.

<sup>1169</sup> « Le principe de la territorialité, ou de la réalité, comme on disait en France, des coutumes, n'est pas identique avec l'application de la loi propre du juge : la *lex fori*. La loi territoriale, c'est la loi de la situation d'un bien, loi qui peut être appliquée par un juge d'un autre ressort toutes les fois qu'il doit résoudre une question concernant un immeuble hors de son territoire », E. M. MEIJERS, *op. cit.*, p. 567-568. *Adde*, H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 222 p. 380-381.

<sup>1170</sup> J.-L. ELHOUEISS, *Personnalité et territorialité en droit international privé*, th. Paris II 2000, vol. n° 1, n° 149 p. 92.

économique et sociale de la propriété immobilière, il a entendu favoriser l'application de la loi du for qu'il considérait comme normale<sup>1171</sup>. En effet, pour d'Argentré, un juge est fait en principe pour appliquer sa propre loi : il a « le sentiment qu'une loi est faite pour une collectivité et que son application dans cette collectivité doit être le cas normal. Cette vue paraît toucher un des points importants de la théorie du conflit de lois, et représenter un bon sens pratique inattaquable »<sup>1172</sup>.

**635.** Cette conception fait pourtant fi de l'école italienne de pensée (dite « école statutaire ») qui, au Moyen Âge, a tenté de promouvoir l'application des lois étrangères par le biais de la personnalité des lois<sup>1173</sup>. Il est vrai qu'à l'époque, le besoin de dépasser le système de la personnalité des lois se faisait pressant en raison de la présence en Italie de coutumes municipales (*statuta*) différentes dans chaque cité, ce qui pouvait freiner la prospérité du commerce. Au XIII<sup>e</sup> siècle, pour remédier à cet inconvénient, ACCURSE, un juriste de Bologne, est amené à formuler une étude de cas introduite par ces mots célèbres :

---

<sup>1171</sup> « Malgré ces défauts l'influence durable de la pensée de d'Argentré a une cause qu'il importe de dégager. Elle se trouve sans doute dans la notion que l'application par le juge de sa propre loi doit être le cas normal, et l'application des lois étrangères l'exception. Un système législatif forme un tout et le juge local a mission de l'appliquer ; l'intervention des lois étrangères modifie la cohérence du système, et constitue donc un élément perturbateur ; de plus le juge applique avec difficulté la loi étrangère parce qu'il est mal placé pour en connaître l'esprit et la portée. Ces deux considérations ont eu sur la jurisprudence une influence persistante et légitime. Mais il faut se garder assurément de pousser l'idée à l'extrême sans prendre garde à l'interférence d'autres facteurs avec lesquels une composition est nécessaire. Or il ne fait pas de doute que certains rapports juridiques doivent être régis par une loi étrangère. L'application des lois étrangères reste cependant exceptionnelle en raison des règles de la compétence judiciaire : le juge français ne connaît *en principe* que des rapports juridiques qui se déroulent dans la vie française, donc sont soumis à la loi française. Mais la facilité des relations internationales crée cependant des cas mixtes : une recherche de paternité est introduite par une mère étrangère devant le tribunal du domicile en France du défendeur ; si nous estimons à propos que ce tribunal se déclare compétent, il ne s'ensuivra pas qu'il appliquera à la cause la loi française. Mais l'application de la loi étrangère s'introduisant ainsi, dans des cas numériquement limités, il est naturel que les tribunaux ne soient pas disposés à interpréter extensivement les règles qui lui donnent ouverture », H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 223 p. 382.

<sup>1172</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 223 p. 382.

<sup>1173</sup> « Ce corps de doctrine, connu dans toute l'Europe, servit aux juges aussi bien pour régler des conflits entre sujets d'un même État soumis à des droits divers que pour trancher des procès opposant des ressortissants de différentes nations », J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF Paris 1999, p. 9.

« *quod si Bononiensis conveniatur Mutinae* »<sup>1174</sup>. ACCURSE propose que le tribunal de Modène mette en œuvre les statuts de la cité de Bologne, dont le contractant est originaire, car « un statut donné ne devait pas s'appliquer à l'univers entier : *Statutum non ligat nisi subditos* (Glose d'Accurse) »<sup>1175</sup>. En d'autres termes, il suggère que le juge d'une cité puisse appliquer les coutumes qui sont en vigueur dans une autre cité.

**636.** Cette théorie a donc pour effet d'atténuer l'exclusivisme de la territorialité des coutumes : elle permet d'appliquer une règle de droit étrangère à une situation juridique qui n'est pas locale<sup>1176</sup>. Ainsi, le recours à des normes étrangères par le juge n'est que la prise en compte juridique de la vocation des individus à s'échapper de la sphère territoriale pour laquelle ce juge a été institué. L'application d'une loi étrangère est alors la traduction d'une prise de conscience de la dimension extraterritoriale du procès.

**637. Personnalité du droit.** La théorie d'ACCURSE repose essentiellement sur l'origine de la personne. Elle a pour conséquence d'introduire des lois étrangères dans un système juridique. De sorte que, plus les étrangers circulent sur un territoire donné, plus le tribunal institué pour ce territoire devra avoir recours aux lois étrangères. Théoriquement, la personnalité des lois implique une prise en compte du droit étranger qui est proportionnellement égale au nombre de personnes étrangères présentes sur le territoire du for. Cette proportion multiplie, en effet, la probabilité de survenance des litiges ayant un caractère d'extranéité. Une telle logique ignore toute limite quant à l'application des lois étrangères. En particulier, elle ne prend pas en compte l'impossibilité pratique pour un système juridique donné d'accorder une place trop grande aux éléments qui peuvent en perturber la cohérence<sup>1177</sup>.

---

<sup>1174</sup> « Que se passe-t-il si un habitant de Bologne fait un contrat à Modène ? ».

<sup>1175</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 77 p. 61.

<sup>1176</sup> « Au point de vue historique, il est utile de rappeler que la naissance de la science du conflit des lois a été liée à la possibilité pour le juge d'appliquer au fond du litige une loi matérielle autre que celle du for », A. MIAJA DE LA MUELA, Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international, RCADI 1972-I t. 135, p. 23.

<sup>1177</sup> Sur la préservation de la cohérence de l'ordre juridique étatique, v. *supra* n° 474 s.

**638.** C'est que la théorie de la personnalité du droit ne peut pas être admise de façon absolue, sous peine de mettre en danger l'identité du système qui la reçoit<sup>1178</sup>. Pour autant, il ne faut pas céder à un protectionnisme abusif du système juridique étatique. Une trop grande ouverture à l'intrusion des droits étrangers pourrait certes être dévastatrice pour le système du for. D'un autre côté, l'isolationnisme des ordres juridiques est radicalement impraticable. Il faut donc admettre qu'il soit possible de préférer une voie médiane. La mesure se trouve dans la mixité des courants territorialistes et personalistes : « chaque législation a qualité pour régir les deux éléments de sa souveraineté : son territoire et ses sujets, même situés à l'étranger. Chaque législation a, naturellement, une aptitude territoriale et une aptitude extra-territoriale »<sup>1179</sup>. Toute la science de la résolution des conflits de lois consiste à trouver cet équilibre.

**639.** Au XIX<sup>e</sup> siècle, la doctrine a reconnu que les théories de l'Ancien Régime étaient inadaptées aux nouveaux États nationaux<sup>1180</sup>. Étrangement, cependant, cette interprétation reste utilisée de nos jours en droit international public pour définir certains éléments de la notion d'État. À en croire certains auteurs de cette matière, l'activité législative et juridictionnelle s'exerce sur les nationaux : c'est la compétence personnelle de l'État. Elle s'exerce aussi sur les personnes étrangères et les biens étrangers qui se trouvent sur son territoire : c'est la compétence territoriale de l'État<sup>1181</sup>. Ainsi, la compétence territoriale est généralement définie comme une plénitude de compétence sur le territoire étatique. Elle prend la forme d'un pouvoir général de législation, c'est-à-dire de la faculté pour l'État d'édicter des normes de droit ayant une force obligatoire pour les personnes qui résident sur le territoire (qu'elles soient ou non des ressortissants de cet État) et pour les biens qui y sont

---

<sup>1178</sup> C'est ce que LOUIS-LUCAS exprime en filigrane dans sa critique de la personnalité du droit : « le principe de la personnalité du droit témoigne d'une inspiration paradoxale, puisqu'il tend à diminuer le nombre des cas où la loi s'appliquera sur son propre territoire, pour accroître celui où elle s'appliquera en territoire étranger. Il est bien certain que si ce résultat peut sembler heureux pour les pays d'émigration, il ne peut apparaître que dangereux pour les pays d'immigration, comme la France, ainsi amenés à subir une large pénétration de droits étrangers », P. LOUIS-LUCAS, *Conflits de lois - Théorie générale - Formation historique et principes du système français de solution des conflits de lois*, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. C (1959), n° 12 p. 7.

<sup>1179</sup> P. LOUIS-LUCAS, *op. cit.*, n° 42 p. 17.

<sup>1180</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF Paris 1999, p. 45.

<sup>1181</sup> Q. D. NGUYÊN, P. DAILLIER et A. PELLET, *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd. 2002, LGDJ Paris, n° 265 s. et n° 296 s. V. aussi P. MAYER, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, RCDIP 1979 n° 74 s. p. 540 s.

situés. Cette explication, utilisée en droit international public, occulte les éléments de rattachement autres que ceux de la nationalité et de la présence physique ou matérielle sur le territoire.

**640. Conclusion de la section.** En conclusion, la théorie de la personnalité tente de justifier l'application des lois étrangères par le fait que, en se déplaçant, les individus importent une partie de leur droit d'origine. Par extension, cela serait le véritable fondement de la séparation entre le *forum* et le *jus*. Pourtant, ce fondement ne résiste pas à l'observation du réel.

**641.** Premièrement, rien ne permet de révéler qu'il existe une plus forte proportion de lois étrangères appliquées dans les pays recevant une forte immigration des personnes. Pour se faire une idée, il faudrait pouvoir comparer les applications de lois étrangères dans chaque pays.

**642.** Deuxièmement, la personnalité des lois n'explique pas l'application des lois étrangères dans les litiges où aucun étranger n'est en cause. La théorie de la personnalité des lois occulte, en particulier, la localisation en fonction de l'objet (et non pas du sujet) du rapport de droit (statut réel) et en fonction de la source du rapport de droit (statut des actes et des faits juridiques)<sup>1182</sup>.

**643.** Troisièmement, la personnalité des lois ne peut être un principe général d'application des lois étrangères car le système juridique d'accueil préférera l'application de sa propre loi plutôt que la perturbation de son ordre public, dont la protection est particulièrement prégnante en matière de statut personnel. En raison de ces trois critiques, il faut donc s'intéresser à d'autres fondements du recours au droit étranger.

**644.** Une approche particulièrement intéressante, héritée des comparatistes, propose d'analyser la règle applicable d'après une conception sociologique du droit objectif. L'utilisation de la loi étrangère ne serait qu'une prise en compte de l'altérité de la situation juridique et témoignerait notamment du respect que l'État du for doit en principe porter aux

---

<sup>1182</sup> Pour cette présentation, v. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 153 s. p. 193 s.

autres entités étatiques. En ce sens, l'application outrancière de la *lex fori* pourrait être perçue comme un impérialisme juridique indigne des valeurs relativistes qui sont à l'essence même du droit international privé (Section 2).

Section 2 La théorie sociologique du respect de l'élément étranger axée sur le relativisme

**645. Approche sociologico-comparatiste.** Parallèlement à la découverte de l'ethnologie et l'élargissement des horizons des sciences de l'homme, l'idée « que la diversité des peuples et des civilisations était irréductible » s'est naturellement répandue à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1183</sup>. Directement héritée de cette approche, un courant de pensée considère que la diversité des systèmes juridiques doit nécessairement s'expliquer par la diversité sociale qui y correspond. Cette diversité étant, en outre, inéluctable<sup>1184</sup>, le meilleur moyen de l'intégrer dans les raisonnements juridiques est de s'ouvrir aux autres cultures juridiques. C'est pourquoi, dans ce courant de pensée, l'application des droits étrangers tient un rôle très important. Il constitue, en effet, le moyen de respecter la diversité juridique<sup>1185</sup> et donc, la diversité sociale<sup>1186</sup>.

---

<sup>1183</sup> H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 20 p. 46. *Adde*, « si les règles sont hiérarchisées en fonction d'un but à atteindre, elles ont pour objet la conduite d'hommes vivant dans une société qui a ses caractères propres. Si on ajoute à ce facteur fondamental le poids des antécédents historiques, une part inévitable d'accident dans les circonstances qui donnent naissance à un problème et à sa solution, un relativisme incontestable dans beaucoup de raisonnements présentant une solution comme nécessaire et enfin, *last, not least*, le jeu déformateur des passions et des intérêts, l'infirmité de l'esprit humain énonçant puis interprétant une règle générale applicable à des cas particuliers, on aura la conviction qu'une organisation des règles en fonction de buts communs n'est aucunement contradictoire avec l'existence d'une pluralité de systèmes, et qu'il ne s'agit pas ici de concevoir le droit abstraction faite de l'objet auquel il s'applique », H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, précité, n° 23 p. 53-54.

<sup>1184</sup> Comme l'écrit Monsieur MALAURIE au sujet des langues, il s'agit d'un « problème qui est théoriquement insoluble : les diverses langues ne parlent pas de la même expérience humaine et chacune a une syntaxe qui révèle sa logique particulière. Il en est d'elles comme du droit car, en profondeur, les civilisations sont impénétrables les unes pour les autres », Ph. MALAURIE, Loi uniforme et conflit de lois, TCFDIP 1964-1966, Dalloz Paris 1967, p. 90.

<sup>1185</sup> V. E. RALSER, Pluralisme juridique et droit international privé, RRJ 2003-4 p. 2547 s.

<sup>1186</sup> « Les solutions des conflits de lois présupposent un dialogue interculturel qui respecte la diversité des individus », E. JAYME, Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne

**646.** Évidemment retenue par les auteurs présentant un intérêt certain pour le droit comparé et la sociologie, cette approche a ainsi contribué à faire pleinement assumer au droit son statut de science de la société<sup>1187</sup>. Plus particulièrement, le respect de l'élément étranger a surtout permis de prendre acte des différences entre les sociétés et de tenter de les analyser sous un angle cosmopolite<sup>1188</sup>. L'analyse propose alors une vision scientifique de l'expérience et de l'observation du réel tout en avalisant le résultat original de la résolution des conflits de lois : celui de permettre à un juge d'appliquer une loi étrangère. L'approche sociologico-comparatiste privilégie donc une explication téléologique ou encore fonctionnelle du droit international privé<sup>1189</sup>.

**647.** Cette approche est d'ailleurs très bien résumée par GOLDSCHMIDT qui considère qu'« en droit international privé la justice est la manifestation (*du*) respect envers l'élément étranger et, à travers lui, envers les personnes et les communautés qui y sont intéressées. Le moyen d'atteindre à cette fin c'est ce que l'on appelle l'application du droit étranger » ; l'auteur considère même que la théorie de l'instauration d'une réglementation matérielle internationale (une sorte de *jus gentium* pour les situations internationales) est une régression « dans la mesure où le respect qu'elle porte à l'élément étranger n'est qu'un respect indifférencié, qui ne va pas jusqu'à distinguer les manières d'être particulières de chaque élément étranger »<sup>1190</sup>.

---

humaine face à la globalisation, RCADI 2000 t. 282, p. 21.

<sup>1187</sup> Pour expliquer le postulat selon lequel le droit est une véritable science, un auteur écrit ainsi que « le droit est autonome et fait en conséquence l'objet d'un savoir spécifique, parce qu'il ne se confond ni avec la politique ni avec les mœurs », X. LAGARDE, Pourquoi le droit est-il complexe ?, Revue le Débat n° 127, nov. déc. 2003, p. 148-149 ; *adde*, « on ne peut nier que le droit soit une science, c'est-à-dire "un ensemble de connaissances ordonnées d'après des principes" et qu'il comporte ses modes de raisonnement et toute une série de procédés techniques », J.-L. BERGEL, Théorie générale du droit, 4<sup>e</sup> éd. 2003, Dalloz Paris, n° 244 p. 284.

<sup>1188</sup> « La rencontre avec l'autre conduit à mener une réflexion sur soi-même et à porter un nouveau regard sur soi-même et sur l'autre. Sur le plan scientifique de l'élaboration du droit international privé, elle conduit à réviser les certitudes, à abandonner les intransigeances, à adopter une démarche de pensée moins abstraite, plus ouverte aux réalités humaines », J. DÉPREZ, Droit international privé et conflits de civilisations, aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel, RCADI 1988-IV t. 211, p. 38.

<sup>1189</sup> V. H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, précité, n° 63 s. p. 142 s.

<sup>1190</sup> W. GOLDSCHMIDT, Système et philosophie du droit international privé, RCDIP 1955 p. 646. V. aussi, sur les difficultés de recherche de règles positives communes aux États, B. AUDIT, Droit international privé,

**648.** La perspective comparatiste prend, en effet, tout son sens en droit international privé qui, par nature, implique un intérêt pour les systèmes juridiques étrangers. Néanmoins, cette approche pourrait sembler insolite dans cette discipline parce qu'il est assez paradoxal de comparer des règles à vocation universelle. Comme le précise Monsieur AUDIT, l'expression de « droit international privé comparé » renferme une contradiction qui en fait un oxymoron<sup>1191</sup>. Les approches comparatistes et internationalistes paraissent, en effet, opposées. La première se propose de combiner les solutions après avoir analysé les ressemblances et surtout les dissemblances. La seconde suggère de coordonner des ensembles hétérogènes car, par nature, les conflits de lois supposent une impossibilité de synthèse entre les règles de droit.

**649.** En réalité, le droit international privé comparé avalise le constat que, justement, les règles de conflit de lois ne sont pas des règles universelles et que le droit civil interne est le « droit parent » du droit international privé<sup>1192</sup>, ainsi que l'a montré l'école particulariste<sup>1193</sup>. Au XX<sup>e</sup> siècle, le courant comparatiste a même permis de dépasser le clivage entre universalisme et particularisme, c'est pourquoi d'ailleurs, il reçoit l'appellation de troisième école<sup>1194</sup>. Ainsi, loin de s'inscrire en faux avec les théories internationalistes, il a entraîné l'émergence d'un universalisme réaliste.

---

4<sup>e</sup> éd. 2006, *Economica Paris*, n° 41 p. 30.

<sup>1191</sup> V. B. AUDIT, *op. cit.*, p. 23. L'oxymoron est une figure qui consiste à allier deux mots de sens contradictoires pour leur donner plus de forme expressive (à l'image d'expressions telles que « abus de droit » ou « discrimination positive »).

<sup>1192</sup> V. Th. M. DE BOER, *Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law*, *RCADI* 1996 t. 257, p. 308.

<sup>1193</sup> « Dans cette conception, les règles de conflit sont des règles nationales, dans chaque pays, au même titre que les institutions de droit interne dont elles circonscrivent le domaine. Elles leur restent liées comme l'ombre au corps, parce qu'elles ne sont autre chose que la projection de ces institutions elles-mêmes sur le plan du droit international », É. BARTIN, *Études de droit international privé*, éd. A. Chevalier-Marescq et C<sup>ie</sup> Paris 1899, préface p. II. *Idem* dans : É. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, éd. Domat-Montchrestien Paris, vol. 1 à 3, 5<sup>e</sup> éd. 1930-1935.

<sup>1194</sup> Elle a permis un universalisme tempéré fondé sur le rapprochement des systèmes à partir de l'observation de leurs différences, selon les termes de Monsieur AUDIT, qui s'est traduit par une méthode d'unification moins théorique et moins idéaliste, B. AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité*, *RCADI* 2003 t. 305, p. 59.

**650.** En outre, ne prétendant pas à recevoir une consécration judiciaire, le droit comparé cultive une ouverture d'esprit, ainsi qu'une remise en cause des repères réputés intangibles, ce qui en fait une source indéniable de progrès du droit et non un luxe intellectuel ou un simple exercice visionnaire. Le propre de cette approche est en fait de prendre en compte la dimension culturelle et sociologique du droit, sans avoir pour ambition d'imposer une conception uniforme<sup>1195</sup>. En d'autres termes, contrairement à l'approche ethnocentrique, elle ne prétend pas trouver la meilleure solution juridique. Elle n'a d'ailleurs pas pour but de prendre parti sur la valeur d'une solution retenue dans tel ou tel système juridique, de sorte que la neutralité et l'objectivité sont tout à fait primordiales en ce domaine. Dès lors, le respect dû aux autres cultures juridiques suppose obligatoirement que chaque système juridique renonce à privilégier la *lex fori* à titre direct ou indirect<sup>1196</sup>. Il est vrai qu'en imposant un cloisonnement des ordres juridiques étatiques, la coïncidence absolue entre le *forum* et le *jus* ne participe pas à la réalisation de l'objectif poursuivi par l'approche sociologico-comparatiste<sup>1197</sup>. La neutralité favorise au contraire l'impartialité de la justice<sup>1198</sup>.

**651. Comparaison avec la *comitas internationale*.** Cette explication de l'application de la loi étrangère est proche de la célèbre théorie de la *comitas internationale*<sup>1199</sup>. Elle s'en

---

<sup>1195</sup> La thèse du respect de la diversité des législations civiles (identité des États-nations) a d'ailleurs été évoquée à l'occasion du débat sur le Code civil européen, Y. LEQUETTE, Code civil, les défis d'un nouveau siècle, Rapport de synthèse du 100<sup>e</sup> congrès des notaires de France, Rép. Def. 2004, art. 37991, p. 1062 s.

<sup>1196</sup> Comp. « l'intérêt bien compris de chaque État, est de ne pas s'en tenir à une attitude de rejet systématique à l'égard des lois des États étrangers », B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 121 p. 103.

<sup>1197</sup> Par exemple, Monsieur LEQUETTE relève que la coïncidence du *forum* et du *jus* en matière de lois de police est contraire à la logique même de coopération car il est impossible d'admettre que le juge français puisse appliquer une loi de police étrangère si, en retour, on impose au juge français d'être compétent à chaque fois qu'une loi de police française est en cause, Y. LEQUETTE, Protection familiale et protection étatique des incapables, BDIP vol. XX, Dalloz Paris, 1976, n° 341 p. 262.

<sup>1198</sup> Les politiques consistant à assurer une extension de la souveraineté étatique compromettent la recherche sereine de la vérité et plus largement de la justice. En ce sens, v. H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, Librairie du Recueil Sirey Paris 1929, p. 309.

<sup>1199</sup> Autrement appelée la *comitas gentium*, du latin *comitas* : enjouement, amabilité, gracieuseté ; affabilité, courtoisie, voire bienveillance, complaisance. Sur la théorie de la *comitas gentium*, v. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 225 s. p. 383 s. ; P. LAGARDE, La réciprocité en droit international privé, RCADI 1977-I t. 154, n° 4-13 p. 114-123.

différencie pourtant parce qu'elle accentue son raisonnement non pas sur les relations internationales entre États, mais sur l'élément étranger, qui est une donnée de la situation juridique. La véritable théorie de la courtoisie internationale lie en revanche le droit international privé au droit international public. Elle en subit les défauts, en particulier l'absence de caractère contraignant. La *comitas* internationale est donc considérée comme insuffisante à justifier l'application de la loi étrangère<sup>1200</sup>.

**652. Absence d'obligation internationale.** Le problème est que l'application de la loi étrangère n'est pas une obligation internationale expressément mise à la charge de l'État<sup>1201</sup>. Il ne s'agit que d'un objectif abstrait : en l'absence de traité le consacrant, il n'a pas de caractère contraignant. La coopération est donc laissée au bon vouloir de chaque ordre juridique. Il ne serait d'ailleurs pas possible d'exiger de chaque État de raisonner en considération de tous les autres États formant la société internationale. Les États peuvent, à tout le moins, avoir des égards pour les États géographiquement proches ou encore pour ceux avec lesquels ils partagent des liens commerciaux ou culturels, mais il est impossible en pratique de prendre en compte toutes les relations juridiques que pourraient potentiellement entretenir leurs ressortissants hors du cadre national.

**653.** Dès lors, il faut dénier toute pertinence à l'idée développée par Monsieur CARRILLO SALCEDO selon laquelle « le droit international privé plonge ses racines dans l'ordre international, en dehors duquel il serait à peine concevable (...) [ ; *qu'*] on ne peut pas faire abstraction de la réalité préalable d'une société internationale, et en ce sens le droit international privé constitue une expression juridique du devoir des États de coopérer mutuellement »<sup>1202</sup>. Au contraire, la théorie de résolution des conflits de lois ne prend pas sa

---

<sup>1200</sup> La « courtoisie internationale c'est-à-dire la bienveillance d'appliquer les lois étrangères quand on le jugera convenable et aussi longtemps qu'on le jugera convenable, inventée comme solution contre l'absolutisme pur, ne saurait servir de base *juridique*, base dont le Droit international privé a tant besoin pour pouvoir subsister », M. GUTZWILLER, Le développement historique du droit international privé, RCADI 1929-IV t. 29, p. 328.

<sup>1201</sup> « Le droit international général pose le principe de l'indépendance et de l'égalité des États, mais ne les oblige à aucune coopération (...) la pratique internationale révèle d'ailleurs que si les États acceptent volontiers le principe d'une éventuelle efficacité des normes étrangères, ils leur opposent toujours des obstacles qu'ils choisissent librement. En particulier, l'obstacle de l'ordre public, qui reflète des conceptions et des politiques presque toujours purement internes », P. MAYER, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, RCDIP 1979 n° 22 p. 24.

<sup>1202</sup> J. A. CARRILLO SALCEDO, Le renouveau du particularisme en droit international privé, RCADI 1978-II

source dans le droit international public. Les sujets du droit international privé ne sont pas les États ni les organisations internationales : ce sont les personnes privées<sup>1203</sup>.

**654. Comparaison avec la réciprocité de traitement.** Pourtant, les juridictions étatiques ont intérêt à ce qu'à l'étranger, leurs nationaux soient traités avec égard, c'est pourquoi d'ailleurs, en principe, ils accordent spontanément un traitement égal entre leurs nationaux et les étrangers<sup>1204</sup>. Or, l'application systématique par le juge de sa propre loi provoque nécessairement un entrechoquement des souverainetés étatiques. Elle nuit à l'appréhension pacifique des relations juridiques internationales.

**655.** Du reste, la réciprocité n'est pas toujours un phénomène spontané, il peut s'agir d'une obligation prenant sa source dans la loi ou dans la Constitution<sup>1205</sup>, voire dans le texte même des traités. La condition de réciprocité est, en effet, récurrente en matière d'obligations internationales : elle y tient souvent lieu de condition préalable. Elle correspond à l'exception d'inexécution contractuelle (*non adimpleti contractus*) bien connue en droit des obligations. Naturellement, en raison du principe de séparation des pouvoirs, il n'existe que très peu d'exemples de vérification par le juge judiciaire de la condition de réciprocité qui figure, par exemple, dans la Constitution française<sup>1206</sup>.

---

t. 160, p. 256, [ajouté par nous]

<sup>1203</sup> Sur l'impuissance de cette doctrine à assumer un rôle de répartition des compétences législatives et juridictionnelles de chaque État, v. J.-L. ELHOUEISS, L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé, JDI 2003 p. 47-56.

<sup>1204</sup> Plus largement, « la réciprocité en droit international privé désigne le fait pour un État de faire dépendre le traitement qu'il donnera aux problèmes de droit international privé qui se posent dans son territoire du traitement donné par les États étrangers à des problèmes identiques qui se posent dans leur territoire », P. LAGARDE, La réciprocité en droit international privé, RCADI 1977-I t. 154, n° 1 p. 111.

<sup>1205</sup> V. le texte de l'article 11 du Code civil, « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra », ou celui de l'article 55 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République française du 4 octobre 1958, « Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ». Disponible sur : [www.legifrance.gouv.fr/](http://www.legifrance.gouv.fr/).

<sup>1206</sup> V. H. GAUDEMET-TALLON, Les sources internationales du droit international privé devant le juge français, in Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz Paris 2000, p. 580 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 41-1 p. 73 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international

**656.** En 1974, les magistrats du tribunal de grande instance de Nanterre ont pourtant évoqué le défaut de réciprocité afin de réserver l'application du traité franco-suisse du 15 juin 1869 sur la compétence et l'exécution des jugements en matière civile (aujourd'hui abrogé)<sup>1207</sup>. Il s'agissait dans cette espèce d'une action en recherche de paternité naturelle engagée par une Française à l'encontre d'un ressortissant Suisse domicilié à Genève. En défense, ce dernier avait soulevé une exception d'incompétence des tribunaux français et invoquait l'article 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du traité attribuant compétence au juge suisse. Examinant cette prétention, le tribunal constata que la jurisprudence suisse, contrairement à la jurisprudence française, adoptait une interprétation stricte du champ d'application du traité qui revenait à exclure les actions en recherche de paternité. Le tribunal s'autorisa alors implicitement à recourir à la règle de réciprocité dans l'exécution des conventions internationales, soulevée d'office, dans l'hypothèse où la mesure d'information ordonnée sur le droit suisse confirmerait cette divergence d'application du traité.

**657.** Il va sans dire que le rejet du traité par le tribunal lui permettait d'appliquer la *lex fori* en vertu d'une coïncidence entre le tribunal compétent (juge français en vertu de l'article 14 du Code civil) et la loi applicable (loi française en tant que loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant). Les conclusions du ministère public montraient, en outre, que le juge suisse, s'il avait été saisi, aurait probablement appliqué la loi du domicile du défendeur, à cette époque particulièrement défavorable à la demande de la mère<sup>1208</sup>. Dès lors, on peut douter du résultat de la méthode adoptée : la décision française obtenue par la mère n'a pas grande chance d'être exécutée sur les biens matériels du défendeur situés en Suisse. En outre, l'enfant se trouve placé dans une situation juridique « boiteuse » : son lien de filiation est établi en France mais il ne sera pas reconnu en Suisse.

**658.** Ainsi, au delà d'une volonté de favoriser la recevabilité de l'action engagée par la

---

privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 42-5 p. 34-35 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 41 p. 29-30 ; B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 61 p. 45 s.

<sup>1207</sup> TGI Nanterre, 18 septembre 1974, D<sup>lle</sup> L.-V., RCDIP 1975 p. 115, concl. M. LE TALLEC, note P. LAGARDE.

<sup>1208</sup> Conclusions du premier substitut M. LE TALLEC sous TGI Nanterre, 18 septembre 1974, D<sup>lle</sup> L.-V., RCDIP 1975 p. 118.

mère, cette décision du tribunal de grande instance de Nanterre engendre plus largement toute une série d'objections. Elles sont énumérées par Monsieur LAGARDE : un sabotage des règles de responsabilité internationale des États, une paralysie des conventions internationales, une extension infondée de l'office du juge judiciaire, un allongement de la procédure entravant l'administration de la justice en cas de vérification systématique de l'application réciproque du traité et, enfin, de nombreuses difficultés diplomatiques<sup>1209</sup>.

**659.** Dans un arrêt postérieur, la Cour de cassation française a alors décidé qu'en l'absence d'initiative prise par le gouvernement pour dénoncer une convention ou suspendre son exécution, il n'appartient pas aux juges d'apprécier le respect de la condition de réciprocité prévue dans les rapports entre États par la Constitution française<sup>1210</sup>. La réciprocité ne peut donc servir de fondement juridique à l'application ou au rejet des lois étrangères puisque le juge judiciaire considère que cette question est extérieure à sa juridiction. D'autre part, il y a une objection de taille, que BATIFFOL soulève : « en soi la réciprocité peut être une bonne arme de combat, mais ce n'est pas un principe fécond de recherche de la justice : "je vous traiterai comme vous me traiterez"... Si l'adversaire en dit autant, nous ne serons pas plus avancés »<sup>1211</sup>.

**660.** Un autre argument qui semble pertinent dans la recherche du fondement d'application de la loi étrangère réside alors dans la doctrine savignienne de l'harmonie internationale des solutions. En effet, la localisation du siège de la situation juridique

---

<sup>1209</sup> P. LAGARDE, La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux : son appréciation par le juge interne, RCDIP 1975 p. 25.

<sup>1210</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 1984, M. K., Bull. 1984 I n° 85 p. 69, au sujet de la convention franco-polonaise du 5 avril 1967 relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1994, ORDRE DES AVOCATS À LA COUR D'APPEL DE PARIS, Bull. 1994 I n° 65 p. 50, au sujet du protocole judiciaire franco-algérien du 28 août 1962.

<sup>1211</sup> H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, Librairie du Recueil Sirey Paris 1929, p. 87-88. Comp. « Virally avait observé que le principe de réciprocité pouvait être un principe dynamique, dans la mesure où les États, pour obtenir certains avantages que ne leur reconnaît pas le droit international général, sont amenés à les consentir aux autres, mais qu'il pouvait aussi provoquer des processus régressifs, s'il était utilisé à titre de rétorsion contre certains États refusant aux autres certains avantages normalement accordés. La même ambiguïté peut s'observer en droit international privé. Mais à vrai dire, en cette matière, l'aspect négatif et régressif l'emporte de loin sur l'aspect positif et dynamique », P. LAGARDE, La réciprocité en droit international privé, RCADI 1977-I t. 154, n° 2 p. 112.

permettrait, selon cette théorie, de rattacher la situation de fait à une seule loi, quel que soit le tribunal chargé de résoudre le litige (Section 3).

### Section 3 La théorie de l'harmonie internationale des solutions

**661. Présentation.** La coïncidence du *jus* avec le *forum* produit un cloisonnement des systèmes juridiques étatiques. Cette autarcie empêche une liaison efficace entre les systèmes parce qu'elle exacerbe les différences. L'usage abusif de la *lex fori* altère, de ce fait, la conception de la justice que les juristes de droit international privé projettent sur la communauté internationale. Le territorialisme fermé, consistant à faire coïncider systématiquement le *forum* et *jus*, revient en effet à « nier le droit international pour ne reconnaître qu'une juxtaposition hostile, factice et décourageante de droits nationaux »<sup>1212</sup>.

**662.** Il en résulte que, théoriquement, l'usage abusif de la *lex fori* empêche un épanouissement de la société internationale et donc des rapports internationaux. Elle porte atteinte à la fonction générale du droit international privé qu'est l'harmonie internationale des solutions, telle que VON SAVIGNY l'a évoquée (§ 1). Cette théorie a, par la suite, été modulée par BATIFFOL sous le concept de « coordination des systèmes juridiques » (§ 2). Néanmoins, les conceptions de ces deux auteurs subissent, sur ces aspects, plusieurs critiques énoncées par la doctrine postmoderne (§ 3).

#### § 1 L'objectif de l'harmonie internationale des solutions

**663. Définition.** L'harmonie internationale des solutions consiste à attribuer une seule et même solution au problème juridique et ce, quel que soit le juge étatique chargé d'en connaître. Cet idéal provient d'une certaine nostalgie, qui transparait chez VON SAVIGNY, de l'harmonie qui existait en droit romain<sup>1213</sup>. L'œuvre de cet auteur est, en effet, marquée

---

<sup>1212</sup> P. LOUIS-LUCAS, *Conflits de lois - théorie générale : formation historique et principes du système français de solution des conflits de lois*, J-Cl. Civil, Code, article 3, fasc. C (1959), n° 4 p. 4.

<sup>1213</sup> Un tel classicisme n'est pas d'ailleurs en adéquation avec la rupture qu'on lui attribue au sein de l'histoire du droit international privé. V., par exemple, les termes particulièrement explicites utilisés par Messieurs MAYER et HEUZÉ : « cette œuvre [*le tome VIII du Traité de droit romain écrit par le romaniste allemand en 1849*], dont on a dit qu'elle marquait un tournant copernicien dans l'histoire du droit international privé, tranche sur celles de ses prédécesseurs, et sur celles de la plupart de ses successeurs, par le souci de rigueur et

par une « croyance dans une communauté de droit entre États européens nourris de la culture juridique romaine »<sup>1214</sup>. Dans cette démarche, il revendique « l'idée d'une communauté juridique intellectuelle transcendant les frontières »<sup>1215</sup>. Ainsi, « en partant d'un droit fondé sur l'esprit *des* peuples, Savigny aboutissait à une communauté intellectuelle d'idées juridiques, avec le risque de divergences entre juristes dans l'interprétation d'un droit devenu "savant". Pour limiter les effets centrifuges de ce subjectivisme, Savigny pensait sans doute que son système avait vocation à l'universalité en raison de sa rationalité »<sup>1216</sup>. Sa connaissance du droit romain lui permet justement de dépasser les partis pris nuisibles à la résolution de ces conflits<sup>1217</sup>. Depuis VON SAVIGNY, l'harmonisation internationale des solutions est d'ailleurs décrite comme l'« un des objectifs essentiels du droit international privé, apte à fournir, dans le cadre d'une méthode de recherche téléologique, la règle la plus juste, la plus satisfaisante »<sup>1218</sup>.

**664.** L'harmonie internationale des solutions a donc pour utilité de permettre aux personnes privées de recevoir, en principe, un traitement identique de leur situation malgré leurs déplacements internationaux. Il faut dire que l'harmonisation des solutions constitue une ambition moindre au regard de l'uniformisation des règles juridiques, c'est-à-dire de l'instauration de règles universelles. En conséquence, pour éviter toute hypothèse de rupture juridique dans la vie des personnes, cela revient à admettre qu'il ne faut pas nécessairement une uniformité des solutions (trop radicale) mais simplement leur donner la possibilité de faire vivre leur situation juridique dans les autres ordres juridiques<sup>1219</sup>.

---

de logique, et par la puissance de pénétration dont elle témoigne. Savigny fait jaillir la lumière de la vérité au sein d'une quasi-obscurité », P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 68 p. 50-51, [ajouté par nous].

<sup>1214</sup> J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF Paris 1999, p. 53.

<sup>1215</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 50.

<sup>1216</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 62.

<sup>1217</sup> « Chef de file de l'école de la méthode historique, Savigny savait que le droit est le produit de l'histoire, des alluvions permanentes venant de la vie et de la pratique et qu'il n'est pas décrété par la loi. Appliquée à la résolution des conflits de lois, cette méthode le conduit à procéder, comme l'école statutaire l'avait fait empiriquement, à l'analyse de l'objet des rapports de droit sans *a priori* dogmatique sur la loi à privilégier », M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ Paris, 2007, n° 144 p. 83-84.

<sup>1218</sup> J. DERRUPPÉ, *Plaidoyer pour le renvoi*, TCFDIP 1964-1966, Dalloz Paris 1967, p. 192.

<sup>1219</sup> M.-Cl. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations, relations entre*

**665. Place de la loi étrangère dans l'harmonie internationale des solutions.** À l'opposé, l'application exclusive de la *lex fori* par chaque pays entraîne une disharmonie des solutions qui est manifestement néfaste pour la circulation internationale des décisions judiciaires<sup>1220</sup>. L'application de la loi étrangère par le juge saisi participe donc à l'harmonisation internationale des solutions, ce qui explique pourquoi la problématique du recours à la loi étrangère se trouve au cœur de la doctrine savignienne.

**666.** Cependant, l'argument de la circulation internationale des décisions, mis au soutien de la recherche de l'harmonie des solutions, peut être remis en cause. En effet, la circulation internationale des décisions n'est pas tributaire de la loi applicable au litige depuis que le contrôle de cette dernière ne figure plus parmi les conditions de reconnaissance et d'exécution des décisions étrangères, comme l'évoquent Messieurs NOURISSAT et TREPPOZ<sup>1221</sup>. Cela signifie que le juge saisi de l'exécution d'un jugement étranger n'a plus besoin de vérifier si le juge étranger une règle de conflit identique à la sienne (ou du moins qu'elle conduit à une solution équivalente). Dès lors, il faut en conclure que la circulation internationale des décisions peut se passer de l'harmonie internationale des solutions apportées aux conflits de lois.

L'harmonie internationale des solutions, en tant qu'objectif du droit international privé, doit ainsi être ramenée à des proportions beaucoup plus modestes avec la théorie de la coordination des ordres juridiques étatiques (§ 2).

---

systèmes laïques et systèmes religieux, NBT vol. 49, Dalloz Paris 2005, n° 74 p. 77.

<sup>1220</sup> « Il va de soi que la règle de la *lex fori* rend l'harmonie internationale des solutions impossible, dans la mesure où elle conduit à l'application d'un droit différent en fonction de l'État où l'action est intentée », Th. KADNER GRAZIANO, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, Helbing & Lichtenhahn Bâle Genève Munich / Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2004, p. 24.

<sup>1221</sup> C. NOURISSAT et É. TREPPOZ, Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », JDI 2003 n° 18 p. 19. V. art. 34 du règlement Bruxelles I et art. 22 et 23 du règlement Bruxelles II *bis* ; S. GRESSOT-LEGER, Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en *exequatur* ?, JDI 2003 p. 767 ; et, enfin, supprimant cette condition du contrôle de régularité pour une décision rendue aux États-Unis d'Amérique, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007, CORNELISSEN, Bull. n° 68 p. 60 ; RCDIP 2007 p. 420, note B. ANCEL et H. MUIR WATT ; JDI 2007 p. 1195, note Fr.-X. TRAIN ; D. 2007 p. 1115, note L. D'AVOUT et S. BOLLÉE ; Gaz. Pal. 29 avril - 3 mai 2007, n° 119-123 p. 2, note M.-L. NIBOYET.

## § 2 L'harmonie des solutions par le biais de la coordination des systèmes juridiques

**667.** Selon BATIFFOL, la nature profonde du droit international privé procède d'une tâche complexe, de grande portée, celle de « faire "*vivre ensemble*" des systèmes juridiques différents, parce que des relations se nouent entre des personnes, qui par elles-mêmes, leurs biens ou leurs actes, relèvent de systèmes différents »<sup>1222</sup>. C'est la « théorie batiffolienne du droit international privé coordinateur de systèmes »<sup>1223</sup>. L'idée semble alors être inspirée du procédé du renvoi<sup>1224</sup> – dont nous avons précédemment évoqué le fonctionnement<sup>1225</sup> – mais, en réalité, « tout mécanisme juridique de nature à faciliter la vie en commun d'États, d'institutions et de lois, présente à ce titre un caractère coordinateur »<sup>1226</sup>.

**668.** Si l'harmonisation des solutions juridiques est alors un degré plus raisonnable d'exigence que l'uniformisation, la coordination est sans doute la façon la plus tempérée de faciliter les échanges entre les ordres juridiques. En effet, la coordination permet aux solutions de s'imbriquer les unes dans les autres sans se porter mutuellement atteinte. Elle a l'avantage de ne pas contredire la diversité des ordres étatiques et de ne pas heurter la susceptibilité des États. Elle correspond à un objectif moins élevé qui rend possible la communauté de droit tout en préservant les altérités.

**669.** Pour la plupart des auteurs, l'harmonie des solutions va d'ailleurs de pair avec la coordination des systèmes lorsqu'il s'agit de décrire la finalité du droit international privé<sup>1227</sup>. Pourtant, la coordination des systèmes juridiques n'apparaît pas être une finalité

---

<sup>1222</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 5 p. 16.

<sup>1223</sup> E. WYLER, Henri BATIFFOL face aux conceptions classique et moderne du droit, *JDI* 2004, n° 29 p. 128.

<sup>1224</sup> H. BATIFFOL, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, *RCADI* 1967-I t. 120, p. 173.

<sup>1225</sup> Sur le renvoi, v. *supra* n° 338 s.

<sup>1226</sup> J.-S. BERGÉ, Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen, *in* *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, n° 15 p. 127.

<sup>1227</sup> Par exemple, Monsieur BERGÉ écrit que « le droit international privé est imprégné d'une volonté très forte de coordination des systèmes juridiques nationaux. C'est une de ses grandes fonctions, si ce n'est sa fonction principale. Il a vocation à faire *vivre ensemble* des droits nationaux ; il aspire, entre autres objectifs, selon différentes méthodes et techniques, à une *harmonie internationale des solutions* », J.-S. BERGÉ, *op. cit.*, n° 20 p. 129. Selon BATIFFOL, « la coordination des systèmes existants paraît bien rester dans l'état actuel des

directe de la discipline, mais plutôt un procédé parmi d'autres<sup>1228</sup>. Ce procédé, à l'instar de l'harmonie internationale des solutions, n'est pas exempt de défauts (§ 3).

### § 3 Les défauts de la théorie de l'harmonie internationale des solutions

**670.** L'harmonie internationale des solutions est bridée par les intérêts étatiques qui guident l'adoption des critères de rattachement (A). La coordination des systèmes juridiques est, quant à elle, limitée par la préservation de solutions que chaque ordre étatique renonce à faire passer après la coopération internationale (B). L'harmonie internationale des solutions pâtit, enfin, d'une vision du droit international privé réduite à la résolution des conflits de lois, qui ne sont pas les seuls conflits que ce droit a pour tâche de résoudre (C).

A/ Une limite pratique : la disparité internationale des règles de conflit de lois

**671. Limites pratiques de l'harmonie internationale des solutions.** Puisque le litige est censé recevoir la même solution quel que soit le juge saisi, la méthode devrait faciliter la circulation internationale des décisions. L'obstacle majeur est d'ordre pratique : tous les ordres étatiques n'appliquent pas la même loi pour résoudre le litige international. Cela s'explique par les intérêts étatiques qui commandent le choix du critère de rattachement et, bien entendu, par la tendance qui consiste, pour le juge saisi, à rattacher la situation juridique à sa propre loi. La coordination est, en outre, empêchée par l'intervention de multiples exceptions qui évincent la mise en œuvre de la *lex causae*. Elle est aussi entravée par la conception que chaque État se fait de la bonne administration de la justice qui peut influencer le juge à préférer sa propre loi plutôt que la loi étrangère<sup>1229</sup>. L'harmonie

---

choses (...) l'objectif du droit international privé », H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, précité, n° 46 p. 102.

<sup>1228</sup> La finalité du droit international privé « ne peut être que de remédier aux complications et aux injustices pouvant découler de la division juridique du monde, d'en prévenir ou d'en limiter les inconvénients. Elle apparaît donc, en somme, comme essentiellement "pratique", plus que "politique" – coordonner l'application des lois nationales étant un moyen bien plus qu'un but en soi », P. LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé (cours général), RCADI 1977-II t. 155, p. 39.

<sup>1229</sup> « Pour atteindre effectivement l'objectif d'harmonie recherché, il faudrait que chaque pays applique des règles de conflit de lois identiques et que la solution d'un litige dépende uniquement de la loi qui sera appliquée au fond de l'affaire. Or, chacun peut constater qu'aucune de ces deux conditions n'est remplie aujourd'hui », A. NUYS, L'exception de *forum non conveniens*, étude de droit international privé comparé, Bruylant

internationale des solutions apparaît donc comme un fondement insuffisant de la séparation entre le *jus* et le *forum* car elle ne résiste pas à l'épreuve de la pratique.

**672.** De cette manière, GOLDSCHMIDT a remarqué que la réalisation de la justice de droit international privé par le biais d'une harmonie idéale des solutions est une fonction qui ne peut s'accomplir parfaitement. La raison en est que la communauté internationale est composée de différents États, chacun doté d'un pouvoir législatif propre et qui expriment différemment leur conception de la justice de droit international privé et de droit privé en général. L'auteur considère donc que « la vraie finalité du droit international privé consiste à réaliser la justice à l'intérieur de la communauté nationale »<sup>1230</sup>.

**673.** Il est vrai que, comme l'a rappelé BATIFFOL, « la coordination est l'œuvre, dans la situation actuelle du monde, de l'initiative individuelle des États »<sup>1231</sup>. Elle ne relève d'aucune obligation internationale, sauf s'il existe un traité sur ce point.

**674.** L'impérativité internationale des objectifs du droit international privé est alors diminuée parce que cette discipline juridique se trouve profondément influencée par son origine interne. Les litiges de droit international privé sont appréhendés par des institutions internes – le législateur interne, le juge interne, etc. – c'est-à-dire des intervenants ayant nécessairement une position étatique<sup>1232</sup>. La coordination des systèmes juridiques nécessite une projection sur le plan international qui ne peut être effectuée efficacement par des structures purement internes qui donneront préférence à des préoccupations beaucoup plus proches et immédiates. Cela se vérifie tout autant avec l'intervention du mécanisme de préservation de l'ordre public (B).

---

Bruxelles / LGDJ Paris 2003, n° 590 p. 850.

<sup>1230</sup> W. GOLDSCHMIDT, *Système et philosophie du droit international privé*, RCDIP 1955 p. 644 s.

<sup>1231</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 46 p. 102.

<sup>1232</sup> Un auteur précise que le particularisme étatique a un caractère nécessaire, J. A. CARRILLO SALCEDO, *Le renouveau du particularisme en droit international privé*, RCADI 1978-II t. 160, p. 218.

B/ Une limite objective : la protection de l'ordre public

**675. Conflit de civilisations.** Parfois, la coordination peut être gênée par l'existence de divergences majeures entre les différents ensembles de systèmes juridiques : on parle dans ce cas de « conflit de civilisations ». À ce sujet, Madame GANNAGÉ explique que les civilisations occidentales et les civilisations musulmanes ne peuvent pas toujours être coordonnées, en particulier lorsqu'il s'agit de l'essence du droit civil. Elle écrit que « le souci très louable de rapprocher des ordres juridiques que tout sépare a conduit certains auteurs à nier les divergences insurmontables qui continuent d'opposer les systèmes musulmans et les systèmes occidentaux, du moins en matière de statut personnel (...) une telle analyse reflète bien la vision souvent optimiste que se font les juristes occidentaux des relations susceptibles de se nouer entre les États européens et les États musulmans »<sup>1233</sup>. En tant qu'objectif du droit international privé, la coordination des ordres juridiques n'est donc pas toujours réalisable.

**676.** BATIFFOL le reconnaît d'ailleurs lui-même : la théorie de la coordination des systèmes juridiques est imparfaite. Elle apparaît, en outre, comme irréductible : « les défauts de coordination relevés tiennent à l'existence de systèmes autonomes dont la spécificité résiste à la coordination ; si la coordination est désirable, elle ne saurait être obtenue par la suppression de cette spécificité parce que celle-ci est la donnée première du problème : avec un droit universel uniforme, il n'y aurait plus de problème ; la coexistence de systèmes distincts appelle une coordination, mais celle-ci ne peut être parfaite, à raison du lien inéluctable entre la teneur de chaque système et ses règles de conflit. Comme on l'a justement observé, ce n'est pas ordonner des éléments que de les détruire sous prétexte de les intégrer »<sup>1234</sup>.

Ces constatations sont de surcroît appuyées par une critique saisissante : les conflits de lois ne sont pas les seuls conflits que le droit international privé est chargé de résoudre (C).

---

<sup>1233</sup> L. GANNAGÉ, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille, BDP t. 353, LGDJ Paris 2001, n° 248 p. 166.

<sup>1234</sup> H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 96 p. 213.

C/ Une limite du champ matériel : la méthode de référence à l'ordre juridique compétent

**677. Méthode de référence à l'ordre juridique compétent.** L'harmonie internationale des solutions est défectueuse car, comme le démontre Monsieur PICONE, elle n'atteint pas tous les stades à l'occasion desquels la situation juridique est portée devant le juge. Par conséquent, l'harmonie internationale ne doit pas être limitée à l'uniformité de la décision matérielle quel que soit le tribunal saisi. Il faut l'étendre à la possibilité pour la situation considérée de se développer dans chaque ordre juridique auquel elle se rapporte. Monsieur PICONE se propose de réaliser cet objectif en usant d'une approche plus large, celle de la référence à l'ordre juridique compétent<sup>1235</sup>. De cette manière, l'objectif est de parvenir à une meilleure coordination des systèmes en envisageant les principales étapes qui concernent le droit international privé, c'est-à-dire celles de la compétence juridictionnelle, de la loi applicable au fond et de la reconnaissance de la décision.

**678.** La conception unitaire du droit international privé, proposée par cet auteur, permet alors de rendre des solutions réellement uniformes, dont l'efficacité est éprouvée à chaque niveau. Avec ce système, les conflits sont envisagés comme des conflits entre ordres juridiques dans leur globalité. En quelque sorte, l'auteur prête plus de considération à la continuité de la vie juridique des justiciables qu'au simple emploi de la loi étrangère dans l'ordre juridique du for, le tout sous l'égide d'un principe supérieur de coordination des ordres juridiques. Il adopte une conception plus institutionnelle que normative.

**679. Conclusion de la section.** Ces constatations, issues d'une présentation globale du droit international privé, permettent d'expliquer pourquoi certaines politiques internes forment obstacle aux objectifs du droit international privé. La coordination internationale, dont l'objectif est une harmonie modérée des solutions, constitue donc une combinaison qui ne peut pas réaliser une communication parfaite entre les éléments des systèmes étatiques. En fait, si toutes ces théories ne parviennent pas à exclure la *lex fori* de la résolution des conflits de lois c'est qu'au contraire, la loi du for et la loi étrangère doivent se concevoir de

---

<sup>1235</sup> Sur la doctrine de la référence à l'ordre juridique compétent, v. P. PICONE, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé - cours général de droit international privé, RCADI 1999 t. 276, p. 9 ; v. aussi P. PICONE, La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé, RCADI 1986-II t. 197, p. 229 ; B. ANCEL, Compte rendu de l'ouvrage de Paolo PICONE « *Ordinamento competente e diritto internazionale privato* », RCDIP 1988 p. 187.

façon complémentaire. La clef de la répartition entre la coïncidence et la séparation du *jus* et du *forum* doit donc se rechercher dans une comparaison des fondements respectifs de la désignation de la loi applicable et de la compétence juridictionnelle, ce que nous nous proposons de faire dans la section suivante (Section 4).

Section 4 La comparaison fonctionnelle des chefs de compétence et du critère de rattachement

**680. Un objet commun mais des différences caractéristiques.** En dépit d'une différence de nature et de technique, les règles de compétence juridictionnelle et les règles de résolution des conflits de lois ont pour point commun de se rapporter au même phénomène social<sup>1236</sup>. De ce fait, les règles de compétence juridictionnelle influencent nécessairement les règles de conflit de lois et *vice versa*<sup>1237</sup>. Il n'empêche que, sur plusieurs plans, les règles d'attribution de compétence présentent des différences avec les règles de résolution des conflits de lois. Ces différences expliquent alors que chaque catégorie de règles puisse mener à une solution propre. En effet, les règles de compétence juridictionnelle présentent un caractère toujours unilatéral, tandis que la résolution du conflit de lois s'opère, en principe, selon un caractère bilatéral (§ 1). D'un autre côté, la séparation entre le *forum* et le *jus* est favorisée par une pluralité de chefs de compétence qui contraste avec l'unicité de la loi destinée à résoudre la question de droit (§ 2).

§ 1 Le caractère unilatéral des règles de compétence juridictionnelle

**681. Caractère unilatéral.** Le fonctionnement des règles de compétence juridictionnelle est intrinsèquement unilatéral<sup>1238</sup>. Cela signifie que le juge saisi n'a pas le pouvoir d'attribuer compétence à un juge étranger, sauf à enfreindre l'indépendance qui caractérise les États souverains. En d'autres termes, si le tribunal s'estime incompétent après avoir été saisi d'un litige international, il ne peut renvoyer les parties à soumettre leur cause devant le

---

<sup>1236</sup> J. GONZÁLEZ CAMPOS, Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé, RCADI 1977-III t. 156, p. 237.

<sup>1237</sup> Sur l'influence réciproque qui existe entre le *jus* et le *forum*, v. *infra* n° 791 s.

<sup>1238</sup> Fr. RIGAUX, La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie, RCDIP 1985 p. 6-7 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 332 p. 247.

tribunal étatique qu'il juge mieux placé pour statuer<sup>1239</sup>.

**682.** En matière de compétence juridictionnelle, le respect de la souveraineté et de l'indépendance des États est donc strictement observé. Chaque État est libre de déterminer le contentieux international susceptible d'être porté devant ses juridictions. À moins qu'il n'ait conclu un accord international à ce propos, il n'est pas tenu de coopérer avec les autres États pour qu'ensemble ils se répartissent le règlement des litiges internationaux. Le chef de compétence ne sert donc qu'à indiquer si le juge saisi est compétent, de son seul point de vue étatique. Par opposition, le critère de rattachement permet de localiser la situation et de lui appliquer une règle qui correspond à sa centralisation géographique<sup>1240</sup>. Il est indifférent que cette règle se trouve issue d'un système juridique étranger, la règle de conflit ayant une vocation universelle.

**683. Nature procédurale.** Le fondement du caractère unilatéral est vraisemblablement lié à la nature procédurale de la compétence juridictionnelle. Or, on sait déjà que, par principe, les questions procédurales sont laissées à la *lex fori*<sup>1241</sup>. La qualification unilatérale de la compétence est alors dépendante de savoir si, en droit international privé, la compétence juridictionnelle ne se serait pas émancipée de la procédure. Si tel était le cas, nous pourrions remettre en cause ce caractère unilatéral des règles de compétence.

**684. Intérêt récent des auteurs de droit international privé.** Longtemps peu exploitée par les auteurs, la compétence juridictionnelle a trouvé sa place à côté de la science des conflits de lois, même si, structurellement, cette dernière reste l'axe premier du droit international privé<sup>1242</sup>. Il ne peut guère être nié que la doctrine « a longtemps concentré ses

---

<sup>1239</sup> V. par exemple : « en effet, le Code de procédure civile n'a pour but que de régler les modes de procéder devant les tribunaux français et de fixer la compétence entre les différents tribunaux français qui peuvent être appelés à connaître d'une contestation ; (...) les lois françaises de procédure ne peuvent avoir pour effet d'attribuer juridiction à des tribunaux étrangers », Trib. Civ. Tours, 10 janvier 1896, LETTS et a., confirmé par Orléans, 18 novembre 1896, JDI 1897 p. 328-329.

<sup>1240</sup> V. P. MAYER, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, RCDIP 1979 p. 358 s.

<sup>1241</sup> Sur le principe de soumission de la procédure à la *lex fori*, v. *supra* n° 40 s.

<sup>1242</sup> Monsieur BOLZE estime qu'« en réalité, l'histoire de la distinction entre le conflit de lois et le conflit de juridictions n'est que l'histoire de l'émancipation progressive du premier au détriment du second », A. BOLZE, Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international, th. Paris II 1996, n° 316 p. 199. V. aussi

efforts sur le droit des conflits de lois »<sup>1243</sup> plutôt que sur la compétence juridictionnelle, qui apparaît, dès lors comme « le parent pauvre du droit international privé »<sup>1244</sup>.

**685. Explication.** Le caractère récent de cet intérêt est parfois critiqué<sup>1245</sup>. Pour l'expliquer, un auteur soulève que l'étude de la compétence juridictionnelle a été occultée par la doctrine parce que « les auteurs les plus représentatifs de la tendance universaliste en droit international privé aspiraient à ce que les mêmes règles de conflit fussent appliquées par les tribunaux des différents pays et que cette uniformité comportât celle de la solution égale de chaque litige, quel que soit le tribunal chargé d'en juger, ce qui avait produit une perte d'intérêt dans la détermination de ce tribunal »<sup>1246</sup>. Plus précisément, « la théorie des conflits de lois suppose que chaque relation juridique, voire chacun de ses éléments, doit être régie par une certaine loi quel que soit le tribunal chargé d'en juger »<sup>1247</sup>.

**686.** L'explication est alors renvoyée aux sources de la méthode savignienne de résolution des conflits de lois : « SAVIGNY raisonne à partir du postulat de la communauté de droit à laquelle il aspire, ce qui entraîne la neutralisation du problème judiciaire (...) SAVIGNY met en œuvre sa méthode de localisation en supposant le problème de la compétence judiciaire résolu, comme si la localisation savignienne contenait en puissance la solution du conflit de juridictions et, a fortiori celle de la procédure. Il en résulte que SAVIGNY a maintenu dans le droit international privé l'absence de toute interrogation quant au lien entre

---

les repères historiques avancés in B. AUDIT, Le droit international privé en quête d'universalité, RCADI 2003 t. 305, p. 361 (spéc. note 1143).

<sup>1243</sup> M. FALLON, Le droit international privé en 2004, entre *ius commune*, codification et droit privé européen, in Le Code civil entre *ius commune* et droit privé européen : études réunies et présentées par Alain WIJFFELS, Bruylant Bruxelles 2005, p. 236.

<sup>1244</sup> M. FALLON, *op. cit.*, p. 241.

<sup>1245</sup> Ces critiques sont principalement le fait de Monsieur BOLZE, selon lequel il « est symptomatique d'observer que la doctrine contemporaine française évoque plus souvent l'histoire du conflit de lois ou l'histoire du droit international privé que celle du conflit de juridictions », A. BOLZE, Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international, th. Paris II 1996, n° 316 p. 198.

<sup>1246</sup> A. MIAJA de la MUELA, Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international, RCADI 1972-I t. 135, p. 42. Lorsqu'il s'agit de privilégier les questions de compétence, la doctrine anglo-américaine parle d'ailleurs de *jurisdictional approach*, par opposition à la *choice of law approach*. V. *infra* n° 943 s.

<sup>1247</sup> A. MIAJA de la MUELA, *op. cit.*, p. 61.

la règle de conflit et les problèmes de procédure »<sup>1248</sup>. Les causes du délaissement des questions de compétence se trouvent donc dans l'objectif de la théorie savignienne : en recherchant l'harmonie internationale, cette doctrine se concentre exclusivement sur la solution apportée au *fond du droit*.

**687. Droit comparé.** Ce système de pensée est tout à fait perceptible dans les législations de droit international privé qui placent les dispositions portant sur les conflits de lois *avant* les règles qui concernent la compétence juridictionnelle. En témoignent les législations du Québec<sup>1249</sup>, du Venezuela<sup>1250</sup>, de l'ancienne Yougoslavie<sup>1251</sup>, de la Turquie<sup>1252</sup>, de la Hongrie<sup>1253</sup>, du Sénégal<sup>1254</sup>, de l'Albanie<sup>1255</sup>, de l'ancienne Tchécoslovaquie<sup>1256</sup>. Pourtant, certains systèmes juridiques étatiques montrent qu'il est possible de résister à cette présentation<sup>1257</sup>.

---

<sup>1248</sup> A. BOLZE, *op. cit.*, n° 323 p. 205.

<sup>1249</sup> Loi du 18 décembre 1991 codifiant le droit international privé en un livre dixième du nouveau Code civil du Québec (art. 3076 à 3168 du Code civil), RCDIP 1992 p. 574. Code civil québécois disponible sur le site internet du ministère de la Justice : [www.justice.gouv.qc.ca/francais/sujets/glossaire/code-civil.htm](http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/sujets/glossaire/code-civil.htm).

<sup>1250</sup> Loi de droit international privé du 6 août 1998, *Gaceta oficial de la Republica de Venezuela* n° 36511 ; RCDIP 1999 p. 392. Site internet Analitica : [www.analitica.com/bitbliblioteca/congreso\\_venezuela/privé.asp](http://www.analitica.com/bitbliblioteca/congreso_venezuela/privé.asp).

<sup>1251</sup> Loi du 15 juillet 1982 sur les solutions des conflits de lois avec les dispositions des autres États dans le domaine de certains rapports, J.O. de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, *Sluzbeni list*, 23 juillet 1982, n° 43-525/1982 ; RCDIP 1983 p. 353, note St. CIGOJ.

<sup>1252</sup> Loi sur le droit international privé et la procédure internationale n° 2675 du 20 mai 1982, *Gazette officielle*, 22 mai 1982/17701 ; RCDIP 1983 p. 141, note N. ULUOCAK.

<sup>1253</sup> Décret-loi n° 13/1979 du Présidium de la République populaire hongroise sur le droit international privé, *Magyar Közlöny* 31 mai 1979 p. 495 ; RCDIP 1981 p. 161, note F. MAJOROS.

<sup>1254</sup> Loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille, *Journal officiel de la République du Sénégal*, 12 août 1972, RCDIP 1973 p. 382, commentaire P. BOUREL.

<sup>1255</sup> Loi sur la condition des étrangers et sur l'application des lois étrangères du 21 novembre 1964, *in* L'autorité du principe de nationalité dans le droit international privé des Pays de l'Europe Centrale et Orientale par T. RAJCEVIC, th. Paris II, 2002, p. 473.

<sup>1256</sup> Loi n° 97 du 4 décembre 1963 sur le droit international privé et de procédure, *Recueil des lois de la République socialiste tchécoslovaque* 16 décembre 1963, RCDIP 1965 p. 614.

<sup>1257</sup> En 2002, un auteur constate que le contentieux soumis à la House of Lords s'est déplacé des conflits de lois aux conflits de juridictions. Il écrit dans la préface d'un ouvrage pourtant intitulé « *The Conflict of Laws* » que les décisions portant sur les conflits de lois sont devenues extrêmement rares, « *Choice of law is not dead, but one could hardly claim that it is vibrant : the House of Lords produces judgments on choice of law only once in a blue moon* », A. BRIGGS, *The Conflict of Laws*, Oxford University Press Oxford 2002, p. V.

**688. Inclusion dans la procédure.** En effet, la présentation choisie par ces différents législateurs occulte le fait que la procédure, au sens large, comprend les questions de compétence. D'ailleurs, en droit interne, la compétence territoriale des tribunaux civils et commerciaux est traditionnellement incluse dans la catégorie procédure<sup>1258</sup>. La procédure se trouve ainsi définie comme « la branche de la science du droit ayant pour objet de déterminer les règles d'organisation judiciaire, de compétence, d'instruction des procès et d'exécution des décisions de justice et englobant la procédure administrative, civile et pénale »<sup>1259</sup>. Du point de vue du droit judiciaire privé, il semble incontestable que la compétence juridictionnelle se trouve incluse dans la procédure<sup>1260</sup> car savoir devant quel juge porter son affaire, c'est savoir comment procéder pour engager son action sans risquer une exception de procédure telle que l'exception d'incompétence. D'ailleurs, dans les principes de procédure civile transnationale adoptés par l'American Law Institute et Unidroit en 2004, la compétence juridictionnelle est placée au sein de la procédure civile<sup>1261</sup>.

**689.** En d'autres termes, les questions de compétence, en tant que questions procédurales, doivent être soumises à la même loi que la procédure, à savoir la *lex fori*. Dans ce domaine,

---

<sup>1258</sup> V. S. GUINCHARD et Fr. FERRAND, Procédure civile : droit interne et droit communautaire, 28<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 302 s. p. 332 s.

<sup>1259</sup> G. CORNU (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8<sup>e</sup> éd. 2007, PUF Paris, v° Procédure, p. 725.

<sup>1260</sup> En faveur de l'insertion de la compétence dans la procédure civile internationale, v. E. VITTA, Cours général de droit international privé, RCADI 1979-I t. 162, p. 86.

<sup>1261</sup> V. le principe n° 2 intitulé « Compétence à l'égard des parties » : « 2.1 La compétence du tribunal peut s'exercer à l'égard d'une partie : 2.1.1 Lorsque les parties décident de soumettre le litige au tribunal ; 2.1.2 Lorsqu'il existe un lien substantiel entre l'État du for et la partie, l'opération ou les circonstances du litige. Un tel lien existe lorsqu'une partie essentielle de l'opération ou des circonstances du litige s'est réalisée dans l'État du for, lorsque le défendeur a sa résidence habituelle, s'il s'agit d'une personne physique, ou bien le centre principal de ses activités ou le lieu où il a été immatriculé dans l'État du for, s'il s'agit d'une personne morale. Ce lien existe également si les biens qui font l'objet du litige sont situés dans l'État du for (etc.) ». Disponible sur le site internet d'Unidroit : [www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf](http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf). Sur ce texte, v. M.-L. NIBOYET, Ébauche d'un droit judiciaire transnational, L'actualité de la pensée de Berthold Goldman (journée organisée au centre de droit européen de l'Université de Paris II le 1<sup>er</sup> octobre 2003), éd. Panthéon-Assas Paris, 2004, p. 47. V. aussi le rapport de S. GUINCHARD, La procédure mondiale modélisée : le projet de l'American Law Institute et d'Unidroit de principes et règles transnationaux de procédure civile, D. 2003 p. 2183.

les conflits de règles de compétence ne peuvent théoriquement exister car chaque juridiction étatique voit ses activités fixées en toute indépendance. En effet, l'autorité judiciaire tire sa légitimité de la souveraineté de l'État, elle ne peut exercer sa juridiction hors du territoire de ce dernier. C'est pourquoi, en l'absence de conventions internationales, il appartient au droit du for de régler la compétence et, *a fortiori*, de régler la procédure. En conséquence, la rupture du lien entre la compétence et la procédure ne se justifie pas.

**690. Autonomie par rapport à la procédure ?** Pourtant, il n'en va pas de même du point de vue du droit international privé, en raison de la place qu'occupe la compétence juridictionnelle au sein de la matière. En droit international privé, les questions de compétence juridictionnelle sont beaucoup plus développées que n'importe quelle autre question relative à la procédure<sup>1262</sup>. C'est que la *summa divisio* du droit international privé s'opère principalement entre la résolution du conflit de lois et la compétence juridictionnelle<sup>1263</sup>.

**691.** Du reste, pour l'instant, les auteurs de cette discipline n'associent pas vraiment la compétence juridictionnelle à la catégorie « procédure »<sup>1264</sup>, ce qui explique d'ailleurs que la question soit davantage traitée dans les ouvrages de droit international privé que dans ceux de droit judiciaire privé. En particulier, un auteur autorisé estime que la compétence juridictionnelle doit recevoir un traitement distinct de la procédure au sens strict, qui ne concernerait que « la structure et le déroulement de l'instance »<sup>1265</sup>. Mais cette dissociation

---

<sup>1262</sup> Il y a paradoxe, par exemple, à ce qu'un universitaire choisisse d'exclure de son étude les questions de procédure alors que son article porte sur la place de la loi anglaise en tant que *lex fori* en droit international privé anglais : « *it has, however, been decided to exclude from this discussion those (admittedly wide) categories of problems which are traditionally treated in books under the heading of "Procedure" and are solved by reference to the lex fori* », P. R. H. WEBB, Some thoughts on the place of English law as *Lex Fori* in English Private International Law, ICLQ 1961 (vol. 10) p. 819.

<sup>1263</sup> Sur le principe de séparation entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable au fond, v. *supra* n° 591 s.

<sup>1264</sup> Dans son manuel de droit international privé, Monsieur AUDIT distingue la compétence internationale de la procédure, B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 415 s. p. 343 s. Cette séparation est utilisée dans sa présentation du droit commun français des conflits de juridictions mais pas dans celle du droit supranational.

<sup>1265</sup> A. HUET, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) - Compétence de la « *lex fori* » - Domaine de la « *lex fori* » : action en justice, J-Cl. Procédure civile, fasc. 57-10 (2001), n° 6 p. 3.

ne s'explique pas.

**692.** De surcroît, en droit comparé, la compétence juridictionnelle semble même parfois être explicitement dissociée de la procédure. La loi vénézuélienne de droit international privé présente, à ce sujet, une rédaction particulièrement notable puisqu'elle dispose que « la compétence et les formes de la procédure sont régies par le droit de l'autorité devant laquelle il est procédé »<sup>1266</sup>. La formulation est exemplaire car, premièrement, elle revêt un caractère universel (dépourvu de toute référence au pays dont elle est issue) et, deuxièmement, parce qu'elle fait une distinction entre la compétence des autres questions procédurales. Dans le droit international privé vénézuélien, les règles de compétence juridictionnelle ne sont pas mises en relation avec la procédure.

**693.** Il n'en reste pas moins que, malgré son autonomie au sein de la catégorie procédure, la compétence juridictionnelle se trouve profondément marquée par des considérations procédurales : cela en assure un lien indéfectible avec le caractère souverain de la justice étatique. La désignation de la loi applicable s'abstrait, quant à elle, de ces considérations pour privilégier une adéquation avec la localisation du rapport de droit et une sélection égalitaire entre les lois en conflit, selon le principe de l'égalité des lois. Elle est, en outre, destinée à ne sélectionner qu'une seule loi, contrairement aux chefs de compétence qui peuvent être multiples (§ 2).

§ 2 Le caractère multiple des chefs de compétence juridictionnelle

**694. Caractère multiple : présentation.** Alors que la fonction de la règle de conflit est de désigner une solution unique qui permettra de résoudre le problème juridique, les règles de compétence juridictionnelle peuvent aboutir à une multiplicité de chefs de compétence<sup>1267</sup>.

---

Madame GAUDEMET-TALLON, quant à elle, n'hésite pas à revendiquer l'exclusion de la compétence juridictionnelle du domaine de la procédure, H. GAUDEMET-TALLON, Les aspects de droit international privé du Projet ALI-UNIDROIT, *in* La procédure civile mondiale modélisée, Actes du colloque de Lyon du 12 juin 2003, sous la dir. de Frédérique FERRAND, éd. Juridiques et Techniques, Paris 2004, p. 71.

<sup>1266</sup> Art. 56 de la loi de droit international privé du 6 août 1998, Gaceta official de la Republica de Venezuela n° 36511 ; RCDIP 1999 p. 400. Disponible sur le site internet Analitica : [www.analitica.com/bitlibroteca/congreso\\_venezuela/prive.asp](http://www.analitica.com/bitlibroteca/congreso_venezuela/prive.asp).

<sup>1267</sup> V. G. KEGEL, The crisis of Conflict of Laws, RCADI 1964-II t. 112, p. 235.

La multiplicité peut être intrinsèque au système de compétence juridictionnelle : tel est le cas, par exemple, lorsque qu'une option est ouverte au demandeur entre plusieurs chefs de compétence. Elle peut également être extérieure au système : tel est le cas lorsque des chefs de compétence étatiques ne sont pas internationalement unifiés. Il y a alors une multiplication des possibilités pour le demandeur ; elle est rendue possible par la diversité des ordres juridiques étatiques.

**695. Exceptions.** Il existe toutefois des hypothèses d'unicité au sein de la détermination de la compétence juridictionnelle. Il s'agit des chefs de compétence qui sont à la fois impératifs (excluant toute option) et unifiés au niveau international (annihilant les différences entre les pays). Dans ce cas de figure, une seule juridiction est universellement compétente et tout autre choix est exclu, quel que soit le pays où le demandeur engage son action. Hormis cette hypothèse, la pluralité des juridictions compétentes offre au demandeur le pouvoir d'assigner son adversaire devant la juridiction étatique de son choix.

**696. Exemple de pluralité de chefs.** La pluralité de chefs compétents se retrouve ainsi dans les conventions bilatérales. En matière de divorce, par exemple, la convention franco-marocaine du 10 août 1981 formule une option entre les tribunaux du domicile et les tribunaux de la nationalité commune des époux<sup>1268</sup>. La multiplicité des chefs de compétence existe aussi en droit international privé européen. Dans le règlement Bruxelles I, il existe un chef de compétence général fondé sur le domicile du défendeur, mais aussi des chefs de compétence spéciaux, des chefs de compétence dérivés et encore la possibilité d'élire un for compétent<sup>1269</sup>.

---

<sup>1268</sup> « La dissolution du mariage peut être prononcée par les juridictions de celui des deux États sur le territoire duquel les époux ont leur domicile commun ou avaient leur dernier domicile commun. Toutefois, au cas où les époux ont tous deux la nationalité de l'un des deux États, les juridictions de cet État peuvent être également compétentes, quel que soit le domicile des époux au moment de l'introduction de l'action judiciaire », art. 11 de la Convention entre la République française et le Royaume du Maroc relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire, Décret n° 83-435 du 27 mai 1983 publié au J.O du 1<sup>er</sup> juin 1983, p. 1643 ; disponible sur : <http://www.diplomatie.gouv.fr/francais/familles/bilat/convfrmar.html>.

<sup>1269</sup> Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE n° L 12 du 16/01/2001 p. 1. Le règlement, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002, remplace entre les États membres (y compris au Danemark depuis 2005) les dispositions de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968. V. J.-P. BERAUDO, Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des

**697.** Cela est encore plus flagrant dans le règlement Bruxelles II *bis* où coexistent sept chefs de compétence différents en matière de désunion. L'article 3 § 1 précise que « sont compétentes pour statuer sur les questions relatives au divorce, à la séparation de corps et à l'annulation du mariage des époux, les juridictions de l'État membre :

a) sur le territoire duquel se trouve :

- la résidence habituelle des époux, ou
- la dernière résidence habituelle des époux dans la mesure où l'un d'eux y réside encore, ou
- la résidence habituelle du défendeur, ou
- en cas de demande conjointe, la résidence habituelle de l'un ou l'autre époux, ou
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins une année immédiatement avant l'introduction de la demande, ou
- la résidence habituelle du demandeur s'il y a résidé depuis au moins six mois immédiatement avant l'introduction de la demande et s'il est soit ressortissant de l'État membre en question, soit, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, s'il y a son "domicile" ;

b) de la nationalité des deux époux ou, dans le cas du Royaume-Uni et de l'Irlande, du "domicile" commun »<sup>1270</sup>.

---

décisions en matière civile et commerciale, JDI 2001 p. 1033 ; 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 ; M.-L. NIBOYET , La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000, Gaz. Pal. 2001 doct. p. 943 ; H. CROZE, 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, Procédures 2001 (n° 4) p. 7 ; Ch. BRUNEAU, Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale. Règlement Cons. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, JCP 2001 I n° 304 p. 533 ; Fr.-J. PANSIER, Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale : un règlement du 22 décembre 2000 remplace la Convention de Bruxelles, Petites affiches 29 janv. 2001, p. 5. Texte du règlement disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1270</sup> Art. 3, 1. du Règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000 ; RCDIP 2004 p. 209. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/> ; v. M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 457 p. 330. Sur l'ensemble de ce règlement v. H. FULCHIRON et C. NOURRISSAT (sous la dir. de), Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale, Dalloz Paris 2005 ; R. CRÔNE, Les

**698. Explication historique.** En fait, historiquement, la multiplication des chefs de compétence a pu avoir pour but d'accorder un juge saisi une compétence la plus universelle possible, par défiance envers la justice rendue par les juges étrangers ou encore par le souci de protéger les intérêts des nationaux par rapport à ceux des étrangers. La France a pratiqué ce type de politique juridictionnelle, en particulier lorsque les articles 14 et 15 du Code civil constituaient le fondement quasi-unique de la compétence internationale des juges français.

**699.** Depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, l'explication souverainiste de la compétence juridictionnelle s'est estompée puisque les chefs de compétence sont calqués sur les règles destinées aux litiges internes<sup>1271</sup>. Les chefs de compétence répondent donc davantage à la bonne administration de la justice qu'à la volonté d'élargir abusivement l'assiette des litiges susceptibles d'être résolus par le juge français<sup>1272</sup>. Il en va de même en ce qui concerne les règles européennes de compétence<sup>1273</sup>. L'existence d'une option de compétence

---

règlements C.E. n<sup>os</sup> 1347/2000 du 29 mai 2000 et 2201/2003 du 27 novembre 2003 (dits Règlements « Bruxelles-II » et « Bruxelles-II bis »), Rép. Def. 2005 n<sup>o</sup> 1, art. 10009, p. 76 ; A. BOICHÉ, Les dispositions du règlement Bruxelles II *bis* en matière de responsabilité parentale et de droit de visite, *Revue Juridique Personnes & Famille* 2005-3/12 p. 6 ; A. BIGOT, Le nouveau règlement communautaire du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, *Droit de la famille mars 2004* chron. n<sup>o</sup> 8 p. 12 ; S. DJEMNI-WAGNER, L'évolution du droit communautaire de la responsabilité parentale : présentation des principales dispositions du règlement dit « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003, *Gaz. Pal.* 4 septembre 2004 n<sup>o</sup> 248 p. 18 ; 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. *Adde*, B. ANCEL et H. MUIR WATT, La désunion européenne : le Règlement dit « Bruxelles II », *RCDIP* 2001 p. 403.

<sup>1271</sup> M. FALLON, Le droit international privé en 2004, entre *ius commune*, codification et droit privé européen, *in* *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen : études réunies et présentées par Alain WIJFFELS*, Bruylant Bruxelles 2005, p. 234. V. Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 19 octobre 1959, PELASSA, *Bull.* 1959 I n<sup>o</sup> 415 p. 344 ; D. 1960 II p. 37, note G. HOLLEAUX (1<sup>er</sup> arrêt) ; *RCDIP* 1960 p. 215, note Y. LOUSSOUARN et Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 30 octobre 1962, SCHEFFEL, *Bull.* 1962 I n<sup>o</sup> 449 p. 385 ; *RCDIP* 1963 p. 387, note Ph. FRANCECAKIS ; D. 1963 II p. 109, note G. HOLLEAUX ; *GADIP* n<sup>o</sup> 37.

<sup>1272</sup> Certaines extensions de compétence, indépendantes des chefs retenus pour les litiges internes, subsistent néanmoins. On en trouve trace en matière d'insolvabilité (Cass. Cass. Com., 11 avril 1995, M. WIGHT ET A., *Bull.* 1995 IV n<sup>o</sup> 126 p. 111 ; Cass. Com., 26 octobre 1999, SANDUR HOLIDAYS LIMITED, n<sup>o</sup> 96-12946 *Legifrance* et Cass. Com., 1<sup>er</sup> octobre 2002, CRCAM QUERCY-ROUERGUE, n<sup>o</sup> 99-11858 *Legifrance*) mais aussi en cas de mesures urgentes ou de risque de déni de justice. Sur l'urgence, v. *supra* n<sup>o</sup> 524 s.

<sup>1273</sup> « La justification des dérogations, apportées par l'article 5 à la règle générale de compétence de l'article 2, [doit] exclusivement être recherchée dans le souci d'une bonne administration de la justice », CJCE,

juridictionnelle au bénéfice du demandeur a donc principalement pour finalité de permettre à ce dernier d'accéder plus facilement à la justice et non de lui offrir la possibilité de faire volontairement coïncider le *forum* et le *jus* (ce qui conduirait à l'application de la *lex fori*).

**700. Hypothèse du juge naturel.** Pourrait-on restreindre la compétence juridictionnelle à un chef de compétence unique ? À ce sujet, Madame GAUDEMET-TALLON distingue le juge dont la compétence est naturelle du juge dont la compétence est artificielle ou exorbitante<sup>1274</sup>. Le juge naturel, tel qu'envisagé par cet auteur, est un juge idéal dont la désignation emprunte à la philosophie de la méthode de résolution des conflits de lois : un juge unique, respectant les prévisions des parties, la sécurité juridique, aussi bien qu'une analyse sociologique et géopolitique de la situation litigieuse.

Mais, dès lors qu'il est admis que les règles qui déterminent le *forum* et celles qui désignent le *jus* obéissent à des objectifs différents, il en ressort que *la compétence juridictionnelle n'est pas forcément unique et impérative*. Ce serait la confondre avec la localisation du rapport de droit opérée en matière de résolution du conflit de lois. Il est donc parfaitement rationnel que plusieurs fors différents puissent se saisir du litige. Historiquement, cela répond à la « propension des États à étendre la compétence de leurs juridictions dans les litiges internationaux, sans se soucier de l'effet perturbateur de cette extension »<sup>1275</sup>.

---

22 novembre 1978, SOMAFER c/ SAAR-FERNGAS, aff. 33/78, Rec. 1978 p. 2183, point 7 [*modifié par nous*] ; JDI 1979, p. 672, note A. HUET ; D. 1979 IR p. 458, note B. AUDIT. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1274</sup> « Idéalement, le juge naturel devrait être à la fois celui que désignerait spontanément toute personne non juriste mais dotée de bon sens, et celui qui résulterait de l'analyse juridique la plus fine de la situation litigieuse. Le juge "naturel" sera donc celui, qui, pour un litige déterminé, correspondra le mieux à l'attente de justice et des plaideurs et de la société toute entière », H. GAUDEMET-TALLON, L'introuvable « juge naturel », in *Nonagesimo anno : mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, PUF Paris 1999, p. 594. Au IX<sup>e</sup> siècle, le juge naturel était celui du lieu où la personne « se lève et se couche », autrement dit, le juge de son domicile, J. GONZÁLEZ CAMPOS, Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé, RCADI 1977-III t. 156, p. 254. Sur l'histoire du juge naturel, v. V. MOISSINAC MASSÉNAT, Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé, BDP t. 481, LGDJ Paris 2007, n° 45-50 p. 26-30.

<sup>1275</sup> M. FALLON, Le droit international privé en 2004, entre *ius commune*, codification et droit privé européen, in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen : études réunies et présentées par Alain WIJFFELS*, Bruylant Bruxelles 2005, p. 234.

**701. Différence de fonction.** Plus généralement, la question de la compétence juridictionnelle et celle de la loi applicable répondent à des préoccupations différentes<sup>1276</sup>. Pour la première, il peut s'agir de faire prévaloir la bonne administration de la justice. Or, comme nous l'avons précédemment exposé, cette notion regroupe plusieurs éléments<sup>1277</sup>. Premièrement, la fonction des règles de compétence juridictionnelle peut être de favoriser la commodité du défendeur en lui permettant d'être convoqué devant le tribunal le plus accessible. Deuxièmement, la fonction des règles de compétence peut aussi être de faciliter la procédure suivie par le juge. De cette façon, le chef de compétence désignera le tribunal le plus proche de l'évènement générateur du litige afin de faciliter la production des preuves et l'instruction du dossier. Il peut encore désigner le tribunal du pays dans lequel la décision sera exécutée, etc.

**702.** Bien entendu, ces fondements ne sont pas exclusifs les uns des autres. Au contraire, ils peuvent se cumuler pour justifier un même chef de compétence, voire se combiner, ce qui explique l'existence d'une pluralité de chefs de compétence. Ainsi, pour un exemple de cumul de fondements, prenons le cas de la règle selon laquelle le tribunal compétent est celui du ressort dans lequel se trouve située la demeure du défendeur (règle dite « *actor sequitur forum rei* »). Il s'agit d'une règle de compétence universellement admise et qui était connue à la fois du droit romain, du droit canonique et du droit coutumier<sup>1278</sup>. Cette règle se justifie à plusieurs égards. Le premier est celui de la sécurité juridique : « celui qui, par sa demande, prend l'initiative de contester une situation apparente doit prendre sur lui les inconvénients et les charges du déplacement ; s'il en était autrement, tout titulaire d'une situation établie, même solidement acquise, serait constamment exposé au risque d'être obligé d'aller plaider loin de chez lui pour répondre aux demandes les plus fantaisistes »<sup>1279</sup>.

**703.** La seconde justification de la règle *actor sequitur forum rei* est de permettre l'exécution de la décision judiciaire. Ainsi, en cas de victoire, le demandeur pourra obtenir l'exécution de la décision obtenue à l'endroit où le défendeur possède vraisemblablement le

---

<sup>1276</sup> V. H. GAUDEMET-TALLON, La compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle : quelques tendances, in Clés pour le siècle, Dalloz Paris 2000, spéc. n° 147 p. 126.

<sup>1277</sup> Sur la notion de bonne administration de la justice, v. *supra* n° 502 s.

<sup>1278</sup> V. S. GUINCHARD et Fr. FERRAND, Procédure civile : droit interne et droit communautaire, 28<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 304 p. 333.

<sup>1279</sup> R. PERROT, Institutions judiciaires, 12<sup>e</sup> éd. 2006, Montchrestien Paris, n° 524 p. 424.

plus de biens<sup>1280</sup>. Il s'agit ici de faciliter l'issue du procès.

**704.** Parfois le chef de compétence fondé sur la demeure du défendeur est concurrencé par les autres éléments qui composent la bonne administration de la justice, comme l'efficacité de la preuve, la protection particulière de certaines catégories de plaideurs, la nature du litige ou encore le lien entre l'objet du litige et le lieu de l'introduction de la demande<sup>1281</sup>.

**705.** Dans ces hypothèses, les justifications sont aussi différentes que les intérêts qu'elles sous-tendent. Monsieur AUDIT a abordé cette pluralité d'intérêts qu'il classe selon le point de vue de l'État, celui du justiciable et celui de l'ordre international<sup>1282</sup>. Il en ressort que l'intérêt des États est de maintenir la paix publique pour les litiges portés à la connaissance de ses juridictions. Pour autant, ces dernières ne doivent pas bénéficier d'une compétence universelle car l'État doit se garder d'encombrer ses tribunaux et d'alourdir le coût que représente la prise en charge de ce contentieux (surtout lorsque les juges sont tenus d'appliquer une loi étrangère). Le justiciable a, quant à lui, un intérêt à plaider devant le tribunal le plus proche de sa demeure mais aussi un intérêt à faire exécuter la décision obtenue dans le pays où son adversaire possède des biens. Il a aussi un intérêt à ce qu'il n'y ait aucun cumul de compétence entre les différents pays – ce qui l'obligerait à conduire plusieurs procès sans garantie d'obtenir un résultat identique à chaque fois (respect par les États des règles de litispendance internationale). Enfin, l'intérêt de l'ordre international est d'éviter les conflits de souveraineté entre les États afin qu'un tribunal étatique ne puisse pas abusivement statuer sur une affaire qui n'a strictement aucun lien avec le pays sur lequel il est institué (ce qui reçoit l'appellation de compétence exorbitante). Cela montre, une fois de plus, que le concept de bonne administration de la justice se doit d'être apprécié selon de multiples critères<sup>1283</sup>.

---

<sup>1280</sup> « En pratique, les hypothèses dans lesquelles les États attribuent "compétence" internationale directe à leurs tribunaux coïncident très largement avec celles où des actes de contrainte sont susceptibles d'être accomplis sur leur territoire. Le critère de "compétence" le plus répandu, c'est-à-dire le domicile du défendeur, se justifie non seulement par le souci de commodité du défendeur mais aussi par la facilité qu'aura le demandeur d'obtenir sur place l'exécution forcée du jugement (le défendeur ayant en général des biens dans le pays de son domicile, ou pouvant y être soumis à un acte de coercition sur sa personne) », P. MAYER, *Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence*, RCDIP 1979 n° 82 p. 549.

<sup>1281</sup> A. LE BAYON, *Compétence territoriale*, J-Cl. Procédure civile, fasc. 211 (2000), n° 4 p. 3.

<sup>1282</sup> B. AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité*, RCADI 2003 t. 305, n° 384 s. p. 377 s.

<sup>1283</sup> Pour une présentation des caractères de la bonne administration de la justice, v. *supra* n° 502 s. et n° 519 s.

**706.** Quant à elle, la règle de conflit de lois désigne une loi unique en raison de sa fonction propre : deux solutions différentes ne peuvent être simultanément apportées à une même question de droit privé<sup>1284</sup>. La séparation entre le *forum* et le *jus* naît aussi de l'existence d'une pluralité de chefs de compétence, qui contraste avec l'unicité de la loi désignée à résoudre la question de droit, car « il se peut que l'attache, suffisante pour justifier la compétence juridictionnelle, soit insuffisante pour justifier la compétence législative »<sup>1285</sup>.

**707.** En effet, la bonne administration de la justice est, en principe, extérieure à la résolution des conflits de lois. Par exemple, la commodité des plaideurs n'est généralement pas un élément pris en compte dans la résolution du litige au fond du droit. De même, la sélection d'un juge naturel, qui serait par définition unique et impératif, est en principe extérieure à l'attribution de la compétence juridictionnelle. Les deux catégories de règles ne répondent pas aux mêmes finalités. Cela ne signifie pas, pour autant, qu'il n'y ait pas de coïncidence entre les objectifs poursuivis par les règles de conflit de lois et ceux poursuivis par les règles de compétence juridictionnelle. Dans ce cas, la convergence d'objectifs produit une coïncidence du *forum* et du *jus* c'est-à-dire l'application de la *lex fori* pour résoudre le litige international.

**708. Analyse.** En résumé, les deux types de règles utilisent un élément de fait tiré de la situation juridique internationale : d'un côté le chef de compétence, de l'autre le critère de rattachement. Or, les deux justifications apportées au choix de cet élément ne se recoupent pas forcément. De cette constatation résulte la possibilité pour le juge de puiser la résolution du litige dans un droit étranger. En effet, il est admis que les règles de compétence juridictionnelle trouvent, en principe, leur raison d'être dans des impératifs de commodité pour les justiciables et que les règles de conflit de lois s'attachent à localiser la meilleure loi applicable d'après les faits de la cause<sup>1286</sup>.

---

<sup>1284</sup> P. MAYER, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, RCDIP 1979 n° 16 p. 19. Une autre question est de savoir si, en pratique, tous les États parviennent à la même solution. Sur les difficultés qui touchent à l'harmonie internationale des solutions, v. *supra* n° 661 s.

<sup>1285</sup> P. LOUIS-LUCAS, Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ?, RCDIP 1959 p. 407.

<sup>1286</sup> V. H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II t. 139, p. 92.

**709.** Pourtant, il arrive que les deux groupes de règles connaissent des dérives par rapport à leur justification initiale. Dès lors que ces fondements sont altérés, la dissociation entre les deux groupes de règles est d'autant plus accentuée. Par exemple, le chef de compétence peut être manipulé afin de privilégier la protection d'intérêts purement étatiques. Ainsi, privilégier un chef de compétence fondé sur la nationalité des parties permet d'attirer le contentieux des nationaux ; il en va de même pour toutes les règles exorbitantes de compétence<sup>1287</sup>. La dissociation des règles de compétence juridictionnelle et de droit applicable naît alors nécessairement d'un conflit d'intérêts entre, d'une part, la volonté d'attirer égoïstement le contentieux qui présente un lien avec l'État du for et, d'autre part, la volonté de faire régir les situations internationales par la loi de l'État où elles se trouvent objectivement localisées.

**710.** À l'opposé, une manipulation du critère de rattachement peut entraîner une haute probabilité d'identité du *jus* avec le *forum*. Dans cette hypothèse, la volonté d'attirer le contentieux qui présente un lien quelconque avec l'État du for coïncide avec la volonté de faire appliquer sa propre loi au juge saisi<sup>1288</sup>.

**711.** De ces deux tendances, il faut alors conclure de l'impossibilité de coïncidence totale entre les chefs de compétence et les critères de rattachement. Cette impossibilité en entraîne une autre : celle qui revient à séparer totalement ces deux catégories d'éléments. Il n'y a donc aucun principe qui puisse satisfaire pleinement ces deux tendances en même temps<sup>1289</sup>. Elles sont nécessairement complémentaires. Elles dépendent aussi de la balance des intérêts à privilégier : le juge doit-il sacrifier la commodité du défendeur à la stabilité de l'état des personnes ? Doit-il sacrifier la bonne administration de la justice (c'est-à-dire, par exemple,

---

<sup>1287</sup> A. MIAJA DE LA MUELA, Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international, RCADI 1972-I t. 135, p. 67. V. aussi, D. FERNÁNDEZ ARROYO, Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law : Will They Ever Survive ?, in Festschrift für Erik JAYME, band 1, herausgegeben von H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, H. KRONKE, Chr. KOHLER, R. HAUSMANN, éd. Sellier München 2004, p. 169 s.

<sup>1288</sup> Sur la supériorité de la *lex fori* lors de la désignation de la loi applicable, v. *supra* n° 118 s.

<sup>1289</sup> En ce sens : « il ne paraît pas possible, en effet, de trouver une technique de rattachement d'application générale qui permettrait de satisfaire en même temps l'objectif de protection juridictionnelle et l'objectif de fond », A. NUYTS, L'exception de *forum non conveniens*, étude de droit international privé comparé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris, 2003, n° 593 p. 857.

la facilité de réunir des preuves) à la volonté des parties de soumettre le litige à une loi sans rapport avec la situation juridique ?

**712.** Les justifications de l'application de la loi étrangère résident nécessairement dans l'analyse comparée des fondements touchant aux chefs de compétence et aux critères de rattachements. La place respective de la loi étrangère et de la *lex fori* se trouve alors dépendante de l'équilibre instauré dans le système. Celle-ci n'est apparente qu'au prix non seulement d'un examen comparatif des règles de compétence et de rattachement législatif, mais aussi d'une mise en perspective historique des critères retenus pour chacune d'elles. Cependant, il n'est pas sûr qu'une telle analyse puisse être entreprise parce que la variété et la complexité des situations internationales n'autorisent aucune conclusion définitive sur le fondement à privilégier : il existera toujours une combinaison inédite de faits pour en modifier le résultat.

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**713.** Dans ce chapitre, les fondements théoriques de l'utilisation de la loi étrangère dans la résolution du litige international nous ont permis d'évaluer le principe de séparation du *forum* et du *jus*. Les diverses théories exposées ont alors révélé que les justifications de cette séparation étaient relativement insaisissables. De première part, elles ne se trouvent pas complètement dans l'opposition entre la territorialité et la personnalité des lois parce que la territorialité ne se confond pas avec l'application systématique de la *lex fori*.

**714.** De deuxième part, la théorie qui repose sur le respect des cultures juridiques étrangères, selon une conception sociologique axée sur le relativisme, se heurte aux limites de la bonne volonté de ses adeptes et ne peut pas trouver de base juridique dans un concept tel que celui de la *comitas gentium* ou celui de la réciprocité internationale.

**715.** De troisième part, la théorie savignienne de l'harmonie internationale des solutions se trouve insuffisante pour justifier le recours aux lois étrangères. Certes, en cloisonnant les ordres juridiques, l'application systématique de la *lex fori* produit indéniablement une disharmonie des solutions. Néanmoins, l'harmonie recherchée *via* l'application des lois étrangères est, en pratique, fréquemment rompue. En effet, la méthode de la localisation objective de la situation juridique n'évite pas les conflits internationaux de rattachements, qui aboutissent à localiser la loi applicable dans des pays différents. L'harmonie internationale est aussi rendue difficile par l'existence de méthodes concurrentes (rattachements unilatéraux, rattachements à finalité matérielle, etc.) et l'existence d'exceptions à l'application de la loi étrangère (en particulier la protection de l'ordre public), qui sont diversement utilisées par les juges étatiques.

**716.** Malgré un faisceau d'indices en faveur de la justification de l'utilisation de la loi étrangère, il faut conclure que ces théories sont inaptes à servir de fondement pour le principe de séparation entre le *forum* et le *jus*. Ce fondement doit, au contraire, se rechercher dans les différences qui opposent la règle de compétence et la règle de conflit de lois.

**717.** Par sa nature procédurale, la première est marquée par un caractère unilatéral, alors que la deuxième se veut, en général, bilatérale. Par ailleurs, sauf exception, les chefs de compétence sont pluriels tandis que la règle applicable au fond est nécessairement unique.

Cette pluralité repose, non sur la théorie du juge naturel, mais sur les multiples éléments qui composent la bonne administration de la justice. Dès lors, le chef de compétence et la loi applicable ne peuvent légitimement coïncider vers l'application de la *lex fori* que si l'élément suffisamment puissant pour justifier la compétence juridictionnelle sert aussi de fondement pour le critère de rattachement. Dans le cas contraire, il se produit une confrontation des localisations qui explique la séparation entre le *forum* et le *jus* : c'est là que réside le véritable fondement de l'application de la loi étrangère en matière de règlement des litiges internationaux.

**718.** En d'autres termes, cela signifie que le système de droit international privé reconnaît certaines coïncidences *légitimes* entre le chef de compétence et le critère de rattachement, en dépit des inconvénients qui sont traditionnellement assignés à l'utilisation de la *lex fori* dans la résolution des conflits de lois. Quant à elle, la séparation du *jus* par rapport au *forum* ne permet pas d'éviter ces inconvénients qui sont, du reste, relatifs à la perception générale que se font les juristes du droit, comme nous l'indique une confrontation des systèmes juridiques dans le chapitre à venir (Chapitre III).

### CHAPITRE III L'IMPUISSANCE DU PRINCIPE DE SÉPARATION FACE AUX INCONVÉNIENTS DE LA *LEX FORI*

**719.** Si le principe de séparation entre le *jus* et le *forum* pose tant de difficultés théoriques, c'est que, peut-être, sa raison d'être doit simplement se trouver dans les inconvénients posés la solution inverse, à savoir la coïncidence entre ces deux ensembles. Selon cette interprétation *a contrario*, le recours aux lois étrangères s'expliquerait par les défauts de la solution qui consiste à appliquer la loi du for pour résoudre un conflit de lois. Cependant, nous allons voir que ces difficultés posées par la *lex fori* peuvent être résolues autrement que par l'application de la loi étrangère.

**720.** De quoi s'agit-il précisément ? En pratique, la résolution du conflit de lois par l'application de la *lex fori* revêt deux inconvénients qui sont l'insécurité juridique et le *forum shopping*<sup>1290</sup>. En effet, la coïncidence générale du *forum* et du *jus* entraîne une imprévisibilité juridique puisque, sauf compétence exclusive, les règles de compétences juridictionnelles offrent au demandeur un choix entre plusieurs juridictions possibles. Or, si plusieurs juridictions peuvent être saisies, les parties ignorent le droit qui sera appliqué pour résoudre leur litige : il s'agit là d'une source patente d'insécurité juridique (Section 1).

**721.** Par ailleurs, la solution qui consiste à l'appliquer systématiquement la loi du for donne un avantage injuste à celui qui introduit l'instance : en choisissant un juge, il choisit également la loi qui sera applicable au fond puisque le *jus* et le *forum* sont liés. Dans ce cas, il se produit un *forum shopping* qui entraîne corrélativement un *law shopping* (Section 2).

#### Section 1 L'insécurité juridique

**722.** Le reproche d'insécurité juridique, causé par l'application de la *lex fori*, ne touche pas seulement la détermination de l'ordre juridique à saisir (§ 1), il concerne aussi, à un

---

<sup>1290</sup> « À s'en tenir à elle [*l'application généralisée de la lex fori*], il y aurait autant de lois applicables à une même situation que de tribunaux compétents pour connaître du litige, ce qui conduirait à une grande insécurité juridique et au *forum shopping* », A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens*, étude de droit international privé comparé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2003, n° 592 p. 854, [*ajouté par nous*].

niveau plus général, la question de la flexibilité du système (§ 2) et l'usage par le juge compétent du pouvoir qu'il possède d'appliquer extensivement sa propre loi (§ 3).

## § 1 La *lex fori* et la prévisibilité du droit

**723. Présentation de la sécurité juridique.** La sécurité juridique est « un impératif supérieur, une métarègle du droit. C'est une règle d'organisation des règles qui régissent la vie en société (...). Le respect de cet impératif doit permettre aux sujets de droit d'évoluer dans un environnement juridique à la fois certain, d'un point de vue matériel, et prévisible, d'un point de vue temporel »<sup>1291</sup>. Dès lors, comme dans toute branche du droit, l'élaboration de règles de droit international privé doit respecter les prévisions des parties<sup>1292</sup>. Cette prévisibilité a pour fonction de prévenir les contestations judiciaires car, évidemment, « la vie juridique existe en dehors de la vie judiciaire »<sup>1293</sup>.

**724.** Il faut préciser qu'en matière de relations juridiques internationales, les attentes légitimes des individus reposent principalement sur l'assurance qu'ils bénéficieront d'une stabilité de leur situation sur le territoire de tous les pays dans lesquels ils pourraient se rendre à l'avenir. De cette manière, ils peuvent faire valoir leurs droits dans les pays où leur situation juridique trouverait à s'épanouir, sans risquer de se voir opposer un rejet

---

<sup>1291</sup> G. DUFOUR, Sécurité juridique et règles de droit : illustration en droit des contrats, th. Lille II 2005, n° 35 p. 46-47. Sur l'origine allemande du principe de sécurité juridique, v. D. SOULAS DE RUSSEL et Ph. RAIMBAULT, Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, RIDC 2003 p. 95 s.

<sup>1292</sup> « *La sécurité est précisément l'objectif essentiel du droit international privé* », P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 32 p. 23, (*en italiques dans le texte*). Adde, « s'il y a bien une matière où on enseigne que la sécurité juridique est essentielle, c'est bien le droit international privé. Celui-ci serait l'instrument de réalisation d'une justice spécifique, fondée sur une hiérarchie d'objectifs où la prévisibilité et la certitude pèse plus lourd que l'équité de la solution atteinte au fond », H. MUIR WATT, La codification en droit international privé, DROITS n° 27/3 1998 p. 151 ; « l'une des fonctions traditionnellement dévolues au droit international privé consiste à assurer aux individus la prévisibilité des solutions », D. ARCHER, Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflit de lois), t. 1, th. Cergy-Pontoise 2006, n° 160 p. 159. Madame NAJM qualifie même la prévisibilité des solutions de principe du droit international privé, M.-Cl. NAJM, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations entre systèmes laïques et systèmes religieux, NBT vol. 49, Dalloz Paris 2005, n° 88 s. p. 88 s.

<sup>1293</sup> H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II t. 139, p 96.

précisément parce que leur cas ne relève pas des règles internes<sup>1294</sup>. Cela évite le développement de « situations boiteuses » qui consistent, par exemple, à ce que des individus soient considérés comme divorcés dans un pays et mariés dans un autre. La situation juridique doit donc recevoir un traitement homogène de la part des différents États.

**725. Application de la *lex fori* et prévisibilité des solutions.** Sur le plan judiciaire, il est alors possible de soutenir que l'application systématique par les tribunaux de leur propre loi conduira à une très haute prévisibilité des solutions pour les parties<sup>1295</sup>. Dans ce cas de figure, Monsieur VASSILAKAKIS considère en effet que les particuliers peuvent facilement prévoir la solution applicable à leur litige car le juge leur appliquera la même solution que pour les litiges internes dont il a l'habitude<sup>1296</sup>.

**726. Imprévisibilité du droit applicable tant que le juge n'a pas été saisi.** Toutefois, le risque est que la coïncidence entre le *forum* et le *jus* conduise à la certitude que la *lex fori* sera appliquée, sans savoir quelle *lex fori* sera appliquée (puisqu'il existe autant de lois du for que de juges potentiellement compétents). Il y aura donc une incertitude sur la loi applicable tant que le juge ne se sera pas reconnu compétent. En d'autres termes, le principe de l'application généralisée de la *lex fori* nuit à la possibilité pour les sujets de droit de prévoir le régime juridique qui sera appliqué à leur situation puisque, tant que le juge n'a pas été saisi, ils ignorent l'ordre juridique sous l'empire duquel elles doivent se situer<sup>1297</sup>. Il y a,

---

<sup>1294</sup> « *Out of court, the parties to an international legal relationship are unlikely to expect anything more from private international law than it guarantees the stability of their legal situation. They have a right to expect that their rights, their obligations, or their status, as created or ensured by the law of one State, will be recognized by the law of any other State* », Th. M. DE BOER, Facultative choice of law : the procedural status of choice-of-law rules and foreign law, RCADI 1996 t. 257, p. 299.

<sup>1295</sup> « *This method, by which all law of choice of law – modern as well as traditional – is thrown into the ashcan, is expected ultimately to result in a high degree of predictability of judicial decision and thus of legal stability* », (à propos d'une théorie extrêmement favorable à l'application quasi-exclusive de la *lex fori*), M. RHEINSTEIN, compte rendu de « *Three Discussions on the Conflict of Laws. Theory and Comments on Fundamental Principles* » écrit par G. O. Z. SUNDSTRÖM, AJCL 1973 (vol. 21), p. 180.

<sup>1296</sup> E. VASSILAKAKIS, Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, n° 33 p. 34.

<sup>1297</sup> L'application généralisée de la *lex fori*, même corrigée en amont par la doctrine du *forum non conveniens*, « rend difficile, voire impossible, la détermination de la loi applicable avant la sélection d'un tribunal par une des parties. Elle néglige par conséquent l'aspect non contentieux du droit international privé et complique singulièrement la tâche du juriste chargé de conseiller son client sur son statut personnel ou sur la loi applicable

en effet, une imprévisibilité relative à la loi applicable au litige tant que le demandeur n'a pas engagé l'action devant le juge de son choix<sup>1298</sup>. Les parties ne pourront donc connaître la *lex fori* qu'à la date de la saisine, reconnue comme valable, de la juridiction. De cette manière, l'argument de l'imprévisibilité causée par la loi du for ne cesse d'être valable que lorsque le juge est déjà saisi ou lorsque les règles de compétence juridictionnelle ne laissent place à aucun conflit de juridictions (chef de compétence impératif et universellement unifié).

**727. Loi étrangère et sécurité juridique.** Un auteur souligne cependant que l'objection de l'insécurité juridique vaut tout aussi bien pour l'application de la loi étrangère que pour celle de la *lex fori*. En effet, puisque les critères de rattachement sont susceptibles de varier d'un pays à un autre, il est impossible de savoir à l'avance, tant que le juge n'a pas été saisi, quelle sera la loi applicable au fond<sup>1299</sup>. De surcroît, lors du contentieux, la désignation de la loi étrangère par la règle de conflit subit de nombreuses dérogations mises en œuvre par le juge saisi<sup>1300</sup>. L'argument qui consiste à dire que l'application de la loi du for entraîne une insécurité juridique n'est donc pas réellement convaincant. Ne serait-il pas plutôt question, pour les adversaires de la *lex fori*, de craindre que le juge saisi n'abuse de son pouvoir en appliquant extensivement sa loi (§ 2) ?

## § 2 La *lex fori* et l'arbitraire judiciaire

**728.** La sécurité juridique protège les sujets de droits contre l'arbitraire de l'autorité judiciaire. Par exemple, un auteur écrit que l'imprévisibilité et l'insécurité juridique constituent les ferments de l'arbitraire et de l'injustice<sup>1301</sup>. Que dire alors des systèmes

---

au contrat qu'il a conclu », B. HANOTIAU, *Le droit international privé américain (du premier au second Restatement of the law, Conflict of Laws)*, LGDJ Paris 1979, n° 197 p. 132.

<sup>1298</sup> « *The lex fori rule creates uncertainty. The applicable law will not emerge until an action is brought and a place of trial is fixed, but it may be necessary to ascertain this prior to the trial* », J. FAWCETT, *The Interrelationships of Jurisdiction and Choice of Law in Private International Law*, Current Legal Problems 1991 (vol. 44) p. 56.

<sup>1299</sup> A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens, étude de droit international privé comparé*, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2003, n° 593 p. 856.

<sup>1300</sup> En ce sens, v. L. GANNAGÉ, *La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, in Études de droit de la consommation : mélanges Jean Calais-Auloy*, Dalloz Paris 2004, p. 444. Sur les procédés qui confèrent à la loi du for une vocation subsidiaire, v. *supra* n° 196 s.

juridiques qui placent assez de confiance dans le professionnalisme de leurs magistrats pour les laisser rendre la justice sans leur imposer le cadre strict de règles préétablies, c'est-à-dire en les laissant prendre des décisions imprévisibles pour les parties ? Une comparaison des solutions retenues dans les systèmes anglo-américains et français montre que la réalité de l'insécurité juridique dépend, en fait, de la position philosophique sur laquelle le juriste se place pour considérer le droit en général. Cela concerne, plus précisément, la question de la flexibilité des solutions (A) et celle de l'étendue du rôle du juge (B).

A/ La flexibilité de la résolution des conflits de lois

**729. Pouvoir discrétionnaire sur la compétence juridictionnelle : affrontement des systèmes de *common law* et de *civil law*.** Nous nous sommes précédemment interrogée sur le lien qui existe entre le pouvoir décisionnel du juge et sa propension à appliquer sa propre loi<sup>1302</sup>. Or, en posant le principe que chaque juge saisi applique sa propre loi pour résoudre le litige international, l'absence de directives claires quant à la localisation de la juridiction étatique compétente peut engendrer de grandes incertitudes sur l'issue du procès. Ainsi la valorisation du rôle exercé par le juge dans le domaine de la compétence juridictionnelle apparaît-elle, de prime abord, comme un trait dominant des systèmes anglo-américains. Par exemple, Monsieur FAWCETT écrit que l'accroissement du pouvoir discrétionnaire du juge en droit anglais s'est accompagné d'une augmentation des litiges portant sur la compétence qui atteint, en réalité, la question de la loi applicable en raison des relations étroites qui existent entre le *jus* et le *forum*<sup>1303</sup>. En effet, la coïncidence entre le juge saisi et le droit qu'il applique repose sur une ancienne tradition des systèmes de *common law*<sup>1304</sup>.

**730. Système juridique anglais.** Il est vrai que la perception générale du droit anglais ne répond pas à celle qui fait foi en droit français. En particulier, la compétence juridictionnelle est préférablement laissée à l'appréciation du juge plutôt qu'à des règles fixes, susceptibles

---

<sup>1301</sup> P. MORVAN, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ?, Droit social 2006, n°7/8 juillet-août, n° 5 p. 709.

<sup>1302</sup> V. *supra* n° 424 s.

<sup>1303</sup> « *As the discretionary element has grown, there has been a corresponding increase in jurisdiction cases reaching findings as to the applicable law* », J. FAWCETT, *op. cit.*, p. 45.

<sup>1304</sup> « *The identity between judicial jurisdiction and applicable law has ancient antecedents in the common law tradition* », H. MAIER and Th. Mc COY, A Unifying Theory for Judicial Jurisdiction and Choice of Law, AJCL 1991 (vol. 39), p. 258.

de produire, à l'usage, des solutions injustes<sup>1305</sup>. Aux yeux d'un praticien anglais, « l'idéal serait d'interdire les procédures auprès de tribunaux inappropriés plutôt que de chercher à désigner un tribunal unique seul compétent à cause des étroits liens qu'il y a avec le litige. Cet objectif devrait pouvoir être atteint grâce à des règles laissant aux juridictions la possibilité discrétionnaire, encore que limitée, d'écarter la compétence dans le cas d'abus. La doctrine de *forum non conveniens* ne peut être complètement rejetée. Une place doit être laissée au pouvoir discrétionnaire du juge »<sup>1306</sup>.

**731. Système américain (USA).** Quant aux États-Unis, les chefs de compétence seraient encore plus flexibles qu'en Angleterre. Dans ce système, la question est « de savoir s'il est justifié et raisonnable d'exercer la compétence dans les circonstances de l'espèce indépendamment de toute qualification de l'action »<sup>1307</sup>. Corrélativement, le pouvoir discrétionnaire du juge est aussi exacerbé au stade de la résolution du conflit de lois. Pour certains universitaires de ce pays, l'application de loi étrangère est alors une sérieuse méprise sur le sens du processus décisionnel accompli par le juge (« *judicial decision-making process* »)<sup>1308</sup>. Ces auteurs expliquent qu'inévitablement, la solution du litige est déjà en germe dans l'esprit du juge lorsqu'il examine les différentes règles en conflit. Le juge n'applique donc pas la loi étrangère comme le ferait un agent ou même un représentant de cet État étranger. Il crée plutôt, à partir des politiques législatives étrangères, la décision qu'il estime devoir rendre<sup>1309</sup>.

---

<sup>1305</sup> L'ambivalence présente dans les systèmes français et anglais est parfaitement résumée par Monsieur VERKINDT sous l'angle du pouvoir législatif : « la loi doit-elle être règle de plomb ou règle d'airain ? Norme flexible prête à épouser la complexité du réel et son évolution ou règle rigide offrant des garanties de certitude mais qu'il faudra changer à mesure des transformations de la réalité sociale ? Le législateur doit-il préférer la souplesse ou la sécurité ? », P.-Y. VERKINDT, La sécurité juridique et la confection de la loi, Droit social 2006, n° 7/8 juillet-août, p. 720.

<sup>1306</sup> T. R. BRYMER, Le « forum shopping » ou la course à la compétence : la réponse des tribunaux anglais, Revue française de droit aérien et spatial 1992 (vol. 181) p. 23. V. aussi le débat qui a entouré l'élaboration (avortée) d'une convention de La Haye sur la compétence juridictionnelle, A. NUYTS, L'exception de *forum non conveniens*, étude de droit international privé comparé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris, 2003, spéc. n° 385 s. ; Tr. HARTLEY et M. DOGAUCHI, Rapport explicatif de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, éd. par le Bureau permanent de la Conférence, La Haye 2007, <http://www.hcch.net/upload/expl37f.pdf>.

<sup>1307</sup> B. AUDIT, Le droit international privé en quête d'universalité, RCADI 2003 t. 305, n° 395 p. 385.

<sup>1308</sup> H. MAIER and Th. Mc COY, *op. cit.*, p. 252.

<sup>1309</sup> « To think and speak about a court in one jurisdiction choosing to "apply" the rules of law of another

**732.** Cette description est fondée sur une conception de réalisme juridique (« *legal realism* ») qui dénie l'existence de séparations entre le *forum* et le *jus*. Selon ce raisonnement, le choix d'une juridiction donnée permet corrélativement de sélectionner un procédé décisionnel dans son entier<sup>1310</sup>. Ici la fusion du *jus* et du *forum* prend en compte une vision d'ensemble de l'affaire car, dans l'accomplissement de sa mission, le juge pourra lier les questions de compétence et de règles applicables<sup>1311</sup>.

**733. *Local law theory.*** Cette conception apparaît proche de la « *local law theory* », développée par COOK (1873-1943), qui consiste à rejeter toute obligation pour le juge saisi de reconnaître les droits acquis à l'étranger. Selon cette doctrine, l'emprunt de la règle étrangère ne répondrait qu'à un besoin purement interne, celui de créer dans l'ordre juridique du for un droit subjectif à l'image de celui qui a été créé ailleurs<sup>1312</sup>. L'idée centrale est que le juge n'applique jamais la règle étrangère à proprement parler mais admet seulement ladite règle à faire partie du droit interne ou, plus précisément, à faire partie de son processus décisionnel. C'est donc le juge qui confère à la règle étrangère son caractère normatif<sup>1313</sup>.

---

*jurisdiction seriously mis-characterizes the judicial decision-making process. Once it is conceded that a forum has judicial jurisdiction, that forum unavoidably controls or determines the result in that case between the parties before it. Even if the forum court decides to "apply" a foreign state's rules of law, the forum does not apply that law as an agent of the foreign state or as a surrogate for the foreign state's courts. Rather, it makes its own "law" when it decides the case, using only for guidance the local law policies that the foreign state's courts would apply if the case were being decided as a wholly domestic case in the foreign state. The "law applied to the parties", at least in any sense meaningful to lawyers and their clients, is the decision in the case. That decision, in turn, is guided by a set of social and procedural policies selected by the forum. In a purely domestic case, the forum selects among competing policies within its own state. In a conflict of laws case, the forum selects among the policies of its own state and those of other states », H. MAIER and Th. Mc COY, *op. cit.*, p. 252.*

<sup>1310</sup> V. H. MAIER and Th. Mc COY, *op. cit.*, p. 254 s.

<sup>1311</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, n° 16 p. 12.

<sup>1312</sup> « *The most practical and simple statement thus appears to be that the forum always 'enforces rights' created by its own 'law' and never 'foreign law' or 'foreign rights' », W. COOK, The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, Harvard University Press Cambridge Massachusetts 1949, p. 33.*

<sup>1313</sup> M. GREEN, Legal Realism, Lex Fori and the Choice-of-Law Revolution, The Yale Law Journal 1995 (vol. 104) p. 967 spéc. p. 969 et 982.

**734.** Cette théorie contient très certainement une conception *lex foriste* du droit international privé en son sein. Monsieur GREEN considère pourtant que COOK ne prônait pas une application systématique de la *lex fori* dans la mesure où ce dernier admettait parfois d'intégrer une règle étrangère pour résoudre la question de droit<sup>1314</sup>. En réalité, dans la théorie posée par COOK, il ne s'agit pas véritablement d'un recours à la loi étrangère mais d'un simple détour artificiel destiné à assurer l'application d'un résultat matériel arbitrairement décidé par le for. Par exemple, une solution qui serait conforme aux prévisions des parties ou encore qui serait favorable à une partie faible<sup>1315</sup>. La *local law theory* correspond ainsi à une application généralisée de la loi du for doublée d'un correctif : l'application discrétionnaire et directe de principes généraux du droit qui trouvent leur source dans une sorte de justice naturelle et universelle.

**735.** En fait, l'application de la loi du for, favorisée par ce type de raisonnement, tombe dans le reproche de l'insécurité juridique, ce que la doctrine française rattache inévitablement à l'arbitraire, car dans le système juridique français en général, l'accroissement des pouvoirs de l'autorité judiciaire n'a pas bonne presse (B).

B/ L'accroissement du rôle du juge

**736. Rôle du juge.** Comme l'indique BATIFFOL, l'application systématique de la *lex fori* a pour effet de valoriser le rôle du juge dans le procès : il n'est plus considéré comme celui qui applique les règles, qu'elles soient législatives ou jurisprudentielles, mais comme celui qui « apprécie les faits, (...) adapte la règle générale aux circonstances du cas, (...) prend les décisions dont la loi lui offre un cadre général, mais où sa discrétion et son sens des réalités jouent le premier rôle. La tendance à faire appliquer par le juge sa propre loi lui facilite son rôle essentiel, qui est de rendre des décisions d'homme, et met à l'arrière-plan l'importance

---

<sup>1314</sup> M. GREEN, *op. cit.*, p. 986. Comp. : « *while so long as we have the territorial organization of modern political society, the law of a given state or country can be enforced only within its territorial limits, this does not mean that the law of that state or country cannot, except in certain exceptional cases, affect the legal relations of persons outside its limits* », W. COOK, *The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, Harvard University Press Cambridge Massachusetts 1949, p. 41.

<sup>1315</sup> M. GREEN, *op. cit.*, p. 986.

du choix de ces cadres généraux dans lesquels sa décision devra s'inscrire »<sup>1316</sup>.

**737.** Ceci concorde parfaitement avec l'analyse qu'opère Madame MAYER du droit international privé de la famille. Ainsi montre-t-elle que plus l'intervention du juge s'inscrit dans la durée et l'intensité, plus la coïncidence entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable se réalise<sup>1317</sup>. Elle distingue, au sein du droit de la famille, le cas des modifications de l'état des personnes de celui des régimes de protection des incapables. Dans le premier cas, l'intervention du juge reste ponctuelle et guidée par le principe de la stabilité de l'état des personnes. En revanche, la seconde catégorie réclame une intervention et une présence du juge plus soutenues, ce qui semble moins compatible avec l'application d'une loi étrangère, d'où une nette tendance à faire dépendre la loi applicable de la compétence juridictionnelle en ce domaine. Par ailleurs, Madame MAYER explique que le rejet délibéré de la distinction entre le *jus* et le *forum* dans les matières où l'intervention du juge est forte correspond nécessairement à des choix de droit interne<sup>1318</sup>. Elle affirme encore qu'il existe une tendance à orienter les questions de modifications de l'état des personnes vers une plus grande coïncidence entre *jus* et *forum*, notamment pour ce qui est du divorce ou de l'adoption<sup>1319</sup>.

**738.** Sur un plan général, le risque d'un recours extensif à la *lex fori* entraîné par un élargissement de la liberté du juge est soulevé par la doctrine<sup>1320</sup>. L'application préférentielle de la loi du for y est d'ailleurs considérée comme l'une des tendances les plus caractéristiques sur le plan de la pratique judiciaire<sup>1321</sup>.

---

<sup>1316</sup> H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II t.139, p. 86. V. aussi E. VASSILAKAKIS, Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe, BDP t. CXCIV, LGDJ Paris 1987, not. n° 2 p. 2.

<sup>1317</sup> D. MAYER, Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille, th. Paris II 1973, p. 399 s.

<sup>1318</sup> D. MAYER, *op. cit.*, p. 404.

<sup>1319</sup> D. MAYER, *op. cit.*, p. 405.

<sup>1320</sup> « Il est permis en effet de faire remarquer que, dès que sa liberté quant à la détermination de la loi applicable est affirmée, il est à craindre que le juge s'y appuie afin de faire régir le litige par les dispositions internes de sa propre loi », E. VASSILAKAKIS, *op. cit.*, n° 2 p. 2.

<sup>1321</sup> E. VASSILAKAKIS, *op. cit.*, n° 24 p. 28. PILLET, décrivant la théorie de WÄCHTER, affirme aussi que la prévalence faite à la *lex fori* est une doctrine à caractère jurisprudentiel : « de tout temps les juges de tous les pays auront tendance à s'y ranger » et « ce principe rallie facilement les suffrages de la magistrature toujours

**739.** Par exemple, BATIFFOL critique le principe de la coïncidence entre *jus* et *forum* en ce qu'elle « privilégie à l'excès le rôle du juge par rapport à celui de la règle de droit »<sup>1322</sup>. Fervent défenseur d'un système juridique s'appuyant sur le procédé des règles générales, il estime qu'une trop grande discrétion laissée au juge favorise l'incertitude des solutions. Il ne faut pas, en effet, que les personnes désireuses de prévenir tout contentieux organisent leurs comportements en fonction de pronostics faits sur le bon sens des magistrats.

**740.** Monsieur AUDIT formule aussi une appréciation critique à cette approche flexible du droit : « en toute hypothèse, régler la compétence internationale des tribunaux en termes de "liens suffisants", de balance d'intérêts et de caractère "raisonnable" ne constitue pas une option dans la recherche de solutions internationales uniformes (...) un droit tant soit peu prévisible appelle nécessairement des règles et non de simples directives »<sup>1323</sup>. On le constate, les deux courants (*civil* et *common law*) s'affrontent sur l'ampleur du pouvoir qui doit être laissé au juge en matière de compétence juridictionnelle.

**741.** Quant à lui, LOUSSOUARN écrit que le souci de parvenir à la solution la plus juste, qui inspire de telles doctrines, est sans nul doute généreux mais, « si le sentiment de justice est général, la recherche de ce qui est juste procède d'une appréciation éminemment subjective »<sup>1324</sup>. Le droit français se méfie toujours d'une telle discrétion laissée au juge car ordinairement, il y voit une ouverture à l'arbitraire des magistrats<sup>1325</sup>, même si cette crainte

---

très portée à donner ouverture à la loi de son pays », A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. 1<sup>er</sup>, Sirey Paris 1923, n° 24 p. 78-79. Dans le même sens, Monsieur HÉBRAUD écrit que le juge constitue l'acteur de la corrélation entre les deux compétences. En tant que « porte-parole d'un ordre juridique » et puisqu'il n'existe pas d'organe supranational, il lui appartient d'exercer le rôle de coordinateur et non de perturbateur, P. HÉBRAUD, *De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître*, RCDIP 1968 p. 235.

<sup>1322</sup> H. BATIFFOL, *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*, RCADI 1973-II t. 139, p. 88.

<sup>1323</sup> B. AUDIT, *Le droit international privé en quête d'universalité*, précité, n° 396 p. 386.

<sup>1324</sup> Y. LOUSSOUARN, *La règle de conflit est-elle une règle neutre ?*, TCFDIP 1980-1981, t. 2, éd. du CNRS p. 59.

<sup>1325</sup> Par exemple : « le rôle donné aux faits par les nouvelles tendances américaines est excessif et peut-être dangereux. Excessif en ce qu'elles conduisent, au nom d'un pragmatisme peut-être trop affirmé, à méconnaître l'idée de prévision qui est à notre sens inhérent au droit ; dangereux dans la perspective d'une harmonisation de la vie internationale (qui est tout de même le but essentiel à atteindre) dans la mesure où on peut légitimement

est généralement infondée. Il s'agit de l'opposition séculaire entre deux écoles : celle du raisonnement déductif et celle de l'empirisme utilitariste<sup>1326</sup>.

**742.** Il semble en effet que les doctrines américaines du XX<sup>e</sup> siècle professent « le rejet de tout dogme *a priori* comme de toute construction déductive » et une « transposition dans le domaine du droit de la méthode empirique des sciences de la nature, fondée sur l'observation des faits et la vérification des hypothèses par l'expérimentation »<sup>1327</sup>. Il s'agit d'une approche qui conduit à tenir compte « de l'intérêt des personnes et du résultat social des règles » en marge de la pensée juridique européenne, « fondamentalement conceptuelle et déductive »<sup>1328</sup>.

**743. Appréciation.** Le reproche récurrent de l'insécurité juridique, voire de l'arbitraire judiciaire, n'apparaît pourtant pas nécessairement fondé parce que les systèmes anglo-américains qui pratiquent ce système sont stables et dignes de satisfaire les prévisions des particuliers<sup>1329</sup>. Le désaccord s'explique plutôt par le fait que les théories néoréalistes se démarquent des conceptions traditionnelles portant sur la nature des règles juridiques et du processus jurisprudentiel<sup>1330</sup>. Pourtant, il faut bien admettre que l'attente légitime des parties

---

craindre à la vue de certaines décisions ou certains développements doctrinaux qui font appel à l'idée d'intérêt politique des États, que le rôle prépondérant donné aux faits ne soit qu'un alibi vers un retour systématique aux conceptions propres du for », G. GOURDET, *L'effectivité en droit international privé*, th. dactyl. Nice 1978, n° 47 p. 87.

<sup>1326</sup> Sur cette querelle d'écoles de pensée, v. l'appréciation de BATIFFOL : « l'empirisme utilitariste fait trop ses preuves quotidiennement pour qu'on le récuse, et la téléologie à laquelle il aboutit assure sa validité, mais l'analyse rationnelle manifeste, malgré les coups qui lui sont portés au nom de l'équité et de l'utilité, trop de vitalité pour qu'on n'examine pas ses titres, lesquels se révèlent irrécusables », H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, précité, n° 127 p. 285-286.

<sup>1327</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 101 p. 79.

<sup>1328</sup> B. AUDIT, *op. cit.*, n° 101 p. 79.

<sup>1329</sup> « *Europeans tend to criticize all the new theories for granting judges a measure of freedom that goes beyond the limits of appropriate judicial discretion. Accordingly prospective litigants are left in doubt as to how their case is going to be decided, which impairs the fundamental principle of certainty of the law. The principle of legal certainty is of greater importance in Europe than in the U.S., where courts fell more inclined to attribute primary importance to the satisfactory solution of individual cases* », E. VITTA, *The Impact in Europe of the American "Conflicts Revolution"*, *AJCL* 1982 n°1 (vol. 30), p. 3.

<sup>1330</sup> « *The new approaches may have abandoned generally accepted notions about the nature of legal rules and judicial law-making* », E. VITTA, *op. cit.*, p. 3.

puisse parfois consister à ce que le juge saisi applique sa propre loi. L'approche empirique est, en cela, plus respectueuse du principe de prévisibilité du droit que l'approche rationnelle. Comment ainsi expliquer que la *lex fori* ait un rôle plus grand dans une conception plutôt que dans l'autre ?

**744. Certitude apportée par la règle de compétence et la règle de conflit.** En fait, la sélection de la loi applicable, rendue possible grâce à la localisation du siège du rapport de droit, se veut d'être fixe et objective. Elle ne permet pas au juge d'évincer une localisation de façon discrétionnaire, c'est-à-dire au seul motif qu'elle ne lui semble pas appropriée. Une telle rigueur laisse peu de place au processus décisionnel mais elle offre aux justiciables la possibilité de prévoir la loi qui sera appelée à s'appliquer en cas de litige, dans la logique du principe général de la sécurité juridique. En outre, si tous les juges localisent le rapport de droit dans le même pays, l'harmonie internationale des solutions sera respectée et les parties pourront compter sur une reconnaissance de la décision dans n'importe quel État, ce qui est conforme à leurs attentes légitimes. Par conséquent, les deux courants (*civil* et *common law*) sont tous les deux guidés par la prévisibilité juridique des solutions mais ils procèdent chacun à des opérations intellectuelles différentes pour y parvenir.

**745. Conclusion de la section.** En résumé, l'application systématique de la *lex fori* entraînerait une imprévisibilité de la loi désignée à s'appliquer, puisque plusieurs juges compétents sont possibles en vertu des règles de compétence juridictionnelle (sauf lorsque le chef de compétence est exclusif de tout autre chef). Toutefois, l'harmonie internationale des solutions n'étant qu'un objectif du droit international privé et non une obligation internationale à la charge des États, l'impératif de sécurité juridique paraît bien théorique et spéculatif.

**746.** La comparaison avec le système du *common law* permet notamment d'évacuer l'argument de la sécurité juridique comme vertu exclusive de la règle préétablie. Contrairement à un système déductif fondé sur un raisonnement syllogistique donnant une place fondamentale à la règle générale, l'empirisme permet de prendre en compte toutes les résistances internes à la désignation d'une loi étrangère. Il autorise l'éventualité que les parties puissent légitimement s'attendre à ce que la loi appliquée soit celle qui corresponde au juge qu'ils ont saisi. L'empirisme donne, par ailleurs, un rôle primordial au juge qui assure une efficacité interne de la décision rendue, ce qui est au minimum le souhait des

parties qui lui confient la résolution de leur litige.

**747.** Toutefois, une comparaison des systèmes révèle que la valorisation du pouvoir discrétionnaire du juge s'accompagne toujours d'une forte crainte chez la doctrine : celle de l'amplification abusive de la coïncidence du *forum* et du *jus*. Cette inquiétude repose en réalité sur un ancrage très différent des idées sur le plan de la théorie générale du droit, voire sur celui de la philosophie du droit. Il ne peut être dépassé que grâce à l'explication comparée des systèmes juridiques dans leur totalité et non seulement sous l'angle du droit international privé. À un tout autre égard, l'accroissement des coïncidences entre le *forum* et le *jus* nuit aussi à la stabilité du droit international privé en décuplant le risque de *forum shopping* (Section 2).

## Section 2 Le risque de *forum shopping*

**748.** En rendant le demandeur à l'instance maître du choix du lieu de l'introduction de l'instance et du choix du droit applicable à sa cause, l'application systématique de la *lex fori* produit un effet néfaste que les auteurs du droit international privé redoutent particulièrement : le *forum shopping*. Dans le contexte d'un rapprochement entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable, que nous proposons, le mécanisme mérite d'être défini (§ 1). Ensuite, il faudra expliquer ce qu'il a de néfaste au regard du droit international privé (§ 2) pour décider si ce phénomène est frauduleux ou, au contraire, s'il est licite (§ 3). Cela nous guidera vers les sanctions possibles, en marge de l'application de la loi étrangère (§ 4).

### § 1 La définition du *forum shopping*

**749.** L'expression de *forum shopping* est, tout comme celle de la *lex fori*, propre au droit international privé. Un avocat général de la Cour de justice des communautés européennes le définit comme le « choix d'un for en fonction des avantages pouvant résulter du droit matériel (voire procédural) qui y est appliqué »<sup>1331</sup>. En d'autres termes, le *forum shopping*

---

<sup>1331</sup> Conclusions de l'avocat général D. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 16 mars 1999 dans l'affaire C-440/97 GIE Groupe Concorde (point 19, note 11). Disponible sur : <http://www.curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2000/html/c44097/44097-a-fr.htm>.

consiste pour une partie à saisir le for qui sera le plus favorable à sa cause<sup>1332</sup>. Il correspond au comportement des plaideurs qui se livrent à une « course à la compétence »<sup>1333</sup> ou plus précisément, à une manipulation des critères de compétence juridictionnelle à leur avantage<sup>1334</sup>.

**750.** Le phénomène, rendu possible par l'application de sa propre loi par le juge saisi, n'est pas récent, puisque VON SAVIGNY le décrivait au XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1335</sup>. Cependant, la paternité de l'expression est attribuée à la Chambre des Lords, qui, dans une décision rendue en 1971, a défini le *forum shopping* comme le fait, pour un demandeur, de passer outre son for naturel et de porter son action devant le tribunal étranger qui lui octroierait une réparation ou des avantages qu'il n'aurait pas eu devant son for naturel<sup>1336</sup>. Peu de temps après cette définition, à l'occasion de l'affaire de l'ATLANTIC STAR<sup>1337</sup>, Lord DENNING a fait passer le *forum shopping* à la postérité en usant de termes incontestablement chauvins<sup>1338</sup>.

---

<sup>1332</sup> V. G. MECARELLI, À propos du caractère inévitable du *forum shopping* dans la vente internationale de marchandises, RDAI 2003 (n° 8) p. 936 ; comp. A. HUET, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - généralités, J.-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 10 (2001), n° 4 p. 3 : « s'il n'est pas indifférent à un plaideur d'être jugé à Lyon ou à Marseille, par un tribunal de commerce ou par un conseil de prud'hommes, il lui est encore moins indifférent, on le conçoit aisément, d'être attiré devant un tribunal français ou devant un tribunal étranger ».

<sup>1333</sup> T. R. BRYMER, Le « forum shopping » ou la course à la compétence : la réponse des tribunaux anglais, Revue française de droit aérien et spatial 1992 (vol. 181) p. 9.

<sup>1334</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 267 p. 190.

<sup>1335</sup> « Dans beaucoup de cas de collision [*conflit*] les tribunaux de différents lieux se trouvent également compétents, et le demandeur est libre de saisir celui qu'il lui plaît. De là il résulterait que le droit local applicable à chaque affaire dépendrait non pas seulement de circonstances purement accidentelles, mais même de la volonté arbitraire d'une seule des parties. Or, un principe dont l'application mène à de semblables conséquences ne peut être accepté comme vrai », Fr.-C. VON SAVIGNY, Traité de droit romain, t. VIII, trad. Guénoux, 2<sup>e</sup> éd. 1860, éd. Firmin Didot frères Paris, rééd. Panthéon-Assas, diff. LGDJ Paris 2002, p. 128-129, [*ajouté par nous*].

<sup>1336</sup> « *A plaintiff by-passing his natural forum and bringing his action in some alien forum which would give him relief or benefits which would not be available to him in his natural forum* », BOYS v. CHAPLIN [1971] AC 356, 401.

<sup>1337</sup> « *You may call this "forum shopping" if you please, but if the forum is England, it is a good place to shop in, both for the quality of the goods and the speed of service* », ATLANTIC STAR [1972] Court of Appeal 2 Lloyd's Rep. 446, (Lord Denning).

<sup>1338</sup> Un praticien anglais qualifie même ces termes de nationalistes, T. R. BRYMER, *op. cit.*, p. 10. Dans le même sens, Madame CHALAS considère qu'« on peut, sans leur manquer de respect, taxer les juges anglais

**751. Appréciation de la qualification.** La consonance mercantile de l'expression *forum shopping* n'est pas sans soulever des interrogations : « peut-on choisir son tribunal ou son juge comme un produit offert parmi d'autres ? »<sup>1339</sup>. Certains avocats avancent que le demandeur essayera forcément d'engager son action dans le pays dont les lois lui offrent *la meilleure affaire*<sup>1340</sup>. Peut-on en effet oublier que la justice est un service public et admettre, à l'instar de Monsieur DE VAREILLES-SOMMIÈRES, l'existence d'un supermarché mondial de la justice<sup>1341</sup> ? Doit-on avaliser une telle « concurrence des compétences »<sup>1342</sup> comparable à la concurrence qui fait loi sur les marchés économiques ? La véritable question est en fait de savoir si les règles de droit peuvent être soumises au test de la compétitivité<sup>1343</sup>. Or, il nous semble, pour notre part, que chaque jour porte le témoignage du besoin social de proximité identitaire, ce qui hérisse autant de barrières culturelles, de barrières linguistiques

---

d'un chauvinisme certain, non seulement à l'égard de leur système d'administration de la justice mais également à l'égard de leurs lois substantielles (...) cette attitude était liée en partie à la considération de la position centrale que Londres a toujours occupée dans le commerce international, ce qui semblait conférer aux juridictions anglaises un avantage inné sur les autres ordres juridiques en termes de neutralité et de compétence professionnelle et de domination linguistique », Chr. CHALAS L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en Droit international privé, t. 1, PUAM Aix-en-Provence 2000, n° 122 p. 128.

<sup>1339</sup> G. FLÉCHEUX et I. HAUTOT, *Le forum shopping*, Droit et pratique du commerce international 1988 (vol. 14 n° 3) p. 389.

<sup>1340</sup> « *Naturally a party will try to sue in the country whose laws give him the 'best deal' – usually more money or an easier way of getting it* », R. WILLIAMS and W. MARSH, *Forum shopping : A New Lease of Life?*, *International Business Lawyer* n° 27/7 du 01/07/1999, p. 307.

<sup>1341</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Le forum shopping devant les juridictions françaises*, TCFDIP 1998-2000, Pedone Paris 2001, p. 51.

<sup>1342</sup> L'expression est employée par Monsieur NUYTS : « la pratique du *forum shopping* n'est possible qu'en raison du système moderne de compétence internationale, qui repose sur la concurrence des compétences des tribunaux de plusieurs pays pour connaître d'un même litige », A. NUYTS, *Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen*, in *mélanges John KIRKPATRICK*, Bruylant Bruxelles 2004, n° 2 p. 752. V. aussi J.-S. BERGÉ, *Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 113 s.

<sup>1343</sup> Sur ce point, il faut renvoyer à la précieuse étude faite par Madame MUIR WATT (H. MUIR WATT, *Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé*, in *Le droit international privé : esprit et méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz Paris 2005, p. 615) ainsi qu'au cours dispensé par le même professeur à l'Académie de droit international (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 s.).

et de barrières structurelles à cette compétitivité des modèles sociaux<sup>1344</sup>.

**752.** La concurrence des ordres juridiques exacerbe de surcroît un individualisme outrancier qui prend la forme, en droit international privé, d'un développement marqué du critère de l'autonomie de la volonté<sup>1345</sup>. Le droit n'apparaît plus comme une discipline censée réguler les phénomènes sociaux : ce sont les acteurs de la société qui doivent, de leur chef, décider quelle loi leur sied le mieux. Ce pouvoir des uns entraîne une démission des autres : faute de pouvoir résoudre les conflits de lois, les autorités étatiques laissent aux acteurs de la vie civile la charge de décider de la meilleure solution à leur problème juridique (moyen commode d'occulter l'intérêt général au profit d'une sacralisation de l'individualisme). De façon sous-jacente, le *forum shopping* réactive donc l'éternelle opposition entre le droit et la liberté individuelle<sup>1346</sup>. Cela explique peut-être que le *forum shopping* pâtisse d'une très mauvaise réputation aux yeux des universitaires, particulièrement attachés au respect des règles juridiques (§ 2).

---

<sup>1344</sup> En ce sens : « l'échec est le sort le plus vraisemblable d'une Union dont le mode de constitution conduit à mettre en concurrence les peuples que l'ont prétend rassembler, en les sommant d'avoir à choisir entre l'abandon de leurs systèmes de valeur et une profonde dégradation des conditions de leur vie matérielle. Car si la compétition entre les individus peut avoir des effets bénéfiques, celle qui oppose les peuples n'est que la forme première de la guerre : parce qu'elle est destinée à faire des gagnants et des perdants, et qu'elle ne peut engendrer, contre les premiers, qu'un vif ressentiment chez ceux qui, à tort ou à raison, croient devoir se compter parmi les seconds, elle porte les germes de ses formes les plus meurtrières », V. HEUZÉ, De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen, in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz Paris 2005, p. 414.

<sup>1345</sup> Sur l'essor de l'*opinio juris* en matière de droit de la famille, v. A. FIORINI, *The Codification of Private International Law : the Belgian Experience*, ICLQ 2005 (vol. 54, n° 2), p. 518-519 ; *adde*, J.-Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé*, Bruylant Bruxelles 1992.

<sup>1346</sup> BATIFFOL se demande, à ce sujet, « comment concilier cet aboutissement que la loi est la négation de la liberté avec le point de départ, cher aux individualistes, que le rôle de la loi est de favoriser l'exercice de la liberté ? », H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 40 p. 90-91. Par ailleurs, comme le rappelle Monsieur AUDIT, il existe deux activités contradictoires, « celle de l'autorité publique, visant à assurer la justice dans les rapports individuels et collectifs, et celles des individus, qui, poursuivant une fin égoïste, s'efforcent de tirer le meilleur parti de la liberté reconnue par la loi », B. AUDIT, *La fraude à la loi*, BDIP vol. 18, Dalloz Paris 1974, p. 3.

## § 2 Le caractère néfaste du *forum shopping* en droit international privé

**753. Désapprobation doctrinale.** Traditionnellement, on considère que le *forum shopping* discrédite les règles de droit international privé : c'est pourquoi, en général, le *forum shopping* provoque l'hostilité. Les auteurs n'ont toutefois jamais proposé son interdiction. Le *forum shopping* se place donc « entre illicéité caractérisée et habileté admise, en tout cas tolérée »<sup>1347</sup>. D'ailleurs, il apparaît « difficile de dire péremptoirement si cette pratique est juridiquement permise ou interdite »<sup>1348</sup>. En droit français, « l'ambiance est plutôt à la méfiance, sinon à la suspicion franche (...) *a priori* le *forum shopping* comme pratique contentieuse n'a pas bonne presse »<sup>1349</sup>. Est-il pour autant universellement considéré de façon péjorative ?

**754. Approbation minoritaire.** Selon JUENGER, la pratique du *forum shopping* ne mérite pas de faire l'objet de tant de critiques<sup>1350</sup>. L'auteur considère ainsi que la condamnation quasi-systématique du mécanisme trouve précisément sa source dans l'utilisation d'une métaphore peu flatteuse<sup>1351</sup>. Cette expression serait, par nature, génératrice d'une désapprobation. Elle serait impropre à décrire la tendance légitime des avocats à

---

<sup>1347</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Le forum shopping devant les juridictions françaises*, TCFDIP 1998-2000, Pedone Paris 2001, p. 50.

<sup>1348</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 50.

<sup>1349</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 50.

<sup>1350</sup> « *Does forum shopping merit censure? The condemnation of forum shopping by judges and legal writers attaches opprobrium to counsel's efforts to improve their clients' position by means of a judicious choice among existing fora. It seems that the glib phrase – one of the many Americanisms the modern world is so eager to embrace – rolls off the tongue much too easily* », Fr. JUENGER, *What's Wrong with Forum shopping?*, *Sydney Law Review* March 1994 (vol. 16, n° 1), p. 12. *Adde*, « *As this paper argues, there must be a stop put to the customary, almost ritualistic, condemnation of forum shopping. Instead of uncritically disparaging counsel's efforts to better their clients' prospects, courts and legal writers ought to face the important question of what function the conflict of laws should serve* », Fr. JUENGER, *op. cit.*, p. 13.

<sup>1351</sup> Madame ATALLAH, non sans un certain humour, abonde dans ce sens : « l'image du 'shopping' n'est pas des plus heureuses, puisque lorsqu'on fait du shopping, il n'est pas interdit, Dieu merci, de ressortir de la première boutique pour effectuer des achats dans une deuxième boutique, voire dans une troisième. Peut-être Lord Denning ne faisait-il pas lui-même ses courses. Quant à nous, bannissons de nos propos cette formule ambiguë et inappropriée », A. ATALLAH, *Quelques réflexions sur le développement du "forum shopping"*, *Le Droit Maritime Français*, novembre 2001 (vol. 53 n° 620), p. 881.

vouloir servir leurs clients au mieux de leurs intérêts.

**755. Appréciation.** L'approche retenue par JUENGER s'appuie sur la conscience professionnelle de l'avocat. En ce sens, il moralise la pratique du *forum shopping* et justifie cette tactique judiciaire qu'il considère comme honorable. En outre, il place la profession d'avocat au cœur du débat et souligne les contraintes subies par celui-ci pour satisfaire les intérêts des clients<sup>1352</sup>. Les fins poursuivies par le client sont, en effet, traditionnellement considérées comme le point de départ de toute argumentation judiciaire<sup>1353</sup>. Il paraît donc parfaitement compréhensible que les universitaires les plus autorisés refusent la possibilité pour certains plaideurs, aidés par leurs représentants et conseils, de manipuler, dans un but purement intéressé, les règles et surtout les objectifs traditionnellement assignés au droit international privé.

**756.** Ainsi caractérisé, le *forum shopping* entre dans le phénomène d'instrumentalisation du droit. Le procédé n'a, en effet, plus rien en commun avec l'un des buts traditionnels de l'approche post-savignienne qui consiste à localiser le pays où la situation juridique se trouve naturellement rattachée. D'ailleurs, certains auteurs remarquent que la faculté de choisir sa loi encourage précisément ce que la règle de conflit est censée combattre : elle permet au demandeur d'invoquer un système juridique dont les choix législatifs sont influencés par un milieu juridique, politique et social ayant peu ou pas du tout de relations avec la situation litigieuse<sup>1354</sup>. Le sentiment de rejet du *forum shopping* qui apparaît diffusément en droit international privé est donc révélateur du souhait des internationalistes

---

<sup>1352</sup> « Ne serait-il pas considéré comme une faute professionnelle du praticien de ne pas proposer à son client victime par exemple d'un accident aérien de tenter de faire juger son litige par une juridiction américaine ? », A. ATALLAH, *op. cit.*, p. 878.

<sup>1353</sup> « Quiconque est confronté à la construction d'une argumentation cherchera, puisque tel est le but de toute argumentation, à persuader son auditoire du bien-fondé de la thèse qu'il développe. Pour l'avocat, cette thèse découle de l'objectif fixé par son client », Fr. MARTINEAU, *Petit traité de l'argumentation judiciaire*, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 01.41 p. 7-8.

<sup>1354</sup> « *As forum-shopping plaintiffs' attorneys are well aware, at least intuitively, this conceptual construct [choice of law construct] encourages precisely the evil that it was developed to prevent. It facilitates plaintiffs' efforts to invoke a regulatory framework whose decisions are influenced by a legal, political and social milieu having little or no relationship to the activities that gave rise to the particular cause of action* », H. MAIER and Th. Mc COY, *A Unifying Theory for Judicial Jurisdiction and Choice of Law*, *AJCL* 1991 (vol. 39) p. 251 [ajouté par nous].

privatistes de préserver les objectifs de la discipline : la désignation objective du juge compétent et, plus encore, la sélection objective de la loi applicable.

**757. En jurisprudence.** À l'appui de cette conception critique, certains auteurs notent que les juges ont une attitude désapprobatrice envers le *forum shopping*<sup>1355</sup>. Au contraire, il se trouve que la licéité de cette tactique judiciaire est reconnue par les magistrats, du moins jusqu'à une certaine mesure. Selon Monsieur DE VAREILLES-SOMMIÈRES, la réception de la théorie du *forum shopping* en droit français est incontestable au seul examen de la jurisprudence<sup>1356</sup>. Dans l'espace judiciaire européen, Monsieur NUYTS affirme, par ailleurs, que la pratique du *forum shopping* est en principe licite<sup>1357</sup> et que seule sa forme frauduleuse est exceptionnellement sanctionnée<sup>1358</sup>. Il nous semble que cette perception reflète parfaitement l'état des choses.

**758.** Dans d'autres cas, à l'inverse, le *forum shopping* n'a pas pour résultat d'opérer une fraude : il s'agit de l'hypothèse où le demandeur recherche la mansuétude d'un juge en particulier sans que, pour autant, il n'applique une autre loi que celle qui est normalement désignée par la règle de conflit de lois. Il s'agit d'une stratégie contentieuse tout à fait loyale à l'égard de la loi applicable. Dès lors, certains auteurs français reconnaissent que cette pratique soit possible<sup>1359</sup>.

**759.** Favorable à une conception moins péjorative du *forum shopping*, JUENGER partage aussi cet avis : la principale fonction du *forum shopping* étant tout de même d'octroyer des

---

<sup>1355</sup> « *The judicial attitude towards forum shopping has generally been disapproving. In Boys v. Chaplin Lord Pearson referred to the 'danger' of forum shopping and other Law Lords to 'bare-faced' and 'blatant' forum shopping* », J. FAWCETT, *Forum Shopping - Some Questions Answered*, NILQ 1984 (vol. 35) p. 143-144.

<sup>1356</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, débats à la suite de la communication « *Le forum shopping devant les juridictions françaises* », TCFDIP 1998-2000, Pedone Paris 2001, p. 71.

<sup>1357</sup> A. NUYTS, *Forum shopping et abus du forum shopping dans l'espace judiciaire européen, in mélanges John KIRKPATRICK*, Bruylant Bruxelles 2004, n° 3 p. 755 et n° 6 p. 765.

<sup>1358</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, p. 745 s. En ce sens, d'autres auteurs invoquent la fraude pour qualifier le *forum shopping* : « le forum shopping dans son acception internationaliste n'est pas un choix d'un for, mais l'éviction du for normalement ou naturellement compétent. C'est une fraude », G. FLÉCHEUX et I. HAUTOT, *Le forum shopping*, *Droit et pratique du commerce international* 1988 (vol. 14 / n° 3), p. 389.

<sup>1359</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *op. cit.*, n° 393 p. 266.

avantages procéduraux à celui qui l'utilise<sup>1360</sup>. Le procédé peut aussi être indiqué pour bénéficier d'un système de preuve plus favorable, notamment celui qui retiendra un statut procédural de la loi étrangère fondé sur l'office du juge plutôt que sur celui des parties ou encore celui qui donnera au juge d'importants instruments juridiques pour l'obtention des preuves à l'étranger. Le *forum shopping* permet, en outre, d'espérer une indemnisation plus importante, un procès plus rapide, des mesures provisoires ou conservatoires plus efficaces, voire des mesures d'exécution du jugement plus coercitives.

**760.** Le pragmatisme défendu par les auteurs favorables au *forum shopping* révèle d'une certaine façon que le souhait de tirer avantage d'une situation est une tendance naturelle qui peut être difficilement combattue. Dès lors qu'il existe un choix offert aux demandeurs, ceux-ci essaieront à l'évidence d'en tirer le meilleur parti<sup>1361</sup>. En ce sens, alors, le parallèle avec le phénomène de la consommation paraît tout à fait approprié pour qualifier ce concept.

**761. Comparaison entre le choix de la juridiction au moment de l'introduction de l'instance et la clause attributive de juridiction.** Ce qui paraît donc le plus problématique, c'est que le choix du juge compétent et de la loi applicable soit laissé entre les mains exclusives du demandeur<sup>1362</sup>. Pourtant, en comparaison, les particuliers peuvent généralement choisir la juridiction étatique qui sera compétente pour régler leur litige et cela ne semble pas néfaste pour qui y ont recours. En autorisant les clauses attributives de juridiction, le système juridique admet alors implicitement que, dans certaines conditions,

---

<sup>1360</sup> Fr. JUENGER, What's Wrong with Forum Shopping ?, Sydney Law Review March 1994 (vol. 16, n° 1), p. 9-10. Comp. Monsieur BELL explique qu'en pratique, le plaideur se livrant au *forum shopping* recherche avant tout les avantages procéduraux d'un for donné, y compris celui de placer la partie adverse dans une position difficile, A. BELL, Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation, Oxford University Press Oxford New York 2003 p. 24-25.

<sup>1361</sup> Comp. « l'exercice d'une option s'effectue toujours en contemplation des avantages et des inconvénients respectifs de l'une ou l'autre des alternatives », É. CORNUT, Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé, JDI 2007 p. 30.

<sup>1362</sup> *Contra* : « selection of the forum is not solely in the hands of the plaintiff. The defendant may engage in "reverse forum shopping" by seeking to stay the local action, or by seeking to enjoin the local action in proceedings in a jurisdiction of his or her choice. By recognising the availability of these defensive tactics, we may be dissuaded from regarding the defendant as a hapless victim of the plaintiff's unilateral quest for a favourable forum », Br. OPEKIN, The Price of Forum Shopping : A Reply To Professor Juenger, Sydney Law Review (vol. 16, n° 1, March 1994), p. 15.

cette question puisse être laissée à la discrétion des intéressés, en fonction de leur intérêt<sup>1363</sup>.

**762.** En outre, contrairement au *forum shopping*, cette prérogative n'est pas réservée au demandeur à l'instance. Ainsi la possibilité pour les parties de conclure un accord de volontés sur la désignation d'un tribunal, une possibilité reconnue dans les pays de l'Union européenne *via* le règlement Bruxelles I, peut-elle permettre à celui qui rédige le contrat d'imposer la compétence du tribunal de son choix. De cette manière, toutes les fois que le chef de compétence n'est pas impératif, le règlement peut ouvrir l'exercice d'un choix de juridiction au bénéfice non seulement du demandeur, mais aussi de toutes les parties susceptibles de stipuler une clause attributive de juridiction. Il y a alors d'autant plus d'opportunités pour le plaideur averti de faire coïncider le *jus* avec le *forum*.

**763.** Il apparaît donc extrêmement délicat de tracer la frontière entre la licéité et l'illicéité du procédé. Monsieur DE VAREILLES-SOMMIÈRES s'y est essayé en proposant de distinguer le « *shopping bonus* » du « *shopping malus* »<sup>1364</sup> mais cette distinction entre *forum shopping* frauduleux et *forum shopping* bénin est pour le moins subtile. Elle semble difficile à mettre en œuvre en pratique précisément parce qu'il est ardu de fixer la frontière entre ce qui est permis et ce qui ne l'est pas. Il s'agit de toute la problématique liée à la démonstration de l'illicéité, en l'absence de solutions clairement prohibitives, seule la notion de fraude à la compétence semble alors permettre de sanctionner le *forum shopping* (§ 3).

---

<sup>1363</sup> À propos de l'admission des clauses d'élection de for, certains considèrent d'ailleurs que « si la compétence des tribunaux français est une expression formelle de la souveraineté française, elle n'en est pas l'expression matérielle. Le service public de la justice est d'abord institué dans l'intérêt des justiciables ; s'il tend à maintenir la paix publique, c'est en reconnaissant et sanctionnant des droits privés. Aussi bien les règles de compétence judiciaire internationale n'ont-elles pas pour objet d'assurer l'autorité du souverain sur le sujet mais de garantir, sous l'angle de la compétence, la "justice procédurale de droit privé". Dès lors s'il est vrai que la définition de la compétence des organes d'un État relève de ce seul État, cela n'empêche pas celui-ci de laisser aux intéressés la possibilité de modifier conventionnellement la compétence de ses organes, lorsqu'il l'estime utile », Bn ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 72 § 3 p. 662. La prudence de ces auteurs mérite d'être soulignée : il ne s'agit que d'une possibilité circonstanciée (« lorsqu'il l'estime utile »).

<sup>1364</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *op. cit.*, p. 50.

### § 3 La qualification de fraude à la compétence

**764. Fraude à la compétence et fraude à la loi.** L'analogie entre la fraude à la compétence (*forum shopping* frauduleux) et la fraude à la loi n'est pas fortuite : en pratique, le *forum shopping* se couple souvent d'un *law shopping*<sup>1365</sup>. D'ailleurs, certains auteurs lient nettement ces deux aspects pour décrire la finalité du *forum shopping*. Cela est particulièrement net chez les auteurs qui affirment que « le forum shopping est une technique fondée sur la diversité des différents systèmes nationaux de droit international privé et qui consiste : - à utiliser, ou même à créer artificieusement, bref à "manipuler" un critère de compétence juridictionnelle pour élire un for ; - et, par ce biais, entraîner l'application d'une autre règle nationale de droit international privé, et ainsi une loi de fond différente de la loi naturellement applicable »<sup>1366</sup>.

**765.** Dès lors, le procédé implique nécessairement une coïncidence entre le juge compétent et la loi qu'il applique, comme l'évoquent les travaux de Messieurs AUDIT<sup>1367</sup>, DE VAREILLES-SOMMIÈRES<sup>1368</sup> et NUYTS<sup>1369</sup>. L'association entre la fraude à la

---

<sup>1365</sup> V., par exemple, Paris, 5 mars 1976, GIROUX, RCDIP 1978 p. 149, note(B. AUDIT et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, LEMAIRE, RCDIP 1989 p. 89, note H. GAUDEMET-TALLON.

<sup>1366</sup> G. FLÉCHEUX et I. HAUTOT, *Le forum shopping*, Droit et pratique du commerce international 1988, vol. 14 / n° 3, p. 390.

<sup>1367</sup> « Le plus souvent, il [*l'agent qui désire frauder la loi*] saisira un tribunal étranger, avec la certitude que ce tribunal appliquera sa propre loi. S'il n'avait pas cette certitude, il ne prendrait en général pas la peine de se déplacer et d'encourir des dépenses souvent élevées. Le fraudeur a besoin de certitude. Et cette certitude, c'est le renom de certaines lois notoirement complaisantes qui la lui apporte. Il existe certaines législations dont la fonction essentielle est de se prêter à la fraude aux lois étrangères. Leur application systématique par les autorités publiques à tous ceux qui en font la demande incite les individus soumis à une loi plus stricte à provoquer leur application chaque fois que cela paraît utile. La fraude à la loi de droit international n'est pas autre chose », B. AUDIT, *La fraude à la loi*, BDIP vol. 18, Dalloz Paris 1974, n° 34 p. 34 [*ajouté par nous*].

<sup>1368</sup> « Il ne faut pas se cacher que la fraude au jugement se double presque systématiquement – tel était le cas dans l'affaire Weiller, mais la figure n'est pas isolée – d'une fraude à la loi, car bien souvent, la compétence de la juridiction sollicitée n'est recherchée par le fraudeur que parce que cette dernière appliquera une loi qui lui convient mieux que celle qu'appliquerait le juge fraudé », P. DE VAREILLES SOMMIÈRES, *Rép. Internat. Dalloz*, v° *Fraude à la loi* (1998), n° 20 p. 4.

<sup>1369</sup> « La pratique qui consiste pour un plaideur à utiliser une règle de conflit de juridictions en vue d'obtenir l'application d'une réglementation matérielle plus favorable que celle qu'appliquerait le tribunal normalement compétent porte un nom en droit international privé : c'est le *forum shopping* », A. NUYTS, *Forum shopping*

compétence et la fraude à la loi s'inscrit donc pleinement dans la coïncidence de la loi applicable avec le juge compétent<sup>1370</sup>. Sans cela, la manœuvre aurait moins de sens et surtout, nettement moins d'intérêt car « l'intérêt du *forum shopping* réside en effet dans la possibilité pour le demandeur de voir son procès jugé différemment, en raison des liens inhérents entre la compétence judiciaire et la compétence législative »<sup>1371</sup>.

**766. Fraude à la coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement.** La fonction du *forum shopping* serait donc d'assurer l'application d'une loi qui n'est pas la loi normalement applicable en lui donnant une apparence de légitimité<sup>1372</sup> dans les domaines où il s'avère que le tribunal étatique est disposé à appliquer la *lex fori*. L'hypothèse la plus significative est celle des parties qui soumettent leur demande de divorce à un tribunal du Nevada ou du Mexique. Le divorce y étant traité non pas comme une question de fond, mais comme une question de procédure, ces tribunaux appliqueront automatiquement leur *lex fori*. L'affaire WEILLER, qui fut soumise à la Cour de cassation française en 1951, illustre cette tendance<sup>1373</sup>. Dans cette hypothèse, il y a donc une fraude à l'encontre de la coïncidence du *jus* et du *forum* délibérément posée par le législateur ou la jurisprudence.

---

et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen, in mélanges John KIRKPATRICK, Bruylant Bruxelles 2004, n° 1 p. 749.

<sup>1370</sup> « La doctrine cantonne le 'forum shopping' au domaine de la fraude à la compétence, et insiste pour que soient bien distinguées la fraude à la compétence et la fraude à la loi, expliquant que le juge artificiellement saisi peut très bien appliquer au litige qui lui est soumis la loi étrangère normalement applicable. La doctrine est en cela peut-être idéaliste étant donné la propension des juges à appliquer leur propre loi », A. ATALLAH, Quelques réflexions sur le développement du "forum shopping", Le Droit Maritime Français, novembre 2001 (vol. 53 / n° 620) p. 868.

<sup>1371</sup> É. CORNUT, Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille, coll. Doctorat & Notariat t. 12, éd. Defrénois Paris 2006, n° 360 p. 212.

<sup>1372</sup> B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 237 p. 195.

<sup>1373</sup> « Attendu qu'il résulte des énonciations de l'arrêt attaqué que la dame Weiller, dans l'intention de se soustraire à sa loi nationale normalement compétente, en saisissant arbitrairement de sa demande en divorce un tribunal étranger appliquant sa loi locale, a manifestement procédé à un simulacre d'établissement dans l'État de Nevada, qu'elle a d'ailleurs abandonné dès l'obtention du divorce », Cass. Civ., 22 janvier 1951, ÉPOUX RUSSEL c/ WEILLER, RCDIP 1951 p. 167, note Ph. FRANCESCAKIS ; JCP 1951 II 6151, note S. et T. ; D. 1952 jur. p. 35 ; S. 1951 I p. 187 ; GADIP n° 24.

**767. Principe de prohibition de la fraude à la compétence.** Lorsque le *forum shopping* est pratiqué à des fins frauduleuses, il paraît alors tout à fait légitime d'en dénoncer l'utilisation. À ce propos, Monsieur le doyen FULCHIRON se demande : « quelle confiance placer en la justice si les frontières, sinon abolies, du moins beaucoup plus ouvertes qu'autrefois, ne servent qu'à favoriser les stratégies des uns ou des autres, ou, dans le domaine des enlèvements d'enfants par exemple, à consacrer des voies de fait ? »<sup>1374</sup>. Comme le montre ce commentaire, la pratique du *forum shopping* peut être à la source d'injustices et c'est d'ailleurs pourquoi la jurisprudence la sanctionne. À l'aide de plusieurs décisions de la Cour de justice<sup>1375</sup>, Monsieur NUYTS dégage ainsi l'existence d'un « principe général de prohibition de la fraude à la compétence »<sup>1376</sup>.

**768. Conditions d'existence de la fraude.** La sanction du *forum shopping* étant admise par principe, la principale difficulté est alors relative aux conditions de sa mise en œuvre : il ne peut pas y avoir de fraude, au sens propre du terme, si la règle de compétence juridictionnelle permet *elle-même* un choix. Par nature, le choix laissé au demandeur ne peut pas être frauduleux en présence d'une option de compétence. Dans cette hypothèse, il n'y a pas d'élément matériel faute de manipulation, ni d'élément légal faute de soustraction à la loi

---

<sup>1374</sup> H. FULCHIRON, La famille face à la mondialisation, in La mondialisation du droit, sous la dir. d'É. LOQUIN et de C. KESSEDJIAN, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, vol. 19, Litec Paris, 2000, p. 489.

<sup>1375</sup> CJCE, 27 septembre 1988, KALFELIS, aff. 189/87, Rec. p. 5565, points 8 et 9 (connexité, co-défendeur fictif), « il y a lieu de relever que le principe énoncé par la convention est celui de la compétence des juridictions de l'État du domicile du défendeur et que la compétence prévue par l'article 6, paragraphe 1, constitue une exception à ce principe. Il en résulte qu'une telle exception doit être aménagée de telle sorte qu'elle ne puisse remettre en question l'existence même du principe. Tel pourrait être le cas si un requérant avait la liberté de former une demande dirigée contre plusieurs défendeurs à seule fin de soustraire l'un de ces défendeurs aux tribunaux de l'État où il est domicilié. Ainsi que le relève le rapport établi par le comité des experts ayant élaboré le texte de la convention (JO C 59, du 5 mars 1979, p. 1), une telle possibilité doit être exclue. Il est nécessaire, à cet effet, qu'il existe un lien entre les demandes formulées contre chacun des défendeurs » ; CJCE, 20 février 1997, MSG, aff. C-106/95, Rec. p. I-911, point 31 (lieu d'exécution fictif) ; RCDIP 1997 p. 563, note H. GAUDEMET-TALLON ; JDI 1997 p. 625, chron. A. HUET ; CJCE, 4 juillet 1985, A.S. AUTOTEILE, aff. 220/84, Rec. p. 2267 (compétence exclusive du for de l'exécution) ; RCDIP 1986 p. 142, note E. MEZGER ; JDI 1986 p. 449, chron. A. HUET ; Gaz. Pal. 1985 I jur. p. 549, note J. MAURO.

<sup>1376</sup> A. NUYTS, *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen, in mélanges John KIRKPATRICK, Bruylant Bruxelles 2004, n° 6 p. 763.

désignée par la règle de conflit<sup>1377</sup>.

**769.** En d'autres termes, l'absence de règles, qui plus est l'absence de règles revêtant un caractère impératif, fait obstacle à l'établissement de la fraude. Ainsi, se trouve expliquée la fâcheuse tendance des auteurs de droit international privé à invoquer le « risque de *forum shopping* » pour justifier la création d'un corps de règles lorsqu'il fait défaut. L'argument est du reste employé par le législateur européen. Par exemple, le risque de *forum shopping* figure en tête des motifs de l'adoption de règles de droit international privé européen en matière d'obligations contractuelles<sup>1378</sup>. De cette façon, le recours à l'argument du *forum shopping* sert, en fait, à révéler les travers et les insuffisances des règles de droit international privé (plus précisément celles des règles de compétence et des règles de conflit). L'existence de sanctions n'empêche pas le développement de remèdes contre la fraude à la compétence (§ 4).

#### § 4 Les remèdes contre la fraude à la compétence

**770. Diversité de remèdes répondant à la diversité des formes du *forum shopping*.** Dans les faits, les manifestations du *forum shopping* sont diverses. De nombreux exemples sont connus des praticiens tels que les actions en réparation d'un préjudice que le demandeur tente par tous les moyens de soumettre aux juridictions des États-Unis d'Amérique<sup>1379</sup>. Il y a

---

<sup>1377</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Le forum shopping* devant les juridictions françaises, TCFDIP 1998-2000, Pedone Paris 2001, p. 58. V. aussi P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, v° Fraude à la loi, Rép. Internat. Dalloz (1998), n° 21 p. 4.

<sup>1378</sup> « 1.1. Contexte historique et objectif de la proposition. La Convention de Bruxelles de 1968 relative à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale contient des options permettant au demandeur de choisir entre plusieurs tribunaux, ce qui crée le risque qu'une partie choisisse les tribunaux d'un État membre plutôt que ceux d'un autre pour la seule raison que la loi applicable dans celui-ci lui serait plus favorable. Pour réduire ce risque, les États membres ont signé, en 1980, sur la même base juridique, la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2005 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (dit « Rome I »), COM/2005/0650 final - COD 2005/0261, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1379</sup> « Malheureusement le "forum shopping" est devenu tellement général dans les procès en responsabilité civile que certains avocats anglais habitués à représenter les plaignants pensent que ce serait une erreur de ne pas essayer d'établir la compétence d'un tribunal aux États-Unis, quel que soit l'endroit où a eu lieu l'accident », T. R. BRYMER, *Le « forum shopping » ou la course à la compétence : la réponse des tribunaux*

aussi les actions en déclaration de non-responsabilité intentées dans l'espoir que cet incident entraînera une attraction du contentieux dans sa totalité devant le juge choisi (« actions dénégatoires »<sup>1380</sup>). Il y a enfin les actions engagées dans le pays du demandeur au mépris d'une clause d'élection de for contenue dans le contrat qui fait l'objet du litige<sup>1381</sup>. En réponse à cette diversité de manifestations du *forum shopping*, les juristes ont développé plusieurs formes de préventions (1) et de sanctions (2).

1/ L'aspect préventif : la solution de l'uniformisation du droit

**771. Position du problème.** Le choix entre deux types de règles naît nécessairement de leur divergence, que ce soit une différence de contenu ou de mise en œuvre<sup>1382</sup>. Or, l'existence même de nombreux systèmes juridiques différents rend le choix encore plus large. La pratique du *forum shopping* peut exister en droit interne<sup>1383</sup>, cependant c'est en droit international qu'elle prend toute son ampleur, parce que les différences entre les systèmes étatiques sont plus marquées que celles qui existent entre les règles à l'intérieur d'un seul et même pays.

---

anglais, *Revue française de droit aérien et spatial* 1992 (vol. 181) p. 11-12.

<sup>1380</sup> Sur la notion d'action dénégatoire, v. A. NUYTS, L'exception de *forum non conveniens* : étude de droit international privé comparé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2003, n° 304 p. 407-409 et n° 545 p. 761-762. Sur les nombreuses critiques à l'égard de ce procédé, v. les références bibliographiques citées in A. NUYTS, *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen, in mélanges John KIRKPATRICK, Bruylant Bruxelles 2004, spéc. note n° 85 p. 769.

<sup>1381</sup> « Thus there are examples in the law reports of many countries of people with personal injury claims trying everything in their power to have their claim heard in the USA ; of European parties commencing proceedings for declarations of non liability in the hope that the courts of the country in which those proceedings are commenced will also have jurisdiction over everything else arising out of the incident ; and of claimants commencing proceedings in their own country even in the face of exclusive foreign jurisdiction clauses in the contracts under which the claim arises », R. WILLIAMS and W. MARSH, *Forum shopping : A New Lease of Life ?*, *International Business Lawyer* n° 27/7 du 01/07/1999, p. 307.

<sup>1382</sup> Comp. É. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille*, coll. Doctorat & Notariat t. 12, éd. Defrénois Paris 2006, n° 364 p. 214-215.

<sup>1383</sup> Madame ATALLAH cite, pour la France, l'exemple d'une association de lutte contre le tabac qui assigne systématiquement ses adversaires devant les tribunaux de Quimper parce qu'elle y a déjà obtenu des décisions favorables, A. ATALLAH, *Quelques réflexions sur le développement du "forum shopping"*, *Le Droit Maritime Français*, novembre 2001 (vol. 53 / n° 620) p. 869.

**772. Remède de l'uniformisation.** Par conséquent, le *forum shopping* peut être découragé par la réduction des divergences matérielles sous l'effet d'une convention internationale unifiant les règles applicables aux situations internationales. Toutefois, l'adoption d'une convention de droit matériel uniforme ne permet pas de chasser complètement toutes les manifestations de *forum shopping*. Monsieur FERRARI a en effet démontré que le *forum shopping* était un phénomène difficile à éliminer<sup>1384</sup>. Contrairement à une idée reçue en doctrine, les conventions internationales de droit matériel uniforme *permettent même* la promotion du *forum shopping*.

**773.** L'uniformisation des solutions laisse, en fait, de nombreuses difficultés qui révèlent l'incapacité du procédé à évincer toute possibilité de *forum shopping* :

- l'absence d'utilisation d'une solution uniforme pour déterminer un chef de compétence,
- la multiplicité des tribunaux compétents énoncés par une convention de droit matériel uniforme,
- le champ d'application limité des conventions de droit matériel uniforme et, notamment,
  - les limites du champ d'application dans l'espace (nombre limité d'États contractants),
  - la possibilité pour les États contractants de formuler des réserves aux conventions internationales, voire d'opposer la protection de leur ordre public
  - les limites du champ d'application *ratione materiae*,
  - la portée limitée de la solution uniforme (pour une même opération juridique, toutes les problématiques ne sont pas réglées),
  - le renvoi éventuel du juge au contenu de sa propre loi (par exemple, pour la définition d'une notion telle que la résidence),
  - le caractère supplétif de certaines dispositions du traité,
  - et, enfin, les divergences d'interprétation touchant les dispositions du traité<sup>1385</sup>.

---

<sup>1384</sup> À l'aide de nombreux exemples tirés de l'application des conventions de droit matériel uniforme, qu'il n'est pas possible de reprendre en ces lignes, Monsieur FERRARI démontre que « l'idée selon laquelle le recours au *forum shopping* pourra être empêché par l'entrée en vigueur de conventions de droit uniforme est erronée », Fr. FERRARI, *Forum shopping* et Droit matériel uniforme, JDI 2002 p. 407. Ce point de vue est repris par Madame MECARELLI, G. MECARELLI, À propos du caractère inévitable du *forum shopping* dans la vente internationale de marchandises, Revue de droit des affaires internationales 2003 (n° 8) p. 935.

<sup>1385</sup> D'après Monsieur FERRARI, la divergence d'interprétation est l'obstacle le plus important qui empêche

**774. Difficultés d'uniformisation pour certains domaines.** D'autant que dans le domaine du droit des personnes et de la famille, l'unification matérielle s'avère sinon problématique du moins délicate. Monsieur le doyen FULCHIRON souligne ainsi que si la famille assure une fonction économique, elle remplit surtout une fonction protectrice et identitaire en réponse aux appréhensions que suscite la mondialisation. L'auteur explique alors que le droit de la famille est l'une des matières où se projettent naturellement la diversité et les particularismes des sociétés, ce qui est un phénomène connu en anthropologie. N'est-il donc pas légitime de poser la famille en « bastion des résistances à la mondialisation »<sup>1386</sup> ? Selon Monsieur le doyen FULCHIRON, « il est vraisemblable qu'une unification forcée se heurterait à de vives résistances. Quelle en serait d'ailleurs l'utilité ? On comprend l'importance de règles communes dans le domaine des contrats en général et des échanges commerciaux en particulier ; il n'en va pas de même en matière familiale »<sup>1387</sup>. Il existe une forte résistance à l'uniformisation dans ces domaines. Il faut alors rechercher d'autres moyens de lutter contre le *forum shopping* (2/).

---

que le phénomène du *forum shopping* soit supprimé par les conventions de droit matériel uniforme, Fr. FERRARI, *Forum shopping* et Droit matériel uniforme, JDI 2002 p. 404. Pour une consécration jurisprudentielle de cette thèse, v. : « *it has also been pointed out by some scholars that the application of substantive uniform law has an additional advantage compared to the application of the rules of private international law: the avoidance of forum shopping, an activity which aims at reaching the most favorable jurisdiction for the interests of the litigating parties. Forum shopping would be avoided by the application of the same substantive law in different Contracting States. On the other hand, it may be that this is only a theoretical advantage, given that even when applying the CISG, the parties still could have an interest in forum shopping, by using the domestic procedural system which is more suitable to them. The truth is that the choice of the most favorable jurisdiction would likely depend on other factors ranging from the rules of evidence to the varying conditions of efficiency and rapidity of the judicial process, the language of the proceedings, the reputation for impartiality of the Court; the enforceability of the judgment; and, above all, the fact that conventions may be interpreted differently in each country with the possibility of inconsistent results being reached on substantive issues* », Tribunale di Rimini 26 novembre 2002, AL PALAZZO S.R.L. c. BERNARDAUD DI LIMOGE S.A., (juge CORTESI), disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021126i3.html>.

<sup>1386</sup> H. FULCHIRON, La famille face à la mondialisation, La mondialisation du droit, sous la dir. d'É. LOQUIN et de C. KESSEDJIAN, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, vol. 19, Litec Paris 2000, p. 480.

<sup>1387</sup> H. FULCHIRON, *op. cit.*, p. 487.

**775. Sanction de la fraude à la compétence dans les textes communautaires.** Les textes européens relatifs à la compétence juridictionnelle ne sanctionnent pas spécifiquement la pratique frauduleuse du choix de juridiction par le demandeur. Rien ne figure à ce sujet dans la convention de Bruxelles, ainsi que dans le règlement Bruxelles I, excepté à l'article 6 § 2 qui vise la demande en garantie ou en intervention. La disposition précise que, pour les demandes en garantie ou en intervention, une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut aussi être assignée « devant le tribunal saisi de la demande originale, à moins qu'elle n'ait été formée que pour traduire hors de son tribunal celui qui a été appelé »<sup>1388</sup>.

Mais, plus généralement, Monsieur NUYTS considère que la réponse jurisprudentielle apportée à la fraude à la compétence consiste, pour les tribunaux des États membres de l'Union européenne, à décliner leur compétence<sup>1389</sup>. La sanction revient donc à priver d'effet la manœuvre du plaideur.

**776. Exception d'incompétence (*forum non conveniens*).** *A priori*, il semble que cette réponse ne soit pas différente dans les systèmes de *common law*. En particulier, les partisans anglo-américains de l'application généralisée de la *lex fori* proposent de réduire le risque de *forum shopping* par une exception d'incompétence déclenchée au cas par cas lorsqu'à l'analyse, le juge saisi n'est pas le mieux disposé à connaître du litige ou lorsqu'un juge étranger serait plus approprié. Cette approche est connue sous le nom de *forum non conveniens*<sup>1390</sup>.

**777.** La solution préconisée a cependant des limites en raison du caractère unilatéral des règles de compétence. En effet, si le *forum non conveniens* décline sa compétence, il ne peut, pour des raisons de souveraineté, attribuer compétence au juge qu'il estime être le plus

---

<sup>1388</sup> Pour une illustration jurisprudentielle, v. CJCE, 27 septembre 1988, aff. 189/87, KALFELIS, précité.

<sup>1389</sup> A. NUYTS, *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen, précité, n° 6 p. 763.

<sup>1390</sup> Le mécanisme de l'exception de *forum non conveniens* a été retenue par la House of Lords dans l'affaire *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd* [1987] AC 460 ; [1986] 3 WLR 972 ; [1986] 3 All ER 843. Sur l'ensemble du procédé, v. A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens : étude de droit international privé comparé*, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2003.

approprié (*forum conveniens*). De surcroît, la théorie du *forum non conveniens* ne résout pas les nombreuses hypothèses dans lesquelles plusieurs fors sont compétents au regard de leurs règles attributives de juridiction respectives<sup>1391</sup>. Enfin, les auteurs de *civil law* considèrent que cette approche est une transposition du problème des conflits de lois sur le plan du conflit de juridictions<sup>1392</sup>. Elle fut d'ailleurs la pierre d'achoppement lors des discussions intervenues à propos du projet de convention internationale sur la compétence juridictionnelle de la Conférence de droit international privé de La Haye<sup>1393</sup>.

**778. Exception d'incompétence en droit international privé français.** D'un autre côté, la jurisprudence française a traditionnellement marqué une réticence à admettre la doctrine du *forum non conveniens*<sup>1394</sup>. Néanmoins, il existe des exemples jurisprudentiels dans lesquels le juge a sanctionné le *forum shopping* par une exception d'incompétence. Ce fut le cas dans l'affaire GARETT<sup>1395</sup>.

---

<sup>1391</sup> « *The doctrine of forum non conveniens eliminates but inconvenient fora. Between several convenient fora the doctrine allows a subsequent choice of law* », K. SIEHR, Ehrenzweigs Lex-Fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (1970) 34 p. 635.

<sup>1392</sup> « Il s'agit plutôt de substituer une complexité à une autre », Y. LEQUETTE, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, BDIP vol. 20, Dalloz Paris, 1976, n° 147 p. 115.

<sup>1393</sup> V. les documents préliminaires à l'adoption de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, disponibles sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : <http://www.hcch.net/>. Selon Monsieur VON MEHREN, « les différences reposent pour une part importante sur une divergence fondamentale de points de vue entre la conception américaine de la fonction sociale du pouvoir juridictionnel et celle de la plupart des États membres de l'Union européenne – sinon tous », A. T. VON MEHREN, *La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir ?*, RCDIP 2001 p. 91.

<sup>1394</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, SOC. INTERCOMI ET A., Bull. 1990 I n° 294 p. 206 ; RCDIP 1991 p. 759, note B. ANCEL ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1993, M. X, Bull. 1993 I n° 33 p. 21, D. 1993 p. 602, obs. J. MASSIP, où la Cour de cassation a décidé « qu'il n'entraîne pas dans les pouvoirs de la cour d'appel d'écarter pour des raisons de convenance l'application de l'article 14 du Code civil ». En droit français, il n'existe pas de clause générale d'exception laissée à la discrétion du juge saisi. V. A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens : étude de droit international privé comparé*, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2003, n° 144 p. 207 s.

<sup>1395</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, SOC. EUROPE AÉRO SERVICE c/ SOC. GARETT, Bull. 1987 I n° 304 p. 218 ; RCDIP 1988 p. 364, note G. DROZ ; JDI 1988 p. 793, note É. LOQUIN ; JCP 1989 II 21201, note Ph. BLONDEL et L. CADIET ; RTDC 1988 p. 544, obs. J. MESTRE (fraude à la compétence). V. aussi,

**779.** L'objet du litige portait sur la vente d'un avion entre la société Garrett, siégeant à Los Angeles, et la République du Congo. Invoquant la rupture d'un accord d'exclusivité avec la République du Congo, la société de droit suisse Progress engagea une action devant les juridictions du Minnesota. Alors que l'instance était encore pendante, la société Progress céda les droits litigieux à une société française, laquelle engagea son action devant les juges français en vertu du privilège de juridiction reconnu aux Français par l'article 14 du Code civil. La cour d'appel déclina sa compétence, au motif que la cession de créance n'avait d'autre but que de permettre au cessionnaire français d'invoquer le privilège de juridiction et de créer ainsi un élément de rattachement artificiel destiné à soustraire le litige relatif au recouvrement de la créance à ses juges naturels, initialement saisis. Elle estima alors qu'en raison du caractère frauduleux de la cession intervenue, le cessionnaire n'était pas fondé à se prévaloir des dispositions de l'article 14 du Code civil, de sorte que la juridiction française n'était pas compétente pour statuer sur ses demandes. Cette décision fut approuvée par la Cour de cassation. Il y a, dans cette espèce, une similarité flagrante avec la pratique du *forum non conveniens*.

**780. Autres sanctions possibles.** Outre l'exception d'incompétence, il existe d'autres sanctions possibles à l'égard du *forum shopping* : l'exception de litispendance si une action est en cours à l'étranger ou l'exception de la chose jugée si une décision a déjà été rendue à l'étranger<sup>1396</sup>. En pratique, il y a de nombreuses décisions qui ont sanctionné le *forum shopping* en refusant la reconnaissance ou l'exequatur d'une décision étrangère<sup>1397</sup>. Il s'agit

---

pour des exemples de fraude à la compétence doublée d'une fraude à la loi en raison de l'application par le juge saisi de sa propre loi, Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, FAVREAU, RCDIP 1986 p. 91, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER ; JDI 1985 p. 495, note B. AUDIT ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, LEMAIRE ET A., RCDIP 1989 p. 89 (2<sup>e</sup> esp.), note H. GAUDEMET-TALLON.

<sup>1396</sup> P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Le forum shopping* devant les juridictions françaises, communication du 29 janvier 1999, TCFDIP 1998-2000, p. 62 s.

<sup>1397</sup> Un exemple de refus d'exequatur peut être pris dans un arrêt de la cour d'appel de Paris dans lequel il a été décidé que « la situation d'Anne-Laure R., qui est française, vit en France où elle exerce son activité professionnelle, ne présente aucun lien de rattachement avec la Grande-Bretagne ; qu'il apparaît qu'elle a commis une fraude en allant rechercher en Grande-Bretagne un acte qu'elle savait ne pouvoir obtenir dans les mêmes conditions de l'autorité publique française, pour l'invoquer dans son pays ». Il s'agissait en l'espèce d'une demande d'exequatur concernant « un acte unilatéral de changement de nom » obtenu auprès de *solicitors* britanniques, Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, DAME ANNE-LAURE R., JDI 1997 p. 793, note H.-J.

dans cette hypothèse d'une fraude à la compétence indirecte.

**781. Sanction sur le fondement de l'abus de droit.** Un auteur a nouvellement proposé une intéressante caractérisation du *forum shopping*. Au cours de l'élaboration de sa théorie critique de la fraude en droit international privé, Monsieur CORNUT fait de la notion d'internationalité un critère permettant de distinguer ce qui relève de la fraude de ce qui relève de l'abus de droit<sup>1398</sup>. Une situation internationale créée dans le dessein d'échapper à une loi pourrait ainsi être qualifiée de fraude à la loi, tandis qu'une situation internationale préexistante exploitée pour en tirer un avantage particulier serait considérée comme un abus de droit<sup>1399</sup>.

**782.** En admettant, par conséquent, que le *forum shopping* puisse consister purement et simplement à exploiter abusivement une option de droit autorisée par la pluralité de chefs de compétence, ce comportement devra quitter le terrain de la fraude pour être qualifié d'abus de droit. Dans ce cadre, le droit d'option qui bénéficie au demandeur fera enfin l'objet de limites. La sanction de l'abus supposera ainsi que le demandeur ait principalement agi à des fins étrangères à celle du droit d'accès à la justice (par exemple, à des fins tactiques)<sup>1400</sup>. En d'autres termes, il faudra vérifier que la juridiction saisie répond concrètement aux critères de la bonne administration de la justice (proximité, délai et coût raisonnables, etc.). Dans le

---

LUCAS. La Cour de cassation française a elle aussi sanctionné le comportement frauduleux du demandeur, en prononçant l'inopposabilité d'un jugement de divorce obtenu à l'étranger. Dans l'affaire WEILLER, où il existait une coïncidence du *forum* avec le *jus*, elle a en effet décidé que « la cour d'appel a pu retenir et sanctionner la fraude à la loi française, dans les conditions ainsi artificiellement créées par la dame Weiller en vue de substituer aux lois françaises sur le mariage, l'application par un tribunal incompétent, d'une loi étrangère incompétente lui permettant de répudier son mari sans débats sérieux », Cass. Civ., 22 janvier 1951, ÉPOUX RUSSEL c/ WEILLER, (précité).

<sup>1398</sup> É. CORNUT, *Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille*, coll. Doctorat & Notariat t. 12, Defrénois Paris 2006, (v. spéc. le chapitre préliminaire de la deuxième partie de l'ouvrage). V. aussi A. NUYTS, *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen, in *mélanges John KIRKPATRICK*, Bruylant Bruxelles 2004, n° 7 s. p. 769 s.

<sup>1399</sup> « Nécessitant une modification, la théorie de la fraude à la loi, prise au sens strict, ne peut en effet être opposée à l'exercice d'une option de compétence juridictionnelle. Or, le *forum shopping* provient le plus souvent aujourd'hui de l'exploitation d'une option de compétence directement offerte par une règle de conflit de juridictions », É. CORNUT, *op. cit.*, n° 21 p. 12.

<sup>1400</sup> A. NUYTS, *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen, précité, n° 9 p. 779-780.

cas contraire, le détournement du droit d'accès à la justice de droit international privé pourra servir de base juridique pour sanctionner le *forum shopping*.

**783. Conclusion.** En conclusion, il faut constater que, dans l'ensemble, il existe plusieurs possibilités de lutter contre l'action du *forum shopper*. L'utilisation frauduleuse ou abusive des règles de compétence juridictionnelle est d'ailleurs sanctionnée par la jurisprudence. Cet état de fait vient en même temps corroborer notre hypothèse préliminaire qui revient à considérer que la prévention du *forum shopping* ne doit pas forcément passer par la séparation entre le *forum* et le *jus*, c'est-à-dire par l'application de la loi étrangère. D'ailleurs, si tel était le cas, la *lex fori* n'aurait plus aucune habilitation à intervenir dans la justice de droit international privé, par crainte du *forum shopping*. Or, l'application de sa propre loi par le juge du lieu de la situation d'un immeuble résultant d'une coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement, par exemple, n'a jamais été remise en cause par l'existence du *forum shopping*. Il en va de même pour l'application subsidiaire de la *lex fori* en cas de contrariété de l'ordre public. Ces solutions sont tellement établies que l'on voit mal comment l'inconvénient du *forum shopping* pourrait suffire à justifier l'exclusion de la *lex fori* de la résolution des conflits de lois. Du reste, aucune législation de droit international privé n'a pris le parti d'évincer la *lex fori* à cause du risque de *forum shopping* qu'elle est susceptible d'entraîner.

### CONCLUSION DU CHAPITRE III

**784.** Dans ce chapitre, nous avons tenté d'expliquer la raison d'être de la séparation qui existe entre le *forum* et le *jus* par le biais des inconvénients qu'il y aurait à adopter la solution strictement inverse. Cette façon d'aborder le problème nous a conduit à faire une introspection dans les défauts inhérents à l'application systématique de la loi du for. Deux reproches majeurs ont alors été identifiés : l'insécurité juridique et le *forum shopping*. Toutefois, sans vouloir relativiser ces inconvénients qui sont quand même de taille dans le cadre de la résolution des conflits de lois, il nous est apparu qu'ils n'étaient pas insurmontables.

**785.** D'une part, le reproche de l'insécurité juridique, ou plus précisément celui de l'imprévisibilité des solutions, se trouve en partie infondé puisque l'attente légitime des parties repose très vraisemblablement sur l'application par le juge de la loi dont il est l'expert naturel. Reste à préciser que, pour que tout le monde accorde une pleine confiance aux magistrats dans leur exercice de la justice de droit international privé, le juge ne doit pas céder à la tentation d'étendre le domaine de sa propre loi lorsque cette solution déjoue les prévisions des parties. Une telle directive impose donc de consulter les parties au début de la procédure pour leur donner l'opportunité de s'accorder sur la loi applicable à leur litige (d'où l'importance de « l'accord procédural »). Gageons que ce dialogue entre les acteurs du procès pourra éloigner les risques d'arbitraire qui subsistent lorsque le juge est seul maître de l'application de sa propre loi. En outre, pour que ce dialogue soit éclairé, il est fondamental que la doctrine remplisse son rôle explicatif et que, pour sa part, la Cour de cassation sanctionne avec rigueur les applications abusives de la loi du for, ce que précisément elle effectue ainsi que notre étude statistique a pu le montrer<sup>1401</sup>.

**786.** D'autre part, nous avons pu constater que le phénomène du *forum shopping*, qui est rendu possible par l'existence de chefs alternatifs de compétence, pouvait être combattu d'autres façons que par la dissociation délibérée du chef de compétence et du critère de rattachement. Ainsi la notion de fraude et celle d'abus de droit permettent-elles, l'une et l'autre, de sanctionner les demandeurs qui cherchent à obtenir des avantages frauduleux ou

---

<sup>1401</sup> Sur la répartition statistique entre la loi du for et la loi étrangère dans la jurisprudence de la Cour de cassation, v. n° 108 s.

injustifiés, c'est-à-dire extérieurs à la bonne administration de la justice.

**787.** Ces deux points nous permettent ainsi de conclure que les fondements de la séparation entre la loi applicable et la compétence juridictionnelle ne peuvent être trouvés dans les inconvénients de l'application systématique de la loi du for.



## CONCLUSION DU TITRE I

**788.** Les difficultés rencontrées dans la recherche d'un fondement pour le principe de séparation nous conduisent à la conclusion qu'il faut certainement refuser d'accorder à la séparation du *jus* et du *forum* la valeur d'un principe général. En effet, le principe de séparation revient à poser l'application de la *lex fori* en exception. Or, même les partisans de l'application bilatérale de la règle de conflit ne vont pas jusqu'à cet extrême, puisqu'ils postulent une égalité entre la loi étrangère et la loi du for.

**789.** Par ailleurs, les inconvénients engendrés par l'application de la *lex fori* sont impuissants à donner à la séparation du *jus* et du *forum* le pas sur la coïncidence entre ces deux éléments. Certes, l'application systématique de la *lex fori* conduit à la *certitude* de la solution judiciaire sans offrir de garantie sur la *prévisibilité* du juge saisi. De même, à partir du moment où la sélection du juge emporte systématiquement l'application par ce dernier de sa propre loi, l'existence de chefs alternatifs de compétence accroît l'intérêt pour le demandeur de choisir la loi qui lui sera la plus avantageuse, en possible contrariété avec le travail de localisation objective accompli par le droit international privé. Mais, l'application de la loi étrangère ne réussit pas à déjouer entièrement ces difficultés. Au contraire, la solution semble plutôt se trouver dans une rationalisation des conflits de juridictions dont l'objectif sera de rendre prévisible le juge saisi (pour une meilleure sécurité juridique) et de sanctionner le *forum shopping* par une exception d'incompétence ou un refus de reconnaissance de la décision étrangère.

**790.** En prenant alors le parti de mettre en relation les conflits de lois avec les conflits de juridictions, il devient donc possible de prendre pleinement en compte les faiblesses théoriques du principe de séparation ainsi que les résistances pratiques à l'application de la loi étrangère : cela passe par une proposition de rapprochement encadré entre le chef de compétence et le critère de rattachement. Les formes de ce rapprochement, intervenant tantôt dans le sens du *forum* vers le *jus* et tantôt dans celui du *jus* vers le *forum*, méritent alors d'être plus amplement expliquées (Titre II).



## TITRE II LES FORMES DE COÏNCIDENCE DU *JUS* AVEC LE *FORUM*

**791. Corrélations terminologiques.** Mentionnons tout d'abord qu'une proximité préexiste naturellement entre la question de la compétence juridictionnelle (*forum*) et celle du droit applicable (*jus*). Elle apparaît tout simplement dans la terminologie employée en droit international privé. En effet, il est d'usage de désigner la détermination de la compétence juridictionnelle et celle de la loi applicable par des expressions similaires. Le révélateur de la corrélation se trouve ainsi dans une réciprocity d'emprunt terminologique : il se constate non seulement dans le sens du *jus* vers le *forum*, mais aussi dans celui du *forum* vers le *jus*.

**792.** Premièrement, l'expression de « conflit de juridictions », une expression « profondément installée dans le langage des internationalistes »<sup>1402</sup>, est bien entendu dérivée de celle de « conflit de lois »<sup>1403</sup>. On s'accorde pourtant à dire que l'utilisation de l'expression de conflit de juridictions est impropre parce qu'elle laisse entendre qu'il y a un conflit à résoudre, alors qu'il s'agit simplement pour une juridiction donnée de statuer sur sa propre compétence, à l'exclusion de celles des autres juridictions étatiques<sup>1404</sup>. Les règles concernant la compétence juridictionnelle sont, on le sait, des règles unilatérales. En raison du principe de souveraineté des États, elles ne permettent nullement d'octroyer compétence à des juridictions étrangères. Elles doivent se limiter à déterminer si le tribunal étatique est compétent ou pas, de son seul point de vue, pour régler le litige dont il est saisi. De cette manière, la compétence juridictionnelle reste généralement focalisée sur les intérêts de la justice étatique<sup>1405</sup>.

**793.** Deuxièmement, la jurisprudence<sup>1406</sup>, le législateur<sup>1407</sup>, ainsi que dans une moindre mesure les auteurs de droit international privé, utilisent l'expression de « loi compétente »

---

<sup>1402</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 275 p. 197.

<sup>1403</sup> En témoigne la nomenclature utilisée par la Cour de cassation dans le bulletin des arrêts rendus par ses chambres civiles.

<sup>1404</sup> V. B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 326 p. 274.

<sup>1405</sup> Sur le caractère unilatéral des règles de compétence juridictionnelle, v. *supra* n° 681 s.

<sup>1406</sup> Il existe pléthore d'exemples en droit international privé français, par exemple : « Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la MAIF, partie au procès, revendiquait l'application de la loi guatémaltèque compétente en

pour désigner la loi applicable en vertu de la règle de conflit. Il s'agit d'un abus de langage qu'une définition du terme « compétence » permet de cerner. La compétence, écrit Monsieur MAYER, « est une qualité reconnue à une personne, plus précisément à une autorité ou à un organe »<sup>1408</sup>. Ainsi, par l'emprunt terminologique qu'elle opère, l'expression de « loi compétente » contribue-t-elle à personnifier la règle de droit, alors qu'elle ne devrait que définir les activités qui entrent dans les pouvoirs de cet organe ou de cette autorité. Par conséquent, comme l'indique l'auteur, l'expression de « loi compétente » n'a aucun sens à proprement parler : « seul un organe est compétent ou incompétent, et l'on ne dit pas par exemple de la règle de "compétence" internationale indirecte qu'elle désigne le "jugement compétent" »<sup>1409</sup>.

**794.** Le parallélisme du vocabulaire, bien que participant à la confusion de deux questions fondamentales du droit international privé, n'est alors pas si trompeur qu'il y paraît. Il laisse entendre qu'il existe des liens étroits entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable. Cela montre que le principe de séparation entre *jus* et *forum* n'a vraisemblablement pas de caractère absolu ou, en d'autres termes, que la *lex fori* dispose forcément d'une part de légitimité dans la résolution des conflits de lois. Le parallélisme terminologique traduit surtout que les règles concernant le *jus* et le *forum* se trouvent guidées par un objectif commun : celui de donner une localisation géographique à un élément de la situation

---

vertu de l'article 3 de la Convention de la Haye, de sorte que, sans pouvoir donner effet à l'accord des autres parties, elle était tenue de rechercher la loi compétente et de l'appliquer, la cour d'appel a violé les textes susvisés », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 2005, MAIF, Bull. 2005 I n° 90 p. 79.

<sup>1407</sup> Par exemple, en 1975, le législateur français a fait inscrire au Code civil que le divorce et la séparation de corps sont notamment régis par la loi française lorsqu'« aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence », article 309 nouveau du Code civil français dans sa rédaction issue de la loi du 11 juillet 1975 et dans sa numérotation issue de l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation - art. 2, JO du 6 juillet 2005.

<sup>1408</sup> P. MAYER, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, RCDIP 1979 p. 10.

<sup>1409</sup> P. MAYER, *op. cit.*, p. 20. Monsieur MAYER explique cette confusion terminologique par la fonction répartitrice qui occupe les deux types de règles : « la notion de compétence est si liée à l'idée d'une sélection effectuée à l'aide d'un critère que l'on est tenté de parler de compétence chaque fois que l'on est en présence d'une telle sélection, et cela d'autant plus fortement qu'elle est parfaitement répartitrice, sans cumul, ni lacune ; "compétente" veut donc simplement dire ici "sélectionnée", "élue", et c'est bien la loi qui est élue », P. MAYER, *op. cit.*, p. 20.

juridique<sup>1410</sup>.

**795.** De la même manière, le parallélisme décrit une donnée comptable du droit international privé : malgré leur pluralité, les chefs de compétence et les critères de rattachement utilisés en droit international privé ne sont pas d'une infinie variété. Il y a, par ailleurs, une potentielle coïncidence des intérêts pris en compte dans l'élaboration des règles de compétence et de conflit de lois. Sans méconnaître alors la différence de fonction qui occupe ces deux catégories, il faut admettre qu'il puisse exister une coïncidence réelle entre elles. Le parallèle terminologique vient ainsi valider toutes les corrélations qui peuvent s'observer entre le *forum* et le *jus*.

**796. Constance de la corrélation entre *jus* et *forum*.** Il faut dire qu'historiquement, le phénomène de corrélation qui concerne ces deux questions n'est pas récent. Toutefois, occupés à décrire la quête de légitimité de la loi étrangère dans le procédé de résolution des litiges internationaux, les auteurs ont pu laisser entendre que « l'histoire même du droit international privé dans son ensemble pourrait être résumée par le *rejet* du parallélisme "for compétent-droit applicable" »<sup>1411</sup>. Au contraire, une analyse fort bien menée des rapports entre le juge et la loi depuis l'Antiquité révèle que la corrélation est une constante dans le processus historique de cette discipline<sup>1412</sup>. L'indépendance du *jus* par rapport au *forum* fait donc figure d'exception : l'application par le juge de sa propre loi apparaît comme un trait dominant de la construction du droit international privé.

---

<sup>1410</sup> L'élaboration des deux types de règles présente une similitude manifeste : « d'une manière générale, il semble que les règles de compétence territoriale retiennent les éléments de la situation juridique considérée qui la rattachent à tel ou tel lieu. N'est-ce pas la méthode même de la solution des conflits de lois ? », H. BATIFFOL, Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative, in *De Conflictu Legum : mélanges offerts à Roeland Duco Kollelijn et Johannes Offerhaus*, Sitjhoff Leyden 1962, p. 56.

<sup>1411</sup> P. LALIVE, Tendances et méthodes en droit international privé (cours général), RCADI 1977-II t. 155 p. 191 (en italiques dans le texte).

<sup>1412</sup> « La tentation est grande d'affirmer (...) que la corrélation entre le juge et la loi n'est pas, au contraire de ce que l'on croit d'habitude, un phénomène anormal en droit international privé mais plutôt la constante dans le processus historique de notre discipline. Et, de ce fait, il n'est pas étonnant qu'il soit largement présent encore dans le droit positif », J. GONZÁLEZ CAMPOS, Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé, RCADI 1977-III t. 156, p. 265. V. l'étude historique réalisée par cet auteur, p. 248-265.

**797.** C'est que, par définition, le principe de séparation entre le *forum* et le *jus* ne peut être poussé à l'extrême, sans quoi il conduirait à l'application systématique à la loi étrangère. De cette manière, le droit international privé n'impose pas une dissociation totale entre l'origine du juge saisi et l'origine de la règle qu'il applique : il laisse nécessairement une place à la *lex fori*. Cela explique pourquoi il existe toujours certains liens entre le juge et le droit qu'il applique.

**798.** Ces liens entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable revêtent alors plusieurs formes. Il existe des liens quasi-indissolubles qui se traduisent par une coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement. Il y a aussi des liens plus inconstants qui ont seulement pour effet d'établir une coïncidence potentielle entre le *forum* et le *jus*, c'est-à-dire une coïncidence en puissance qui peut être renversée pour conduire à une séparation. Mais, tandis que l'on ne recense que très peu de parfaites coïncidences entre le *forum* et le *jus*, de multiples coïncidences potentielles peuvent être décelées en droit international privé. Pour en dresser la typologie, il faut opérer une comparaison d'ensemble entre les règles de compétence juridictionnelle et les règles de résolution de conflit de lois. Cela nous permettra de confirmer la rareté des hypothèses de coïncidence (Chapitre I). Il sera ensuite beaucoup plus instructif de s'intéresser aux corrélations qui jalonnent, dans un sens comme dans l'autre, les deux catégories de règles (Chapitre II).

## CHAPITRE I LA COÏNCIDENCE SYSTÉMATIQUE DU CRITÈRE DE RATTACHEMENT AVEC LE CHEF DE COMPÉTENCE

**799. Présentation.** La coïncidence entre le critère de rattachement et le chef de compétence a pour effet de produire une identité des localisations pour le droit applicable et le tribunal compétent. Concrètement, elle signifie que le juge saisi va procéder à une application systématique de sa propre loi. Seulement, pour minimiser l'impact de la *lex fori* sur la résolution des conflits de lois, la tentation peut être grande d'affirmer qu'il n'existe « que de simples coïncidences entre les deux règles [*celles de la compétence juridictionnelle et celles de la loi applicable*] sans qu'il soit possible de poser de lien de dépendance d'une compétence par rapport à l'autre »<sup>1413</sup>.

**800.** Un auteur soutient ainsi que l'alignement de la compétence législative sur la compétence juridictionnelle au moyen d'un parallélisme des localisations est une pure coïncidence qui respecte les objectifs divergents du juridique et du judiciaire, tandis que l'alignement opéré par une dépendance d'une des compétences à l'égard de l'autre pourrait être volontaire, à condition de vérifier qu'il existe une convergence matérielle et conceptuelle de nature à supprimer la valeur internationale du litige<sup>1414</sup>.

**801.** Il nous semble, au contraire, que le parallélisme des éléments localisateurs pour la compétence et la loi applicable conduit de plein droit à l'application de la loi du juge saisi et qu'il n'y a pas lieu de penser qu'en général, chaque règle a été élaborée dans l'ignorance l'une de l'autre. C'est pourquoi, il faut considérer que les hypothèses de coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement ne sont pas le fruit du hasard (Section 1). Elles sont toujours le résultat d'une politique délibérée, dont nous donnerons quelques exemples (Section 2).

---

<sup>1413</sup> É. PATAUT, Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé), BDP t. 298, LGDJ Paris 1999, n° 1 p. 2, [*ajouté par nous*].

<sup>1414</sup> A. BOLZE, Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international, th. Paris II 1996, p. 308 s.

Section 1 Le mythe de la coïncidence naturelle du critère de rattachement avec le chef de compétence

**802. Définition de la coïncidence naturelle.** Les hypothèses de coïncidence naturelle correspondent aux situations dans lesquelles l'identité entre le *jus* et le *forum* s'avère fortuite. Concrètement, le phénomène survient lorsque les deux éléments de la situation juridique utilisés par le juge pour examiner sa compétence et pour fixer la loi applicable, bien que distincts, sont tous deux localisés sur le territoire de l'État du juge saisi. Par exemple, l'action en responsabilité civile ouverte à la suite d'un délit commis en France par une personne domiciliée en France fait l'objet d'une coïncidence dès lors que le critère de rattachement (la commission du délit), se situe au même endroit que le chef de compétence (le domicile du défendeur). Ainsi réunis, les deux éléments pris en compte conduisent à l'application par le juge de sa propre loi.

**803.** Encore faut-il préciser que, pour être naturelle, la coïncidence ne doit se produire que si le rattachement n'a pas délibérément été choisi pour se confondre avec son pendant. En d'autres termes, cela signifie que la coïncidence naturelle se doit d'être indépendante de la volonté du législateur et du juge. En effet, le chef de compétence étant au départ différent du critère de rattachement, il ne doit pas être possible de trouver une quelconque intention de faire coïncider le siège du juge saisi avec la loi désignée par la règle de conflit de lois. Les deux types de règles doivent donc effectivement localiser la situation au même endroit tout en ayant fonctionné de manière indépendante.

**804.** Ainsi, NIBOYET considère que, dès lors que cela correspond à une bonne justice, l'application par le juge de sa propre loi ne peut être critiquée puisque chaque règle est intervenue selon son propre fonctionnement<sup>1415</sup>. Dans ce cas de figure, il se produit une concordance entre la bonne administration de la justice et la justice des conflits de lois. En effet, l'application de la *lex fori*, dont on ne pourra soupçonner le parti pris pour l'État du juge saisi, traduit tous les bénéfices de la proximité géographique dans l'échelle des intérêts juridiques pris en compte. La coïncidence naturelle serait, par conséquent, l'hypothèse d'application de la *lex fori* la plus inattaquable.

---

<sup>1415</sup> J.-P. NIBOYET, Traité de droit international privé français, t. III, Sirey Paris 1944, n° 848 p. 18.

**805.** Cependant, une telle approche n'accorde qu'une légitimité extrêmement réduite à la loi du juge saisi puisque l'application de cette dernière se trouve dépendante d'une coïncidence de localisation, laissée au hasard, pour deux des éléments qui composent le rapport juridique litigieux. De sorte que, si ces deux éléments, assez significatifs pour être utilisés comme chef de compétence et comme critère de rattachement, sont localisés dans le même État, cela signifie, *a contrario*, que les éléments d'extranéité présents dans le rapport juridique ne sont pas suffisamment pertinents pour extirper la situation juridique de la justice du for. En d'autres termes, il s'agit des hypothèses les moins problématiques de mise en œuvre de la *lex fori*.

**806.** La meilleure façon de détacher la coïncidence entre le *jus* et le *forum* de tout caractère délibéré est alors d'analyser les circonstances dans lesquelles de telles coïncidences peuvent survenir. Or, il n'est même pas possible de trouver des exemples jurisprudentiels de cette pseudo coïncidence naturelle. La constatation se vérifie à l'examen des éléments d'extranéité mentionnés dans les arrêts de la Cour de cassation<sup>1416</sup>. L'étude des décisions françaises rendues en matière de résolution des conflits de lois montre de la sorte que, sauf intervention des exceptions tirées de la théorie générale des conflits de lois (ordre public, renvoi, fraude, etc.), l'application de la *lex fori* procède toujours d'une identité entre l'élément ayant vraisemblablement fondé la compétence du juge et l'élément ayant précisément permis de localiser le droit applicable. Une localisation identique à partir de deux données distinctes du litige ne semble pas exister, du moins en apparence.

**807.** Dès lors, plusieurs explications de cette absence apparente de coïncidence naturelle peuvent être fournies. La première est que la coïncidence naturelle entre le chef de compétence (mettons le domicile en France) et le critère de rattachement (mettons la nationalité française) est si peu problématique qu'elle n'apparaît pas dans la jurisprudence publiée. Il s'agit des difficultés d'identification de la *lex fori* déjà évoquées dans l'introduction (la *lex fori* se confondant avec la loi interne)<sup>1417</sup>. Dans cette hypothèse, il n'est pas utile de soulever un conflit de lois en raison des liens forts que présente la situation juridique avec l'État du juge saisi. Les éléments d'extranéité insignifiants sont ainsi passés sous silence et le litige prend l'apparence d'un litige interne. La seule exception qui pourrait

---

<sup>1416</sup> V. les arrêts diffusés sur le site internet Legifrance en matière de conflit de lois, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>1417</sup> V. *supra* les développements contenus dans l'introduction n° 6 s.

alors se présenter serait l'hypothèse d'un rattachement à une loi, librement choisie par les parties, qui n'a aucun lien avec la situation juridique. Dans ce cas, la loi applicable sera totalement extérieure à la localisation des données caractéristiques du litige.

**808.** La deuxième explication, qui est connexe à la première, est que les éléments d'extranéité qui sont cités dans la jurisprudence correspondent forcément aux éléments que le juge utilise dans son raisonnement pour résoudre le litige. En d'autres termes, le juge ne ferait référence qu'aux éléments de fait pertinents. Il interpréterait alors cette pertinence en fonction de l'intérêt que l'élément présente pour la résolution du conflit de lois. En marge du débat sur l'internationalité des situations juridiques avec toutes les difficultés de définition, amplement dégagées par les auteurs, qui y sont liées<sup>1418</sup>, on retrouve ici le raisonnement tenu par Monsieur ELHOUEISS sur les rapports entre les caractères de l'élément d'extranéité et le critère de rattachement<sup>1419</sup>.

**809.** Ceci dit, la question de la force de l'élément de l'extranéité n'est qu'une transcription différente de l'exigence pour le juge de découvrir un conflit de lois patent avant d'utiliser une quelconque méthode du droit international privé. La question de la règle de conflit à utiliser n'a, en effet, pas lieu de se poser si les parties et le juge savent par avance que

---

<sup>1418</sup> W. E. BECKETT, *What is Private International Law ?*, BYBIL 1926 (vol. 7) p. 73 ; J.-L. ELHOUEISS, *L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé*, JDI 2003 p. 39 ; P. GANNAGÉ, *La distinction des conflits internes et des conflits internationaux de lois*, in *Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER*, t. 1<sup>er</sup>, Dalloz Paris 1961, p. 229 ; P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé (cours général)*, RCADI 1977-II t. 155, spéc. p. 16 ; É. PATAUT, *Qu'est-ce qu'un litige « intra-communautaire » ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I*, in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Litec Paris 2003 p. 365 ; A. PRUJINER, *Le droit international privé, droit du rattachement*, in *Études de droit international privé en l'honneur de Pierre LALIVE*, éd. Helbing & Lichtenhahn Bâle Francfort-sur-le-Main 1993, p. 161 s. ; W. STOFFEL, *Le rapport juridique international*, in *Conflits et harmonisation : mélanges en l'honneur d'Alfred E. Von OVERBECK*, éd. universitaires de Fribourg 1990, p. 421 ; P. VALLINDAS, *La structure de la règle de conflit*, RCADI 1960-III t. 101, p. 333, spéc. p. 338 s. ; G. VAN HECKE, *Principes et méthodes de solution des conflits de lois*, RCADI 1969-I t. 126, p. 3 ; Q. ALFONSIN, *Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé*, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 1, Dalloz Paris 1960, p. 27 ; I. RUEDA, *Réflexions sur la notion d'internationalité en droit*, *Revue de la Recherche Juridique (Droit prospectif)* 2003 (n° q) p. 107 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, *Droit international privé*, t. 1, *Partie générale*, PUF Paris 2007, n° 9 p. 27.

<sup>1419</sup> J.-L. ELHOUEISS, *L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé*, JDI 2003 p. 3y. V. *supra* n° 228 s.

l'élément d'extranéité n'a pas assez de force pour justifier le recours à une loi étrangère. Aborder l'éventualité du recours à la loi étrangère requiert une crédibilité de l'élément d'extranéité : cela vaut pour le processus décisionnel du juge autant que pour l'argumentation des plaideurs. Bien entendu, cela n'a aucun effet d'anéantissement sur le caractère international réel de la situation juridique.

**810.** Certes, on pourra objecter que l'intensité de l'élément d'extranéité est moins prégnante en matière de compétence juridictionnelle qu'en matière de conflits de lois. D'une part, les règles qui s'y rapportent sont unilatérales : par respect pour la souveraineté étrangère, le juge ne doit pas soulever l'élément étranger qui attribuera compétence à un autre juge étatique. D'autre part, pour fonder la compétence juridictionnelle, il n'est pas exigé de liens déterminants avec le for mais seulement une localisation du procès qui n'altère pas les conditions dans lesquelles l'institution judiciaire devra exécuter sa mission, d'où l'existence de chefs exorbitants de compétence. Mais, sur le plan de la loi applicable, la valeur des éléments d'extranéité est fondamentale pour fixer la loi applicable.

**811.** La troisième raison pouvant expliquer l'absence pratique de coïncidence naturelle entre le *forum* et le *jus* est que le choix d'une règle procède toujours d'une intention précise et n'est jamais neutre (Section 2).

Section 2 Les coïncidences délibérées du critère de rattachement avec le chef de compétence

En étudiant les hypothèses de coïncidences délibérées du critère de rattachement avec le chef de compétence, il est possible de constater d'ostensibles coïncidences (§ 1) mais il est également possible de déceler des coïncidences cachées derrière une apparente séparation (§ 2).

§ 1 De véritables coïncidences délibérées du critère de rattachement avec le chef de compétence

**812.** L'utilisation d'un point de rattachement identique pour résoudre le conflit de lois et pour fixer la compétence juridictionnelle entraîne *de facto* une coïncidence systématique du *jus* avec le *forum*. Cependant, pour que la coïncidence se produise de plein droit, il faut que

l'élément localisateur soit unique et immuable à chaque fois. En d'autres termes, il faut que le chef de compétence soit impératif et que l'élément de rattachement ne soit pas alternatif.

**813.** En droit international privé, il existe *a priori* peu d'hypothèses où l'élément localisateur est le même pour la détermination du tribunal compétent et pour le rattachement à la loi applicable. L'explication en est que les chefs de compétence sont souvent multiples, pour permettre au juge étatique de recueillir le plus grand nombre d'affaires du moment qu'elles présentent un lien quelconque avec sa juridiction. L'incertitude qui règne sur le choix, par le demandeur, du tribunal compétent réduit alors les possibilités de prévoir les hypothèses de coïncidence systématique. En effet, les données du litige changeront dès que le demandeur engagera son action sur la base de l'un des autres chefs de compétence offerts par les règles attributives de juridiction.

**814.** Il y a, de surcroît, une difficulté particulière à étudier les corrélations entre le *forum* et le *jus*. Elle réside dans le manque de correspondance parfaite entre les catégories utilisées pour les règles de compétence juridictionnelle et les catégories spéciales utilisées pour les règles de conflit. De sorte que la variété des sources du droit international privé (résultant, notamment, des traités de la Conférence de droit international privé de La Haye ou encore des textes de droit international privé européen) brouille les définitions retenues pour le critère de rattachement et le chef de compétence. L'absence de définition universelle des concepts empêche ainsi l'adéquation des catégories et rend délicate toute tentative quant à l'élaboration d'une théorie générale des corrélations entre le *forum* et le *jus*.

**815.** Alliée à la multiplicité des chefs de compétence, la multiplication des règles spéciales de conflit, censées apporter une résolution plus ajustée et moins abstraite du conflit de lois, contribue aussi à faire obstacle à l'étude de la coïncidence entre le juge compétent et la loi applicable. La spécialisation des catégories de rattachement contribue grandement à renforcer non seulement la complexité de l'objet analysé, mais aussi l'indépendance du *jus* par rapport au *forum*. En fait, si le morcellement des catégories générales et la multiplication des rattachements en matière de résolution des conflits de lois affine la justice des solutions particulières, en contrepartie, l'administration de cette justice se trouve affectée de nombreuses complications<sup>1420</sup>.

---

<sup>1420</sup> Sur la notion de bonne administration de la justice, v. *supra* n° 500 s.

**816.** Cependant, malgré toutes les difficultés qu'il y a à comparer les deux types de règles, il est possible de trouver des exemples assez révélateurs de la coïncidence qui s'opère entre le *forum* et le *jus*. Ces exemples figurent dans un nombre très restreint de catégories, telles que les droits réels immobiliers, les successions immobilières, l'insolvabilité et la protection des incapables. L'exécution des jugements étrangers est également une illustration typique de la coïncidence entre le *jus* et le *forum*<sup>1421</sup>. De sorte que, on le voit aisément, le champ d'exploration est surtout celui des compétences dites « exclusives » – sachant que l'exclusivité octroyée aux tribunaux résulte, semble-t-il, de l'existence de points fondamentaux pour lesquels l'ordre juridique étatique octroie un monopole à ses juridictions<sup>1422</sup>. Pour vérifier cette hypothèse, nous dresserons tout d'abord une typologie des coïncidences (A) pour ensuite en dégager les fondements (B).

A/ La typologie des coïncidences délibérées du critère de rattachement avec le chef de compétence

Afin d'établir une typologie des coïncidences délibérées du *jus* avec le *forum*, nous commencerons par exposer une hypothèse de coïncidence entre ces deux éléments qui n'est plus en vigueur en droit français (1), puis nous mettrons en valeur des exemples de

---

<sup>1421</sup> Une solution que consacre d'ailleurs les règles de l'Union européenne dans l'art. 22-5/ du Règlement n° 44/2001, dit « Bruxelles I », précité, disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>. V. H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe : Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano, 3<sup>e</sup> éd. 2002, LGDJ Paris, n° 120 p. 86.

<sup>1422</sup> En ce sens, v. D. FERNÁNDEZ ARROYO, Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law : Will They Ever Survive ?, in Festschrift für Erik JAYME, band 1, herausgegeben von H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, H. KRONKE, Chr. KOHLER, R. HAUSMANN, éd. Sellier München 2004, p. 169. Notons qu'en droit international privé français, il existe de réelles incertitudes tenant à l'énumération de ce type de compétence, v. É. PATAUT, Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé), BDP t. 298, LGDJ Paris 1999, p. 249 n° 357 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 660 p. 481 ; B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 472 p. 380-381 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 70, § 10-14 p. 631-634 ; P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 374-378 p. 277-280 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 495-6 p. 748-749 ; D. BUREAU et H. MUIR WATT, Droit international privé, t. 1, Partie générale, PUF Paris 2007, n° 80 p. 99.

coïncidences qui sont, quant à eux, de droit positif (2).

1/ Un exemple historique de coïncidence du critère de rattachement avec le chef de compétence

**817. Litiges entre étrangers : la désignation de la loi étrangère entraîne l'incompétence des juges français.** Dans certains cas, une règle de compétence juridictionnelle peut se révéler déterminante sur le fond du droit. C'est l'hypothèse où le chef de compétence sert de point de référence pour faire coïncider le *forum* et le *jus*. L'exemple le plus explicite de cette opération est sans conteste celui qui trouve son origine dans les articles 14 et 15 du Code civil<sup>1423</sup>. L'interprétation de ces articles a en effet conduit les juges français à dénier aux étrangers le droit d'accéder à la justice française lorsque aucun Français n'était en cause.

**818.** À l'époque, les magistrats justifièrent cette solution par l'affirmation que « les tribunaux français, institués pour rendre la justice aux Français, peuvent, sauf les cas particuliers autorisés par la loi, s'abstenir de la connaissance des contestations qui s'élèvent entre des étrangers, et cela, lors même que ceux-ci, par leur consentement formel, se soumettraient à leur juridiction, puisque l'on ne peut, l'on ne doit imposer aux juges français, par la volonté de plaideurs étrangers, une obligation de juger qu'ils ne tiennent point de la loi »<sup>1424</sup>.

**819.** Ainsi la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, statuant en matière de séparation de corps, a-t-elle décidé qu'il était de principe en France, conformément à l'article

---

<sup>1423</sup> L'article 14 du Code civil dispose que « l'étranger, même non résidant en France, pourra être cité devant les tribunaux français, pour l'exécution des obligations par lui contractées en France avec un Français ; il pourra être traduit devant les tribunaux de France, pour les obligations par lui contractées en pays étranger envers des Français ». Quant à l'article 15 du Code civil, il énonce qu'« un Français pourra être traduit devant un tribunal de France, pour des obligations par lui contractées en pays étranger, même avec un étranger ». Ces articles sont toujours en vigueur en France, alors qu'ils ont été abrogés en Belgique, v. loi du 16 juillet 2004 portant le code de droit international privé, Moniteur belge 27 juillet 2004, p. 57344 ; RCDIP 2005 p. 154 ; J.-Y. CARLIER, M. FALLON, et B. MARTIN-BOSLY, Code de droit international privé, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Bruylant Bruxelles, p. 579 s.

<sup>1424</sup> Cass. Civ., 2 avril 1833, COMTE DE BLOOME, D. 1833 I p. 251 ; v. Ch. BROCHER, Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français, t. III, Thorin Paris, 1885, p. 33.

11 du Code civil, que les étrangers ne soient pas justiciables des tribunaux français en matière de contestation intéressant leur statut personnel et soulevant des questions d'état<sup>1425</sup>. En effet, la rédaction des articles 14 et 15 montre que « la préoccupation essentielle à l'époque du Code civil a été de rendre la justice aux Français »<sup>1426</sup>. Il s'agit, par conséquent, d'une coïncidence négative : l'incompétence du juge français était liée à l'incompétence du droit français à régir la situation, ces facteurs d'extranéité accroissant la probabilité d'importation de la loi étrangère pour résoudre le litige. Certains auteurs observent, à ce sujet, que « nos tribunaux ont admis beaucoup plus rapidement la compétence française dans les affaires où ils auraient à appliquer la loi française, comme en matière de propriété immobilière où la compétence des tribunaux français était admise dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle. Au contraire, en matière d'état et de capacité des personnes, ils ne se sont reconnus compétents que beaucoup plus tard lorsque les plaideurs étaient étrangers, parce qu'ils savaient qu'à raison de l'extranéité des parties, ils auraient à appliquer une loi étrangère, l'état et la capacité des personnes étant soumis à la loi nationale »<sup>1427</sup>.

**820.** Cette solution a perduré durant la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1428</sup>. Pendant cette période, les tribunaux français ont donc refusé de connaître des litiges entre étrangers. La

---

<sup>1425</sup> Cass. Req., 18 juillet 1892, S. 1892 I p. 407. La solution est d'autant plus troublante qu'elle fait suite à une évolution de fondement juridique : NIBOYET montre que les premiers arrêts rendus après l'adoption du Code civil français rattachaient l'incompétence des tribunaux français à la règle « *actor sequitur forum rei* » (les parties étrangères n'ayant pas été admises à établir leur domicile en France). Puis le fondement passa de la compétence juridictionnelle à la condition des étrangers et à la jouissance des droits civils (arrêt précité). En raison des nombreuses exceptions qui permettaient finalement au juge français de connaître du litige, NIBOYET qualifie cette incompétence – fondée sur l'absence de droits civils – de « pseudo-incompétence » des tribunaux français pour les litiges entre étrangers. NIBOYET estime, par ailleurs, qu'il est inconcevable que les auteurs du Code civil aient pu priver les étrangers d'un « droit aussi fondamental que celui de se faire rendre justice, droit universel et que l'on retrouve dans tous les pays », V. J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. VI - I, Sirey Paris 1949, n° 1793 s. p. 395 s.

<sup>1426</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 333 p. 281.

<sup>1427</sup> Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 16 p. 13.

<sup>1428</sup> Par exemple, Cass. Civ., 5 juin 1905, DE MUNITIZ, S. 1905 I p. 305, note Ch. LYON-CAEN ; Cass. Req., 20 juillet 1911, FRENKEL, S. 1912 I p. 132. Sur ce principe, v. A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, t. 1<sup>er</sup>, Paris Sirey 1923, n° 189-207 p. 394-430, où l'auteur fait d'ailleurs l'éloge d'un jugement rendu en sens contraire, A. PILLET, *op. cit.*, p. 397-398. Ce jugement précise « qu'on ne lit dans aucune loi que les tribunaux français ne sont institués que pour rendre la justice aux nationaux ; qu'un principe

solution, qui engendrait un déni de justice à l'égard des étrangers<sup>1429</sup>, fut définitivement abolie par l'arrêt PATINO du 21 juin 1948<sup>1430</sup>. Cette affaire concernait un mari bolivien et une épouse espagnole qui, depuis leur mariage célébré à Madrid, résidaient en France. Les juridictions françaises furent saisies de leur divorce et acceptèrent de statuer sur leur cas malgré le principe d'incompétence. En 1962, la solution fut reprise s'agissant d'un divorce entre des époux de nationalité allemande. L'arrêt énonce alors que « l'extranéité des parties n'est pas une cause d'incompétence des juridictions françaises »<sup>1431</sup>.

**821.** La solution signifie qu'il n'est pas permis au juge étatique d'exciper de son incompétence envers les justiciables étrangers. Le droit à l'accès à la justice étant une liberté publique octroyée sans discrimination de nationalité<sup>1432</sup>, cela implique que chaque personne

---

aussi exclusif répugne à l'état actuel de la civilisation ; que quand on a vu la société romaine organiser dans son sein, dans une époque reculée, une juridiction à l'usage des étrangers et constituer pour eux un droit privé destiné à suppléer au droit civil et qui a fini par l'absorber, on ne pourrait pas comprendre que la société française, de nos jours, bien plus libérale et plus généreuse, eût inscrit dans ses lois cette règle répulsive pour les étrangers : qu'il n'y pas en France de justice pour eux ; qu'en ouvrant ses frontières aux étrangers, en les invitant à s'établir sur son territoire, en leur assurant des droits qui, dans la sphère des intérêts privés, ne diffèrent plus de ceux des nationaux que par des exceptions devenues de plus en plus rares, la France entend assurément leur assurer la garantie de la juridiction, et que l'étranger qui se place en établissant son domicile en France sous la protection de nos tribunaux se soumet par là même à leur autorité », Trib. Civ. Lyon, 13 août 1856, reproduit in Lyon, 25 février 1857, RACHEL, S. 1857 II p. 625 (arrêt infirmatif).

<sup>1429</sup> Une décision précise que contraindre les étrangers à faire sanctionner leurs droits civils par les tribunaux de leur pays d'origine, « ce serait, dans nombre de cas, et surtout en ce qui concerne les plaideurs peu fortunés, les priver, en fait, de toute sanction et de la protection de toute loi ; que certains objectent, il est vrai, que les tribunaux français ont été institués pour rendre la justice à nos nationaux ; mais qu'une telle objection méconnaît l'intérêt général et l'ordre public français, qui exigent que les personnes privées ne puissent pas se rendre la justice à elles-mêmes ; qu'il est donc incontestable que les tribunaux français n'ont pas seulement pour mission de juger des Français, mais de mettre fin à tout litige survenu en territoire français, quelle que soit la nationalité des parties litigantes », Cour d'appel de l'Afrique équatoriale, 22 février 1921, COMPAGNIE DEMPSTER, Rev. Dr. Int. Priv. 1924 p. 384-385. Sur le principe de l'accessibilité au juge et d'illicéité internationale du déni de justice, v. A. NUYTS, L'exception de *forum non conveniens* : étude de droit international privé comparé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris, 2003, n° 434 s. p. 589 s.

<sup>1430</sup> Cass. Civ., 21 juin 1948, PATINO, RCDIP 1949 p. 557, note Ph. FRANCESKAKIS ; JCP 1948 II 4422, note P. LERBOURS-PIGEONNIÈRE ; S. 1949 I 121, note J.-P. NIBOYET.

<sup>1431</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 30 octobre 1962, SCHEFFEL, Bull. 1962 I n° 449 p. 385 ; RCDIP 1963 p. 387, note Ph. FRANCESKAKIS ; D. 1963 p. 109, note G. HOLLEAUX ; GADIP n° 37.

<sup>1432</sup> A. HUET, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux - Compétence de la « lex fori »

puisse jouir des droits attachés à sa personnalité juridique. Le droit d'accès à la justice impose donc aux juges internes de statuer sur les litiges impliquant des étrangers. En aucun cas ce droit ne peut leur être dénié.

**822.** Notons, du reste, qu'il ne peut pas non plus être restreint par l'instauration pour les étrangers d'une caution judiciaire de solvabilité. En effet, avant 1975, il était demandé à l'étranger désireux de saisir les juridictions françaises de déposer une caution dès lors qu'il n'était pas admis à domicile en France. Cette règle, autrement appelée « système de la caution *judicatum solvi* », était inscrite à l'article 16 du Code civil<sup>1433</sup>. L'article a été abrogé par la loi du 9 juillet 1975 à l'occasion des réformes de la procédure civile<sup>1434</sup> dans le but de placer la France en conformité avec ses obligations internationales. La Convention de La Haye relative à la procédure civile veut notamment qu'« aucune caution ni dépôt, sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposé, à raison, soit de leur qualité d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, aux nationaux d'un des États contractants, ayant leur domicile dans l'un de ces États, qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un autre de ces États. La même règle s'applique au versement, qui serait exigé des demandeurs ou intervenants, pour garantir les frais judiciaires. Les Conventions, par lesquelles des États contractants auraient stipulé pour leurs ressortissants la dispense de la caution *judicatum solvi* ou du versement des frais judiciaires sans condition de domicile, continueront à s'appliquer »<sup>1435</sup>. De son côté, la Cour de justice des Communautés européennes sanctionne l'existence de la caution dès qu'elle se trouve fondée sur une discrimination de nationalité<sup>1436</sup>.

---

- Domaine de la « lex fori » : action en justice, J-Cl. Procédure civile, fasc. 57-10 (2001), n° 34 p. 8.

<sup>1433</sup> Sur la contrariété de la caution *judicatum solvi* avec le droit à l'accès à un tribunal, v. L. SINOPOLI, Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux : recherche sur le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme en droit international privé, th. Paris I 2000, n° 146 s. p. 163 s.

<sup>1434</sup> Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975, art. 6, JO du 10 juillet 1975.

<sup>1435</sup> Art. 17 de la Convention de La Haye du 1<sup>er</sup> mars 1954 relative à la procédure civile, entrée en vigueur le 22 juin 1959. Le texte de la convention est disponible sur : [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>1436</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> juillet 1993, HUBBARD, RCDIP 1994 p. 633, note G. DROZ ; CJCE, 26 septembre 1996, DATA DELECTA ACTIEBOLAG, RCDIP 1997 p. 33, note G. DROZ ; CJCE, 20 mars 1997, HAYES, RCDIP 1997 p. 475, note G. DROZ ; CJCE, 2 octobre 1997, SALDANHA, RCDIP 1998 p. 283, note G. DROZ. Sur l'histoire de la *cautio judicatum solvi*, v. G. DROZ, RCDIP 1994, note précitée, p. 638 s.

**823.** Toutes ces évolutions autorisent un auteur à affirmer que l'État qui prétendrait refuser aux étrangers qui pénètrent sur son territoire un certain nombre d'attributs de droit civil se placerait de lui-même en dehors de la communauté internationale<sup>1437</sup>. Cela explique notamment que le recours à la *lex fori* qui est fondé sur l'incompétence des juges français à statuer sur les litiges entre étrangers n'ait plus sa place en droit positif. Ce n'est pas le cas d'un certain nombre d'autres coïncidences (2).

2/ Des exemples actuels de coïncidence du critère de rattachement avec le chef de compétence

**824. Avertissement à propos des sources juridiques de la coïncidence.** Mentionnons au préalable qu'une présentation actualisée des liens entre la compétence juridictionnelle et les règles de conflit de lois ne peut pas faire l'impasse sur les règles issues du droit international privé européen<sup>1438</sup>. En effet, bien que la Commission européenne ait reconnu l'existence de la « règle générale du droit international privé » en vertu de laquelle la détermination du juge compétent est indépendante de celle de la loi applicable<sup>1439</sup>, il existe plusieurs coïncidences entre ces deux éléments au sein du droit international privé européen. Toutefois, le système juridique européen étant inachevé à l'heure où nous écrivons ces lignes, il sera aussi fait mention du droit international privé français résiduel. Cette précision étant faite, détaillons maintenant les catégories de coïncidence.

**825. Droits réels immobiliers.** Le premier concerne les droits réels immobiliers. Dans ce domaine, le droit international privé français donne compétence au juge du lieu de la situation de l'immeuble et désigne, par ailleurs, la loi de ce lieu (*lex rei sitae*) pour résoudre

---

<sup>1437</sup> Fr. RIGAUX, Les réceptions des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international, *Revue de la recherche juridique (Droit prospectif)* 1993 n° 2, p. 598.

<sup>1438</sup> Par exemple, sur les règles européennes de compétence juridictionnelle, v. M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ Paris 2007, n° 414 s. p. 304 s. ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Précis de droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 484 s. p. 665 s. ; P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 330 s. p. 240 s. ; B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 508 s. p. 406 s.

<sup>1439</sup> D. RUIZ-JARABO COLOMER, Conclusions du 16 mars 1999 présentées dans l'affaire C-440/97 GIE Groupe Concorde, point 22. Disponible sur le site internet : <http://www.curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2000/html/c44097/44097-a-fr.htm>.

le fond du litige<sup>1440</sup>. Il en va de même en droit international européen puisqu'en matière de droits réels immobiliers, les règles européennes de compétence<sup>1441</sup> et de résolution des conflits de lois<sup>1442</sup> posent un parfait parallélisme.

**826. Successions immobilières ; droit de prélèvement successoral.** En matière de successions immobilières, il n'existe pas encore de règles européennes<sup>1443</sup>. Le droit international privé français retient que les demandes relatives à une succession immobilière doivent être engagées devant les tribunaux français lorsque l'immeuble est situé en France et ceci, quel que soit le lieu du dernier domicile du défunt<sup>1444</sup>. La jurisprudence montre

---

<sup>1440</sup> La compétence internationale est issue de l'arrêt PELASSA qui étend jurisprudentiellement la règle française de compétence interne (« en matière réelle immobilière, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble est seule compétente », art. 44 du Code de procédure civile) aux situations internationales (Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 19 octobre 1959, précité). Quant à la loi applicable au fond, la solution est commandée par l'art. 3, al. 2, du Code civil qui énonce que « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ». La règle jurisprudentielle de compétence internationale est devenue sans objet depuis que les règles de l'Union européenne l'ont remplacée.

<sup>1441</sup> L'article 22, 1/ du règlement (CE) n° 44-2001, reprenant la règle figurant à l'article 16, 1/ de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, dispose que : « sont seuls compétents, sans considération de domicile : 1/ en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé ». Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1442</sup> Art. 4, § 3 de la convention de Rome du 19 juin 1980 : « Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, dans la mesure où le contrat a pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où est situé l'immeuble ». La rédaction n'est pas altérée dans le projet de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles : l'article 4 d) du projet de règlement dit « Rome I » énonce qu'à défaut de loi choisie par les parties, « le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble est régi par la loi du pays où est situé l'immeuble », Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), Commission - 15 déc. 2005 COM (2005) 650 final 2005/0261 COD. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1443</sup> Les successions sont exclues du champ d'application du règlement (CE) n° 44-2001 (précité), art. 1<sup>er</sup>, 2/, a). V. Livre vert de la Commission européenne du 1<sup>er</sup> mars 2005 sur les successions et testaments {SEC(2005) 270} / COM (2005) 65 final, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/>. Le dernier état des travaux de réflexion de la Commission montre que le critère de rattachement retenu sera probablement celui de la dernière résidence habituelle du défunt (avec la possibilité encadrée pour chaque individu de choisir la loi applicable à sa propre succession). V. [http://ec.europa.eu/justice\\_home/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice_home/index_en.htm) (« consulting the public »).

<sup>1444</sup> V. A. HUET, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Compétence internationale ordinaire - Règles de compétence purement internationale, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 21 (2001), n° 18 p. 7 ; B. AUDIT, Droit international privé, précité, n° 347 p. 290 ; P. MAYER et

parallèlement que la loi applicable aux immeubles situés en France, mêmes possédés par les étrangers, est la loi française<sup>1445</sup>. Par ailleurs, l'application de la *lex fori* en matière successorale est accrue par l'extension de la coïncidence chaque fois qu'intervient le droit de prélèvement, puisque les tribunaux français sont compétents pour statuer sur ce privilège de nationalité en vertu de l'article 14 du Code civil, tel qu'interprété par la jurisprudence<sup>1446</sup>.

**827. Insolvabilité.** En matière d'insolvabilité, l'application de la *lex fori* est largement favorisée. Le droit international privé européen des procédures d'insolvabilité pose le principe de l'application de la loi du lieu d'ouverture de la procédure (*lex concursus*) : « sauf disposition contraire du présent règlement, la loi applicable à la procédure d'insolvabilité et à ses effets est celle de l'État membre sur le territoire duquel la procédure est ouverte, ci-après dénommé "État d'ouverture" »<sup>1447</sup>. La loi applicable est ainsi dépendante du critère utilisé pour déterminer la compétence juridictionnelle.

**828.** La conséquence est que le litige sera réglé d'après la *lex fori* (qui est ici la loi du lieu où le débiteur a le centre de ses principaux intérêts<sup>1448</sup>) sauf si les parties saisissent la

---

V. HEUZÉ, Droit international privé, précité, n° 287 p. 208-209 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, précité, n° 447 p. 623. *Adde*, sur l'incompétence des tribunaux français à l'égard des immeubles situés à l'étranger malgré l'ouverture de la succession en territoire français, Cass. Civ., 5 juillet 1933, NAGALINGAMPOULLÉ et a., RCDI 1934 p. 166, note J.-P. NIBOYET.

<sup>1445</sup> Cass. Civ., 14 mars 1837, STEWART, S. 1837 I p. 95 ; DP 1837 I p. 275 ; GADIP n° 3 ; M. REVILLARD, Droit international privé et communautaire : pratique notariale, Defrénois Paris 2006, n° 573 p. 306.

<sup>1446</sup> V. A. HUET, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Compétence internationale ordinaire - Règles de compétence purement internationale, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 21 (2001), n° 26 s. p. 9 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 412 p. 303.

<sup>1447</sup> Art. 4, 1/ du règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1448</sup> Le centre des principaux intérêts du débiteur doit être localisé sur le territoire de l'un des États membres de l'Union européenne. Toutefois, la définition de ce « centre des principaux intérêts » est laissée au juge étatique saisi dans la mesure où le règlement ne pose qu'une présomption simple en faveur du siège statutaire. Le règlement énonce que « les juridictions de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur sont compétentes pour ouvrir la procédure d'insolvabilité. Pour les sociétés et les personnes morales, le centre des intérêts principaux est présumé, jusqu'à preuve contraire, être le lieu du siège statutaire », art. 3, 1/ du règlement (CE) n° 1346/2000 (précité). Sur les divergences d'interprétation concernant

possibilité d'ouvrir soit des procédures secondaires dans les États où le débiteur dispose d'un établissement<sup>1449</sup> soit des procédures territoriales dans certains cas strictement limités<sup>1450</sup>. En général, l'insolvabilité est donc fortement empreinte d'une coïncidence entre le *forum* et le *jus*. D'ailleurs « l'objectif des rédacteurs a été d'imposer, dans la plus grande mesure possible, l'application de la loi de l'État d'ouverture de la procédure, ce qui permet d'assurer la cohérence de la procédure et d'éviter les problèmes liés à l'application de lois étrangères »<sup>1451</sup>.

En droit international privé français résiduel, il règne également une forte coïncidence entre le *jus* et le *forum* en ce qui concerne le régime juridique de l'insolvabilité<sup>1452</sup>. L'application

---

la notion de centre des intérêts principaux, v. R. DAMMANN, Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridictions et de forum shopping, D. 2005 p. 1779. Sur les difficultés posées par la notion en jurisprudence, v. CJCE, 2 mai 2006, EUROFOOD, aff. C-341/04, Rec I p. 3813, JDI 2007 p. 151, note G. KHAIRALLAH ; D. 2006, AJ, p. 1286, obs. A. LIENHARD ; JCP 2006 II 10089 p. 1124, note M. MENJUCQ ; JCP éd. Entreprise 2006 p. 2071, étude J.-L. VALLENS ; D. 2006 p. 1752, note R. DAMMANN ; Bull. Joly Sociétés 2006 p. 907, note D. FASQUELLE. Disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1449</sup> « Lorsque le centre des intérêts principaux du débiteur est situé sur le territoire d'un État membre, les juridictions d'un autre État membre ne sont compétentes pour ouvrir une procédure d'insolvabilité à l'égard de ce débiteur que si celui-ci possède un établissement sur le territoire de cet autre État membre. Les effets de cette procédure sont limités aux biens du débiteur se trouvant sur ce dernier territoire », art. 3, 2/ du règlement (CE) n° 1346/2000 (précité).

<sup>1450</sup> « Une procédure territoriale d'insolvabilité visée au paragraphe 2 ne peut être ouverte avant l'ouverture d'une procédure principale d'insolvabilité en application du paragraphe 1 que : a) si une procédure d'insolvabilité ne peut pas être ouverte en application du paragraphe 1 en raison des conditions établies par la loi de l'État membre sur le territoire duquel est situé le centre des intérêts principaux du débiteur ou b) si l'ouverture de la procédure territoriale d'insolvabilité est demandée par un créancier dont le domicile, la résidence habituelle ou le siège se trouve dans l'État membre sur le territoire duquel est situé l'établissement concerné, ou dont la créance a son origine dans l'exploitation de cet établissement », art. 3, 4/ du règlement (CE) n° 1346/2000 (précité).

<sup>1451</sup> Fr. MÉLIN, La faillite internationale, LGDJ Paris 2004, n° 112 p. 139. Pour une sélection de jurisprudence provenant des États membres v. : <http://www.eir-database.com/>.

<sup>1452</sup> « De manière classique, il est nécessaire de distinguer les questions soulevées par la détermination du tribunal compétent et celles soulevées par la détermination de la loi applicable afin de bien cerner le régime des faillites internationales ouvertes en France. Ces questions sont cependant intimement liées. On admet traditionnellement que le conflit de lois est dans la dépendance du conflit de juridictions et que la loi française est par principe applicable lorsque les tribunaux français se reconnaissent compétents », Fr. MÉLIN, *op. cit.*, n° 7 p. 19.

de la *lex fori*, en tant que *lex concursus*, répond d'ailleurs à une extension compétence reposant sur des chefs de compétence plus nombreux qu'en droit international privé européen<sup>1453</sup>. De cette manière, la loi française régit toutes les procédures d'insolvabilité concernant les débiteurs dont le siège social est situé en France<sup>1454</sup>, les débiteurs dont le centre des intérêts est localisé en France (établissement secondaire)<sup>1455</sup> et, subsidiairement, lorsque l'une des parties au procès est de nationalité française<sup>1456</sup>.

**829. Protection des mineurs (incapacité).** Par ailleurs, en droit international privé de source internationale, la convention de La Haye de 1996 sur la protection des enfants contient aussi une coïncidence entre la compétence et la loi applicable. Elle énonce la compétence de principe des autorités de l'État de la résidence habituelle de l'enfant (art. 5) ainsi que l'application de principe de la loi de ce même État (art. 15)<sup>1457</sup>. L'application

---

<sup>1453</sup> Fr. MÉLIN, *op. cit.*, n° 9 p. 23 ; n° 38 p. 51 ; n° 108 p. 133-134. V. aussi A. BOTTIAU, *Faillite internationale et groupe de sociétés*, th. Lille II 1989, p. 29-36.

<sup>1454</sup> « Sans préjudice des dispositions de l'article 343, le tribunal territorialement compétent pour connaître des procédures prévues par le livre VI du code de commerce est celui dans le ressort duquel le débiteur, personne morale, a son siège ou le débiteur, personne physique, a déclaré l'adresse de son entreprise ou de son activité. À défaut de siège en territoire français, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel le débiteur a le centre principal de ses intérêts en France », art. 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005 pris en application de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, (cf. art. 1<sup>er</sup> ancien, alinéa 1<sup>er</sup> ancien, du décret n° 85-1388 du 27 décembre 1985 relatif au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises).

<sup>1455</sup> Disposition citée à la note de bas de page précédente ; Cass. Com., 11 avril 1995, M. WIGHT ET A., Bull. 1995 IV n° 126 p. 111. Cette solution bénéficie d'une interprétation large de la part de la Cour de cassation, v. Cass. Com., 26 octobre 1999, SANDUR HOLIDAYS LIMITED, n° 96-12946 Legifrance (la prise en crédit-bail, par une société siégeant à l'Ile de Man, de locaux situés en France, constitue une activité permettant d'octroyer compétence au juge français en tant que juge du lieu du centre principal des intérêts de ladite société, même si la gestion de ces locaux est confiée à un sous-locataire), et Cass. Com., 1<sup>er</sup> octobre 2002, CRCAM QUERCY-ROUERGUE, n° 99-11858 Legifrance (la souscription de prêts, par une société siégeant à Londres, pour les besoins de ses activités consistant dans la location de biens immeubles situés en France montre qu'elle possède des intérêts en France et que le juge français est compétent pour ouvrir une procédure collective à son encontre).

<sup>1456</sup> Art. 14 et 15 du Code civil, précités.

<sup>1457</sup> Convention de La Haye 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, conclue le 19 octobre 1996 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2002 (quinze États contractants au 1<sup>er</sup> septembre 2007). Disponible sur : <http://hcch.e-vision.nl/> ; RCDIP 1996 p. 813.

générale de la *lex fori* dans ce domaine semble constante depuis quelques décennies car le lien était déjà inscrit dans le traité qui a précédé la Convention de La Haye de 1996, à savoir la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs<sup>1458</sup>.

**830. Responsabilité parentale.** En matière de droit international privé européen, l'article 8, 1/ du règlement (CE) n° 2201/2003 réglant la compétence générale en matière de responsabilité parentale indique que « les juridictions d'un État membre sont compétentes en matière de responsabilité parentale à l'égard d'un enfant qui réside habituellement dans cet État membre au moment où la juridiction est saisie »<sup>1459</sup>. Certes, le règlement ne s'occupe pas de résoudre les conflits de lois, mais l'on peut aisément constater une coïncidence entre le juge compétent et la loi qu'il applique lorsque le règlement est adjoint à la jurisprudence française en matière d'assistance éducative, laquelle considère que les dispositions sur l'assistance à l'enfance en danger sont applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents<sup>1460</sup>.

---

<sup>1458</sup> L'article 2 de cette convention dispose que « les autorités compétentes (...) prennent les mesures prévues par leur loi interne », Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs, entrée en vigueur en France le 10 novembre 1972, RCDIP 1973 p. 574. Disponible sur : <http://hcch.e-vision.nl/>.

<sup>1459</sup> Règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 sur la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, dit « Règlement Bruxelles II bis ». Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>. Le règlement est applicable depuis le 1<sup>er</sup> mars 2005. Sur l'ensemble de ce règlement, v. H. FULCHIRON et C. NOURRISSAT (sous la dir. de), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Dalloz Paris 2005 ; R. CRÔNE, *Les règlements C.E. n°s 1347/2000 du 29 mai 2000 et 2201/2003 du 27 novembre 2003 (dits Règlements « Bruxelles-II » et « Bruxelles-II bis »)*, Rép. Def. 2005 n° 1, art. 10009, p. 76 ; A. BOICHÉ, *Les dispositions du règlement Bruxelles II bis en matière de responsabilité parentale et de droit de visite*, *Revue Juridique Personnes & Famille* 2005-3/12 p. 6 ; A. BIGOT, *Le nouveau règlement communautaire du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale*, *Droit de la famille* mars 2004 chron. n° 8 p. 12 ; S. DJEMNI-WAGNER, *L'évolution du droit communautaire de la responsabilité parentale : présentation des principales dispositions du règlement dit « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003*, *Gaz. Pal.* 4 septembre 2004 n° 248 p. 18 ; 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. *Adde*, B. ANCEL et H. MUIR WATT, *La désunion européenne : le Règlement dit « Bruxelles II »*, RCDIP 2001 p. 403.

<sup>1460</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1964, MARO, Bull. 1964 I n° 472 p. 365 ; D. 1965 p. 81 ; RCDIP 1965 p. 119 (1<sup>er</sup> arrêt) ; JCP 1964 II 13911 bis ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 1979, DAME THEOFILAKIS, Bull. 1979 I n° 22 p. 18, JDI 1981 p. 66, note J. FOYER ; Cass. Crim., 4 novembre 1992, M<sup>me</sup> X, Bull. Crim. n° 355 p. 986,

**831. Protection des majeurs incapables.** Cette coïncidence se retrouve également dans les règles qui concernent les incapables majeurs. L'article 5, 1/ de la convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes précise que « les autorités, tant judiciaires qu'administratives, de l'État contractant de la résidence habituelle de l'adulte sont compétentes pour prendre des mesures tendant à la protection de sa personne ou de ses biens ». Il doit être combiné à l'article 13, 1/ de la même convention selon lequel « dans l'exercice de la compétence qui leur est attribuée par les dispositions du chapitre II, les autorités des États contractants appliquent leur loi »<sup>1461</sup>.

**832. Conclusion.** En conclusion, même si elles ne sont pas nombreuses, les hypothèses de coïncidence entre le *forum* et le *jus* existent bel et bien. Qui plus est, elles ne semblent pas prêtes d'être remises en cause puisqu'elles sont accréditées par le concept de la bonne administration de la justice, comme l'indique l'étude des fondements de la coïncidence délibérée entre le *forum* et le *jus* (B).

B / Les fondements de la coïncidence délibérée du critère de rattachement avec le chef de compétence

**833. Présentation.** Parce que cela conduit à l'application de la *lex fori*, il est intéressant d'exploiter les raisons invoquées par les rédacteurs (*ratio legis*) lorsqu'ils décident d'instaurer des critères localisateurs identiques pour la compétence juridictionnelle et la résolution de conflit de lois<sup>1462</sup>.

**834. Mise à l'écart du fondement souverainiste.** Un fondement qui peut être mis de côté est celui qui consiste à expliquer l'application de la *lex fori* par la souveraineté de l'État. Cette mise à l'écart s'explique de la façon suivante. Tout d'abord, pour éviter l'écueil du nationalisme, nous avons fait le choix délibéré de ne pas retenir la souveraineté étatique

---

D. 1994 II p. 11, note Fr. BOULANGER ; R. 1992 p. 430.

<sup>1461</sup> Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes disponible sur le site internet de la Conférence de La Haye de droit international privé : <http://hcch.e-vision.nl/>.

<sup>1462</sup> Dans ce cas, le parallélisme s'analyse comme un instrument de politique législative (« parallelism as a policy »), O. LANDO, *Lex Fori in Foro Proprio*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1995 p. 359 (énoncé du titre).

comme fondement du *lex forisme* : il doit en aller de même pour justifier la coïncidence du *jus* avec le *forum*<sup>1463</sup>. Ensuite, cela répond à une tendance générale en matière de droit international privé qui veut que la conception souverainiste soit aujourd'hui en perte d'influence sous l'effet du recul de l'intervention étatique.

**835.** En contraste avec cette tendance actuelle, un auteur a pu considérer dans les années soixante-dix que le phénomène de l'accroissement du rôle de l'État pouvait expliquer la position privilégiée de la *lex fori*<sup>1464</sup>. À cette époque, il affirme que « l'intervention croissante de l'État dans les relations privées et l'impact progressif du droit public sur le droit privé, (...) ont amené non seulement à une transformation du droit privé mais aussi à une tendance des tribunaux à l'application de leur propre droit »<sup>1465</sup>. Pourtant, comme nous le montre l'évolution du droit international privé, l'application de la *lex fori* n'a pas disparu avec le déclin de l'interventionnisme de l'État<sup>1466</sup>. Par conséquent, même s'il faut garder à l'esprit le rôle de l'État dans les solutions de droit international privé, il convient de ne pas en surestimer l'influence.

**836.** D'ailleurs, il nous semble que le caractère cyclique de l'intervention étatique dans la réglementation ne donne pas assez de constance à la souveraineté pour servir de fondement au lien qui existe entre la règle de conflit et la règle de compétence juridictionnelle. Essayons donc de trouver une justification proprement extérieure à la souveraineté étatique

---

<sup>1463</sup> En ce sens : « 'Gleichlauf', in the sense of the implied application of the *lex fori*, is not necessarily the consequence of a unilateral viewpoint on choice of law; it can also be the result of a multilateral viewpoint based on the principle 'the proper law applied by the proper forum'. It may thus express a neutral attitude towards the application of foreign law », J. PONTIER, Review on « Johan MEEUSEN, Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht. Analyse van het Belgische Conflictenrecht », Netherlands International Law Review 1999, vol. XLVI / n° 1, p. 121.

<sup>1464</sup> Sur ce phénomène, v. J. A. CARRILLO SALCEDO, Le renouveau du particularisme en droit international privé, RCADI 1978-II t. 160 p. 191 s.

<sup>1465</sup> J. A. CARRILLO SALCEDO, *op. cit.*, p. 209.

<sup>1466</sup> Selon FOUCHARD, le phénomène de la mondialisation se caractérise par une libéralisation des réglementations : « la mondialisation, c'est aussi et c'est peut-être surtout une vision politique ou plutôt idéologique des relations internationales (...) le maître-mot est ici la déréglementation », Ph. FOUCHARD, L'arbitrage et la mondialisation de l'économie, in Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?, Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, éd. Frison-Roche Paris, 1999, p. 386. Comp. P. LAGARDE, Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2004 (vol. 68) p. 228.

au sein des conceptions qui jalonnent la résolution des litiges internationaux.

**837. Efficacité de la justice.** En effet, le fondement de la coïncidence entre le *jus* et le *forum* réside plutôt dans le souci d'assurer l'efficacité de la justice. Une telle efficacité réclame alors une absolue certitude quant aux rattachements localisateurs et quant au lieu d'exécution de la décision<sup>1467</sup>, ce que certains auteurs nomment le « principe d'effectivité »<sup>1468</sup>. Mais, si le contenu du principe répond bien à l'impératif d'efficacité de la justice, il semble qu'il faille préférer le terme d'efficacité à celui d'effectivité car plusieurs auteurs ont montré que l'effectivité, qui désigne l'application concrète d'une règle de droit, est souvent à tort confondue avec l'efficacité de cette dernière<sup>1469</sup>. Pour s'en prouver, il suffit de mentionner que la nationalité effective est d'abord la nationalité qui se constate dans les faits avant d'être celle qui est la plus efficace au regard de la justice<sup>1470</sup>.

**838.** Pour aller plus loin, Madame SINAY-CYTERMANN explique la coïncidence entre le *jus* et le *forum* par une notion que nous avons précédemment envisagée : celle de la bonne administration de la justice<sup>1471</sup>. Cet auteur axe sa pensée autour de deux exemples : celui des droits réels immobiliers, localisés à l'endroit de leur situation pour assurer l'efficacité de la

---

<sup>1467</sup> V. Y. LEQUETTE, Protection familiale et protection étatique des incapables, BDIP vol. 20, Dalloz Paris 1976, n° 341 p. 262.

<sup>1468</sup> É. PATAUT, Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé), BDP t. 298, LGDJ Paris 1999, n° 369 s. p. 248 s. (l'auteur place son analyse de la compétence exclusive en matière immobilière sur le terrain de la reconnaissance des décisions étrangères) ; *adde*, « la compétence de la loi du lieu d'un immeuble aux questions de droit dont il forme l'objet répond à un souci d'effectivité », L. BARNICH, La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé, *in* mélanges John KIRKPATRICK, Bruylant Bruxelles, 2004, p. 63 (v. aussi p. 71-72). Comp. M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 408 p. 302 ; B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 70 § 13 p. 634.

<sup>1469</sup> J. TOUSCOZ, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, LGDJ Paris 1964, p. 4 ; Ch. PAMBOUKIS, L'acte public étranger en droit international privé, BDP t. 219, LGDJ Paris 1993, n° 215 s. p. 154 s.

<sup>1470</sup> Pour une utilisation jurisprudentielle de la notion de nationalité effective, v. Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 1974, CONSORTS MARTINELLI, Bull. 1974 I n° 145 p. 78 ; RCDIP 1975 p. 260, note M. NISARD.

<sup>1471</sup> A. SINAY-CYTERMANN, L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale, t. I, th. dactyl. Strasbourg 1980, spéc. p. 250 s. Sur la notion de bonne administration de la justice, v. *supra* n° 500 s.

décision et la prévisibilité absolue du lieu d'exécution de la décision, celui des litiges intéressant les sociétés<sup>1472</sup>, en raison de la nécessaire centralisation des litiges. L'auteur émet l'idée qu'il s'agit des seuls cas où se produit une correspondance entre la notion de bonne administration de la justice interne et celle de bonne administration de la justice internationale. Ainsi, dans ces cas précis, l'application de la *lex fori* marquerait, si l'on poursuit le raisonnement tenu, une adéquation parfaite entre l'administration de la justice interne et celle de la justice internationale.

**839. Immeubles.** En matière immobilière, la Cour de justice semble adhérer à cette approche. Dans sa jurisprudence, elle a expressément fait référence à la notion de bonne administration de la justice en jugeant que « les litiges concernant des droits réels immobiliers sont à juger selon les règles de l'État où l'immeuble est situé, et que les contestations entraînent, en effet, fréquemment des vérifications, des enquêtes, et des expertises qui doivent être faites sur place, de sorte que l'attribution d'une compétence exclusive répond à l'intérêt d'une bonne administration de la justice »<sup>1473</sup>.

La Cour de justice a également précisé que « le motif essentiel de la compétence exclusive des tribunaux de l'État contractant où l'immeuble est situé [*compétence exclusive posée par l'article 16 de la convention de Bruxelles et l'article 22 du règlement n° 44/2001*] est la circonstance que le tribunal du lieu de situation est le mieux à même, compte tenu de la proximité, d'avoir une bonne connaissance des situations de fait et d'appliquer les règles et usages qui sont, en général, ceux de l'État de situation »<sup>1474</sup>.

---

<sup>1472</sup> Comp. art. 22, 2/ du règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000, précité, qui précise que sont seuls compétents, sans considération de domicile, « 2) en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un État membre, ou de validité des décisions de leurs organes, les tribunaux de cet État membre. Pour déterminer le siège, le juge applique les règles de son droit international privé ». Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1473</sup> CJCE, 14 décembre 1977, SANDERS c/ VAN DER PUTTE, aff. 73/77, Rec. 1977 p. 2383 (point 13) ; disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/> ; JDI 1978 p. 388, chron. J.-M. BISCHOFF ; RTD Com. 1978 p. 657, chron. Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL. Comp. les fondements envisagés par la jurisprudence aux États-unis : « inter alia, the defendant's expectation to benefit from the State's protection of his property interests, the local availability of records, and the State's interest in assuring the marketability of local property », P. HAY, The Interrelation of Jurisdiction and Choice-of-law in United States Conflicts law, ICLQ 1979 (vol. 28) p. 177.

<sup>1474</sup> CJCE, 10 janvier 1990, REICHERT et a., aff. C-115/88, Rec. 1990 p. 1, point 10, [ajouté par nous] ; disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/> ; RCDIP 1991 p. 151, note B. ANCEL ; JDI 1990 p. 503, chron. J.-M.

**840.** Le motif avancé pour l'identité de points de rattachement en matière immobilière correspond souvent à la volonté du législateur de déclarer compétent le juge et la loi les plus proches du litige (il s'agit ici du critère de la proximité<sup>1475</sup>) : « en conséquence, les règles de compétence exclusives reposeraient sur la volonté d'assurer une bonne administration de la justice en désignant un tribunal présentant des liens concrets avec les rapports de droit litigieux »<sup>1476</sup>.

**841. Insolvabilité.** Quant à l'insolvabilité internationale, la politique de coïncidence est guidée par des considérations procédurales ou par un souci d'assurer l'impérativité des règles régissant ce domaine. Pour nous en convaincre, Monsieur VIANGALLI avance que la « compétence de principe de la *lex fori* s'explique par le caractère éminemment procédural de la faillite, dont l'intervention coercitive d'autorités publiques constitue la principale explication »<sup>1477</sup>. Monsieur MÉLIN considère aussi que l'application de la *lex fori* aux insolvabilités s'explique avant tout par l'idée que les aspects de procédure et de fond sont intimement liés et qu'il ne serait pas concevable, dès lors, qu'il soit fait application d'une loi

---

BISCHOFF ; Cahiers de droit européen 1990 p. 681, chron. H. TAGARAS. Comp., le « principe de compétence exclusive des tribunaux de l'État du lieu de situation de l'immeuble se justifie essentiellement par trois considérations : le caractère le plus souvent impératif des dispositions législatives applicables (souci de coïncidence entre compétence judiciaire et compétence législative), la nécessité de la proximité du juge pour connaître utilement du procès (souci de bonne administration de la justice), et enfin, le fait que le jugement sera nécessairement exécuté au lieu de situation de l'immeuble », H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe : Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano, 3<sup>e</sup> éd. 2002, LGDJ Paris, n° 101 p. 73.

<sup>1475</sup> Pour une étude de la notion de liens suffisants avec le for en matière de compétence juridictionnelle, v. N. JOUBERT, La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (*inlandsbeziehung*) en droit international privé, th. Paris I 2002. Comp. : « centralisant effectivement les intérêts des personnes privées qui gravitent autour du bien, il [*le lieu de situation de l'immeuble*] favorise l'application de la loi qui, ayant avec ceux-ci les liens les plus étroits, répond le mieux à leur attente et assure ainsi la sécurité des transactions qui ont l'immeuble pour objet », B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 3 § 4 p. 24, [*précisé par nous*].

<sup>1476</sup> A. BODÉNÈS-CONSTANTIN, La codification du droit international privé français, éd. Defrénois Paris 2005, n° 470 p. 329. *Contra*, L. PERREAU-SAUSSINE, L'immeuble et le droit international privé : étude des méthodes, coll. Doctorat & Notariat, t. 20, Defrénois Paris 2006, spéc. n° 249 p. 129.

<sup>1477</sup> Fr. VIANGALLI, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire, PUAM Aix-en-provence, 2004, n° 634 p. 243.

autre que la loi du tribunal saisi<sup>1478</sup>. En comparaison, Messieurs MAYER et HEUZÉ affirment que « la loi applicable est la loi du for, dont la compétence s'explique par diverses considérations : l'importance prépondérante des aspects procéduraux, le poids des intérêts généraux du pays d'ouverture, la nécessité d'effectuer selon une loi unique, malgré la diversité des lois applicables aux dettes et aux biens, le règlement d'ensemble »<sup>1479</sup>.

**842.** Malgré cette convergence d'opinions doctrinales, Monsieur GIORGINI montre pourtant que les justifications tenant à la nature procédurale du règlement de la faillite ne sont pas convaincantes, tout comme celles qui conduisent à qualifier la loi de la faillite de loi de police. Au lieu de cela, cet auteur considère qu'en cette matière, la *lex fori* est la loi qui permet d'améliorer l'efficacité du traitement de l'insolvabilité du débiteur tout en stimulant un choix à la fois prévisible et économiquement optimal de réglementation<sup>1480</sup>.

**843. Protection des mineurs.** Quant à la protection des enfants, un autre auteur explique que la solution posée par la convention de La Haye de 1996 ne porte pas d'atteinte injustifiée au principe fondateur de séparation du *jus* et du *forum* parce que les deux types de règles reposent sur des fondements autonomes<sup>1481</sup>. La règle de compétence repose, en effet, sur la volonté de rapprocher physiquement l'organe protecteur et la personne protégée<sup>1482</sup>, tandis que le rattachement localisateur au fond du droit doit permettre de traduire l'ancrage de l'enfant dans son milieu de vie<sup>1483</sup>. Il faut remarquer, cependant, qu'il est sans doute trop subtil de déceler « sous l'apparence d'une formulation identique, (...) des justifications

---

<sup>1478</sup> Fr. MÉLIN, La faillite internationale, LGDJ Paris 2004, n° 38 p. 51.

<sup>1479</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 668 p. 500 ; *adde*, A. BOTTIAU, Faillite internationale et groupe de sociétés, th. Lille II 1989, p. 50-54.

<sup>1480</sup> G. C. GIORGINI, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règlement de la faillite internationale, NBT vol. 53, Dalloz Paris 2006, n° 373 s. p. 197.

<sup>1481</sup> É. PATAUT, Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé), BDP t. 298, LGDJ Paris 1999, n° 339 p. 226.

<sup>1482</sup> É. PATAUT, *op. cit.*, n° 336 p. 225. Comp. « lorsqu'il s'agit de déterminer les juridictions internationalement compétentes, la résidence simple ou habituelle, est un élément de rattachement considéré comme approprié pour garantir une bonne administration et le respect de la justice procédurale », A. RICHEZ-PONS, La résidence en droit international privé : conflits de juridictions et conflits de lois, th. Lyon III 2004, n° 428 p. 285, disponible sur le site de diffusion électronique des thèses de l'Université de Lyon III : <http://thesesbrain.univ-lyon3.fr/sdx/theses/>.

<sup>1483</sup> É. PATAUT, *op. cit.*, n° 339 p. 225.

autonomes qui permettent de justifier avec des arguments propres choix de la loi et choix de l'autorité »<sup>1484</sup>, car les deux types de règles trouvent toutes les deux leur fondement dans une proximité du système juridique avec le lieu où, habituellement, l'enfant se trouve physiquement présent : le critère apparaît singulièrement identique. Ne serait-ce donc pas là une véritable coïncidence des localisations qui équivaut pour le juge à recourir à sa propre loi ?

**844. Successions.** En matière de successions internationales, les arguments traditionnellement pris en faveur de la coïncidence entre la compétence et le droit applicable sont succinctement exposés dans la thèse de Monsieur BILLARANT. Outre l'argument du coût de la preuve de la loi étrangère, il invoque *l'effectivité des décisions rendues* (permise par le principe de la proximité géographique de la juridiction compétente). La coïncidence respecterait aussi *les liens existants entre la procédure et le fond* « parce que le juge saisi appliquera sa propre loi, il préserve les liaisons systématiques existant entre le fond du droit et la procédure et prévient les transpositions hasardeuses, voire irréalisables »<sup>1485</sup>.

**845.** Au cours de sa démonstration, Monsieur BILLARANT examine le critère de compétence juridictionnelle comme le « fondement rationnel du choix du facteur de rattachement »<sup>1486</sup>, ce qui signifie, faut-il le mentionner, justifier l'application de la *lex fori* par les liens existants entre le *jus* et le *forum*. Bien entendu, l'auteur décèle dans cette recherche un cercle vicieux<sup>1487</sup>. Il est, en effet, rigoureusement impossible de justifier une solution par cette solution elle-même.

**846.** La théorie de Monsieur BILLARANT consiste alors à réfuter les fondements juridiques rationnels (c'est-à-dire détachés de toute finalité substantielle) pour l'élément de rattachement en matière de successions. Selon cet auteur, aucune justification n'imposerait à la raison du juge une localisation absolument juste du droit applicable (autrement dit une localisation objective du droit applicable)<sup>1488</sup>. Pour notre part, il nous semble que, par

---

<sup>1484</sup> É. PATAUT, *op. cit.*, n° 339 p. 226.

<sup>1485</sup> S. BILLARANT, *Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales : réflexions sur la méthode conflictuelle*, NBT vol. 31, Dalloz Paris, 2004, n° 86 p. 89.

<sup>1486</sup> S. BILLARANT, *op. cit.*, n° 52 p. 54-55 et n° 83 p. 87.

<sup>1487</sup> S. BILLARANT, *op. cit.*, n° 87 p. 90.

<sup>1488</sup> « En définitive, la théorie du parallélisme des compétences ne confère pas plus que les thèses fondées sur la

définition, le travail de localisation ne peut être absolument juste et définitif<sup>1489</sup>. L'objectivité consiste à tendre vers la justice, cette dernière étant variable en fonction des données sociales, temporelles et spatiales du litige. Par conséquent, il n'existe pas de rattachement *ab nihilo* qui puisse s'abstraire absolument de la situation juridique qu'il appréhende et de la conception de la justice que l'auteur de la norme s'en fait. Il en va de la nature du Droit qui n'est pas une science exacte, c'est-à-dire une matière au sein de laquelle on peut élaborer des lois universelles et intemporelles. Elle est toujours perfectible.

**847.** Il nous semble ainsi que, bien que n'étant pas directement liée au fond du droit, l'efficacité des solutions peut constituer dans certaines matières un élément décisif pour le choix du critère de rattachement. Cette approche, qui pourrait paraître utilitariste, signifie seulement que l'efficacité pratique peut parfois primer sur la rectitude théorique de la résolution des conflits de lois. Par exemple, lorsqu'un juge des enfants constate qu'un enfant a besoin de mesures éducatives parce que la défaillance de ses parents le place en situation de danger, il paraîtrait déplacé d'attendre de connaître le contenu de la loi étrangère potentiellement applicable.

De ce point de vue finaliste, les justifications reposant sur la bonne administration de la justice nous apparaissent comme des fondements juridiques valables pour justifier la coïncidence du *jus* avec le *forum*<sup>1490</sup>. L'efficacité des décisions participe, il est vrai, à la

---

nature du rapport de droit et la théorie de la localisation une rationalité incontestable au critère de rattachement (...) nous avons établi qu'il n'existe pas d'arguments juridiques à partir desquels un rattachement puisse être déterminé en toute objectivité, assurant ainsi la stricte bilatéralité de la règle de conflit de lois », S. BILLARANT, *op. cit.*, n° 92 p. 95.

<sup>1489</sup> En ce sens, v. W. WENGLER, L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, RCDIP 1990 p. 657, spéc. p. 661-662 : « bien que les législateurs adoptent souvent une autre méthode lorsqu'ils formulent eux-mêmes des directives en matière de droit applicable, le principe de la *neutralité substantielle* des normes de conflit inventées par le juge devait conforter l'opinion préconçue selon laquelle un seul élément de rattachement "juste" pourrait être dégagé d'une façon ou d'une autre avec une objectivité scientifique dans le cas où cet élément n'a pas été défini de façon autoritaire par le législateur ». Les conclusions de cet auteur sont donc très sévères à l'encontre des règles qui se contentent de rattacher la situation juridique à l'ordre juridique qui en est « le plus proche » (par exemple les clauses générales échappatoires). Ce type de rattachement est en effet une grande source d'imprévisibilité juridique.

<sup>1490</sup> *Contra*, « la commodité des plaideurs et la bonne administration de la justice ne doivent pas être sacrifiés au séduisant parallélisme des compétences », S. BILLARANT, Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales : réflexions sur la méthode conflictuelle, NBT vol. 31, Dalloz Paris,

bonne administration de la justice et, partant, ce fondement à l'application de la *lex fori* doit être rationnellement considéré comme un élément pertinent parmi d'autres.

De là à y déceler une finalité substantielle de même intensité que les règles de conflit explicitement favorables à une politique législative souveraine, il y a un forçage du concept de la « règle substantielle » que nous ne commettrons pas. En effet, la bonne administration de la justice est un standard universel du droit : tous les États ont vraisemblablement intérêt à maintenir la qualité de leur justice. Cela ne doit pas se confondre avec l'action ethnocentrique d'imposer l'application d'une règle au fond du droit parce qu'elle est jugée la meilleure, ce qui se décèle souvent dans les motifs d'adoption des règles substantielles.

**848.** D'un autre côté, il existe des fondements de la coïncidence entre le *jus* et le *forum* qui apparaissent, quant à eux, nettement ethnocentriques. En matière de statut personnel, par exemple, il est traditionnellement allégué que le rattachement de la situation juridique au domicile permet une assimilation des immigrés. Monsieur AUDIT le place même en tête des avantages du rattachement au domicile<sup>1491</sup>. Messieurs BATIFFOL et LAGARDE en font de même lorsqu'ils remarquent que « la loi du domicile est avantageuse aux pays d'immigration dans lesquels l'application constante aux immigrés de leurs lois nationales respectives porterait atteinte à l'homogénéité et à l'autorité de la loi locale, et encouragerait le maintien des particularismes d'origine »<sup>1492</sup>.

**849.** La justification de la coïncidence qui repose de la sorte sur la volonté d'intégrer les immigrés dans le pays du for apparaît contestable. Elle ravive une composante dominatrice totalement négatrice de la volonté des intéressés, dont le souhait d'être intégré est arbitrairement présumé. L'approche a aussi tendance à négliger le fait que la domiciliation

---

2004, n° 88 p. 92.

<sup>1491</sup> « Parce qu'il soumet l'individu à la loi du milieu dans lequel il vit, ce rattachement se recommande essentiellement d'avantages pratiques. Il favorise l'insertion des immigrés alors que l'application prolongée de leur loi nationale produit l'effet inverse », B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 140 p. 122.

<sup>1492</sup> H. BATIFFOL et P. LAGARDE, Traité de droit international privé, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 267 p. 450. Comp. l'appréciation plus nuancée de Madame RICHEZ-PONS, A. RICHEZ-PONS, La résidence en droit international privé : conflits de juridictions et conflits de lois, th. Lyon III 2004, n° 463 s. p. 315 s., disponible sur le site de diffusion électronique des thèses de l'Université de Lyon III : <http://thesesbrain.univ-lyon3.fr/sdx/theses/>.

n'est pas toujours un rattachement pertinent, voire même suffisant à lui seul, pour démontrer le degré d'intégration d'une personne physique dans un pays. Par exemple, une personne peut temporairement habiter un pays, pour des raisons professionnelles, en ayant à l'esprit de retourner dès que possible dans son pays d'origine. Une chose est donc de proposer de rattacher les individus à leur milieu géographique de vie (proximité), une autre est de les intégrer arbitrairement à celui-ci.

**850. Appréciation des justifications envisagées.** Comme l'indiquait alors le doyen BATIFFOL à propos de l'application de la *lex fori* en matière de faute délictuelle, il faut se méfier des justifications invoquées quant au choix d'un critère de rattachement. Par exemple, « la réparation des délits est une question de justice, la loi du for ne saurait s'en désintéresser. La considération paraît plus humaine et plus réaliste, mais elle est ambiguë, car tout litige intéresse la justice »<sup>1493</sup>. C'est pourquoi, il semble *a priori* impossible d'attribuer au législateur la volonté d'assurer l'application systématique de la loi du for.

**851.** Il est vrai que, dans les exemples qui figurent ci-dessus, l'application de la *lex fori* semble entourée de justifications qui paraissent vraisemblables : la proximité d'une part, l'intégration d'autre part. Le principe de proximité est recevable parce qu'il repose sur des rattachements fixes et susceptibles d'être prévisibles pour les parties<sup>1494</sup>. Il contribue, par conséquent, à assurer la sécurité des situations juridiques. L'argument de l'intégration est, en revanche, nettement moins justifiable car il témoigne d'un comportement ethnocentrique à l'égard des étrangers.

**852. Conclusion.** En conclusion, l'analyse des fondements de la coïncidence montre que l'application systématique dans des domaines tels que la propriété immobilière, l'insolvabilité et les successions immobilières peut être renvoyée à certains éléments constitutifs de la notion de bonne administration de la justice. Ces éléments, pourtant extérieurs la résolution du litige au fond, apparaissent même tout à fait crédibles pour justifier que le juge ait recours à sa propre loi pour ces questions délimitées. Il existe, du reste, d'autres hypothèses qui, sous couvert d'une apparente séparation entre le *forum* et le

---

<sup>1493</sup> H. BATIFFOL, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 107 p. 237.

<sup>1494</sup> Contrairement à la règle qui utilise la proximité comme un lien de rattachement à part entière, en toute indépendance par rapport au(x) chef(s) de compétence.

*jus*, dissimulent en réalité une coïncidence entre ces deux points (§ 2).

## § 2 De fausses séparations du critère de rattachement par rapport au chef de compétence

**853.** Il existe parfois une différence artificielle entre le chef de compétence et le critère de rattachement. Elle se manifeste dans deux hypothèses. La première est celle qui consiste à utiliser deux éléments qui, bien que revêtant une qualification différente, reçoivent une définition très proche. L'exemple le plus significatif est celui du domicile et de la résidence habituelle (A). La seconde est celle qui consiste à laisser les éléments localisateurs au libre choix des parties : en apparence aléatoire, la coïncidence se trouve, dans les faits, vraisemblablement toujours réalisée (B).

A/ Les interprétations variables d'un même critère : l'exemple du domicile et de la résidence habituelle

**854. Présentation du critère du domicile.** La loi du domicile est considérée comme la « seconde loi personnelle de l'être humain »<sup>1495</sup>. Il est aussi « le vêtement juridique que prend l'attache territoriale de l'individu lorsqu'il s'agit du centre de ses intérêts »<sup>1496</sup>. En droit international privé, la notion de domicile est donc utilisée pour fixer le siège du rapport de droit, mais aussi et surtout pour fixer le siège du juge compétent, ce qui cause, dans ce cas de figure, une grande probabilité de coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement.

**855.** En conséquence, le critère de rattachement du domicile du défendeur évite au juge d'appliquer la loi étrangère car, en raison de la règle *actor sequitur forum rei*, « le domicile réalise souvent la coïncidence fréquente des compétences législative et judiciaire et augmente ainsi les chances d'application de la loi du for »<sup>1497</sup>. Ainsi, lorsque le chef de

---

<sup>1495</sup> P. LOUIS-LUCAS, L'impérieuse territorialité du Droit, RCDI 1935 p. 647-648.

<sup>1496</sup> J.-P. NIBOYET, Traité de droit international privé français, t. III, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1944, n° 920 p. 203.

<sup>1497</sup> P. GANNAGÉ, L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, Rapport provisoire, AIDI 1989 (vol. 63-I), n° 16 p. 220. Pour les États nordiques, par exemple, Madame la doyenne JÄNTERÄ-JAREBORG constate qu'en Suède et en Finlande, il a été choisi de codifier le droit international privé en accordant une place à la nationalité comme critère de rattachement. En

compétence retenu n'est pas le domicile du défendeur mais le domicile d'une autre personne (domicile du créancier d'aliments, dernier domicile du défunt, domicile des époux, de l'enfant, du travailleur, de l'assuré, du consommateur, etc.), il n'y aura coïncidence que si la règle de conflit utilise un rattachement identique (domicile du créancier d'aliments, dernier domicile du défunt, domicile des époux, de l'enfant, du travailleur, de l'assuré, du consommateur, etc.).

**856. Qualification du domicile.** Il faut dès lors préciser que la coïncidence entre le *forum* et le *jus* n'est favorisée par le rattachement du domicile que si la définition du domicile correspond à celle qui est retenue pour le chef de compétence. En d'autres termes, la coïncidence peut ne pas se réaliser si la notion de domicile est interprétée différemment pour déterminer la compétence juridictionnelle (par exemple, en matière de compétence successorale, le domicile peut être entendu largement) et pour désigner la loi applicable (où le domicile successoral peut être entendu strictement). Une telle variabilité de définition du domicile est qualifiée de fonctionnelle par la doctrine<sup>1498</sup>.

---

revanche, au Danemark et en Norvège, la codification a été évitée et le rattachement au domicile fut conservé. Elle constate ainsi que les systèmes danois et norvégien sont exempts de tout contentieux relatif à l'application de la loi étrangère, M. JÄNTERÄ-JAREBORG, *Foreign law in national courts, a comparative perspective*, RCADI 2003 t. 304, p. 222-223.

<sup>1498</sup> V. sur le caractère fonctionnel du domicile : « le domicile des rapports internationaux revêt (...) un caractère fonctionnel. Les fins que sert ce concept au sens du droit international privé sont aussi diversifiées que le sont les applications de la discipline dont il relève. C'est ainsi que, seule ou jointe à d'autres conditions, la présence du domicile d'un étranger en France peut justifier à son égard l'attribution de la nationalité française ou commander l'accès en France à la jouissance d'un droit ; pareillement, l'exercice de la compétence juridictionnelle internationale des tribunaux français à l'égard d'un défendeur étranger suppose en principe que celui-ci ait son domicile en France ; dans de nombreux cas, l'applicabilité d'un droit national déterminé est liée à la présence dans le ressort de ce dernier d'un domicile, individuel ou conjugal, que ce soit en matière de droit privé ou de droit public. Dans tous ces cas, c'est l'intégration de l'individu à la communauté locale qui justifie l'effet juridique envisagé. Mais le degré d'intégration requis varie d'une branche à l'autre du droit international privé, suivant la finalité poursuivie par la règle applicable », H. MUIR WATT, *Le domicile dans les rapports internationaux*, J-Cl. Civil Code, app. art. 102 à 111, fasc. unique (1994), n° 2 p. 2 ; A. RICHEZ-PONS, *La résidence en droit international privé : conflits de juridictions et conflits de lois*, th. Lyon III 2004, n° 61 à 78, p. 50 à 63, disponible sur le site de diffusion électronique des thèses de l'Université de Lyon III : <http://thesesbrain.univ-lyon3.fr/sdx/theses/>. Comp., à propos de la résidence habituelle, Ph. GUEZ, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 décembre 2005, Gaz. Pal. 24-25 février 2006, n° 56, p. 14 s.

**857.** À ce sujet, il faut rappeler que les règles de compétence en vigueur dans l'Union européenne n'encadrent pas le domicile des personnes physiques dans une notion autonome mais laissent les juridictions des États membres libres d'interroger leur propre loi pour déterminer si une partie a son domicile sur leur territoire<sup>1499</sup>.

**858. Proximité de définition avec la résidence habituelle.** Si la coïncidence ne se vérifie pas toujours puisqu'il peut exister une différence d'interprétation de la notion de domicile, il peut aussi y avoir une différence de qualification entre deux éléments dont la définition est très proche : par exemple, entre celle du domicile et celle de la résidence habituelle. Cependant, dans cette hypothèse, le chef de compétence fondé sur le domicile concordera fréquemment avec le rattachement fondé sur la résidence habituelle, et *vice-versa*, puisque cette dernière n'est qu'une définition plus souple du domicile<sup>1500</sup>. On considère, en effet, que la résidence est purement une notion de fait, pour laquelle l'élément intentionnel n'est généralement pas nécessaire, contrairement au domicile<sup>1501</sup>.

**859. Exemple des contrats conclus par les consommateurs.** Pour vérifier la coïncidence entre ces deux notions, prenons le cas des litiges relatifs aux contrats conclus par des consommateurs pour lesquels les règles européennes utilisent tantôt le critère du domicile du consommateur<sup>1502</sup> tantôt celui de sa résidence habituelle<sup>1503</sup>. Les critères sont *a priori*

---

<sup>1499</sup> Art. 52, al. 1<sup>er</sup>, de la convention de Bruxelles, précitée et art. 59, al. 1<sup>er</sup>, du Règlement Bruxelles I, précité. V. A. MOURRE, Droit judiciaire privé européen des affaires, Bruylant/FEC, Bruxelles 2003, n° 87 p. 64 ; J.-P. BERAUDO et M.-J. BERAUDO, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 – Convention de Lugano du 16 septembre 1988 – Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 – Compétence – Règles ordinaires de compétence, J.-Cl. Procédure, fasc. 52-30 (2005), n° 1 à 30 ; A. MARMISSE, La libre circulation des décisions de justice en Europe, Presses Universitaires de Limoges Limoges 2000, n° 133-147 p. 88-95. Sur le procédé du renvoi au droit national, v. Fr. VIANGALLI, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire, PUAM Aix-en-provence 2004, n° 934 s. p. 363 s.

<sup>1500</sup> « La notion du domicile en droit international privé, n'étant encore que rarement réglementée par des textes de lois ou de conventions internationales, reste soumise pour une large part à l'appréciation des tribunaux, et que ceux-ci usent de leur liberté relative et tiennent le plus grand compte des effets à reconnaître au domicile en chaque espèce pour procéder dans chaque litige à la détermination, plus ou moins rigoureuse, qui leur paraît la meilleure pour la souveraineté qui les a investis, pour les parties ou pour les relations internationales », R. CASSIN, La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois, RCADI 1930-IV t. 34, n° 6 p. 666-667.

<sup>1501</sup> A. RICHEZ-PONS, *op. cit.*, n° 218 p. 153-154.

<sup>1502</sup> « Article 16, 1. L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit

différents pourtant chaque règle a été conçue avec le même souci de protéger le consommateur lorsqu'il est défendeur. Le consommateur est en effet considéré comme la partie faible en raison de son adhésion au contrat, toute possibilité de négociation étant en principe exclue pour ce type de relations contractuelles. Dans ce cas de figure, il est donc légitime de présumer que la notion de domicile et celle de résidence habituelle recevront la même définition, sous peine de manquer l'objectif de protection<sup>1504</sup>. En pratique, la coïncidence entre le domicile et la résidence habituelle devient donc plus que probable. Elle se retrouve en jurisprudence.

**860.** La Cour de cassation française a, en effet, eu l'occasion de vérifier cette coïncidence à l'occasion d'un contrat de courtage matrimonial conclu entre un démarcheur, exerçant ses activités d'entremise matrimoniale en Allemagne, et un consommateur domicilié dans le Bas-Rhin. Dans cette affaire, il a été décidé que, dès lors que les parties n'avaient pas choisi de loi déterminée, le contrat de courtage matrimonial avait pour objet la fourniture de services. Or, puisque le consommateur avait été démarché à son domicile en France, la loi

---

devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié. 2. L'action intentée contre le consommateur par l'autre partie au contrat ne peut être portée que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domicilié le consommateur (...), Règlement (CE) n° 44-2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE n° L 012 du 16/01/2001 p. 1.

<sup>1503</sup> « Article 5, 2. Nonobstant les dispositions de l'article 3, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle : - si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat, ou - si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays, ou - si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente. 3. Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article », Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, disponible sur : <http://www.rome-convention.org/>.

<sup>1504</sup> V. N. WATTÉ et A. NUYTS, Vers une interprétation uniforme et cohérente des conventions de Rome et de Bruxelles - Les relations entre compétences judiciaire et législative dans l'Union européenne, Revue de droit de l'ULB 1994 n° 23 p. 45.

française était applicable en vertu de l'article 5, 3/ de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur les obligations contractuelles<sup>1505</sup>. En l'espèce, le juge saisi a appliqué sa propre loi.

**861. Qualification de la résidence habituelle.** Il faut, en outre, souligner que la Cour de cassation donne à la résidence habituelle la même définition que celle du domicile puisqu'elle la qualifie de « lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent ou habituel de ses intérêts »<sup>1506</sup>. Manifestement, il y a là une volonté de fusionner les deux notions.

En conclusion, on constate que l'application de loi du for est très vraisemblablement réalisée lorsqu'en pratique, la notion de domicile et celle de résidence habituelle sont utilisées comme critère pour le *jus* et le *forum*. Un résultat similaire peut être implicitement trouvée dans les matières où le rattachement est laissé à la libre volonté des parties (B).

B / L'apparente imprévisibilité des critères : l'exemple du choix laissé à la libre volonté des parties

**862. Coïncidence laissée à la libre décision des parties.** *A priori*, le domaine des obligations contractuelles reste quasiment hermétique à la vérification d'une corrélation systématique entre la compétence juridictionnelle et la compétence législative. Premièrement, il peut s'avérer délicat de comparer le chef de compétence et le critère de rattachement, puisque les contrats internationaux sont de plus en plus soumis à une réglementation matérielle où l'utilisation règle de conflit est, en général, inutile<sup>1507</sup>.

---

<sup>1505</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2005, PLINERT, Bull. 2005 I n° 322 p. 267 ; RCDIP 2005 p. 94, note P. LAGARDE.

<sup>1506</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 décembre 2005, M. DONALD X, Bull. 2005 I n° 506 p. 425 ; Gaz. Pal. 24-25 février 2006, n° 56, p. 14, note Ph. GUEZ ; Dr. Fam. mars 2006, p. 19, n° 17 comm. M. FARGE ; AJ Famille 2006 p. 161, note S. DAVID ; D. 2006. Pan. p. 1503, obs. F. JAULT-SESEKE ; Droit et procédures mars-avril 2006, suppl. 11, obs. G. MECARELLI ; Revue Lamy de Droit Civil 2006 n° 30 p. 31, jur. n° 2193, étude C. POMART ; R. 2005, p. 412 ; confirmation d'Aix-en-Provence, 18 novembre 2004, MOORE, Gaz. Pal. 14-15 janvier 2005 p. 64, note Ph. GUEZ ; JDI 2005 p. 801, note A. RICHEZ-PONS.

<sup>1507</sup> Les meilleurs exemples de réglementation matérielle en matière de contrats internationaux sont la convention des Nations Unies conclue à Vienne en 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises et le projet de Code européen des contrats. Texte de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises : <http://www.uncitral.org/>. Sur l'état d'avancement du projet de Code européen des contrats, consulter :

Deuxièmement, lorsqu'il existe encore une règle de conflit pour désigner la loi applicable au contrat international, la coïncidence se révèle incertaine. En droit international privé européen par exemple, l'article 23 du règlement Bruxelles I<sup>1508</sup> laisse aux parties<sup>1509</sup> la possibilité de choisir leur tribunal. Parallèlement, l'article 3, 1/ de la convention de Rome du 19 juin 1980<sup>1510</sup> les autorise à choisir la loi applicable à leur contrat. Il s'agit là d'une parfaite concordance entre le chef de compétence et le critère de rattachement. Néanmoins, cette correspondance parfaite des critères ne conduit pas obligatoirement à une coïncidence effective parce qu'il n'est pas possible de déterminer par avance quelle sera l'utilisation par les parties de cette liberté de choix. En raison même du principe de l'autonomie de la volonté, il est alors rigoureusement impossible de prévoir si les parties vont localiser le tribunal compétent et la loi applicable dans le même pays.

**863.** Pourtant, à la lecture de contrats internationaux les plus variés (notamment les contrats de service ou de licence fréquemment rencontrés sur internet), il faut empiriquement présumer que, dans une très large proportion, les parties décideront volontairement de lier les deux questions. D'ailleurs, le fait pour le rédacteur du contrat de proposer une dissociation des deux questions pourrait être jugé comme une faute professionnelle, à moins pour lui d'avoir soigneusement étudié l'avantage de chaque disposition étrangère choisie et vérifié son application pratique par le for élu (il ne faut pas que la loi étrangère prévue à s'appliquer soit déjouée par l'exception d'ordre public par exemple). Or, cela n'est à la portée que d'un comparatiste particulièrement avisé des pratiques judiciaires locales et étrangères : peu de juristes peuvent s'en targuer. Il faut, au contraire, supposer que le rédacteur du contrat aura naturellement tendance à se référer au système juridique qu'il connaît le mieux, que ce soit pour le juge compétent ou pour la loi applicable.

**864.** Par ailleurs, dans l'hypothèse où les parties n'auraient pas exprimé leur volonté sur la loi applicable à leurs relations contractuelles, il est notable que les règles communautaires

---

[http://europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/index_en.htm).

<sup>1508</sup> Règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit « Bruxelles I », précité. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1509</sup> *A priori*, les parties n'ont nullement besoin d'être des ressortissants d'un pays membres de l'Union européenne.

<sup>1510</sup> Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux relations contractuelles, précitée.

européennes sur la détermination du juge compétent ne se préoccupent pas particulièrement de savoir si la *lex fori* sera ou non appliquée. Ces dispositions ont en effet pour fonction de régler la compétence juridictionnelle, la reconnaissance et l'exécution des décisions, à l'exclusion de la résolution des conflits de lois. Pour autant, nous verrons que la Cour de justice a lié la détermination de la compétence à la résolution du conflit de lois pour résoudre une partie du contentieux qui s'est posé au sujet du chef de compétence retenu en droit international privé européen des contrats<sup>1511</sup>.

---

<sup>1511</sup> Au sujet de l'influence du droit applicable sur la détermination de la compétence juridictionnelle, v. *infra* n° 906 s.

## CONCLUSION DU CHAPITRE I

**865.** Dans ce chapitre, consacré à l'étude de la coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement, nous avons déterminé que l'application de la *lex fori* n'est que rarement le fruit du hasard. Pour cela, nous avons évacué l'hypothèse de la coïncidence naturelle, une situation qui se caractérise par la correspondance fortuite de deux éléments localisateurs différents, utilisés respectivement pour la compétence juridictionnelle et la résolution du conflit de lois. En effet, une telle coïncidence fortuite ne survient que lorsque les éléments principaux qui composent le rapport juridique sont situés dans le même pays. Tous les éléments susceptibles d'être retenus comme chef de compétence et comme critère de rattachement se trouvent alors localisés au même endroit et, dans ce cas, il s'agit incontestablement d'une hypothèse soumise à la loi interne. Les éléments d'extranéité ne sont donc pas suffisants pour déclencher le recours aux règles de compétence internationale et aux règles de résolution de conflit de lois. Il faut, par conséquent, considérer qu'en droit international privé la coïncidence est presque toujours délibérée, c'est-à-dire qu'elle résulte du choix conscient par l'énonciateur de la règle d'un élément identique à la fois pour le chef de compétence et pour le critère de rattachement.

**866.** Il nous a ensuite été donné de dresser la typologie des cas de coïncidences qui se retrouvent en jurisprudence. De cette manière, nous avons exposé qu'il existait un cas de coïncidence négative consistant pour le juge français à refuser de statuer sur les litiges entre étrangers parce que cela entraînait l'application d'une loi autre que la *lex fori*. Cette coïncidence, qui était constitutive non seulement d'un chef d'incompétence, mais aussi d'un déni de justice, a été abandonnée depuis 1948. Désormais, les cas de coïncidence ne concernent plus que des chefs de compétence (et non d'incompétence). En droit positif, ils touchent plus précisément les droits réels immobiliers, les successions immobilières, le prélèvement successoral, l'insolvabilité et la protection des incapables.

**867.** La comparaison entre le chef de compétence et le critère de rattachement dans ces catégories nous a alors permis de dégager les fondements de l'application systématique de la *lex fori*. Ces fondements reposent principalement sur l'efficacité de la justice et sur la proximité du juge saisi par rapport au litige. Le fondement général de la coïncidence entre le *forum* et le *jus* se trouve donc être la bonne administration de la justice.

**868.** Par ailleurs, ce fondement général peut avoir une influence sur des solutions qui, en apparence, semblent consacrer une séparation de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable. C'est, premièrement, le cas de règles qui utilisent des critères tels que le domicile et la résidence habituelle. En effet, bien que recevant des appellations différentes, ces deux notions renvoient approximativement à la même définition et donc à une localisation fréquemment identique du juge compétent et de la loi applicable.

C'est, deuxièmement, le cas de règles qui laissent la localisation à la libre volonté des parties. Dans cette hypothèse, même si le choix est *a priori* imprévisible, il est tout à fait rationnel que les parties se raccrochent au système juridique qu'elles connaissent le mieux, à la fois pour la compétence juridictionnelle et pour la loi applicable. En cas de litige, ce choix leur évitera d'ailleurs les lenteurs et les frais procéduraux afférents à la production du contenu de la loi étrangère.

**869.** En définitive, l'application systématique de la *lex fori* touche certaines catégories limitatives dans la résolution des conflits de lois. Elle survient précisément lorsque la bonne administration de la justice prend le pas sur les autres fondements des règles de droit international privé. Parfois, cependant, la hiérarchie des fondements est laissée à l'appréciation du demandeur ou du juge, lequel sera alors le maître de la coïncidence ou de la séparation entre le *forum* et le *jus*. Dans ces cas de figure, il se produit une attraction entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable dont les modalités ne donnent lieu qu'à une coïncidence *potentielle* entre le chef de compétence et le critère de rattachement (Chapitre II).

## CHAPITRE II LA COÏNCIDENCE POTENTIELLE DU CRITÈRE DE RATTACHEMENT AVEC LE CHEF DE COMPÉTENCE

**870. Présentation.** Après avoir exposé les cas les plus courants de coïncidence entre le *jus* et le *forum*, il s'agit désormais d'étudier les formes d'attraction entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable. Dans cette catégorie, la coïncidence n'existe qu'en puissance. En d'autres termes, les liens entre le *jus* et le *forum* sont imparfaits, puisque dans l'absolu, l'identité des localisations n'est que partielle. Concrètement, cela se manifeste dès qu'il existe plusieurs chefs de compétence pour une loi applicable ou, inversement, même si une telle hypothèse ne se rencontre pas formellement en pratique, dès qu'il existe un seul chef de compétence pour plusieurs lois potentiellement applicables.

**871.** L'objectif est ici de révéler les exceptions moins drastiques au principe de séparation entre *jus* et *forum* ou, si l'on préfère, les coïncidences hypothétiques entre le *jus* et le *forum*. En ces domaines, l'application de la *lex fori* n'est pas automatique, elle est seulement possible voire même probable dans certains cas. Il est alors intéressant de dresser l'inventaire des solutions dans lesquelles la probabilité de recourir à la *lex fori* se trouve accrue. Pour ce faire, il convient de décrire deux mouvements distincts : l'influence du *jus* sur le *forum* et l'influence du *forum* sur le *jus*.

**872. Théorie du parallélisme des localisations.** Ces deux mouvements ont déjà été systématisés par la doctrine allemande sous le concept de « *Gleichlauftheorie* ». Davantage qu'une théorie, il s'agit en fait d'un principe directeur de l'élaboration des règles de compétence juridictionnelle. Comme l'explique Monsieur MIAJA DE LA MUELA, l'un des paramètres à prendre en compte dans la compétence juridictionnelle réside dans l'intérêt qu'il y a à instaurer un parallèle entre la loi applicable et le *for* compétent (*Gleichlauf*). Ce parallèle permet en effet d'éviter, « dans la mesure du possible », l'application de la loi étrangère<sup>1512</sup>.

**873.** Cette théorie milite en faveur de l'application de la *lex fori* mais elle n'ignore pas que, par nature, le parallélisme ne peut conduire à une coïncidence absolue. Si cela était le

---

<sup>1512</sup> A. MIAJA DE LA MUELA, Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international, RCADI 1972-I t. 135, p. 45.

cas, cela aurait pour conséquence de supprimer toute intervention de la loi étrangère dans les litiges internationaux. C'est pourquoi, Monsieur MIAJA DE LA MUELA ajoute que « *der Gleichlauf*, ne signifie pas un parallélisme total entre les règles de conflit et celles de la compétence judiciaire, mais seulement la possibilité d'une dépendance des unes par rapport aux autres, dans un sens ou dans l'autre »<sup>1513</sup>.

**874.** La théorie du parallélisme des localisations est, en fait, inspirée d'un aspect du droit positif allemand relatif aux actions visant à obtenir un jugement constitutif ou un acte de juridiction gracieuse. Cela consiste pour le juge allemand à s'estimer compétent pour émettre un certificat d'hérédité dès lors que le droit allemand s'applique à la succession<sup>1514</sup>. Il s'agit en réalité d'une hypothèse d'influence du droit applicable sur la compétence juridictionnelle dont nous pourrions trouver d'autres exemples (Section 1). À l'inverse, il existe aussi des cas où la compétence juridictionnelle influence la désignation de la loi applicable (Section 2).

#### Section 1 L'influence du droit applicable sur la détermination du juge compétent

**875.** L'influence du droit applicable sur la compétence juridictionnelle signifie que cette dernière tend à être commandée, dans une certaine mesure, par la solution du conflit de lois. Au XIX<sup>e</sup> siècle, cette influence s'est manifestée dans les domaines relevant du statut personnel et de la condition des étrangers<sup>1515</sup>. Elle a donné lieu à la théorie du *forum legis* (§ 1). Au début du XXI<sup>e</sup> siècle, l'interdépendance entre le *jus* et le *forum* revêt des formes plus subtiles : il est donc assez difficile de trouver des exemples pratiques de *forum*

---

<sup>1513</sup> A. MIAJA DE LA MUELA, *op. cit.*, p. 65.

<sup>1514</sup> Article 25 de l'EBGBG ; O. LANDO, *Lex Fori in Foro Proprio*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1995, p. 360 ; E. JAYME, *Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne*, RCADI 1995 t. 251, p. 135 ; Rapport Final du *Deutsches Notarinstitut* (Institut Notarial Allemand) sur l'étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne (18 septembre/8 novembre 2002), p. 19 : « Le parallélisme entre la loi applicable à la succession et le tribunal compétent pour en connaître est la règle en *Allemagne* pour la juridiction gracieuse (*Gleichlauf*). Cela veut dire que la compétence d'un tribunal *allemand* des successions n'est en principe donnée que lorsque le droit *allemand* est applicable à cette succession. Cette règle, critiquée par la doctrine *allemande*, est inconnue dans les autres États », [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/news/events/document/rapport\\_synthese\\_etude\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/events/document/rapport_synthese_etude_fr.pdf).

<sup>1515</sup> Pour une description historique, v. le cours de J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé*, RCADI 1977-III t. 156, p. 248 s.

*legis* (§ 2). Ils subissent, en outre, une série de critiques que nous détaillerons (§ 3).

## § 1 La théorie du *forum legis*

**876. Présentation de la théorie du *forum legis*.** Il existe une forme d'influence du droit applicable sur la détermination de la compétence. Elle consiste à attribuer le chef de compétence au juge étatique dont le droit matériel a été désigné par la règle de conflit : il s'agit de la théorie du *forum legis* (tribunal de la loi applicable). En doctrine, il est possible d'en trouver l'expression dans les idées développées par BROCHER à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>1516</sup>.

**877.** Cet auteur explique qu'« une disposition qui, tenant au fond, consacre la compétence de la loi émanée de telle souveraineté peut, en principe et jusqu'à preuve ou présomption contraire, désigner cette loi comme compétente pour la procédure comme pour le fond »<sup>1517</sup>. Dans ce raisonnement, le point de référence est la loi désignée par la règle de résolution du conflit de lois. De la sorte, BROCHER soutient que la formulation de l'article 3 du Code civil vise le *jus* et le *forum* réunis<sup>1518</sup>. Par exemple, l'alinéa 2, selon lequel « les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française », doit s'entendre des lois d'organisation judiciaire et de procédure comme de celles qui concernent le fond du droit.

**878.** Une telle influence du *jus* sur le *forum* n'est pas limitée aux immeubles. Selon cet auteur, elle s'opère également en matière d'état et de capacité des personnes. L'article 3 du Code civil pose, en effet, un principe général (toutes « les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français ») qui ne concerne pas que les lois régulatrices du fond. La théorie de BROCHER consiste de la sorte à affirmer que les règles de compétence juridictionnelle sont les accessoires des règles qui s'appliquent au fond du droit. Dans ce

---

<sup>1516</sup> Ch. BROCHER (1811-1884).

<sup>1517</sup> Ch. BROCHER, Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français, t. III, Thorin Paris, 1885, p. 12 - 15, spéc. p. 14.

<sup>1518</sup> Art. 3 du Code civil (inséré par Loi du 5 mars 1803 promulguée le 15 mars 1803) : « Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire. Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger ».

système, les premières sont alors nécessairement dépendantes des secondes<sup>1519</sup>.

**879. Illustration en droit comparé.** Il existe des manifestations de la théorie du *forum legis* en matière de statut personnel. L'article 42, alinéa 1, de la loi vénézuélienne de droit international privé énonce que « les tribunaux vénézuéliens seront internationalement compétents pour connaître des procédures engagées pour l'exercice des actions relatives à l'état des personnes ou aux relations de famille : lorsque d'après les dispositions de la présente loi, le droit vénézuélien sera applicable au fond du litige ; (...) »<sup>1520</sup>. Il découle de cette règle que les tribunaux vénézuéliens sont toujours compétents lorsqu'ils appliquent leur propre loi en matière d'état des personnes et de relations de famille.

**880.** Un auteur français, Monsieur PATAUT, est favorable à cette approche du *forum legis*. Il indique que le rattachement à la nationalité en matière de statut personnel, en tant que facette du principe de la souveraineté, permet la mise en place d'une règle de compétence qui suivrait la règle de conflit de lois. L'auteur n'y voit pas, du reste, un retour injustifié à une compétence exagérément nationaliste mais, au contraire, la manifestation d'un chef de compétence simple et souhaitable<sup>1521</sup>. Il est tout à fait vrai que, sur certains points, les magistrats sont séduits par la théorie du *forum legis* (§ 2).

## § 2 Les applications de la théorie du *forum legis*

Les illustrations de la théorie du *forum legis*, selon laquelle la loi applicable porte influence sur la compétence juridictionnelle, peuvent se trouver dans les systèmes de droit qui pratiquent le *forum non conveniens* (A). Ils peuvent aussi apparaître, à divers égards, dans l'interprétation jurisprudentielle des règles de droit international privé européen (B). Enfin, le droit international privé français met parfois en œuvre la théorie du *forum legis* lorsque la compétence des juridictions est influencée par l'existence d'une loi de police française (C).

---

<sup>1519</sup> Ch. BROCHER, *op. cit.*, p. 39.

<sup>1520</sup> Loi de droit international privé du 6 août 1998, Gaceta official de la Republica de Venezuela n° 36511 ; RCDIP 1999 p. 398. Disponible sur le site internet Analitica : [www.analitica.com/bitbliblioteca/congreso\\_venezuela/prive.asp](http://www.analitica.com/bitbliblioteca/congreso_venezuela/prive.asp).

<sup>1521</sup> É. PATAUT, Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé), BDP t. 298, LGDJ Paris 1999, n° 195 p. 132 (v. spécialement le titre premier).

**881.** *Forum non conveniens.* Sous certains aspects, le raisonnement qui consiste à fixer la compétence juridictionnelle à partir de la loi applicable pourrait être rapproché du mécanisme du *forum non conveniens*, puisque cette approche prétorienne pratiquée dans certains systèmes de *common law* permet parfois au juge de décliner sa compétence lorsque la loi applicable au fond du litige est une loi étrangère. En effet, en examinant le bien fondé de sa compétence, il pourra estimer que l'application d'une loi qui n'est pas la sienne contribue à conférer un caractère inapproprié à sa compétence juridictionnelle.

**882.** Dans les systèmes de *common law*, où l'appréciation de la compétence juridictionnelle est exercée de façon discrétionnaire, le juge doit examiner le litige avant de dire s'il est approprié pour lui de statuer. Bien entendu, parmi les données du litige, la loi applicable au fond n'est pas le seul élément à examiner. En 2003, par exemple, le *forum non conveniens* a fait l'objet d'une résolution de l'Institut de droit international. Cette résolution mentionne expressément le critère de la loi applicable parmi les éléments permettant d'apprécier le caractère approprié de la compétence juridictionnelle : « afin de déterminer si les juridictions d'un autre pays constituent clairement un for plus approprié, le tribunal saisi peut tenir compte en particulier : a) du caractère adéquat d'un for alternatif ; b) de la localisation des parties ; c) de la localisation des preuves (témoins et documents) et des procédures permettant de les obtenir ; d) du droit applicable aux questions en cause ; e) des délais de prescription applicables ; f) de l'effectivité et de la possibilité d'exécuter tout jugement au fond »<sup>1522</sup>.

**883.** La loi applicable au fond constitue tout de même un élément important de l'appréciation que le juge porte sur l'opportunité de sa compétence, en particulier aux États-Unis et au Royaume-Uni, où règne une conception libérale du mécanisme du *forum non conveniens*<sup>1523</sup>. Un auteur explique au demeurant que « l'étude de la doctrine du *forum non conveniens* aux États-Unis et au Royaume-Uni, ainsi que dans les autres pays du

---

<sup>1522</sup> Résolution du 2 septembre 2003 de l'Institut de droit international sur le recours à la doctrine du *forum non conveniens* et aux « anti-suit injunctions », principes directeurs, point 2. Disponible sur le site internet de l'Institut de droit international : [www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2003\\_bru\\_01\\_fr.pdf](http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2003_bru_01_fr.pdf).

<sup>1523</sup> A. NUYTS, L'exception de *forum non conveniens* : étude de droit international privé comparé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2003, n° 227 p. 324 et n° 379 p. 505.

*Commonwealth*, révèle que la loi applicable au fond est un élément important de l'appréciation que le juge porte sur l'opportunité de sa compétence. Plus précisément, le double souci de la commodité des tribunaux et de la lutte contre le *forum shopping* conduit les juges américains à accompagner systématiquement la désignation de la loi étrangère de l'accueil de l'exception de *forum non conveniens* », même si le poids de ce facteur apparaît plus modéré au Royaume-Uni<sup>1524</sup>.

**884.** En droit anglais, un auteur témoigne de l'importance du droit applicable dans les facteurs pris en compte pour la détermination du *forum conveniens*<sup>1525</sup>. En ce qui concerne les États-Unis, l'auteur d'une étude très poussée sur l'exception de *forum non conveniens* a recherché l'importance de l'applicabilité de la loi étrangère au sein des facteurs qui permettent au juge de se dessaisir sur la base de ce raisonnement<sup>1526</sup>. Il rapporte une décision de la Cour suprême des États-Unis, datant de 1946, où il a été jugé qu'il serait 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<sup>1527</sup>. Un raisonnement semblable a été suivi par la même Cour en 1981, lorsqu'elle a relevé que l'un des objectifs de la doctrine du *forum non conveniens* était d'épargner aux tribunaux la nécessité d'avoir recours à des exercices complexes de droit comparé et qu'ainsi, la nécessité d'appliquer un droit étranger favorisait le dessaisissement<sup>1528</sup>. Une telle appréciation participe donc, plus généralement, du souci de ne pas compliquer la tâche du juge au stade de la décision au fond. Ce faisant, elle transpose des préoccupations de bonne administration de la justice au sein de la résolution du conflit de

---

<sup>1524</sup> Pour une réflexion sur l'influence de la loi applicable dans la détermination du for approprié, v. Chr. CHALAS, L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en Droit international privé, t. II, PUAM Aix-en-Provence 2000, n° 670 s. p. 618 s. V. aussi A. NUYTS, *op. cit.*, n° 3 p. 13.

<sup>1525</sup> « *One of the considerations in ascertaining the natural/appropriate forum for trial is that of the applicable law. Thus, if English law is applicable this points to England as the appropriate forum for trial. Whereas if New York law is applicable, this points to New York as the appropriate forum for trial. This factor has not been mentioned in every case on the exercise of the discretion, but in those in which it has it has usually been regarded as an important consideration, and invariably the decision on the appropriate forum has followed the applicable law, as in the Spiliada Case* », J. FAWCETT, *The Interrelationships of Jurisdiction and Choice of Law in Private International Law, Current Legal Problems* 1991 (vol. 44) p. 43, spéc. note n° 22.

<sup>1526</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, n° 264 p. 366.

<sup>1527</sup> *Gulf Oil Corporation v. Gilbert*, 330 U.S. 501 (1947), p. 509.

<sup>1528</sup> *Piper Aircraft v. Reyno*, 454 U.S. 235 (1981), p. 251.

lois. Selon l'approche qui prévaut majoritairement au sein de la jurisprudence anglo-américaine, il s'agit clairement d'éviter la séparation entre la compétence juridictionnelle et le droit applicable au fond<sup>1529</sup>.

**885.** Cependant, il faut rester prudent dans l'interprétation du droit commun des États-Unis en raison de la nature même des conflits de lois rencontrés dans ce pays constitué d'États fédérés. Au cours de son analyse de l'interrelation entre le *forum* et le *jus* aux États-Unis, le doyen HAY écrit que le choix par les parties du tribunal ou de la loi applicable peut entraîner une corrélation entre le *jus* et le *forum*. Il considère, néanmoins, que cela ne se vérifie surtout que dans le sens de la compétence juridictionnelle vers la loi applicable. Le lien inverse est, selon lui, plus problématique car la jurisprudence exige un consentement exprès des parties en l'absence de contact avec le for. Il n'apparaît donc pas évident de démontrer qu'une prorogation de compétence puisse systématiquement se fonder sur le choix d'une loi applicable par les parties<sup>1530</sup>.

**886.** On l'aura compris, le caractère discrétionnaire du *forum non conveniens*, ne permet pas d'affirmer avec certitude que la loi applicable est toujours prise en compte par les juges de *common law*. Pourtant, un auteur remarque qu'« il semble difficile d'admettre qu'un juge puisse être clairement inapproprié pour statuer sur un litige auquel sa loi nationale est applicable »<sup>1531</sup>.

---

<sup>1529</sup> A. NUYTS, *op. cit.*, n° 265 p. 366-367.

<sup>1530</sup> « *In the case that the parties have expressly, or by implication, chosen the forum or the applicable law, there may be argument that the choice of either also entails the choice of the other [footnote # 56: See Lummus Co. v. Commonwealth Oil refining Co., 280 F.2d 915 (1<sup>st</sup> Cir. 1960), certiorari denied 364 U.S. 911 (1960) (stipulation for arbitration in New-York indicates a "choice of law"). Lex-foi-oriented approaches to choice-of-law today make this an even likelier result. The reverse – choice of forum derived from choice-of-law – is more problematical. In derogation situations, the Supreme Court has stressed the necessity for an "arm's-length bargain": The Bremen v. Zapata Off-Shore Co., 407 U.S.1, 92 S. Ct. 1907, 32 L.Ed.2d 513 (1972) which, by hypothesis, requires express agreement. For prorogation, consent to jurisdiction must exist in the absence of minimum contacts as required by Shaffer. It appears unlikely that such consent can be implied from a choice-of-law clause. While parties may perhaps reasonably be held to have expected the application of the lex fori by the chosen court, a particular choice of law may have had a variety of reasons and not include contemplation of litigation in a distant forum]* », P. HAY, *The Interrelation of Jurisdiction and Choice-of-law in United States Conflicts law*, ICLQ 1979 (vol. 28) p. 170-171, spéc. note 56.

**887.** En effet, lorsqu'il estime être le juge le plus approprié, l'application de sa propre loi conforte le juge dans sa juridiction, c'est-à-dire dans son action de juger. Il n'est pas seulement un juge parmi d'autres, il est le juge de la localisation centrale de la situation internationale : le lieu où se situe l'unique élément qui permettra, en vertu de son ordre juridique, de désigner la loi applicable. Le magistrat accrédite ainsi sa compétence en la fondant sur le rattachement de la situation à sa propre loi étatique.

**888. Rejet de la pratique du *forum non conveniens*.** Cependant, le mécanisme du *forum non conveniens* n'est pas pratiqué par les systèmes de *civil law*<sup>1532</sup>. La possibilité pour le juge saisi d'un litige international de décliner sa compétence, au motif que la loi étrangère applicable au fond rendrait la compétence de ce juge inappropriée, est ainsi écartée. En effet, le raisonnement a pour effet de porter atteinte au caractère obligatoire de la loi qui a institué les chefs de compétence. Pire, il fragiliserait même le droit au juge aux dires de Madame GAUDEMET-TALLON<sup>1533</sup>.

**889. En droit international privé français.** En droit français, la rejet de cette pratique ressort de l'arrêt ROUGERON, où la Cour de cassation française a décidé, au visa des articles 3, 14 et 15 du Code civil, 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>1534</sup>. Le commentateur explique que sur le plan méthodologique, le raisonnement des juges du fond « renvers(*ait*) le processus normal »<sup>1535</sup>. C'est que, dans l'approche retenue en *civil law*, il peut paraître incongru que la loi étrangère, désignée par la règle de conflit, puisse servir de correctif à la compétence juridictionnelle.

**890. En droit international privé européen.** En droit anglais, le développement de la doctrine du *forum non conveniens* a été parallèle à l'adoption des règles européennes de

---

<sup>1531</sup> Chr. CHALAS, *op. cit.*, n° 670 p. 619.

<sup>1532</sup> A. NUYS, L'exception de *forum non conveniens* : étude de droit international privé comparé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2003, n° 143 s. p. 204 s.

<sup>1533</sup> H. GAUDEMET-TALLON, Le « droit au juge » à l'épreuve des règles de compétence judiciaire internationale (matière civile et commerciale), *in* Le droit à la mesure de l'homme : mélanges en l'honneur de Ph. Léger, Pedone Paris 2006, p. 180 s.

<sup>1534</sup> Cass. Civ., 19 juin 1963, RCDIP 1965 p. 366 (spéc. p. 368), note Y. LOUSSOUARN ; JDI 1964 p. 555, note L. SEBAG.

compétence juridictionnelle<sup>1536</sup>. Tout naturellement, la Cour de justice des Communautés européennes a donc eu l'occasion de statuer sur la question du *forum non conveniens* qui concerne l'un de ses États membres<sup>1537</sup>. Ainsi, dans l'affaire OWUSU, certains défendeurs, domiciliés hors du territoire de l'Union européenne (Jamaïque), ont insisté sur les conséquences pratiques négatives qui découlaient de la compétence des juridictions anglaises pour statuer sur une action en responsabilité : les coûts de procédure, la possibilité de remboursement des frais en Angleterre en cas de rejet de l'action du demandeur, les difficultés logistiques liées à la distance géographique, l'appréciation du fond du litige selon des critères jamaïquains, la possibilité d'obtenir en Jamaïque l'exécution d'un jugement rendu par défaut et l'impossibilité d'envisager une demande reconventionnelle à l'encontre des autres défendeurs.

**891.** La Cour de justice a répondu que « de telles considérations, qui peuvent précisément être prises en compte dans le cadre de l'application de l'exception du *forum non conveniens*, ne sont pas de nature à remettre en cause le caractère obligatoire de la règle fondamentale de compétence, contenue à l'article 2 de la Convention de Bruxelles »<sup>1538</sup>. Dans la motivation de sa décision, la Cour de justice énonce tout d'abord que l'exception du *forum non conveniens* ne permet pas de garantir pleinement le respect du principe de la sécurité juridique, qui constitue l'un des objectifs de la convention de Bruxelles<sup>1539</sup>. De cette manière, elle affirme que « l'application de la théorie du *forum non conveniens*, qui laisse

---

<sup>1535</sup> Y. LOUSSOUARN, note sous Cass. Civ., 19 juin 1963, ROUGERON (1<sup>re</sup> esp.), RCDIP 1965 p. 377.

<sup>1536</sup> Spéc. avec la décision *Spiliada Maritime Corporation* rendue par la House of Lords (*Spiliada Maritime Corp. v. Cansulex Ltd, The Spiliada*, [1987] A.C. 460 ; [1986] 3 WLR 972 ; [1986] 3 All ER 843). La convention de Bruxelles de 1968, amendée en 1978 à la suite l'adhésion du Royaume-Uni, fut insérée en droit anglais par le *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*.

<sup>1537</sup> Plus exactement, la controverse doctrinale, née à la suite de la décision HARRODS, portait sur la possibilité pour un juge anglais de recourir à la doctrine du *forum non conveniens* lorsque le juge le plus approprié se trouvait situé hors du territoire de l'Union européenne, H. GAUDEMET-TALLON, Le « forum non conveniens », une menace pour la convention de Bruxelles ? (À propos de trois arrêts anglais récents), RCDIP 1991 p. 491 ; A. NUYTS, *op. cit.*, n° 183 s. p. 206 s.

<sup>1538</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, OWUSU, aff. C-281/02, points 44 et 45 ; RCDIP 2005 p. 698, note Chr. CHALAS ; Rev. Europe 2005 n° 189, obs. Laurence IDOT ; Gaz. Pal. 2005 somm. p. 2237, note M.-L. NIBOYET. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>. Conclusions de Monsieur l'avocat général LÉGER, Rec. I 2005-3 (A) p. 1386 ou disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>. V. aussi Tr. HARTLEY, *The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws*, ICLQ 2005 (vol. 54, part 4) p. 824 s.

<sup>1539</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, OWUSU, précité, point 38.

une large marge d'appréciation au juge saisi quant à la question de savoir si un for étranger serait plus approprié pour trancher le fond d'un litige, est de nature à affecter la prévisibilité des règles de compétence posées par la Convention de Bruxelles, en particulier celle de son article 2, et, par voie de conséquence, le principe de sécurité juridique en tant que fondement de cette convention »<sup>1540</sup>.

**892.** Le second argument, utilisé par la Cour de justice, est que « l'admissibilité de l'exception du *forum non conveniens* dans le cadre de la Convention de Bruxelles risquerait d'affecter l'application uniforme des règles de compétence contenues dans celle-ci dans la mesure où cette exception n'est reconnue que dans un nombre limité d'États contractants, alors que le but de la Convention de Bruxelles est précisément de prévoir des règles communes à l'exclusion des règles nationales exorbitantes »<sup>1541</sup>.

La décision OWUSU revêt alors des conséquences non négligeables au regard du système général de la compétence juridictionnelle des États parties à la convention de Bruxelles : seules les règles spéciales de compétence doivent permettre d'assouplir la règle générale posée par l'article 2 de la convention. Le système exclut ainsi tout pouvoir discrétionnaire du juge quant à l'appréciation de l'opportunité de sa propre compétence. Cela ne signifie pas, cependant, que droit international privé européen n'accorde aucune place au *forum legis*, comme l'indique l'étude des chefs spéciaux de compétence (B).

B/ L'influence du droit applicable sur les chefs spéciaux de compétence

**893.** Le système réglant la compétence internationale des juridictions des États membres de l'Union européenne accorde une certaine place au *forum legis*. En droit international privé européen, la corrélation se remarque particulièrement au sujet des chefs spéciaux de compétence établis en complément du chef général fondé sur le domicile du défendeur<sup>1542</sup>.

---

<sup>1540</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, OWUSU, précité, point 41.

<sup>1541</sup> CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, OWUSU, précité, point 43. Sur une critique des motifs utilisés par la Cour de justice, jugés insuffisants, v. Chr. CHALAS, note sous CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, OWUSU, aff. C-281/02, RCDIP 2005 p. 698, spéc. p. 717 s.

<sup>1542</sup> Règle dite « *actor sequitur forum rei* » figurant à l'art. 2 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, précitée, et à l'art. 2 du Règlement (CE) n° 44/2001, précité. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

**894.** On rappellera simplement qu'il ne s'agit ici que d'une influence du *jus* sur le *forum* et non pas d'une coïncidence entre les deux types de règles<sup>1543</sup>. Cela s'explique par l'existence de plusieurs chefs de compétence possibles (domicile du défendeur, élection de for...). L'identité entre le chef de compétence et le facteur de rattachement étant seulement optionnelle, c'est-à-dire laissée au choix des parties, ces hypothèses ne peuvent donc être rangées dans la catégorie des coïncidences systématiques.

**895.** Où peut-on alors déceler ces corrélations optionnelles ? Les exemples de l'influence du droit applicable sur la compétence juridictionnelle se trouvent *a priori* dans le domaine des obligations. Ils apparaissent en matière d'obligations délictuelles et quasi-délictuelles (1). Ils apparaissent aussi en matière d'obligations contractuelles, où il se produit une influence de la loi applicable au contrat sur le *forum contractus* (2).

1/ Les obligations délictuelles et quasi-délictuelles

**896. Droit international privé européen : alternative entre le chef de compétence du domicile du défendeur et celui du lieu où le fait dommageable s'est produit.** En matière d'obligations délictuelles ou quasi-délictuelles, les règles de droit international privé européen permettent au demandeur de saisir soit le tribunal du lieu où est domicilié le défendeur, soit le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire, pour le peu que le tribunal choisi soit situé sur le territoire des États membres de l'Union européenne<sup>1544</sup>. Cette option de compétence, accordée au demandeur, n'entraîne pas systématiquement une coïncidence entre la loi applicable et le juge compétent car, si une seule loi est applicable au fond du droit, plusieurs juges peuvent être potentiellement saisis. Mais, lorsque le demandeur choisit de saisir le tribunal du lieu où le fait dommageable s'est réalisé, il peut se produire une coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement puisque la jurisprudence française rattache la situation juridique à la loi du lieu du délit (*lex loci delicti*)<sup>1545</sup>. La coïncidence est donc potentielle.

---

<sup>1543</sup> En vertu, par exemple de l'art. 16 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, précitée, et de l'art. 22 du règlement (CE) n° 44/2001, précité. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>. Sur les hypothèses de coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement, v. *supra* n° 812 s.

<sup>1544</sup> Art. 2 et art. 5, 3/ du Règlement (CE) n° 44/2001, précité. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1545</sup> Cass. Civ., 25 mai 1948, LAUTOUR, RCDIP 1949 p. 89, note H. BATIFFOL ; D. 1948 p. 357, note P. L.-P. ; JCP 1948 II n° 4542, note M. VASSEUR ; GADIP n° 19. La France est également liée par la convention de

**897. Droit international privé européen : cas du délit complexe (influence du critère de rattachement sur le chef de la compétence).** En outre, lorsque le fait générateur et le dommage ne se réalisent pas dans le même pays, le « lieu où le fait dommageable se produit » est interprété par la jurisprudence européenne comme englobant à la fois le lieu du fait générateur (*locus delicti*) et le lieu de réalisation du dommage (*locus damni*). L'option de compétence du demandeur s'en trouve donc élargie. Or, selon les termes même de la jurisprudence, cette interprétation a été guidée par le critère de rattachement applicable en matière de conflits de lois, dans un souci de bonne administration de la justice.

**898.** En effet, dans l'affaire dite des Mines de potasse d'Alsace, la Cour de justice a donné à l'article 5, 3/ de la convention de Bruxelles une interprétation qui contribue à lier la compétence juridictionnelle à la loi applicable au fond du litige. Elle affirme que « l'article 5 prévoit (...) un ensemble d'attributions de compétence spéciales, dont le choix dépend d'une option du demandeur ; (...) cette liberté d'option a été introduite en considération de l'existence, dans certaines hypothèses bien déterminées, d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre une contestation et la juridiction qui peut être appelée à en connaître, en vue de l'organisation utile du procès »<sup>1546</sup>. Cela est d'ailleurs confirmé par l'étude des critères de rattachement qui sont retenus en matière d'obligations délictuelles et quasi-délictuelles.

**899. Droit international privé français : coïncidence avec le critère de rattachement en cas de délit complexe.** Dans la même hypothèse de dissociation entre le lieu de commission du délit et le lieu du dommage (délit complexe), le critère de rattachement retenu en droit international privé français est strictement identique au chef de compétence posé par la Cour de justice : le lieu du délit s'entend aussi bien de celui du fait générateur du dommage que du lieu de réalisation de ce dernier<sup>1547</sup>. Cependant, le choix entre la loi du lieu

---

La Haye du 4 mai 1971 sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière et par la convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable à la responsabilité du fait des produits.

<sup>1546</sup> CJCE, 30 novembre 1976, *HANDELSKWEKERIJ G. J. BIER BV c/ MINES DE POTASSE D'ALSACE SA*, aff. 21/76, Rec. 1976 p. 1735 (points 10 et 11) ; RCDIP 1977 p. 563, note P. BOUREL ; JDI 1977. 728, chron. A. HUET ; D. 1977 p. 613, note G. A.-L. DROZ. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>

<sup>1547</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 1997, *SOC. GORDON AND BREACH SCIENCE PUBLISHERS*, Bull. 1997 I n°14 p. 8 ; RCDIP 1997 p. 504, note J.-M. BISCHOFF ; D. 1997 p. 177, note M. SANTA-CROCE ; JCP 1997

du fait générateur et celle du lieu de réalisation du dommage n'est pas laissé au demandeur : il appartient au juge qui, pour trancher entre ces deux solutions, utilisera le principe de proximité<sup>1548</sup>.

**900. Droit international privé européen : vers la séparation des chefs de compétence et des critères de rattachement.** En droit international privé européen, le règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit règlement « Rome II », énonce une règle générale selon laquelle la loi applicable à l'obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où *le dommage survient* ou menace de survenir (*lex loci damni*, en tant que loi du lieu où les blessures ont été subies ou loi du lieu où les biens ont été endommagés)<sup>1549</sup>.

**901.** La question qui peut se poser est de savoir si le critère de la survenance du dommage équivaut à celui de la survenance du fait dommageable. Dans une première réponse, on pourrait considérer qu'il n'y a pas de coïncidence puisque les critères ne sont pas absolument identiques : en effet, le règlement Rome II utilise explicitement le lieu du dommage et non le

---

II 22903, note H. MUIR WATT. Pour la discussion de cette solution, v. Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 401-1 s. p. 549 s.

<sup>1548</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mai 1999, MOBIL NORTH SEA ET A., Bull. 1999 I n° 153 p. 101 ; JDI 1999 p. 1048, note Gérard LÉGIER ; D. 1999, somm. comm. p. 295, obs. B. AUDIT ; JCP 1999 II 10183, note H. MUIR WATT ; RCDIP 2000 p. 199, note J.-M. BISCHOFF ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, SOC. BUREAU VERITAS, Bull. 2007 I n° 132 p. 114 ; RCDIP 2007 p. 405, note D. BUREAU ; JDI 2007 p. 949, note G. LÉGIER.

<sup>1549</sup> « Article 4 - Règle générale : 1. Sauf dispositions contraires du présent règlement, la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable est celle du pays où le dommage survient, quel que soit le pays où le fait générateur du dommage se produit et quels que soient le ou les pays dans lesquels des conséquences indirectes de ce fait surviennent. 2. Toutefois, lorsque la personne dont la responsabilité est invoquée et la personne lésée ont leur résidence habituelle dans le même pays au moment de la survenance du dommage, la loi de ce pays s'applique. 3. S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question », Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles («Rome II»), JOUE du 31 juillet 2007, L 199/40.

lieu du fait générateur. Selon certains auteurs, il y a dans cette solution une rupture avec le passé<sup>1550</sup>. Dans une seconde réponse, au contraire, on pourrait interpréter les critères de façon cohérente pour que le *jus* coïncide avec le *forum*.

**902.** Pour s'en convaincre, observons que le considérant n° 7 du règlement Rome II postule lui-même une volonté de cohérence entre les règles qu'il pose et les règles de détermination de la compétence juridictionnelle, c'est-à-dire celles qui sont contenues dans le règlement Bruxelles I. Dans cette optique, la référence à la *lex loci damni* ne serait donc qu'une précision apportée à la règle traditionnelle (*lex loci delicti commissi*)<sup>1551</sup>. La règle contenue dans le règlement Rome II adopterait, en ce sens, une conception moderne dans laquelle l'évolution du concept de responsabilité délictuelle vers une responsabilité sans faute serait tout à fait prise en compte (d'où l'absence de référence au fait générateur dans la règle de conflit)<sup>1552</sup>. Cette nouvelle conception augurerait, semble-t-il, une évolution de la jurisprudence de la CJCE rendue en matière de compétence juridictionnelle et ceci pour une meilleure adéquation avec l'évolution du droit de la responsabilité délictuelle. Selon cette dernière interprétation, la coïncidence entre le *jus* et le *forum* serait préservée malgré l'inadéquation de façade des critères employés pour chacune des règles.

**903.** C'est toutefois sans compter avec les rattachements subsidiaires et alternatifs que contient le reste du règlement Rome II. En pratique, il est vrai, ces rattachements viennent sérieusement contrarier la probabilité de coïncidence entre le *jus* et le *forum*. La règle générale de l'article 4, 1/ (*lex loci damni*) ne vaut, en effet, que si les parties n'ont pas leur

---

Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>. Le règlement s'applique pour tous les États membres de l'Union européenne, sauf le Danemark. Il entrera en vigueur à partir du 11 janvier 2009.

<sup>1550</sup> C. NOURISSAT et É. TREPPOZ, Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », JDI 2003 n° 23 s. p. 22 s.

<sup>1551</sup> « La compétence de la loi du lieu du dommage ne contredit pas celle de la loi du lieu du délit en général, puisqu'il existe entre la *lex loci delicti* d'une part, et les lois du lieu du dommage ou du lieu du fait générateur d'autre part, un rapport de genre à espèce. Aussi la règle désignant la loi du lieu de réalisation du dommage ne prescrit-elle pas autre chose que l'application de la *lex loci delicti*, mais avec davantage de précision puisque le sort particulier du délit pluri-localisé se trouve également tranché ; tandis que la règle générale qui prescrivait sans plus de précisions l'application de la *lex loci delicti* laissait place dans ce domaine aux hésitations », Fr. VIANGALLI, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire, PUAM Aix-en-provence, 2004, n° 658 p. 252, note 850.

<sup>1552</sup> V. le considérant n° 16 du règlement Rome II.

résidence habituelle dans le même pays (art. 4, 2/), si la clause d'exception fondée sur les liens les plus étroits n'est pas mise en œuvre par le juge (art. 4, 3/) et si les parties n'ont pas convenu, après la naissance de leur différend, d'une loi applicable à l'obligation juridique litigieuse (art. 14). Le règlement Rome II contient, en outre, d'autres rattachements spéciaux pour certains délits et pour les quasi-délits<sup>1553</sup>. Toutes ces règles, qui viennent altérer d'une façon ou d'une autre la règle générale de l'article 4, 1/, ont donc pour effet brouiller les probabilités de coïncidence entre le *jus* et le *forum*. En particulier, il faut constater qu'en voulant privilégier la désignation de la loi de la victime, les solutions du règlement Rome II s'écartent de la bonne administration de la justice qui voudrait, quant à elle, que le juge compétent et la loi applicable soit ceux du lieu où il est le plus aisé de rassembler les preuves du dommage.

**904.** D'autant que, sur le plan de l'éventuelle coïncidence entre l'article 2 du règlement Bruxelles I et de l'article 4, 1/ du règlement Rome II, la coïncidence n'est pas non plus évidente. En effet, si le règlement Rome II exige une résidence habituelle dans le même pays pour *toutes les parties* (art. 4, 1/), le chef de compétence contenu dans le règlement Bruxelles I ne s'occupe que du domicile du *défendeur* (art. 2). Le critère de rattachement subsidiaire vient lui aussi poser des conditions beaucoup plus difficiles à réunir pour que l'application de la *lex fori* se réalise.

**905.** En conclusion, l'idée qui préside dans le règlement Rome II est de favoriser la désignation de la loi étrangère. La même tendance se retrouve avec les règles européennes relatives aux obligations contractuelles pour lesquelles la Cour de justice avait, dans une certaine mesure, semblé établir un certain parallélisme entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable (2).

## 2/ Les obligations contractuelles

Les exemples de l'influence de la loi applicable sur la compétence juridictionnelle en matière d'obligations contractuelles sont présents dans les règles qui concernent les contrats

---

<sup>1553</sup> Art. 5 (responsabilité du fait des produits) ; art. 6 (concurrence déloyale et actes restreignant la libre concurrence) ; art. 7 (atteinte à l'environnement) ; art. 8 (atteinte aux droits de propriété intellectuelle) ; art. 9 (responsabilité du fait de grève ou de *lock out*), art. 10 (enrichissement sans cause), art. 11 (gestion d'affaires) et art. 12 (*Culpa in contrahendo*), Règlement (CE) n° 864/2007, dit « Rome II », précité.

en général (§ 1) et celles qui concernent les contrats de travail en particulier (§ 2).

a/ Les contrats en général

**906. Interprétation jurisprudentielle du chef de compétence européen en matière contractuelle.** Le chef de compétence applicable aux litiges portant sur les obligations contractuelles a posé certains problèmes d'interprétation que la Cour de justice des Communautés européennes a résolus à l'aide des règles de conflit de lois. De cette manière, elle a fait des règles de conflit un instrument indispensable pour la détermination du juge compétent en matière contractuelle lorsque les parties n'ont pas exprimé leur volonté à ce sujet.

**907.** Ainsi, dans les arrêts *TESSILI*<sup>1554</sup> et *DE BLOOS*<sup>1555</sup>, la Cour de justice a-t-elle interprété l'article 5, 1/ de la convention de Bruxelles comme faisant renvoi aux règles de conflit des États membres en matière contractuelle (pour localiser le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande lorsqu'il n'est pas mentionné dans le contrat). Certes, la corrélation entre le *jus* et le *forum* est assez discrètement utilisée dans la motivation de la Cour de justice. Tout au plus a-t-elle mentionné que cette solution présente « l'avantage de faire coïncider le tribunal compétent avec le lieu où l'obligation en cause doit être exécutée d'après la loi qui lui est applicable. Or, c'est la considération que le lieu d'exécution constitue normalement le lien de rattachement le plus étroit entre la contestation et la juridiction compétente qui, dans un souci d'organisation utile du procès, a motivé la règle de compétence spéciale prévue par l'article 5, point 1, de la convention de Bruxelles en matière contractuelle »<sup>1556</sup>. Dans la motivation utilisée par la Cour de justice, on le voit, il n'est pas fait référence à l'application de la *lex fori*.

---

<sup>1554</sup> CJCE, 6 octobre 1976, *TESSILI c/ DUNLOP*, aff. 12/76, Rec. p. 1473 ; RCDIP 1977 p. 751 (1<sup>re</sup> esp.), note P. GOTHOT et D. HOLLEAUX ; JDI 1977 p. 714, chron. A. HUET ; D. 1977 p. 616 (1<sup>re</sup> esp.), note G. DROZ.

<sup>1555</sup> CJCE, 6 octobre 1976, *ÉTABLISSEMENTS DE BLOOS c/ BOUYER*, aff. 14/76, Rec. p. 1497 ; RCDIP 1977 p. 751 (2<sup>e</sup> esp.), note P. GOTHOT et D. HOLLEAUX ; JDI 1977 p. 719, chron. J.-M. BISCHOFF ; D.1977 p. 616 (2<sup>e</sup> esp.), note G. DROZ et D. 1977 Chron. p. 287, G. DROZ. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1556</sup> CJCE, 28 septembre 1999, *GIE GROUPE CONCORDE*, aff. C-440-97, point 29 ; RCDIP 2000 p. 253,

**908.** Une telle utilisation du procédé de résolution des conflits de lois dans un domaine qui en est, en principe, exempt a suscité de nombreuses objections<sup>1557</sup>. Aux yeux de ses détracteurs, cette solution serait peu pratique, peu simple, peu rapide et surtout peu concrète. Bref, elle ne serait pas opérationnelle pour les magistrats<sup>1558</sup>, ce qui se vérifie dans la jurisprudence des juges du fond qui s'abstiennent de rechercher la loi applicable à l'obligation litigieuse pour fixer le lieu d'exécution de l'obligation<sup>1559</sup>. Postérieurement, le

---

note B. ANCEL ; JCP 2000 II 10354 (2<sup>e</sup> esp.), note Ch. BRUNEAU. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1557</sup> A. MOURRE, Droit judiciaire privé européen des affaires, Bruylant/FEC, Bruxelles 2003, n° 148 p. 98 ; G. DROZ, *Delendum est forum contractus ?* (vingt ans après les arrêts *De Bloos* et *Tessili* interprétant l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968), D. 1997 chron., spéc. n° 15 p. 355.

<sup>1558</sup> « La méthode retenue dans l'arrêt *Tessili*, dont la logique conflictualiste est contraire à l'esprit de la convention et même au reste de la jurisprudence de la Cour en la matière, n'est pas satisfaisante. Elle a été critiquée avec véhémence par une bonne partie de la doctrine et fait l'objet d'une application inégale et souvent défectueuse par les juridictions (...) il est paradoxal à mon sens qu'une matière qui nécessite fondamentalement des réponses pratiques et simples permettant aux juges européens – de préférence, au cours de la première instance – de savoir rapidement s'ils sont ou non compétents internationalement, ait été caractérisée, tant dans la jurisprudence que dans la doctrine, par un degré élevé d'abstraction qui a fait perdre de vue les problèmes que doivent affronter les opérateurs habituels du commerce juridique (...) la priorité ne doit pas consister à trouver la solution interprétative la plus parfaite en théorie, mais à fournir aux juges et aux justiciables des critères opérationnels », Conclusions de l'avocat général D. RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 16 mars 1999 dans l'affaire C-440/97 GIE Groupe Concorde, points 2 - 4, disponible sur : <http://www.curia.europa.eu/>.  
*Adde*, M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 430 p. 313 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 486-1 p. 685 ; B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 528 p. 423.

<sup>1559</sup> Par exemple, la Cour de cassation décide que, ne donne pas de base légale à sa décision, au regard des dispositions de l'article 5.1 de la convention de Lugano, la cour d'appel qui retient que l'obligation qui sert de base à la demande constitue une obligation de faire ne comportant aucune limitation géographique, de sorte que seules les juridictions du lieu du domicile du défendeur sont compétentes, alors que pour déterminer la compétence internationale, il lui appartenait de rechercher la loi applicable à l'obligation litigieuse », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, M. PERINEAU, Bull. 2005 I n° 433 p. 362. Pour une analyse jurisprudentielle, v. A. MOURRE, *op. cit.*, n° 151-153 p. 100-105 ; G. DROZ, *Delendum est forum contractus ?* (précité), spéc. n° 6 s. p. 353 s. *Adde*, « si la technique préconisée par l'arrêt *Tessili* (recherche préalable de la loi applicable à l'obligation litigieuse et détermination du lieu d'exécution en fonction de cette loi pour déterminer la compétence du juge) peut se prévaloir d'une certaine logique et n'est pas impossible à mettre en œuvre, force est de constater qu'elle est complexe et qu'à de nombreuses reprises les juridictions françaises l'ont écartée pour déterminer, plus simplement, soit en fait, soit selon la *lex fori*, le lieu d'exécution de l'obligation litigieuse. Et l'analyse de la jurisprudence d'autres États contractants ne conduirait pas à des

règlement Bruxelles I a tenté de simplifier le système : il n'impose plus au juge saisi de mettre en œuvre la règle de conflit de lois pour les questions de compétence relatives aux ventes de marchandises ou à la fourniture de services<sup>1560</sup>.

**909. Autres applications en matière contractuelle : droit comparé.** En dehors des règles communautaires, un autre exemple d'influence légale de la loi applicable au contrat sur la compétence juridictionnelle figure dans l'*Order 11 rule 1 (1) (d) of the Rules of the Supreme Court* qui énonce que le juge ne s'estime compétent que si le contrat est régi par la loi du for<sup>1561</sup>. Le *forum legis* existe aussi dans le droit d'un État européen qui n'est pas membre de l'Union européenne : l'article 5 § 3 b. de la loi suisse sur le droit international privé dispose qu'en matière patrimoniale, le tribunal élu par les parties ne peut pas décliner sa compétence « si, en vertu de la présente loi, le droit suisse est applicable au litige »<sup>1562</sup>. Il s'agit d'un bel exemple de corrélation du *forum* avec le *jus*.

**910. Traités de coopération internationale.** En outre, même si le droit subsidiaire français de la compétence juridictionnelle exclut parfois toute influence déterminante du *jus* sur le *forum*<sup>1563</sup>, cela ne se vérifie pas pour certains contrats internationaux émanant de

---

considérations sensiblement différentes », H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe : Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano, 3<sup>e</sup> éd. 2002, LGDJ Paris, n° 194 p. 154-155.

<sup>1560</sup> Art. 5, 1/ du règlement Bruxelles I : « une personne domiciliée sur le territoire d'un État membre peut être atraite, dans un autre État membre : 1) a) en matière contractuelle, devant le tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée ; b) aux fins de l'application de la présente disposition, et sauf convention contraire, le lieu d'exécution de l'obligation qui sert de base à la demande est : - pour la vente de marchandises, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les marchandises ont été ou auraient dû être livrées ; - pour la fourniture de services, le lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ; c) le point a) s'applique si le point b) ne s'applique pas ». Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1561</sup> J. FAWCETT, The Interrelationships of Jurisdiction and Choice of Law in Private International Law, Current Legal Problems 1991 (vol. 44) p. 39 s., not. p. 41. Texte des *Rules of the Supreme Court* disponible sur : [http://www.hrothgar.co.uk/YAWS/rsc/rsc-11.htm#rh-rsc-1\(1\)](http://www.hrothgar.co.uk/YAWS/rsc/rsc-11.htm#rh-rsc-1(1)).

<sup>1562</sup> Loi fédérale sur le droit international privé (L.D.I.P.) du 18 décembre 1987 (SUISSE), Feuille fédérale, 12 janvier 1988 [1988.I.5] ; RCDIP 1988 p. 409. Disponible sur le site internet des autorités fédérales de la Confédération suisse : [www.admin.ch/ch/f/rs/291/](http://www.admin.ch/ch/f/rs/291/).

<sup>1563</sup> V. les décisions citées *supra* au sujet de la valeur du principe de séparation dans la jurisprudence française n° 594 s.

collectivités locales européennes pour la coopération frontalière. Certains traités conclus par les États en vue d'instaurer une coopération internationale entre leurs collectivités locales mentionnent l'obligation, pour celles-ci, de définir le droit qui sera applicable à leurs accords<sup>1564</sup>. Ces traités prévoient alors qu'en cas de litige, la juridiction compétente sera celle de l'État dont le droit est applicable en vertu de l'accord conclu entre les collectivités territoriales<sup>1565</sup>. Il s'agit bien, dans ces hypothèses, de lier la compétence juridictionnelle au droit applicable à l'opération.

Après avoir envisagé diverses hypothèses de *forum legis* en matière contractuelle, examinons plus précisément l'influence de la loi applicable au contrat de travail sur le chef de compétence (b).

b/ Le contrat de travail en particulier

**911.** En droit international privé européen, la Cour de justice opère un lien entre le *jus* et le *forum* concernant le contrat de travail. Cela s'explique par le fait que le chef de compétence du *forum loci laboris* soit inspiré du critère de rattachement le plus employé en la matière.

Un litige opposant un représentant, domicilié en France, à son employeur, établi en Allemagne, permet d'illustrer ce type de *forum legis* (affaire IVENEL). Il s'agit d'une affaire pour laquelle la Cour de justice a été saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 5, 1/ de la convention de Bruxelles. En l'espèce, la demande formée par le travailleur portait sur plusieurs obligations contractuelles dont l'exécution n'était pas limitée à un seul pays. Cette particularité rendait ainsi délicate la détermination de la juridiction compétente, l'employeur allemand ayant soulevé l'incompétence du juge français. Pour trancher cette difficulté, la Cour de justice va entièrement fonder son

---

<sup>1564</sup> La coopération vise aussi bien la réalisation d'infrastructures communes, le tourisme, la protection et la gestion de l'environnement (v. le pôle européen de développement pour l'euro-région Lorraine, Wallonie, Luxembourg). V. [http://agglo-ped.org/page\\_principale.html](http://agglo-ped.org/page_principale.html) ; <http://www.espaces-transfrontaliers.org/> ; programmes Interreg : <http://www.interreg-wll.org/> ; [http://europa.eu.int/comm/regional\\_policy/interreg3/index\\_fr.htm](http://europa.eu.int/comm/regional_policy/interreg3/index_fr.htm) ; <http://www.interreg3.com/FR/homepage.asp>.

<sup>1565</sup> V. F. OSMAN, Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé : la coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques, RCDIP 1997 p. 403.

interprétation sur la corrélation entre le *jus* et le *forum*.

**912.** Dans sa décision, la Cour de justice cite tout d'abord le rapport rédigé par le comité des experts ayant élaboré le texte de la Convention de Bruxelles<sup>1566</sup>. D'après ce rapport, il serait souhaitable que les contestations relatives aux contrats de travail soient, dans la mesure du possible, localisées devant les tribunaux de l'État dont la loi est appelée à régir le contrat<sup>1567</sup>.

La cour explique ensuite que l'objectif de l'article 5, 1/ de la convention de Bruxelles est d'établir un lien étroit entre le juge et le litige et que, dans le cas d'un contrat de travail, ce lien se trouve notamment dans la loi applicable au contrat<sup>1568</sup>. Elle fait d'ailleurs expressément référence à la loi applicable en matière de contrat de travail, désignée par la convention de Rome, pour décider que, lorsque plusieurs obligations contractuelles font l'objet de la demande, le chef de compétence est celui du lieu de l'accomplissement du travail<sup>1569</sup>. La solution est en effet consacrée par le règlement Bruxelles I qui contient, parmi

---

<sup>1566</sup> Rapport dit « JENARD » sur la Convention du 27 septembre 1968 et sur le protocole du 3 juin 1971, JOCE 1979, C 59, p. 1.

<sup>1567</sup> CJCE, 26 mai 1982, IVENEL, aff. 133/81 Rec. 1982 p. 1891 (point 12); RCDIP 1983 p. 116, note H. GAUDEMET-TALLON ; Gaz. Pal. 1982 II Somm. p. 437, obs. R. L. CATRICE ; JDI 1982. 948, chron. J.-M. BISCHOFF et A. HUET. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1568</sup> CJCE, 26 mai 1982, IVENEL, précité, point 15.

<sup>1569</sup> CJCE, 26 mai 1982, IVENEL, précité, points 19 et 20. V. aussi la jurisprudence postérieure : CJCE, 15 janvier 1987, SHENAVAI, aff. 266/85 Rec. 1987 p. 239, spéc. point 14, JDI 1987 p. 465, chron. J.-M. BISCHOFF et A. HUET ; RCDIP 1987 p. 793, note G. DROZ ; disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/> ; CJCE, 13 juillet 1993, MULOX IBC Ltd, aff. 125/92, Rec. 1993 p. I-4075 (point 17), JDI 1994 p. 539, note A. HUET ; RCDIP 1994 p. 574, note P. LAGARDE ; disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/> ; CJCE, 9 janvier 1997, RUTTEN, aff. C-383/95, Rec. 1997 p. I-57 (point 16), RCDIP 1997 p. 336, note H. GAUDEMET-TALLON ; JDI 1997 p. 635, chron. J.-M. BISCHOFF ; disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/> ; CJCE, 27 février 2002, WEBER, aff. C-37/00, Rec. 2002 p. I-2013 (point 39), JCP éd. Entreprise 2002 jur. 1203, n° 4, p. 1329, obs. Ph. COURSIER ; disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/> ; CJCE, 10 avril 2003, PUGLIESE, aff. C-437/00, Rec. 2003 p. I - 3573, points 17 et 18, RTD Eur. 2003 p. 535, note P. RODIÈRE ; Petites Affiches 15 oct. 2003, n° 206, p. 11, chron. F. JAULT ; JDI 2004 p. 632, chron. A. HUET ; disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/> : « la règle de compétence spéciale prévue à l'article 5, point 1, de la convention se justifie par l'existence d'un lien de rattachement particulièrement étroit entre la contestation et la juridiction appelée à en connaître, en vue de garantir une bonne administration de la justice ainsi que de permettre l'organisation utile du procès, et que le juge du lieu où doit s'exécuter l'obligation du travailleur d'exercer les activités convenues est le plus apte à trancher le litige auquel le contrat de travail peut

plusieurs chefs de compétence, celui de la juridiction du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail<sup>1570</sup>.

**913. Coïncidence avec la politique de protection du travailleur de la Convention de Rome.** Comme pour confirmer le parallélisme, il ressort précisément du rapport Giuliano-Lagarde concernant la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles que le rattachement adopté vise à assurer « une protection plus adéquate à la partie qui est à considérer, d'un point de vue socio-économique, comme la partie la plus faible dans la relation contractuelle »<sup>1571</sup>. La justification est donc identique à celle qui est contenue dans l'interprétation jurisprudentielle de la convention de Bruxelles. On peut donc conclure de la concordance des critères à l'égard des contrats de travail.

**914. Conclusion.** L'étude de certains chefs spéciaux de compétence, notamment à travers la jurisprudence de la Cour de justice, a permis de cerner la place que reçoit le *forum legis* dans cette partie droit international privé. En particulier, nous avons constaté que la Cour de justice a pu utiliser le critère de rattachement contenu dans la règle de conflit de lois pour résoudre une difficulté portant sur la détermination du juge compétent. Ce fut le cas, par exemple, pour préciser le chef de compétence en matière d'obligations délictuelles pluri-localisées ou pour localiser le lieu d'exécution d'une obligation contractuelle.

---

donner lieu (...). En troisième lieu, la Cour constate que, en matière de contrats de travail, l'interprétation de l'article 5, point 1, de la convention doit tenir compte du souci d'assurer une protection adéquate au travailleur en tant que partie contractante la plus faible du point de vue social et qu'une telle protection est mieux assurée si les litiges relatifs à un contrat de travail relèvent de la compétence du juge du lieu où le travailleur s'acquitte de ses obligations à l'égard de son employeur, dans la mesure où c'est à cet endroit que le travailleur peut, à moindres frais, s'adresser aux tribunaux ou se défendre ». *Adde*, G. DROZ, *Delendum est forum contractus ?* (vingt ans après les arrêts *De Bloos* et *Tessili* interprétant l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968), D. 1997, chron., n° 4 p. 352.

<sup>1570</sup> « Un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attiré : 1) devant les tribunaux de l'État membre où il a son domicile, ou 2) dans un autre État membre : a) devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou b) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur », art. 19 du règlement Bruxelles I, précité.

<sup>1571</sup> M. GIULANO et P. LAGARDE, Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit rapport « Giuliano-Lagarde », JOCE du 31/10/1980, C 282, p. 1, spéc. p. 25. Disponible sur : [http://www.rome-convention.org/instruments/i\\_rep\\_lagarde\\_fr.htm](http://www.rome-convention.org/instruments/i_rep_lagarde_fr.htm).

**915.** À l'analyse, il a pu être décelé que l'influence du critère de rattachement sur le chef de compétence est souvent fondée sur des considérations de proximité, d'organisation procédurale du procès, voire de protection d'une partie faible. En revanche, dans ce domaine, il semble y avoir peu de place pour des justifications tenant à la souveraineté étatique car, bien entendu, en tant que cour supranationale, la Cour de justice prend soin d'éviter toute référence aux particularismes insurmontables qui se retrouvent dans les systèmes juridiques des États membres. Cette considération a parfaitement été reçue par la Cour de cassation qui semble rejeter, lorsqu'elle applique le droit international privé européen<sup>1572</sup>, un cas de *forum legis* régulièrement soulevé par les auteurs français de droit international privé : celui de l'influence de la loi de police du for sur la détermination de sa compétence (C).

C / L'influence de la loi de police du for sur le juge compétent

**916. Compétence juridictionnelle et loi de police : confrontation des théories.** Une partie de la doctrine française propose de fonder la compétence juridictionnelle sur l'existence d'une loi de police dans le système juridique du juge saisi. C'est notamment le cas d'un auteur comme NIBOYET qui, pour étayer cette proposition, trouve de nombreux exemples dans la jurisprudence française du début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>1573</sup>.

**917.** Il faut noter qu'à cette époque, comme nous l'avons précédemment soulevé, les magistrats français avaient tendance à décliner leur compétence en matière de litiges entre étrangers, c'est-à-dire dans les domaines où la loi étrangère avait une plus grande propension

---

<sup>1572</sup> La jurisprudence française n'est pas tout à fait explicite et fait davantage référence à la notion proche d'ordre public : « la conformité à l'ordre public international est étrangère à la détermination de la compétence internationale régie par la convention de Bruxelles », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 février 1987, SFIBB, Bull. 1987 I n° 42 p. 30, RCDIP 1987 p. 617, note P.-Y. GAUTIER. Comp. : « les griefs tirés d'une violation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 sont inopérants dès lors que la contestation ne porte pas sur la détermination de la compétence juridictionnelle des tribunaux français mais seulement sur l'appréciation, au regard de l'ordre public international français, de la validité au fond de la clause de limitation de la garantie contractuelle stipulée au contrat d'assurance », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 février 2006, SOC. BARBAUD et DEBEAUX, Bull. 2006 I n° 110 p. 102. V. H. GAUDEMET-TALLON, Compétence et exécution des jugements en Europe : Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano, 3<sup>e</sup> éd. 2002, LGDJ Paris, n° 79 p. 55-56.

<sup>1573</sup> J.-P. NIBOYET, Traité de droit international privé français, t. VI-I, Sirey Paris 1949, n° 1834 p. 445-446.

à s'appliquer<sup>1574</sup>. Ainsi, la thèse de l'incompétence à raison de l'application d'une loi étrangère était accréditée par la pratique corrélative qui consistait à trouver un chef de compétence juridictionnelle dans l'application de la loi française, notamment en tant que loi de police. À l'époque, les deux tendances (la négation de compétence et l'extension de compétence) n'étaient que l'expression d'une même volonté de la jurisprudence de maintenir un large domaine d'application à la *lex fori*.

**918.** Dans ce contexte, la théorie envisagée par NIBOYET consiste à rechercher « où se localise l'intérêt de police » pour fixer le juge compétent<sup>1575</sup>. À l'appui de cette théorie, l'auteur apporte une justification générale et politique : aucun tribunal n'accepterait d'appliquer une loi de police étrangère qui déroge à l'application de sa propre loi<sup>1576</sup>. La nature de la loi de police est, en effet, d'être unilatérale<sup>1577</sup>.

**919.** Aujourd'hui, si quelques auteurs apparaissent extrêmement nuancés sur la théorie du *forum legis* en présence d'une loi de police<sup>1578</sup>, il est possible d'en trouver certains partisans<sup>1579</sup>. La thèse de Monsieur PATAUT, qui porte sur le principe de souveraineté et les

---

<sup>1574</sup> Sur le principe d'incompétence des juges français en matière de litiges entre étrangers, v. *supra* n° 817 s.

<sup>1575</sup> J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, n° 1834 p. 446.

<sup>1576</sup> J.-P. NIBOYET, *op. cit.*, n° 1836 p. 448. Une telle intrusion de la politique souveraine des États dans les solutions des litiges internationaux n'est pas sans rappeler la méthode de CURRIE connue sous le nom de « *governmental-interest analysis* ». Ce dernier auteur était d'ailleurs ouvertement partisan de l'applicabilité de la *lex fori* dans les « *true conflicts* ». V. M. GREEN, *Legal Realism, Lex Fori and the Choice-of-Law Revolution*, *The Yale Law Journal* 1995 (vol. 104) p. 987 : « *In Currie we find a realist who was explicitly lexforist in his approach to true conflicts* » ; « *his advocacy of lexforism in true conflicts* ».

<sup>1577</sup> « Toute règle d'application immédiate est essentiellement unilatérale », P. GRAULICH, *Règles de conflit et règles d'application immédiate*, in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, t. II, Sirey Paris / Bruylant Bruxelles, 1963, n° 5 p. 639.

<sup>1578</sup> HÉBRAUD affirme, par exemple, qu'il ne semble pas que l'éventuelle substitution d'une loi impérative française à la loi étrangère normalement compétente suffise à fonder la compétence du juge français si elle ne repose pas sur des chefs concrets et s'il ne trouve pas dans cette saisine l'occasion de faire prévaloir sa loi, P. HÉBRAUD, *De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître*, RCDIP 1968 p. 236. De même, les auteurs du précis de droit international privé écrivent qu'« il ne semble pas, en règle générale, que l'applicabilité d'une loi de police française entraîne, de soi, la compétence du juge français », Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Précis de droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris, n° 452 p. 628.

<sup>1579</sup> C'est le cas de Messieurs ANCEL et LEQUETTE qui n'hésitent pas à engager le débat : « ne faudrait-il pas voir dans la volonté d'application d'une loi de police française un indice sérieux en faveur de l'impérativité de

conflits de juridictions, y est entièrement favorable, à la stricte condition que les contours de la loi de police soient préalablement fixés<sup>1580</sup>. Cela se comprend entièrement car, si cette condition n'était pas posée, on pourrait reprocher l'imprévisibilité engendrée par ce chef de compétence qui repose sur une notion aux contours indéfinis<sup>1581</sup>.

**920.** De façon modérée, d'autres auteurs estiment que le *jus* et le *forum* seraient liés de façon trop extensive et que, « du moment que l'application de la loi de police n'est pas essentielle au point que la saisine du juge cesse d'être réservée à l'initiative des particuliers, on peut considérer que la compétence elle-même reste soumise aux règles ordinaires : c'est le juge compétent en raison de la localisation du litige qui appliquera normalement la loi de police »<sup>1582</sup>. Une telle conception, restreinte aux hypothèses de chefs impératifs de compétence, suppose que, dans les hypothèses où le juge compétent ne coïncide pas fortuitement avec sa propre loi de police, il soit généreusement fait application des lois de police étrangères<sup>1583</sup>. Or, le droit positif traduit au mieux une prise en considération des lois de police étrangères mais pas une obligation de les appliquer<sup>1584</sup>.

**921. Réponse de la jurisprudence : rejet du lien entre la loi de police et la compétence juridictionnelle ?** La conviction des magistrats français ne paraît pas être emportée par la théorie qui fonde le chef de compétence sur l'existence d'une loi de police dans l'État de la juridiction saisie. Cela ressort de l'interprétation d'un arrêt rendu en 1977 par l'assemblée plénière de la Cour de cassation. Ainsi, dans l'affaire BLOCH, la Cour de cassation a-t-elle décidé que, si l'ordre public pouvait être invoqué pour faire obstacle à l'application d'une loi étrangère contraire à des conceptions fondamentales du droit français, tel n'était pas le cas

---

la compétence des tribunaux français ? », B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 72 § 9 p. 656. V. aussi : Y. LEQUETTE, Protection familiale et protection étatique des incapables, BDIP vol. XX, Dalloz Paris 1976, n° 338 s.

<sup>1580</sup> É. PATAUT, Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé), BDT t. 298, LGDJ Paris 1999, not. le titre II de la première partie, n° 196 s. p. 133 s.

<sup>1581</sup> Un reproche qui est soulevé par Madame SINAY-CYTERMANN dans sa thèse, A. SINAY-CYTERMANN, L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale, th. dactyl. Strasbourg 1980, t. I, p. 360 s.

<sup>1582</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, n° 311 p. 226.

<sup>1583</sup> V. P. MAYER, Les lois de police étrangères, JDI 1981 p. 277.

<sup>1584</sup> E. FOHRER, La prise en considération des normes étrangères, th. Paris II 2004, n° 374 s. p. 300 s. Sur l'ineffectivité des lois de police étrangères, v. *supra* n° 178 s.

pour la détermination de la juridiction compétente s'agissant d'une action en rupture abusive de contrat intentée par un voyageur représentant placier français contre son employeur suisse, le caractère d'ordre public de la loi de fond ne commandant pas d'écarter une règle de compétence contenue dans un traité international dont l'autorité est supérieure à celle de la loi interne<sup>1585</sup>.

**922.** Certes, la formulation utilisée par la Cour de cassation est quelque peu ambiguë dans la mesure où elle fait référence à l'ordre public plutôt qu'à la loi de police. D'ailleurs, un auteur a pu soutenir que, dans cette affaire, la compétence juridictionnelle reposait sur l'ordre public du for<sup>1586</sup>. Toutefois, la proximité de ces deux notions a suffisamment été relevée plus haut pour qu'il soit possible de retenir qu'il s'agit bien de la même volonté d'éviction de la loi étrangère en présence d'une règle essentielle dans l'État du juge saisi<sup>1587</sup>. La lecture qui est faite de l'arrêt BLOCH oscille, du reste, entre les deux concepts<sup>1588</sup>.

**923.** En interprète averti du sujet, Monsieur PATAUT estime que l'arrêt BLOCH n'est pas suffisant pour condamner l'existence du chef de compétence fondé sur l'applicabilité d'une loi de police. Pour cela, il démontre que le statut invoqué par le travailleur dans l'affaire BLOCH n'est pas qualifié de loi de police par la jurisprudence française. Selon cet auteur, l'arrêt BLOCH ne peut donc servir à accréditer le rejet par la jurisprudence du chef de compétence reposant sur l'applicabilité d'une loi de police du for<sup>1589</sup>. S'il n'est pas rejeté, il serait donc admis.

---

<sup>1585</sup> Cass. Ass. plén., 14 octobre 1977, BLOCH, Bull. Ass. plén. n° 6 p. 9 ; RCDIP 1978 p. 166, note H. BATIFFOL ; JDI 1978 p. 304, note G. LYON-CAEN ; D. 1978 Jur. p. 417, note P. LAGARDE.

<sup>1586</sup> A. SINAY-CYTERMANN, L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale, t. II, th. dactyl. Strasbourg, 1980, n° 286 s. p. 533.

<sup>1587</sup> Sur la comparaison finaliste de la notion de loi de police avec celle de la protection de l'ordre public, v. *supra* n° 165 s.

<sup>1588</sup> Au sujet de l'affaire BLOCH, Monsieur AUDIT vise à la fois les dispositions qualifiées d'ordre public et les dispositions qualifiées de police ou de sûreté, B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 353 p. 296. V. aussi A. HUET, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Compétence internationale ordinaire - Règles de compétence purement internationale, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 21 (2001), n° 8 p. 4.

<sup>1589</sup> É. PATAUT, *op. cit.*, n° 257 s. p. 174 s., spéc. n° 259 p. 176.

**924. Loi de police en matière de mesures d'assistance éducative.** L'interprétation de Monsieur PATAUT est d'ailleurs confortée par une décision postérieure à l'affaire BLOCH. Dans un domaine où la qualification de loi de police ne laisse aucun doute<sup>1590</sup>, la Cour de cassation a recouru à la théorie du *forum legis*. Elle a décidé que, sauf en cas d'application éventuelle de la convention de La Haye du 5 octobre 1961 (qui n'avait pas été mise en œuvre par l'autorité française en l'espèce), les juridictions françaises sont, en raison de l'application territoriale des lois sur l'assistance éducative, incompétentes pour prendre des mesures d'assistance éducative à l'égard de mineurs résidant à l'étranger<sup>1591</sup>.

**925.** Il s'agit en fait d'une interdépendance entre la juridiction et le fond du droit dont la pertinence est démontrée par la doctrine. En matière de protection des mineurs, Monsieur LEQUETTE soulève en effet que « le juge des enfants de la résidence habituelle du mineur, seul apte à prendre dans des conditions d'information suffisantes une décision immédiatement efficace et à en surveiller l'exécution, possède en matière d'assistance éducative une compétence nécessaire »<sup>1592</sup>.

**926.** À ce sujet, un autre auteur rappelle que le juge d'un pays dont l'enfant est ressortissant ne saurait donner des ordres à des autorités relevant d'un autre pays. Dans cette optique, « il n'est pas concevable que le juge français prenne une mesure d'assistance éducative en milieu ouvert pour un mineur français résidant à l'étranger ou place l'enfant dans un établissement spécialisé ou dans un service d'aide sociale étranger, et il n'est pas non plus concevable que le juge étranger donne des instructions à des organismes de protection de la jeunesse soumis à l'autorité étatique française »<sup>1593</sup>. À en croire ce dernier

---

<sup>1590</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1964, MARO, Bull. 1964 I n° 472 p. 365 ; D. 1965 p. 81 ; RCDIP 1965 p. 119 (1<sup>re</sup> esp.) ; JCP 1964 II 13911 bis ; « les dispositions sur l'assistance de l'enfance en danger sont applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent, quelle que soit leur nationalité ou celle de leurs parents ».

<sup>1591</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 1994, M<sup>me</sup> X, Bull. 1994 I n° 139 p. 101 ; Rép. Def. 1994 p. 1099, obs. J. MASSIP, D. 1995, Somm. 137, obs. A. BOTTIAU. V. aussi le Rapport de la Cour de cassation 1994, éd. La documentation française Paris 1995, p. 276-277 : « aussi les lois relatives à l'assistance éducative doivent-elles être considérées comme des lois de police au sens de l'article 3, alinéa 1, du Code civil, applicables sur le territoire français à tous les mineurs qui s'y trouvent ».

<sup>1592</sup> Y. LEQUETTE, Protection familiale et protection étatique des incapables, BDIP vol. XX, Dalloz Paris 1976, n° 346 s., spéc. n° 347 p. 267.

<sup>1593</sup> J. MASSIP, chron. de Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 1994, Rép. Def. 1994, art. 35891 (arrêt n° 104), p. 1099.

avis, l'applicabilité d'une loi de police est de nature à fortement influencer la compétence juridictionnelle<sup>1594</sup>. Plus exactement, elle permet la création *sui generis* d'un chef de compétence qui n'existe pas forcément dans les règles ordinaires de compétence.

**927.** Mais, faute d'un véritable ensemble de décisions en ce sens, la valeur de ce *forum legis* est relativement discutable. En effet, la décision citée au sujet de l'assistance éducative est tout aussi isolée que la solution adoptée dans l'arrêt BLOCH. Certes, ce dernier arrêt a l'avantage de revêtir une forme plus solennelle (assemblée plénière), mais cette solennité n'est que le produit d'un désaccord qui existait entre la chambre sociale de la Cour de cassation et la première chambre civile (la chambre sociale souhaiter assurer la protection territoriale du salarié Français contre son employeur suisse).

**928.** Concernant l'affaire BLOCH, on ne peut guère nier que certaines juridictions puissent se sentir investies d'un devoir de protection à l'égard des travailleurs nationaux. La politique de protection souveraine peut se comprendre lorsqu'elle vise à atténuer certains effets pervers de la mondialisation de l'économie. Elle n'est pas, néanmoins, l'apanage des États puisqu'elle figure, par exemple, au rang des politiques poursuivies par l'Union européenne.

**929.** En revanche, la corrélation entre le *jus* et le *forum* qui apparaît en matière d'assistance éducative peut tout à fait s'affranchir des justifications souverainistes en raison du caractère procédural de ces mesures (notamment à travers : les pièces permettant l'appréciation de la mise en danger de la santé, de la sécurité ou de la moralité du mineur envisagée par le législateur français à l'article 375 du Code civil<sup>1595</sup> ; le choix des mesures de protection ; la nomination d'un administrateur *ad hoc* pour remplacer l'administrateur légal

---

<sup>1594</sup> Le parallèle avec la notion d'arbitrabilité est manifeste : il est reconnu que l'arbitrage n'est pas possible lorsqu'une loi de police est applicable en l'espèce, car la sentence arbitrale ne pourrait être efficacement exécutée dans l'État qui a édicté cette loi impérative. V. B. HANOTIAU, L'arbitrabilité, RCADI 2002 t. 296, n° 71 s. p. 72 s.

<sup>1595</sup> « Si la santé, la sécurité ou la moralité d'un mineur non émancipé sont en danger, ou si les conditions de son éducation ou de son développement physique, affectif, intellectuel et social sont gravement compromises, des mesures d'assistance éducative peuvent être ordonnées par justice à la requête des père et mère conjointement, ou de l'un d'eux, de la personne ou du service à qui l'enfant a été confié ou du tuteur, du mineur lui-même ou du ministère public (...) », art. 375, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil français. Disponible sur Legifrance : [www.legifrance.gouv.fr/](http://www.legifrance.gouv.fr/).

défaillant dans son rôle à l'égard du mineur). Les moyens d'intervention du juge impliquent, par nature, une proximité avec le litige, que ce soit au stade de la compétence ou de la loi applicable. Il s'agit, en effet, d'une matière d'une gravité telle que l'efficacité des mesures judiciaires est favorisée au détriment de l'harmonie internationale des solutions. Cela justifie, *a priori*, que la protection des mineurs ne soit plus rattachée à la loi de la nationalité du mineur (la capacité d'exercer les droits qui sont attachés à la personnalité juridique étant soumise à cette loi, selon l'article 3 du Code civil français), mais plutôt à la loi de sa résidence habituelle. Ce rattachement a alors pour effet de placer la protection des mineurs dans la catégorie des coïncidences entre le *forum* et le *jus* et non dans celle des influences du *jus* sur le *forum*<sup>1596</sup>.

**930.** Dernièrement, dans un tout autre domaine, une décision très remarquée de la chambre sociale de la Cour de cassation est venue renouveler le débat sur le lien entre l'impérativité d'une règle de fond et la compétence juridictionnelle<sup>1597</sup>. Dans cette affaire, qui opposait la victime d'un esclavage et de travail forcé à son employeur, la Cour de cassation fait expressément référence à l'ordre public international<sup>1598</sup>. Cependant, comme l'ont relevé certains commentateurs, le raisonnement de la Cour ne s'inscrit pas dans le mécanisme de l'exception de l'ordre public<sup>1599</sup>. Il s'est produit, en l'espèce, « un important expansionnisme juridique, par lequel la Cour de cassation [*a*] étend[*u*] unilatéralement les frontières de l'ordre juridique français »<sup>1600</sup>. En effet, du point de vue de la loi applicable, le lieu habituel d'exécution du contrat de travail, la résidence des parties ainsi que la nationalité de la victime renvoyaient tous à la désignation de la loi nigériane.

---

<sup>1596</sup> Sur la coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement en matière de protection des incapables, v. *supra* n° 829 et n° 843.

<sup>1597</sup> Cass. Soc., 10 mai 2006, MOUKARIM, Bull. 2006 V n° 168 p. 163 ; RCDIP 2006 p. 856, note É. PATAUT et P. HAMMJE ; JDI 2007 p. 531, note J.-M. JACQUET ; JCP 2006 II 10121, note S. BOLLÉE ; D. 2006 IR p. 1400, obs. P. GUIOMARD.

<sup>1598</sup> « Attendu que l'ordre public international s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France et qui a été élevé par un salarié placé à son service sans manifestation personnelle de sa volonté et employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle », Cass. Soc., 10 mai 2006, MOUKARIM, précité à la note précédente.

<sup>1599</sup> É. PATAUT et P. HAMMJE, note sous Cass. Soc., 10 mai 2006, MOUKARIM, RCDIP 2006 p. 862 s.

<sup>1600</sup> É. PATAUT et P. HAMMJE, *op. cit.*, p. 867, [ajouté par nous].

**931.** D'autre part, en l'espèce, aucun chef ordinaire de compétence ne pouvait justifier la compétence des juridictions françaises. La Cour de cassation a alors fondé sa compétence, ainsi que l'application de la *lex fori*, sur un élément localisateur extrêmement ténu : la simple présence du demandeur en France. Il en ressort que la volonté d'appliquer la loi française, favorable à la victime, a emporté la compétence juridictionnelle des juges français : il s'agit bien, là encore, d'un *forum legis*, dont le caractère est exorbitant au regard des règles ordinaires<sup>1601</sup>. En l'occurrence, cette affaire aurait sans doute dû relever de la seule compétence des juridictions pénales tant elle heurte la logique et le contenu des règles de droit international privé. D'ailleurs, sur un plan plus général, la compétence du juge de la loi applicable (*forum legis*) peut faire l'objet d'une série d'autres critiques (§ 3).

### § 3 L'appréciation critique de la théorie du *forum legis*

**932. Déni de justice.** Le premier inconvénient du *forum legis* est que ce chef de compétence peut obliger, le cas échéant, le demandeur à saisir un tribunal qui peut être très éloigné de son centre d'activités ou de son milieu de vie. C'est donc une façon de décourager les plaideurs situés à une trop grande distance par rapport au for de la loi applicable. Il s'agit alors, ainsi que NIBOYET l'a déjà affirmé, d'une forme de déni de justice<sup>1602</sup>. La théorie du *forum legis* se poserait donc en contrariété avec le droit d'accès à la justice.

**933.** Pourtant, cette critique a perdu de son fondement historique. Au début du XX<sup>e</sup> siècle, l'effet de la théorie du *forum legis* était de restreindre le champ de la compétence juridictionnelle aux situations soumises à la loi du for. À cette époque, on considérait que l'accès à la justice devait être jalousement gardé : « en principe, les tribunaux d'un pays ne sont pas compétents pour connaître de contestations se référant à des faits étrangers ou à des

---

<sup>1601</sup> « La saisine d'un juge sur le fondement d'un chef de compétence exorbitant alors que le rapport considéré n'a aucun lien avec le for saisi, hormis la présence du demandeur, peut être constitutif d'une fraude au jugement si ce dernier entend obtenir un certain résultat qu'il compte faire valoir de retour dans son for d'origine. Indépendamment de toute hypothèse de fraude, l'utilisation des chefs de compétence exorbitants peut être abusive si le rapport considéré n'a qu'un rattachement accidentel avec le for saisi », V. MOISSINAC MASSÉNAT, Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé, BDP t. 481, LGDJ Paris 2007, n° 349 p. 240. Pour un aperçu sur la question de l'excès de compétence, v. D. BUREAU et H. MUIR WATT, Droit international privé, t. 1, Partie générale, PUF Paris 2007, n° 62 s. p. 82-83.

<sup>1602</sup> J.-P. NIBOYET, Traité de droit international privé français, t. III, Librairie du Recueil Sirey Paris 1944, n° 847 p. 15.

personnes sans lien avec l'État qui les institue », parce que « la justice est une charge, lourde souvent pour l'État, et elle ne constitue pas un service universel »<sup>1603</sup>.

**934. Extension exorbitante de compétence.** En revanche, dans sa forme postmoderne, la théorie du *forum legis* a un effet extensif sur le champ de la compétence juridictionnelle puisqu'elle permet d'adjoindre un chef de compétence supplémentaire par rapport aux chefs ordinaires de compétence. Il est bien évident que, plus les chefs de compétence sont nombreux, c'est-à-dire propres à recueillir une universalité de litiges, plus la probabilité de coïncidence avec la *lex fori* se trouve accrue. Cela signifie que, si la situation a des liens avec le territoire du juge dont la compétence est sollicitée, le plaideur dispose d'autres chefs de compétence que celle du *forum legis* et, bien entendu, d'autres moyens de faire appliquer la *lex fori*<sup>1604</sup>.

**935. Défaut de réciprocité et absence de circulation possible pour la décision.** La théorie du *forum legis* traduit, de surcroît, une accentuation de la méfiance à l'égard des juridictions étrangères, présumées incapables de sauvegarder les règles essentielles du système du for. Cette suspicion est logiquement renforcée par le refus du juge d'exciper de son incompétence en présence d'une loi de police étrangère<sup>1605</sup>. Un tel refus de réciprocité démontre le caractère extensif, voire exorbitant, de la compétence fondée sur l'existence d'une loi de police du for. En conséquence, si le juge rend une décision sur la base d'une compétence reposant sur des liens très lâches avec sa juridiction, le bénéficiaire de la décision ne pourra pas obtenir l'exécution de cette décision à l'étranger. La théorie du *forum legis* forme ainsi obstacle à la circulation des décisions.

**936. Imprévisibilité juridique.** Le *forum legis* pose un autre problème relatif à la prévisibilité juridique. Pour réaliser la corrélation avec la compétence juridictionnelle, il est sous-jacent que l'applicabilité de la *lex fori* au fond du droit soit, sinon certaine, du moins

---

<sup>1603</sup> J.-P. NIBOYET, Traité de droit international privé français, t. VI-I, Librairie du Recueil Sirey Paris 1949, n° 1720 p. 270. Les seules exceptions admises l'étaient pour des motifs d'opportunité politique, notamment lorsque l'un des plaideurs était de nationalité française.

<sup>1604</sup> Sur les méthodes générales et les procédés particuliers aptes à provoquer l'application de la *lex fori* au litige, v. *supra* le titre I de la première partie, n° **Erreur ! Argument de commutateur inconnu.** s.

<sup>1605</sup> A. SINAY-CYTERMANN, L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale, th. (dactyl.) Strasbourg 1980, t. I, p. 388 s.

prévisible. Il faut, en tout cas, une projection au plan de la loi applicable, ce qui paraît peut-être plus aisé en présence d'une loi de police et lorsque les parties ont choisi la loi applicable à leur situation juridique. Pourtant, ces points ne sont pas à l'abri d'une contestation au fond du droit : la compétence du juge doit-elle remise en cause si la clause d'*electio juris* se révèle viciée ? Les parties au litige peuvent-elles certaines que le juge saisi qualifiera sa loi de loi de police ?

**937.** En vérité, la qualification de loi de police n'est pas gravée dans le marbre et l'importance quantitative des contestations judiciaires relatives à la validité des clauses d'*electio juris* montrent toute l'instabilité à laquelle s'expose la compétence du juge saisi. Dans les autres domaines, l'insécurité juridique est encore plus accentuée : c'est le cas lorsque la loi applicable est fondue dans une multitude de critères d'appréciation (*forum non conveniens*) ou lorsque le *forum legis* est concurrencé par d'autres chefs alternatifs de compétence (*actor sequitur forum rei*, etc.). La corrélation devient alors relativement imprévisible et fortement dépendante de l'option choisie par le demandeur, voire des circonstances de la cause.

**938. Contraire au caractère préalable de la détermination de la compétence.** Évidemment, la théorie du *forum legis* est aussi contestée parce que l'alignement de la compétence juridictionnelle sur le droit désigné par la règle de conflit apparaît comme contraire à toute la tradition du droit international privé<sup>1606</sup>. Elle opère, en particulier, une méconnaissance du caractère préalable de la détermination de la compétence juridictionnelle. De cette manière, Monsieur HUET affirme que « faire de l'applicabilité d'une loi française de police un chef de compétence des tribunaux français, c'est inverser l'ordre naturel des facteurs : la détermination de la compétence judiciaire est logiquement préalable à la détermination de la compétence législative et l'on ne saurait, sans pétition de principe, subordonner la solution d'un conflit de juridictions à l'issue d'un débat relatif à la loi applicable au fond »<sup>1607</sup>.

---

<sup>1606</sup> A. SINAY-CYTERMANN, *op. cit.*, t. I, n° 198 p. 386.

<sup>1607</sup> A. HUET, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Compétence internationale ordinaire - Règles de compétence purement internationale, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 21 (2001), n° 76 p. 23.

**939.** Toutefois, Monsieur PATAUT considère que cette objection n'est pas décisive, et nous partageons cet avis. En outre, il développe l'idée selon laquelle l'application de la *lex fori* ne serait pas l'expression d'un lien de dépendance du *forum* envers le *jus*, comme le suggère la théorie du *forum legis*, mais constituerait plutôt une fusion dans l'intérêt de la souveraineté étatique. L'auteur écrit que, « si en effet la loi de police est la manifestation de l'intérêt étatique, de la souveraineté, la règle de compétence est le versant juridictionnel du même intérêt. Dans cette mesure, compétence et loi de police ne sont pas réellement unies par un lien de dépendance, comme le voudrait la théorie du *forum legis*, mais par une concordance d'objectifs qui exige à la fois l'application d'une loi précise et la compétence des juridictions françaises. La souveraineté française implique que les deux compétences soient retenues simultanément, sans hiérarchie, pour réaliser les objectifs impératifs fixés par le for »<sup>1608</sup>. Une telle résurgence du concept de la souveraineté, que nous avons au départ mise de côté, semble en décalage avec les doctrines postmodernes de moins en moins marquées par la prise en compte des intérêts étatiques dans les solutions de droit international privé. Elle est pourtant tout à fait plausible. La souveraineté étatique est certes moins présente, mais il ne faut certainement pas véhiculer l'illusion que celle-ci a complètement disparue ou qu'elle ne pourra jamais réapparaître en droit international privé.

**940.** Est-il possible alors, à partir des exemples que nous avons exposés ci-dessus, de postuler la compétence de principe d'une juridiction étatique à chaque fois que les intérêts du for sont concernés, c'est-à-dire, quand la loi de cette juridiction est désignée à s'appliquer pour résoudre le litige ? À vrai dire, la résurgence de liens entre la loi applicable et la compétence juridictionnelle montre seulement que les éléments retenus pour le chef de compétence et pour le critère de rattachement posent une séparation entre les deux catégories de règles qui n'est pas adéquate. En d'autres termes, cela signifie que la jurisprudence résiste à l'application de la loi étrangère imposée par la séparation entre le *jus* et le *forum* dans ces domaines particuliers. Les manifestations du *forum legis* suggèrent donc que le chef de compétence est sans doute mal choisi et qu'il devrait peut-être être révisé pour mieux conduire à l'application de la *lex fori*.

---

<sup>1608</sup> É. PATAUT, Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé), BDP t. 298, LGDJ Paris 1999, n° 266 p. 181.

**941.** De surcroît, l'attribution de compétence fondée sur le rattachement du litige à la loi du for correspondante ne saurait être admise de façon absolue car elle « détruirait purement et simplement le grand principe fondamental et nécessaire de l'indépendance des compétences législative et judiciaire »<sup>1609</sup>. La théorie du *forum legis* pâtit donc d'une pétition de principe : « dans le jeu normal des conflits, il ne peut être question de rechercher d'abord la loi applicable au fond, afin d'en déduire ensuite la juridiction compétente. Le procédé serait d'ailleurs souvent impraticable, à raison de la multiplicité des lois qui régissent les aspects différents d'une situation juridique (...) en l'absence d'une autorité régulatrice et répartitrice. Chaque juge est saisi sur la base de ses propres règles de compétence ; il constitue l'élément moteur de la corrélation, qui, dans la mesure où elle joue, se présente sous la forme de l'application de la *lex fori* »<sup>1610</sup>. L'influence du chef de compétence serait donc davantage déterminante que celle du droit applicable (Section 2).

## Section 2 L'influence du juge compétent sur la détermination du droit applicable

**942.** Dans le respect de la chronologie du procès, la corrélation entre le *forum* et le *jus* s'opère à partir du chef de compétence et non à partir de la loi applicable. D'ailleurs, la *lex fori* correspond à la loi du juge saisi, ce qui suppose que le juge ait déjà statué sur sa compétence au moment de la résolution du conflit de lois. Dès lors, les théories qui accordent une grande importance à la loi du for placent quasi-inéluctablement la compétence du juge au point de départ de leur raisonnement. C'est pourquoi, d'ailleurs, elles reçoivent l'appellation d'« approches juridictionnelles » (§ 1). Nous en trouverons certaines manifestations dans des domaines qui, théoriquement, devraient être caractérisés par une fréquente application de la loi étrangère (§ 2).

---

<sup>1609</sup> J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. VI-I, Librairie du recueil Sirey Paris 1949, n° 1836 p. 447. V. aussi : « cette démarche statutiste est aujourd'hui essentiellement rejetée parce que, dit-on, l'étroite corrélation entre compétences juridictionnelle et législative nierait l'essence même du droit international privé, qui consiste en la possibilité pour un juge d'appliquer une loi autre que sa loi interne. Aujourd'hui, les arrêts nombreux, d'inspiration statutiste, qui fondaient la compétence juridictionnelle exclusive sur la règle de conflit de lois de l'article 3 alinéa 2 sont rétrospectivement qualifiés de maladroits, voire d'hérétiques », L. D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, *Economica* Paris 2006, n° 191 p. 269.

<sup>1610</sup> P. HÉBRAUD, *De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître*, *RCDIP* 1968 p. 237.

## § 1 L'approche juridictionnelle

**943.** L'approche juridictionnelle consiste à retenir qu'une fois saisi, le juge doit, en règle générale, appliquer sa propre loi pour résoudre le litige international. Cette théorie, qui correspond à l'application généralisée de la *lex fori*, est principalement le fait d'un auteur nommé EHRENZWEIG (A). Elle s'est heurtée à de nombreuses critiques, qui ne sont pas toutes justifiées (B). Pourtant, elle ne trouve que très peu d'adeptes en droit international privé (C).

### A/ La théorie de l'application généralisée de la *lex fori*

**944.** Au XX<sup>e</sup> siècle, le plus célèbre partisan de l'application généralisée de la *lex fori* est sans aucun doute EHRENZWEIG (1906-1974) mais, ce que l'on sait moins, c'est qu'il a été précédé par un auteur allemand nommé Carl Georg VON WÄCHTER (1797-1880)<sup>1611</sup>, que le premier auteur considère lui-même comme le plus remarquable défenseur de la *lex fori*<sup>1612</sup>. EHRENZWEIG est, quant à lui, un professeur de Berkeley, d'origine autrichienne, qui a fait de l'application de la loi du for sa règle de principe dans la résolution des litiges internationaux. Sa pensée peut se résumer ainsi :

- « - ce qui est souvent décrit comme le "sujet" du droit international privé, à savoir un schéma de lois "régissant" différentes transactions, est une création assez récente d'une brève époque de conceptualisme ;
- qu'avant cette époque, dans tous les pays et en tous temps (hormis certaines périodes "universalistes" telles que la féodalité et l'illusion internationaliste du XIX<sup>e</sup> siècle), les problèmes de conflits étaient traités comme pures facettes du droit interne ;
- que les cours ont toujours et partout appliqué leur propre droit en l'absence

---

<sup>1611</sup> « Du fait même de sa méthode, Wächter apparaît à la première lecture comme un partisan du localisme et du positivisme, décidé à faire strictement respecter les lois de leur pays par les magistrats », J.-L. HALPÉRIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, PUF Paris 1999, p. 43.

<sup>1612</sup> « *The outstanding advocate of the lex fori* », A. EHRENZWEIG, *The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws*, Michigan Law Review 1960 (vol. 58) p. 659 ; *adde*, K. NADELMANN, *Wächter's Essay on the Collision of Private Laws of Different States*, AJCL 1964, vol. 13, p. 414. Sur la pensée de VON WÄCHTER, v. K. LIPSTEIN, *The General principles of Private International Law*, RCADI 1972-I t. 135, n° 19 s. p. 131 s. Pour une comparaison entre la doctrine de VON WÄCHTER et celle d'EHRENZWEIG, v. K. LIPSTEIN, *op. cit.*, n° 29 p. 144 s.

de raisons contraires impérieuses

- qu'un faux dogme a forcé ces cours, dans les quelques dernières déc[ennies], à justifier cette application par des détours artificiels, comme la qualification et la localisation arbitraires, le recours au renvoi, l'invocation du défaut de preuve ou de la violation de l'ordre public »<sup>1613</sup>.

**945.** Au plan analytique et fonctionnel, EHRENZWEIG veut démontrer que, bien que se plaçant comme le point de départ de chaque résolution de conflits de lois, la loi du for a été contrainte, au cours des siècles, de maintenir sa qualité de règle de droit commun (« *basic rule* ») en utilisant divers artifices pour contrer les nombreux assauts opérés par ce qu'il qualifie de « dogme plat »<sup>1614</sup>. Sa démonstration passe par une analyse poussée à la fois de l'histoire du droit et de la jurisprudence. Il élabore ainsi sa propre interprétation de l'histoire comparée à travers les différentes doctrines qui ont marqué le droit international privé<sup>1615</sup>. Historiquement, le recours à une loi étrangère s'explique, selon lui, comme une forme d'exception au principe d'application de la *lex fori*, contrairement à ce que les auteurs universalistes tentent d'imposer<sup>1616</sup>. Il considère que la pratique (« *the living law* ») est restée très distante vis-à-vis de ces « spéculations doctrinales » et qu'elle a inébranlablement conservé la loi du for tant comme règle première que comme moyen de lutter contre toutes les règles directrices de conflit de lois telles qu'elles ont été élaborées par des « spécialistes inventifs »<sup>1617</sup>.

---

<sup>1613</sup> A. EHRENZWEIG, La loi du forum compétent : l'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions, in Mélanges « Liber amicorum professor Baron Louis Fredericq », t. I, Story-Scientia Gent 1966 p. 401, [modifié par nous].

<sup>1614</sup> « *It will be shown that that law (the law of the forum), though analytically and functionally the starting point in every conflicts case, has been forced to maintain its character as a basic rule against many encroachments of lifeless dogma and in many disguises all through the centuries* », A. EHRENZWEIG, A Treatise on the Conflict of Laws, West publishing co. ed., St Paul Minn., 1962, § 103 p. 313.

<sup>1615</sup> Sur cette interprétation de l'histoire, v. A. EHRENZWEIG, The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws, Michigan Law Review 1960 (vol. 58) p. 646 s.

<sup>1616</sup> « *Such application (of foreign laws) must be analytically understood as an exception from the basic rule calling for the application of the lex fori* », A. EHRENZWEIG, Traité précité, § 104 p. 314.

<sup>1617</sup> « *This law, I submit, has largely remained aloof of academic speculation and has steadfastly maintained the regime of the lex fori as the analytically basic law as against any "governing" rules of choice of law that have from time to time been constructed by imaginative scholars* », A. EHRENZWEIG, Traité précité, § 105 p. 315.

**946.** EHRENZWEIG affirme aussi qu'« une fois que le juge s'est reconnu compétent, il appliquera en général sa propre loi, à moins que le choix des parties ou un élément d'extranéité significatif – tels que le domicile étranger, la situation à l'étranger ou un comportement à l'étranger – lui enjoit de recourir à l'application d'une autre loi. La plupart des juges et des juristes adhéreront à cette simple proposition. Pourtant les manuels, les notes de cours, le *Restatement* et même le langage utilisé en jurisprudence en ont voulu autrement : on considère que le domicile à l'étranger, la situation à l'étranger, le comportement à l'étranger et les autres contacts à l'étranger requièrent *a priori* l'application de la loi étrangère, à moins que le juge ne puisse être convaincu par des motifs particuliers d'évincer sa propre loi ou la loi choisie par les parties. Cette contradiction flagrante entre la pratique réelle des juges et la théorie "officielle" de résolution des conflits de lois en a fait, aux yeux de beaucoup, un impressionnant mystère voire un sujet de moqueries »<sup>1618</sup>.

**947.** Cet auteur a le talent de rallier des exemples à sa thèse selon laquelle l'utilisation de droits étrangers n'a fait que compléter les dispositions de la loi du for, plutôt que de les destituer<sup>1619</sup>. Il estime, par ailleurs, que les théories post-savigniennes de résolution de conflits de lois procèdent d'un « fantasme inaccessible »<sup>1620</sup>. Il n'a aucune foi dans les doctrines universalistes européennes. En outre, le style de l'auteur marque particulièrement l'esprit du lecteur : la thèse « développée sans doute avec une force dialectique redoutable et

---

<sup>1618</sup> « *Once a court has taken jurisdiction, it will usually apply its own law, unless the parties' own choice or an important foreign fact, such as foreign domicile, a foreign situs, or a foreign conduct, appears to require application of another law. Most judges and lawyers will agree with this simple proposition – and yet text books, class notes, the Restatement, and even much language of the courts, would have it otherwise: foreign domicile, foreign situs, foreign conduct and other foreign "contacts" are said a priori to require application of a foreign law, unless the court can be persuaded for special reasons to turn to its own law or to the law chosen by the parties. This blatant discrepancy between the actual doing of the courts and "official" theory in the law of conflict of laws has made an awesome mystery or an object of ridicule of this subject in the eyes of many* », A. EHRENZWEIG, *The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 637.

<sup>1619</sup> « *In all these cases foreign laws have supplemented, rather than displaced, a law of the forum limited by superior orders (...) these situations in which foreign laws have thus been called upon to fill a vacuum could well have been collected and classified in a catalogue of exceptions from the basic rule of the law of the forum, governed by party autonomy on the one hand, Roman common law, feudal order, natural law, the law merchant and international law, on the other hand* », A. EHRENZWEIG, *The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 638.

<sup>1620</sup> « *An unattainable fantasy* », A. EHRENZWEIG, *The Lex Fori - Basic Rule in the Conflict of Laws*, *op. cit.*, p. 642.

appuyée par une énorme masse de connaissances »<sup>1621</sup>.

**948.** En somme, EHRENZWEIG a tenté de construire une théorie générale à partir de la loi du for, ce qui lui a valu de subir de nombreuses critiques doctrinales<sup>1622</sup>. Il lui fut notamment reproché de *nier le droit international privé*. Parce qu'il altérerait profondément le fonctionnement de la méthode savignienne classique et demeurerait trop éloigné des dogmes traditionnels, son système de pensée fut considéré comme dissident<sup>1623</sup>. Ces critiques doctrinales sont pourtant de valeur inégale et pâtissent, la plupart du temps, d'une pétition de principe (B).

B/ La faiblesse des objections doctrinales

**949.** L'application généralisée de la *lex fori* souffre d'un constant désaveu de la part des auteurs de droit international privé, néanmoins les justifications de ce consensus sont rarement exposées. Par exemple, BATIFFOL critique à plusieurs reprises l'application généralisée de la *lex fori* qu'il considère comme beaucoup trop drastique. Il écrit que « la tendance à appliquer par principe la loi du juge saisi ne peut pas devenir une règle qui ne subirait que quelques rares exceptions. Ce serait méconnaître les situations réelles » ou encore que « de ce que la coïncidence des compétences judiciaire et législative a des avantages certains, il ne s'ensuit pas qu'elle doive être appliquée aveuglément dans l'ignorance de ses inconvénients. Le radicalisme n'est pas juridique »<sup>1624</sup>. On sent chez l'éminent auteur une hostilité de principe envers l'application généralisée de la *lex fori*.

---

<sup>1621</sup> D. EVRIGENIS, Tendances doctrinales actuelles en droit international privé, RCADI 1966-II t. 118, p. 385.

<sup>1622</sup> V. les références citées in G. KEGEL, The crisis of Conflict of Laws, RCADI 1964-II t. 112, p. 224 (note n° 1) ; A. NUYTS, L'exception de *forum non conveniens*, étude de droit international privé comparé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2003, n° 593 p. 855 (note n° 29).

<sup>1623</sup> Monsieur HANOTIAU rapporte que cet auteur, au style parfois provoquant, occupe même une place à part dans le courant de renouveau américain, B. HANOTIAU, Le droit international privé américain (du premier au second *Restatement of the law, Conflict of Laws*), LGDJ Paris 1979, p. 119. Monsieur SIEHR estime aussi que « *there is a touch of European dogmatism in Ehrenzweig's lex fori fanaticism* », K. SIEHR, Ehrenzweigs Lex-Fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 1970 (vol. 34), p. 635.

<sup>1624</sup> H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II t. 139, p. 97.

**950.** Sans plus de précision, Monsieur DERRUPPÉ écrit aussi que « l'on pourrait ignorer le conflit de lois et appliquer systématiquement la *lex fori* à tout rapport juridique quelles que soient ses implications internationales ; tout le monde est d'accord pour estimer que cela n'est pas souhaitable et qu'il est non seulement possible mais encore nécessaire de renoncer parfois aux solutions de la *lex fori* pour faire une place aux solutions étrangères »<sup>1625</sup>. Dans ces lignes, la *lex fori* est automatiquement discréditée sans, pour autant, que cette position soit justifiée.

**951. Négation du droit international privé.** Monsieur LEQUETTE affirme que la thèse d'EHRENZWEIG encourt une « critique radicale, en ce qu'elle est contraire à l'essence même du droit international privé »<sup>1626</sup>. De même, Monsieur EVRIGENIS qualifie la doctrine d'EHRENZWEIG d'« anti-droit international privé »<sup>1627</sup>. Selon cet auteur, la construction de sa pensée serait une négation du principe de cette discipline. Il faut toutefois remarquer que la sphère de ce reproche est trop large : seule la théorie post-savignienne de résolution des conflits de lois accorde une place à la loi étrangère qui puisse concurrencer la *lex fori* (principe de la règle de conflit bilatérale). Que dire alors de la réglementation matérielle des situations internationales ? Pourrait-on reprocher à ces règles de nier le droit international privé ? Comme nous l'avons plusieurs fois soulevé, le droit international privé ne se résume pas à l'application de la loi étrangère.

**952. Critique de la démarche scientifique.** Monsieur EVRIGENIS affirme, en outre, que la doctrine d'EHRENZWEIG se pose comme une révélation juridique qui ne se fonde pas sur un intérêt ou une valeur juridique. Il critique ce procédé qui n'est pas adapté à la science juridique, mais plutôt aux sciences exactes<sup>1628</sup>. Il ajoute que la *lex fori* ne peut remplir le rôle d'un principe fondamental du droit international privé car ce droit est justement né de la négation de la prédominance de la *lex fori* pour la réalisation d'une meilleure justice<sup>1629</sup>.

---

<sup>1625</sup> J. DERRUPPÉ, Plaidoyer pour le renvoi, TCFDIP 1964-1966, p. 189.

<sup>1626</sup> Y. LEQUETTE, Protection familiale et protection étatique des incapables, BDIP vol. XX, Dalloz Paris 1976, n° 147 p. 113.

<sup>1627</sup> D. EVRIGENIS, Tendances doctrinales actuelles en droit international privé, RCADI 1966-II t. 118, p. 369 s.

<sup>1628</sup> D. EVRIGENIS, *op.cit.*, p. 372-373. *Contra*, W. COOK, The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, Harvard University Press Cambridge Massachusetts 1949, p. 3 s.

<sup>1629</sup> D. EVRIGENIS, *op.cit.*, p. 373.

EHRENZWEIG « veut nous repousser à cette phase préhistorique de notre discipline où la loi du for était la seule applicable »<sup>1630</sup>.

Mais, dès lors que l'on se place sur un plan philosophique, cela n'empêche pas d'éminents juristes d'adhérer aux valeurs de la méthode expérimentale. Ainsi, « si on oppose souvent la pensée rationnelle à la pensée expérimentale, c'est pour dénoncer les méfaits de la première, cherchant à procéder par déduction de concepts abstraits et plus ou moins arbitrairement posés ; la méthode vraiment rationnelle est la méthode expérimentale. Dans cette voie la recherche juridique échappe aux dangers de la spéculation abstraite des réalités qui ont ruiné tant d'essais de constructions soi-disant logiques »<sup>1631</sup>. En fait, dans les raisonnements juridiques, les deux démarches se combinent aisément. Par exemple, avant d'établir un principe abstrait, il faut bien entendu étudier les solutions que les praticiens ont expérimenté pour déterminer celle qui s'impose à la raison<sup>1632</sup>. Les règles juridiques ne naissent pas du néant. Ce mode de pensée rapproche la démarche employée par EHRENZWEIG des théories réalistes du droit.

**953. Proximité avec les théories réalistes du droit.** Il est vrai que les difficultés pratiques posées par l'insertion des lois étrangères dans un système juridique viennent au soutien de l'application de la loi du for, qui apparaît, de ce simple constat, plus réaliste<sup>1633</sup>. De la sorte, un auteur considère que, « réduite à ses limites acceptables, la thèse d'Ehrenzweig ne signifie que l'essai de justification de la pratique des tribunaux consistant à appliquer la loi du for »<sup>1634</sup>. L'application généralisée de la *lex fori* se veut donc proche de la

---

<sup>1630</sup> D. EVRIGENIS, *op.cit.*, p. 382. Ces critiques ont certainement eu un impact sur EHRENZWEIG tant il est vrai que la primauté de la loi du for est plus tard atténuée par cet auteur avec une série d'exceptions aux contours incertains.

<sup>1631</sup> H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002, n° 79 p. 172.

<sup>1632</sup> « L'empirisme le guide [*le juriste*] dans l'invention des solutions, parce que c'est à la vue du résultat concret que naît un sentiment – à contrôler d'ailleurs – d'équité et d'utilité », H. BATIFFOL, *op. cit.*, n° 130 p. 292-293, [*ajouté par nous*].

<sup>1633</sup> Comp. W. COOK, *op. cit.*, p. 8. *Contra*, D. EVRIGENIS, *Tendances doctrinales actuelles en droit international privé*, RCADI 1966-II t. 118, p. 369 s. Monsieur EVRIGENIS estime que la pensée d'EHRENZWEIG ne peut être rangée parmi les auteurs réalistes et néo-réalistes, car elle s'inscrit dans la tradition des règles de conflit de lois.

<sup>1634</sup> A. MIAJA DE LA MUELA, *Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux*

pratique judiciaire<sup>1635</sup>.

**954.** Dans une optique identique, Messieurs MAIER et M<sup>c</sup> COY estiment que la séparation entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable se pose comme une fausse dichotomie<sup>1636</sup>. Le choix d'un tribunal aurait, selon ces auteurs, une influence déterminante et inéluctable sur la résolution du problème juridique. Ils expliquent que la saisine d'un juge équivaut à un choix de loi parce qu'en choisissant un tribunal, les parties sélectionnent aussi tout le régime juridique qui guide la sélection, l'interprétation et l'application d'une politique juridique de résolution des problèmes<sup>1637</sup>. Messieurs MAIER et Mc COY adhèrent, en effet, à la théorie du réalisme juridique développée par COOK<sup>1638</sup>. Cette approche permet en quelque sorte de relativiser le désaveu dont fait l'objet l'application généralisée de la *lex fori* car, comme l'écrit Monsieur SIEHR, la réflexion apportée par EHRENZWEIG sur le droit international privé devrait inciter la doctrine à moins s'abstraire de la pratique judiciaire<sup>1639</sup>.

**955.** Sur le plan des avantages, il faut alors mentionner que la théorie de l'application

---

internes en matière de litiges comportant un élément international, RCADI 1972-I, t. 135, p. 63.

<sup>1635</sup> En ce sens : « *The notion of there being two entirely separate stages in an action has never been completely realistic. Maybe we academics are to blame for creating this misleading impression. In our desire for ease of exposition, we divide up the subject into neat boxes which come in a simple order. But, as far as the parties are concerned, jurisdiction and choice of law may not come in that order* », J. FAWCETT, *The Interrelationships of Jurisdiction and Choice of Law in Private International Law, Current Legal Problems 1991* (vol. 44) p. 39.

<sup>1636</sup> « *We take fundamental issue with the traditional conceptions of judicial jurisdiction and legislative jurisdiction and especially with the false dichotomy that they describe* », H. MAIER and Th. Mc COY, *A Unifying Theory for Judicial Jurisdiction and Choice of Law, AJCL 1991* (vol. 39) p. 251.

<sup>1637</sup> H. MAIER and Th. Mc COY, *op. cit.*, p. 255.

<sup>1638</sup> Ils citent l'auteur en référence dès l'introduction de leur problématique : « *in fact, we urge merely an appreciation of the legal realists' understanding of the judicial-decision making process* (note 4. See, e.g., Walter Cook, *The logical and Legal bases of the Conflict of Laws*) », H. MAIER and Th. Mc COY, *op. cit.*, p. 251 ; « *legal realist theory holds that judicial decision making always involves the application of general policies to specific facts to achieve a legal result in the case before the decision maker* », H. MAIER and Th. Mc COY, *op. cit.*, p. 254.

<sup>1639</sup> « *German scholars should be encouraged by Ehrenzweig to collect and review German case law in a more realistic way (...). Although the lex-foi approach is not yet perfect, it may help to disclaim an unjustified horror legis fori and to promote an evolution of conflicts law based on material choice-influencing considerations* », K. SIEHR, *Ehrenzweigs Lex-Fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1970* (vol. 34), p. 635.

généralisée de la *lex fori* prend pleinement en compte toutes les formes de coïncidence entre le chef de compétence et le critère de rattachement. Elle rend en outre inutiles les méthodes générales qui permettent d'imposer les conceptions juridiques de l'État du juge saisi. Enfin, elle réduit fortement la nécessité pour le juge de recourir aux procédés particuliers qui ont pour effet l'application de la loi du for à titre subsidiaire.

**956. Disharmonie des solutions.** Il demeure que l'application généralisée de la loi du juge saisi encourt un reproche indéniable : celui d'encourager les particularismes étatiques et d'entraîner une disharmonie internationale des solutions juridiques. Il est vrai que l'application généralisée de la *lex fori* tend à privilégier la résolution rapide et efficace du litige. D'un point de vue pratique, la solution est alors avantageuse pour les parties comme pour l'administration de la justice. En revanche, elle place la résolution des questions particulières au dessus de la coordination internationale des ordres juridiques<sup>1640</sup>. C'est ainsi, qu'effectivement, l'harmonie internationale des décisions prend une part moins importante dans la pensée d'EHRENZWEIG<sup>1641</sup>. Or, il s'agit d'une des ambitions majeures de la doctrine post-savignienne et peu d'auteurs semblent prêts à y renoncer<sup>1642</sup>.

**957.** En conclusion, mis à part celle de la disharmonie internationale des solutions, les critiques adressées à EHRENZWEIG ne sont bien souvent que des objections de principe. Le véritable reproche devrait plutôt se placer sur le plan méthodologique. L'application de la

---

<sup>1640</sup> V. H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris, n° 242-1 p. 406.

<sup>1641</sup> « *Harmony of decisions (Entscheidungseinklang) correctly is less important for Ehrenzweig's lex fori approach* », K. SIEHR, *op. cit.*, p. 634.

<sup>1642</sup> « La primauté de la *lex fori*, selon ses diverses incarnations doctrinales (...), est inadmissible dans les relations internationales. Qu'elle procède ou non d'une attitude consciemment nationaliste, elle aboutit à l'évidence à l'encourager et fournit des alibis à l'esprit de clocher en même temps que la loi du moindre effort », P. LALIVE, *Tendances et méthodes en droit international privé (cours général)*, RCADI 1977-II t. 155, p. 220. Comp. : « en ce qui concerne la tendance à une application généralisée de la *lex fori*, il faut admettre que du moment où l'on prend conscience du fait que chaque État organise les relations privées selon ses propres vues, une conséquence semble évidente : cette organisation jouera dans son intégralité pour toutes les relations qui tombent sous l'empire de ses administrateurs ou de ses juges. Ce fait détermine une tendance à une prédominance du problème de la compétence judiciaire sur celui de la loi applicable : il semble que l'essentiel est la désignation du juge compétent en cas de litige, sa compétence devant normalement, pour ne pas dire exclusivement, entraîner l'application de sa propre loi », J. A. CARRILLO SALCEDO, *Le renouveau du particularisme en droit international privé*, RCADI 1978-II, t. 160, p. 205.

*lex fori* n'est pas en soi contestable, elle ne l'est que lorsqu'elle produit des effets néfastes sur le plan international et notamment pour la circulation des personnes, des services et des biens. C'est la raison d'être, *a minima*, des séparations qui existent entre le *jus* et le *forum*.

**958.** Ainsi, si l'on dresse le bilan des reproches formulés à l'encontre de la théorie de l'application généralisée de la *lex fori*, il suffit de mentionner que :

- sur le plan général, le droit se pense plutôt de manière dogmatique que de manière expérimentale, mais l'un ne doit pas rejeter l'autre<sup>1643</sup>,
- le *lex forisme*, dont l'application généralisée de la loi du for est l'expression, est contraire à l'harmonie internationale des solutions que recherche la justice du droit international privé<sup>1644</sup>,
- l'application généralisée de la loi du for donne une importance quasi-exclusive à la coïncidence entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable et, de ce fait, restreint les séparations qui existent effectivement entre ces deux catégories<sup>1645</sup>,
- laisser les questions de loi applicable être absorbées par celles de compétence juridictionnelle, revient à déplacer le problème et à encourager le *forum shopping*<sup>1646</sup>.

Ces reproches semblent avoir emporté le rejet des thèses d'EHRENZWEIG chez la plupart des auteurs de droit international privé, cependant ses idées reprennent parfois corps en doctrine (C).

C/ Les thèses postérieures

**959. Théorie du droit trans-municipal (*trans-municipal law*).** La théorie d'EHRENZWEIG trouve relativement peu d'adeptes en droit international privé. Il faut tout de même citer le système proposé par un auteur dont le discours est assez proche de celui d'EHRENZWEIG. Monsieur GÜNDOZ-OKCÜN défend, en fait, une réforme du système de droit international privé<sup>1647</sup>. Sa démonstration part du postulat que les parties appuient

---

<sup>1644</sup> Sur l'harmonie internationale des solutions, v. *supra* n° 661 s.

<sup>1645</sup> Sur 聯 a 〓 complémentarité entre la coïncidence et la séparation du *forum* et du *jus*, v. *supra* n° **Erreur !**

**Source du renvoi introuvable.**

<sup>1646</sup> Sur les inconvénients de la coïncidence entre *jus* et *forum* v. *supra* n° 719 s.

<sup>1647</sup> A. GÜNDOZ ÖKÇÜN, *Trans-municipal Law : a Critical Analysis of Private International Law*, éd. Ankara Universitesi Basimevi Ankara, 1968 ; compte rendu de l'ouvrage par P. LEURENT, RCDIP 1973 p. 407.

toujours leurs prétentions sur des dispositions matérielles du for. Ces dispositions formeraient alors la source primaire de la résolution du litige à caractère international. À l'épuisement de cette source<sup>1648</sup>, le juge pourrait trouver solution dans les dispositions de droit étranger que désigne la règle de conflit. Enfin, en cas de défaillance de la loi étrangère, la tâche du juge serait de construire le droit approprié à l'espèce.

**960. Théorie de la compétence générale subsidiaire de la *lex fori*.** LOUIS-LUCAS a, quant à lui, essayé de savoir s'il existait une compétence générale de la *lex fori* pour le règlement des conflits de lois. Rejetant une compétence générale principale en dehors des cas où la règle de conflit aurait désigné la *lex fori*, il n'admet qu'une compétence générale subsidiaire, c'est-à-dire qui n'interviendrait que lorsque le principe juridique applicable se révèle inutilisable<sup>1649</sup>.

**961.** Ces théories ne semblent pas avoir spécialement marqué l'histoire du droit international privé. En outre, EHRENZWEIG paraît avoir échoué à conceptualiser le recours à la loi du for sous une méthodologie générale de la résolution des litiges internationaux. Elle ne constitue donc pas une méthode à part entière. Il est certain, en outre, que la *lex fori* n'est pas une loi à laquelle correspond une catégorie de rattachement. Seul peut être démontré son caractère téléologique : le juge y a recours afin de privilégier un certain résultat. Pourtant, cet utilitarisme n'est pas propre à la loi du for. Il est en effet possible que le juge puisse rechercher la solution qu'il a en tête dans le contenu de la loi étrangère parce qu'il n'adhère pas à la solution préconisée par sa propre loi. De telles hypothèses sont vraisemblablement peu courantes : elles peuvent éventuellement se présenter lorsque le droit étranger est plus libéral que la législation du juge saisi. Dans les années soixante-dix, par exemple, certains juges belges ont appliqué, sans faire intervenir l'ordre public, des droits de la filiation étrangers plutôt que les règles du Code civil belge<sup>1650</sup>. L'exemple est marginal et

---

<sup>1648</sup> L'auteur qualifie sa doctrine de « *Principle of the exhaustion of the primary sources of Trans-municipal Law* », A. GÜNDÜZ ÖKÇÜN, *op. cit.*, p. 16.

<sup>1649</sup> P. LOUIS-LUCAS, Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ?, RCDIP 1959 p. 405.

<sup>1650</sup> G. VAN HECKE et Fr. RIGAUX, Examen de jurisprudence (1970 à 1975) : droit international privé (conflit de lois), *Revue Critique de Jurisprudence Belge* 1976 p. 221, spéc. n° 40. Il s'agissait de lois étrangères qui permettaient plus largement la reconnaissance et la légitimation des enfants naturels que le droit belge. L'exception de l'ordre public n'a pas été utilisée pour rejeter ces lois étrangères plus libérales.

l'orientation du droit positif dans certaines matières révèle au contraire que l'application de la *lex fori* séduit souvent les magistrats. Cela se traduit par quelques influences de la compétence juridictionnelle dans des questions où l'application de la loi étrangère devrait être dominante (§ 2).

## § 2 L'influence du juge compétent dans les domaines de prédilection de la loi étrangère

**962.** Les domaines de prédilection de la loi étrangère sont les domaines où il règne une séparation manifeste entre le chef de compétence et le critère de rattachement, c'est-à-dire par exemple, lorsque le juge est saisi sur le fondement du domicile français du plaideur et que la loi applicable est celle de la nationalité étrangère de ce dernier. L'hypothèse se rencontre en matière de statut personnel en raison de la règle de conflit qui veut que l'état et la capacité des personnes soient soumis à la loi nationale de l'intéressé (A). Elle se retrouve aussi lorsque les parties à un contrat ont élu un tribunal compétent mais qu'ils n'ont pas choisi la loi applicable à leur litige. Dans ce cas, alors que le critère de rattachement devrait vraisemblablement être caractérisé par une indépendance vis-à-vis du juge compétent, on remarque une influence du juge compétent sur la loi applicable au contrat (B).

### A/ En matière de statut personnel

**963.** En principe, en raison de la personnalité des lois, il devrait régner sur le statut personnel une fréquente application des lois étrangères. En effet, en droit international privé français, le statut personnel est traditionnellement rattaché à la loi de la nationalité de la personne en vertu de l'article 3, alinéa 3, du Code civil, tel qu'interprété par la jurisprudence<sup>1651</sup>. Cette solution, qui conduit à appliquer la loi étrangère au statut personnel de tous les étrangers révèle, du reste, un certain paradoxe : à l'époque de l'adoption du Code civil français, les auteurs du code avaient plus l'idée d'empêcher les Français de frauder la loi nationale que d'inciter les juges à appliquer les lois étrangères. En énonçant cette disposition, « ils ont voulu assurer la prédominance de la loi française »<sup>1652</sup>.

**964.** Rappelons que le rattachement du statut personnel à la nationalité a été adopté en

---

<sup>1651</sup> Paris, 13 juin 1814, BUSQUETA, S. 1814 II 393, GADIP n° 1.

<sup>1652</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 26.

Europe à une époque où cette région du monde connaissait une forte émigration : la solution a donc permis aux juges européens d'appliquer leur *lex fori* aux litiges qui concernaient les émigrants européens. Évidemment, les mouvements de population se sont renversés au cours du XX<sup>e</sup> siècle et au lieu d'étendre le domaine de la *lex fori*, l'application de la loi nationale aux immigrants contribue à importer les lois étrangères dans le système juridique du juge saisi. C'est sans doute la raison pour laquelle le rattachement à la loi nationale connaît aujourd'hui un déclin<sup>1653</sup>.

**965.** Depuis quelques décennies, il se produit un net mouvement de rapprochement entre le *forum* et le *jus* en matière de statut personnel<sup>1654</sup>. Concrètement, cela se manifeste par une tendance à défavoriser la dissociation du chef de compétence avec le critère de rattachement. La forme la plus significative de cette tendance est celle qui consiste à évincer le critère de la nationalité. Cet élément localisateur subit en effet un délaissement dans le domaine de la compétence juridictionnelle (1) mais aussi et surtout dans celui de la loi applicable (2).

1/ Déclin du chef de compétence fondé sur la nationalité

**966. Extension du domaine de la *lex fori* par une extension du chef de compétence.** On peut sans peine affirmer que l'élargissement de la compétence juridictionnelle facilite la coïncidence entre le chef de compétence et la loi applicable. En effet, en attirant le contentieux devant leurs juridictions, les juges accroissent la probabilité d'application de leur propre loi<sup>1655</sup>. De cette manière, l'édition de chefs exorbitants de compétence permet d'arriver à une « propice » extension du domaine de la *lex fori*. Pour adopter un chef exorbitant de compétence, il faut alors faire reposer la compétence du juge sur un lien très ténu ou sur un privilège accordé à l'une des parties au litige<sup>1656</sup>. Dans le premier cas, on

---

<sup>1653</sup> V. J. BASEDOW, Spécificité et coordination du droit international privé communautaire, TCFDIP 2002-2004, éd. Pedone Paris 2005, p. 279.

<sup>1654</sup> Pour une étude de droit comparé sur l'application de la *lex fori* en matière de statut personnel, v. J. GONZÁLEZ CAMPOS, Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé, RCADI 1977-III t. 156, p. 299 s.

<sup>1655</sup> Sur les procédés et méthodes qui concourent à l'application de la *lex fori*, v. la première partie *supra* n° 64 s.

<sup>1656</sup> D. FERNÁNDEZ ARROYO, Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law : Will They Ever Survive ?, in Festschrift für Erik JAYME, band 1, herausgegeben von H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, H. KRONKE, Chr. KOHLER, R. HAUSMANN, éd. Sellier München 2004, p. 169.

élargit la compétence du juge en dépit de l'absence de connexions sérieuses avec la situation juridique. Le second cas est un peu différent : l'élément localisateur favorise abusivement une personne en raison de ses liens avec l'État de la juridiction saisie<sup>1657</sup>.

**967. Chefs exorbitants de compétence : les privilèges de juridiction fondés sur la nationalité.** Pour illustrer cette dernière hypothèse, prenons l'exemple du privilège de nationalité. En effet, l'État français peut souhaiter protéger l'exercice de sa souveraineté à l'égard ses nationaux par le biais de privilèges de juridiction fondés sur la nationalité française de l'une des parties (articles 14 et 15 du Code civil, précités). Comme le mentionne Monsieur MAYER, « chaque État a le droit d'être méfiant à l'égard des justices étrangères, et d'offrir à ses nationaux un refuge contre leur partialité supposée. L'égalité des États ne postule pas la confiance mutuelle »<sup>1658</sup>. C'est ainsi que les chefs personnels de compétence figurant aux articles 14 et 15 occupaient jadis un rang principal dans la détermination de la compétence juridictionnelle<sup>1659</sup>. Cette solution ne posait guère de difficulté aux tribunaux car la nationalité française coïncidait avec le domicile en France. D'ailleurs, pour les étrangers, le Code civil prévoyait une procédure spéciale d'admission à domicile. Pour les litiges restants, les magistrats français refusaient de se reconnaître compétents car aucun autre chef de compétence que ceux des articles 14 et 15 ne permettait de s'attribuer le règlement des litiges entre étrangers.

**968. Atténuations des privilèges de juridiction fondés sur la nationalité.** L'année 1948 fut marquée par l'abandon définitif du principe d'incompétence des juges français à statuer

---

Sur les compétences exorbitantes, v. H. MUIR WATT, Droit judiciaire international – Qui a peur de la compétence exorbitante ?, *Justices* (Revue générale de droit processuel) 1995, n° 2, Chron., p. 332 s.

<sup>1657</sup> « *The opposite of a reasonable forum is an exorbitant forum (...). Most important in an exorbitant forum is the fact that the element taken into account to determine competence is not essential to the legal relationship, or is merely accidental. Secondly, but not less important, the main purpose of an exorbitant forum is often to favour the party that has a local connection, with a link to the country whose legal system includes the exorbitant jurisdiction rule, in spite of the foreign party* », D. FERNÁNDEZ ARROYO, *op. cit.*, p. 171.

<sup>1658</sup> P. MAYER, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, *RCDIP* 1979 n° 84 p. 551.

<sup>1659</sup> Au sujet des articles 14 et 15 du Code civil, v. *supra* n° 817 s. Sur l'histoire de l'article 14 du Code civil, v. K. M. CLERMONT et J. R.B. PALMER, French Article 14 Jurisdiction, Viewed from the United States, in *De tous horizons*, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, Société de législation comparée Paris 2005, p. 480 s.

sur les litiges entre étrangers<sup>1660</sup>. Depuis cette date, le droit français a admis d'autres chefs de compétence. Pour ce faire, il a trouvé inspiration au sein des règles internes de compétence territoriale. Puis, la Cour de cassation a retiré leur caractère principal aux privilèges de nationalité. En 1985, elle a décidé que l'article 14 du Code civil « qui donne compétence à la juridiction française en raison de la nationalité française du demandeur, n'a lieu de s'appliquer que lorsque aucun critère ordinaire de compétence territoriale n'est réalisé en France »<sup>1661</sup>. Selon cet arrêt, les chefs de compétence fondés sur les règles internes d'attribution de compétence territoriale doivent être appréciés préalablement aux règles des articles 14 et 15 du Code civil<sup>1662</sup>. Ces dispositions ne posent plus qu'une compétence

---

<sup>1660</sup> Cass. Civ., 21 juin 1948, PATINO ; RCDIP 1949 p. 557 (1<sup>re</sup> esp.), note Ph. FRANCESKAKIS ; JCP 1948 II 4422, note P. LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; S. 1949 I 121, note J.-P. NIBOYET. L'année 1948 est, au demeurant, considérée comme une année charnière en droit international privé, B. ANCEL et Y. LEQUETTE, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international Privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, p. IX-X.

<sup>1661</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 1985, SOC. COGNACS AND BRANDIES FROM FRANCE, Bull. 1985 I n° 306 p. 271 ; RCDIP 1986, p. 712, note Y. LEQUETTE ; JDI 1986, p. 719 note A. HUET ; D. 1986, jur. p. 362 note PREVAULT et IR p. 268, obs. B. AUDIT ; JCP 1987 II 20810, note P. COURBE ; GADIP n° 71.

<sup>1662</sup> En outre, le domaine des privilèges de nationalité est sensiblement restreint par la jurisprudence. Ils ne s'étendent pas aux actions réelles immobilières et aux demandes en partage, portant sur des immeubles situés à l'étranger, ainsi que les demandes relatives à des voies d'exécution pratiquées hors de France (Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1970 WEISS, Bull. 1970 I n° 176 p. 141 ; RCDIP 1971 p. 113, note H. BATIFFOL ; Gaz. Pal. 1970 II p. 298 ; GADIP n° 49 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juin 1988, PANAYOTAKIS, Bull. 1988 I n° 198 p. 138 ; JCP 1988 IV, p. 307 ; D. 1988 IR p. 196). La Cour de cassation reconnaît aussi que les parties bénéficient de la faculté de renoncer aux privilèges de juridiction des articles 14 et 15. Diverses conventions internationales relatives à la compétence judiciaire et à l'exécution des jugements ont par ailleurs exclu les privilèges de juridiction : par exemple, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 (art. 3). Il en est de même de plusieurs conventions bilatérales : la convention franco-camerounaise du 21 février 1974 (art. 34) ou la convention franco-marocaine du 10 août 1981 (art. 11). V. A. HUET, Compétence "privilégiée" des tribunaux français ou compétence fondée sur la nationalité française de l'une des parties - Code civil, articles 14 et 15 - Domaine - Tribunal français spécialement compétent, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 31 (2001) et A. HUET, Compétence "privilégiée" des tribunaux français ou compétence fondée sur la nationalité française de l'une des parties - Code civil, articles 14 et 15 - Renonciation - Non-applicabilité d'office, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 40 (2001). V. aussi, la jurisprudence qui a abandonné le caractère exclusif de l'art. 15 du Code civil en matière de compétence indirecte : Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, PRIEUR, Bull. 2006 I n° 254 p. 223 ; Rapport de la Cour de cassation 2006, p. 463 ; RCDIP 2006 p. 870, note H. GAUDEMET-TALLON ; JDI 2006 p. 1377, obs. Chr. CHALAS ; JCP 2006 II 10134, note P. CALLÉ ; Revue Droit de la famille-octobre 2006, comm. n° 199, obs. M. FARGE ; D. 2006 IR p. 1561, obs. I. GALLMEISTER ; D. 2007 Panorama p. 1758, obs. F. JAULT-SESEKE ; Gaz. Pal. 29 avr.-3 mai 2007, n° 123 p. 21, obs. M.-L. NIBOYET ; AJ fam. 2006 p. 324, obs. A. BOICHÉ ; GADIP n° 87 ; Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2007, BANQUE DE DÉVELOPPEMENT LOCAL,

complémentaire résiduelle. Ainsi, l'article 15 du Code civil n'a pas lieu de s'appliquer lorsqu'un critère ordinaire de compétence territoriale est réalisé en France, notamment lorsque les deux parties y sont domiciliées<sup>1663</sup>. À défaut, les articles 14 et 15 du Code civil retrouvent leur fonction et permettent d'attribuer la résolution d'un litige international aux juridictions françaises. Il s'agit en l'occurrence d'un privilège subsidiaire de nationalité<sup>1664</sup>. Cependant, les règles de droit international privé européen restreignent l'utilisation de tels privilèges de juridiction puisqu'ils ne peuvent être invoqués qu'à l'égard des défendeurs domiciliés hors du territoire de l'Union européenne<sup>1665</sup>.

**969. Justifications de l'atténuation.** Les restrictions apportées aux privilèges de juridiction s'expliquent par le nationalisme dont ils sont souvent taxés en doctrine. En effet, l'article 14 du Code civil a clairement été institué dans un souci de protection des Français, afin de permettre à tout ressortissant français de réclamer justice dans son pays d'origine. Il s'agit donc d'un texte « manifestement nationaliste »<sup>1666</sup>. Cela est pourtant moins le cas de l'article 15 du Code civil qui permet au *demandeur* étranger d'assigner un Français devant le juge français<sup>1667</sup>. Pour autant, Monsieur HUET explique que « les articles 14 et 15 ont été

---

Bull. 2007 I n° 195 p. 172 ; Gaz. Pal. du 2 juin 2007, n° 15 p. 11, obs. M.-L. NIBOYET ; D. 2007 AJ p. 1596, obs. I. GALLMEISTER ; *adde*, B. AUDIT, La fin attendue d'une anomalie jurisprudentielle : retour à la lettre de l'article 15 du code civil, D. 2006. Chron. p. 1846.

<sup>1663</sup> Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 avril 2000, M. DUCLAIROIRE, Bull. 2000 I n° 110 p. 75 ; JCP 2000 IV n° 1903 ; D. 2000 IR p. 140.

<sup>1664</sup> V. P. MAYER et V. HEUZÉ, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, n° 294 p. 214 ; Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, n° 461 p. 636 ; B. AUDIT, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 358 p. 299 ; M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, Droit international privé, LGDJ Paris 2007, n° 395 p. 293 ; A. HUET, Compétence "privilegiée" des tribunaux français ou compétence fondée sur la nationalité française de l'une des parties - Code civil, articles 14 et 15 - Bénéficiaires, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 30 (2001).

<sup>1665</sup> V. art. 3 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, art. 3 de la convention de Lugano du 16 septembre 1988 ; art. 3. 2 et annexe 1 du règlement (CE) n° 44/2001, dit « Bruxelles I ». Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>. *Adde*, sur le devenir de cette extension de l'article 14 du Code civil, v. K. M. CLERMONT et J. R.B. PALMER, *op. cit.*, p. 493 s.

<sup>1666</sup> P. MAYER, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, RCDIP 1979, n° 84 p. 551.

<sup>1667</sup> Comp. « en l'absence de traité de coopération judiciaire entre la France et les États-Unis, la faveur résultant pour l'épouse de l'application de la règle de compétence exclusive de l'article 15 du Code civil, n'est pas plus

très vivement, et à peu près unanimement, critiqués par la doctrine du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup>. Les auteurs de l'époque y voyaient, en effet, une inadmissible manifestation de nationalisme judiciaire et de défiance à l'égard des juridictions étrangères, explicable tout au plus par l'état d'esprit méfiant ou xénophobe des rédacteurs du Code civil et du premier Consul... De surcroît, en fondant la compétence française sur la nationalité française de l'un des plaideurs, les articles 14 et 15 négligent vraiment trop la règle *Actor sequitur forum rei* et les intérêts procéduraux du défendeur : n'est-il pas exorbitant et anormal qu'un défendeur domicilié aux antipodes soit assigné en France ? »<sup>1668</sup>.

**970.** De la même façon, un auteur rapporte que les articles 14 et 15 du Code civil sont considérés comme la manifestation par excellence d'une conception nationaliste de la compétence juridictionnelle<sup>1669</sup>. Les critiques les plus sévères viennent surtout de l'extérieur où, à raison selon nous, ils font figure de « scandale juridique »<sup>1670</sup>. Un professeur californien, JUENGER, écrit même que « le privilège accordé aux Français par l'article 14 du code civil est un des exemples les plus marquants de chauvinisme procédural »<sup>1671</sup>.

**971.** D'ailleurs, cet auteur reproche aux règles européennes d'avoir transformé le privilège fondé sur la nationalité en privilège fondé *sur le domicile*. Effectivement, ces règles

---

exorbitante que celle utilisée par le mari, tirée du droit de l'État de Floride, qui fonde la compétence de la juridiction américaine sur la résidence temporaire du demandeur dans cet État et la cour d'appel a exactement dit qu'il n'existait ni atteinte au droit du mari à un procès équitable ni discrimination inadmissible », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, M. X, Bull. 2004 I n° 100 p. 81 (titrages) ; RCDIP 2005 p. 89, note L. SINOPOLI ; JCP 2004 II 10097, note V. ÉGÉA ; Gaz. Pal. 25-26 juin 2004 p. 1970, note K. WEISSBERG ; Rép. Def. 2004 p. 1235, chron. J. MASSIP ; AJ fam. 2004 p. 364, obs. S. DAVID ; Revue Juridique Personnes & Famille 2004-6/14, obs. E. PUTMAN ; Petites affiches 23 févr. 2005, n° 38, p. 8, note F. JAULT.

<sup>1668</sup> A. HUET, Compétence "privilégiée" des tribunaux français ou compétence fondée sur la nationalité française de l'une des parties - Code civil, articles 14 et 15 - Bénéficiaires, J-Cl. Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 30 (2001), n° 4 p. 3.

<sup>1669</sup> L. RIGAUD, La conception nationaliste de la compétence judiciaire en Droit international privé : sa persistance et ses origines, RCDI 1938 p. 605.

<sup>1670</sup> L. RIGAUD, *op. cit.*, p. 605.

<sup>1671</sup> Fr. JUENGER, La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale. Réflexions d'un Américain, RCDIP 1983 p. 39. *Adde*, L. I. DE WINTER, Excessive Jurisdiction in Private International Law, ICLQ 1968 (vol. 17) p. 706 ; K. M. CLERMONT et J. R.B. PALMER, French Article 14 Jurisdiction, Viewed from the United States, *in* De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, Société de législation comparée Paris 2005, p. 473 s.

autorisent toute personne domiciliée sur le territoire français, quelle que soit sa nationalité, à exciper de l'article 14 du Code civil français à l'encontre d'un défendeur qui n'est pas domicilié dans l'un des États liés par ces instruments : il s'agit d'un cas de *forum actoris*<sup>1672</sup>. En conséquence, JUENGER critique le système européen car « au lieu d'éliminer une fois pour toutes les règles de procédure xénophobes, les auteurs de la convention [*de Bruxelles*] les ont abrogées seulement à l'égard des personnes et des entreprises domiciliées dans le marché commun. Les chefs de compétence exorbitants s'appliquent toujours aux défendeurs d'autres pays » ; il qualifie cette discrimination d'« euro-chauvinisme »<sup>1673</sup>.

**972.** On peut donc constater que les critiques persistent à l'égard des privilèges de juridiction au point d'ailleurs qu'un autre auteur ait pu s'interroger sur leur survie en droit international privé<sup>1674</sup>. Il est, en effet, possible de douter du maintien des chefs de compétence aussi exorbitants que ceux qui reposent sur la nationalité des plaideurs. Aujourd'hui, du point de vue de la bonne administration de la justice, les États n'ont pas vraiment intérêt à étendre de façon illimitée la juridiction de leurs tribunaux tant la surcharge des tribunaux paralyse le fonctionnement des institutions et accroît les dépenses de l'État. Il n'y a donc pas avantage à régler plus de contentieux qu'il n'en faut<sup>1675</sup>.

Parallèlement au déclin des privilèges de juridiction, le critère de rattachement à la nationalité subit, lui aussi, de très nombreuses atténuations (2).

---

<sup>1672</sup> V. art. 4, al. 2, de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, art. 4, al. 2, de la convention de Lugano du 16 septembre 1988, art. 4. 2 et annexe 1 du règlement (CE) n° 44/2001, dit « Bruxelles I », ainsi que art. 7.2 du règlement n° 2201/2003, dit « Bruxelles II bis ».

<sup>1673</sup> Fr. JUENGER, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale. Réflexions d'un Américain*, RCDIP 1983 p. 41 et p. 50.

<sup>1674</sup> D. FERNÁNDEZ ARROYO, *Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law : Will They Ever Survive ?*, in *Festschrift für Erik JAYME*, band 1, herausgegeben von H.-P. MANSEL, Th. PFEIFFER, H. KRONKE, Chr. KOHLER, R. HAUSMANN, éd. Sellier München 2004, p. 169.

<sup>1675</sup> Même si, d'un autre côté, l'État peut avoir intérêt à attirer ledit contentieux devant ses juridictions pour promouvoir le développement d'une expertise sur les questions internationales. Il s'agit d'un effet vertueux de l'extension de compétence, traduit sous le concept de la course à l'excellence (« *race to the top* »). V. par exemple, l'« effet Delaware » en matière de droit des sociétés : 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, n° 50 p. 94.

**973. Déclin du critère de rattachement à la loi nationale.** L'influence du tribunal compétent sur le droit applicable au fond se remarque notamment en matière d'état et de capacité des personnes ainsi que dans le droit extrapatrimonial de la famille, où il devrait en principe régner une forte séparation du *jus* et du *forum*. En effet, dans un pays d'immigration qui retient la nationalité comme critère de rattachement pour le statut personnel, chaque immigrant porte potentiellement en lui-même un vecteur d'importation de lois étrangères dans le système juridique qui l'accueille<sup>1676</sup>.

**974.** Ainsi une analyse historique montre-t-elle que l'application de la loi personnelle des étrangers, retenue par la jurisprudence française dès 1814<sup>1677</sup>, doit être fortement relativisée<sup>1678</sup>. À l'époque, PILLET parle notamment d'une « répulsion particulière [*de la jurisprudence*] à se saisir des causes concernant l'état des étrangers »<sup>1679</sup>. D'ailleurs, avec « tous les cas d'application de la loi française aux opérations immobilières, au régime dotal, aux formes intrinsèques et extrinsèques des actes passés en France, aux successions immobilières et parfois aux meubles, il restait bien peu de jugements qui appliquaient une loi étrangère »<sup>1680</sup>.

---

<sup>1676</sup> Cela procède d'un choix préalable dont l'objet se résume ainsi : « si nous entendons appliquer la loi française aux étrangers qui sont en France, nous devons accepter que la loi étrangère soit appliquée aux Français qui sont à l'étranger. Si nous entendons appliquer la loi française aux Français qui sont à l'étranger, nous devons nous abstenir d'appliquer la loi française aux étrangers qui sont en France. Il faut choisir », P. LOUIS-LUCAS, L'impérieuse territorialité du Droit, RCDI 1935 p. 636-637.

<sup>1677</sup> Paris, 13 juin 1814, BUSQUETA, S. 1814 II 393 ; GADIP n° 1.

<sup>1678</sup> « En réalité l'application de ce principe était souvent paralysée. Les tribunaux saisissaient parfois un prétexte pour se déclarer purement et simplement incompétents. Plus généralement, ils refusaient l'application de la loi étrangère dès qu'elle était "de nature à compromettre un intérêt français". À partir des années 1820, les décisions judiciaires invoquèrent l'ordre public pour empêcher l'application de certaines lois étrangères portant sur la capacité personnelle des intéressés. De manière très significative, cette jurisprudence trouva son point de départ dans l'abrogation du divorce en 1816 », J.-L. HALPÉRIN, Entre nationalisme juridique et communauté de droit, PUF Paris 1999, p. 32.

<sup>1679</sup> A. PILLET, Traité pratique de droit international privé, t. 1<sup>er</sup>, Paris Sirey 1923, n° 190 p. 396 [*ajouté par nous*].

<sup>1680</sup> J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.*, p. 33. *Adde*, « s'il faut rester prudent sur les comparaisons avec la pratique judiciaire d'autres États, il y avait de bonnes raisons de considérer qu'en France la législation et la jurisprudence étaient "peu favorables aux rapports de bon voisinage que l'intérêt réciproque des nations paraît

**975.** Conscient de ce problème, BATIFFOL s'est interrogé au cours de sa carrière sur le rattachement utilisé en matière de statut personnel. Dans sa thèse de doctorat, BATIFFOL a choisi d'étudier une catégorie particulièrement ouverte à l'application des lois étrangères : la capacité des étrangers. Il était convaincu que « si réellement les tribunaux ont une tendance marquée à faire prévaloir la loi française, ce terrain de la capacité doit être le centre de la lutte »<sup>1681</sup>. Dans ses travaux, il a alors montré qu'il existait « une tendance générale à appliquer le plus possible la loi française »<sup>1682</sup>.

En 1961, BATIFFOL a aussi décrit le déclin du rattachement à la loi nationale en matière de statut personnel<sup>1683</sup>. La faveur pour la *lex fori* en tant que loi du domicile se constatait, à cette époque, en tant que rattachement subsidiaire, pour les époux de nationalité différente<sup>1684</sup>. L'application de la loi du for était également permise par l'intervention d'une exception pour ignorance excusable de la loi étrangère en matière de capacité de contracter<sup>1685</sup>, pour les mesures urgentes de tutelle prises à l'égard d'un mineur étranger<sup>1686</sup>, au titre de l'exception de l'ordre public en matière d'obligations alimentaires<sup>1687</sup>, pour les conditions de fond du mariage soumises à la loi locale et, enfin, en cas d'absence d'invocation de la loi étrangère par les parties<sup>1688</sup>.

---

exiger". À une époque où l'enseignement des facultés de droit ignorait le droit des gens et le droit comparé, l'"amour" du Code civil qui aveuglait les juristes français tendait à les couper des lois étrangères. Il en allait probablement de même dans tous les pays dotés d'une législation codifiée », J.-L. HALPÉRIN, *op. cit.* p. 34.

<sup>1681</sup> H. BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1929, p 4-5.

<sup>1682</sup> H. BATIFFOL, *Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France*, précité, spéc. p. 4-5 et p. 299.

<sup>1683</sup> H. BATIFFOL, *Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale*, in *Choix d'articles rassemblés par ses amis*, LGDJ Paris 1976, p. 213.

<sup>1684</sup> Cass. Civ., 17 avril 1953, RIVIERE, RCDIP 1953 p. 412, note H. BATIFFOL ; JDI 1953 p. 860, note R. PLAISANT.

<sup>1685</sup> Cass. Req., 16 janvier 1861, LIZARDI, D.P. 1861 I 193 ; S. 1861 I p. 305, note G. MASSÉ ; GADIP n° 5 : « il convient d'apporter à l'application du statut étranger des restrictions et des tempéraments sans lesquels il y aurait danger incessant d'erreur ou de surprise au préjudice des Français ».

<sup>1686</sup> Sur l'urgence, v. *supra* n° 524 s.

<sup>1687</sup> Sur l'exception de la protection de l'ordre public v. *supra* n° 366 s.

<sup>1688</sup> Sur l'absence d'invocation de la loi étrangère, v. *supra* n° 238 s.

La tendance au rétrécissement du domaine de la loi étrangère en matière de statut personnel est encore présente dans les années 1970, comme en témoignent les remarques du doyen BATIFFOL dans son cours sur le pluralisme des méthodes en droit international privé<sup>1689</sup>. Il est possible d'en développer quelques exemples.

a/ L'exception de l'ignorance excusable de la loi étrangère

**976.** Dans l'affaire LIZARDI, que nous avons déjà évoquée, il est notable que la jurisprudence française ait écarté la loi nationale étrangère désignée par la règle de conflit en matière personnelle sous le prétexte que « le Français ne peut être tenu de connaître les lois de diverses nations et leurs dispositions concernant la minorité, la majorité et l'étendue des engagements qui peuvent être pris par les étrangers dans la mesure de leur capacité civile »<sup>1690</sup>. Cette affaire illustre de façon flagrante le conflit qui existe entre les exigences de la justice et les conséquences du rattachement du statut personnel à la loi nationale<sup>1691</sup>. L'ignorance excusable de la loi étrangère a ainsi permis d'éluder l'application de la loi étrangère au profit de la *lex fori*.

**977.** En conséquence, le doyen BATIFFOL y a vu la marque d'une jurisprudence protégeant l'intérêt national. Selon lui, il s'agit de « l'échec le plus franchement avoué » à la règle qui veut que le statut personnel soit régi par la loi nationale<sup>1692</sup>. Cela autorise plusieurs auteurs à considérer que la jurisprudence ne cherche pas à respecter la règle de conflit, mais plutôt à asseoir une large application de la loi du for<sup>1693</sup>, dont les mérites sont parfois

---

<sup>1689</sup> H. BATIFFOL, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II t.139, p. 88.

<sup>1690</sup> Cass. Req., 16 janvier 1861, LIZARDI, précité. Sur la question de la protection des intérêts du sujet national, v. *supra* n° 443 s.

<sup>1691</sup> H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, précité, p. 233-250, spéc. p. 234.

<sup>1692</sup> H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, précité, p. 239.

<sup>1693</sup> En matière de droit français, « la compétence de la loi nationale a été affirmée avec d'autant plus de force qu'il s'agissait d'espèces concernant des Français où seule l'autorité de la loi française était en cause, et que l'absence de sanction de la fraude à la loi étrangère, jointe à la non-impérativité de celle-ci, permet d'éluder le rattachement à la loi nationale des étrangers. Si bien que l'interprétation de l'article 3, alinéa 3 du Code civil, sans exclure l'applicabilité de la loi étrangère, n'a pas provoqué dans ce pays d'immigration qu'est la France un véritable pluralisme juridique », C. LABRUSSE, La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère, TCFDIP 1975-1977, éd. du CNRS Paris, p. 113. Comp. « la loi

acquiescés : comme l'écrit Madame LABRUSSE, « la compétence des autorités françaises absorbe très souvent la compétence législative, sans que pour autant l'on s'en plaigne car, dans bien des cas, la référence à une loi étrangère n'apparaît pas opportune »<sup>1694</sup>.

b/ La requalification du statut personnel en questions procédurales

**978. Manipulation de la qualification.** Dans sa thèse de doctorat, BATIFFOL a analysé le cas particulier de la capacité civile des étrangers, en principe soumis à leur loi nationale, en vertu de l'article 3, alinéa 2, du Code civil. Il est parvenu à la conclusion que la jurisprudence n'appliquait pas toujours la loi étrangère désignée par cette règle de conflit, notamment sous couvert d'une manipulation de la qualification juridique<sup>1695</sup>. L'idée a plus tard été approfondie par un autre auteur qui a décelé une manipulation similaire des catégories de rattachement en matière de statut personnel. Il révèle, quant à lui, que certaines matières subissent l'attraction de catégories traditionnellement rattachées à la *lex fori*. De cette manière, les questions de protection des incapables sont souvent assignées au domaine de la procédure (soumise à la loi du for). Le même phénomène touche, du reste, les droits de la personnalité et la protection du nom patronymique, lesquels se retrouvent adjoints à la catégorie des délits<sup>1696</sup>.

**979. Catégorie procédure dans les systèmes de *Common law*.** Analysons un instant cette question du lien qui existerait entre le rétrécissement du champ d'application de la loi étrangère et l'élargissement des questions procédurales en matière de statut personnel. Nous avons déjà évoqué le principe de soumission de la procédure à la loi du for et le fait que ce principe pouvait servir à écarter l'application d'une loi étrangère<sup>1697</sup>. À cet égard, la doctrine cite souvent les systèmes de droit anglo-américain pour lesquels la catégorie procédure serait

---

nationale est appliquée lorsqu'elle permet de parvenir au résultat souhaité (...). Au cas contraire tous les motifs sont bons pour revenir à la loi française », Y. LEQUETTE, note sous TI Paris (juge des tutelles), 3 décembre 1973, DAME LAFORTUNE, RCDIP 1974 p. 663.

<sup>1694</sup> C. LABRUSSE, *op. cit.*, p. 122.

<sup>1695</sup> H. BATIFFOL, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, précité.

<sup>1696</sup> S. BOSTANJI, L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel, th. Dijon 2000, p. 155 s.

<sup>1697</sup> V. l'introduction *supra* n° 43 s.

plus large que celle qui est retenue dans les systèmes romano-germaniques<sup>1698</sup>.

**980.** Certes, la procédure prend plus de place dans ces systèmes : historiquement, le droit s'y est construit autour des *remedies* et non autour des droits subjectifs. Cependant, il ne faudrait pas laisser entendre que les systèmes de *common law* ne connaissent pas de règles de conflit de lois de nature à imposer l'application d'une loi étrangère au fond du droit. En 1995, par exemple, le législateur anglais a choisi d'insérer dans le système juridique anglais une règle de conflit bilatérale. L'article 11. (1) du *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act* de 1995 contient en effet un rattachement à « la loi du pays où les événements constituant le délit en question se sont produits »<sup>1699</sup>. Un commentateur explique ainsi que le groupe d'étude chargé de cette réforme a écarté le rattachement très flexible de la loi du lieu les plus étroits, c'est-à-dire la « *proper law of the contract* », parce qu'il aurait manifestement conduit à l'insécurité, à une contradiction de décisions et à une appréciation arbitraire du juge<sup>1700</sup>.

**981. Procédure ou coïncidence entre le *forum* et le *jus* ?** C'est qu'en droit anglais, l'application de la loi du for ne s'interprète pas seulement comme une dominance des questions procédurales sur les questions de fond mais aussi en tant que corrélation entre le chef de compétence juridictionnel et le critère de rattachement. Monsieur GRAVESON explique, par exemple, que la question des conflits de lois en matière de divorce ne s'est véritablement posée qu'à partir de 1857 (instauration de la *Divorce court* par le *Matrimonial Causes Act*) tout simplement à cause de la coïncidence des critères de compétence et de rattachement qui régnait à cette époque (la jurisprudence rattachait la situation à la loi du domicile des parties). Le conflit de lois n'est apparu que lorsque le législateur a inséré la notion de résidence dans les données du problème, opérant par la même une dissociation

---

<sup>1698</sup> « Les liens des deux compétences sont davantage établis dans les pays anglo-saxons où la loi du for est plus souvent appliquée dans les relations internationales, et où la compétence juridictionnelle elle-même est influencée par la compétence législative, l'applicabilité du droit étranger étant souvent une bonne raison de déclarer l'action irrecevable », P. GANNAGÉ, L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, Rapport provisoire, AIDI 1989 (vol. 63-I), n° 10 p. 213-214.

<sup>1699</sup> Loi du Royaume-Uni portant diverses dispositions en matière de droit international privé (1995), RCDIP 1996 p. 377. La règle est cependant assortie d'une clause d'exception (article 12 de la Loi).

<sup>1700</sup> A. E. ANTON, Loi du Royaume-Uni portant diverses dispositions en matière de droit international privé, RCDIP 1996 p. 271.

entre le chef de compétence et le rattachement à la loi applicable au fond du droit<sup>1701</sup>. Cela montre que, comme en droit international privé français, le système juridique anglais comprend des liens historiques entre le *jus* et le *forum* et qu'il ne faut pas trop rapidement affirmer que ce système laisse peu de place à la loi étrangère en raison de l'importance de la catégorie procédure.

D'ailleurs, la requalification des questions personnelles n'est pas l'atteinte la plus patente au critère de rattachement à la nationalité. Celui-ci subit un déclin encore plus important à cause du succès que rencontre le critère de la résidence habituelle en droit international privé (c).

c/ L'assaut de la résidence habituelle comme critère de rattachement

**982. Utilisation actuelle du critère de la nationalité en droit international privé français.** Monsieur LAGARDE a recensé les applications résiduelles de la loi nationale en droit international privé français. Elle ne concerne guère que la capacité (sous réserve de la solution LIZARDI, que reprend d'ailleurs l'article 11 de la Convention de Rome), le nom (où la loi nationale est concurrencée par la loi régissant les effets du mariage ou de la filiation), les conditions de fond du mariage et, partiellement, l'établissement de la filiation et les conditions de l'adoption<sup>1702</sup>.

**983. Proposition d'abandon du facteur de la nationalité.** Toutes ces solutions, qui confèrent à la personnalité des lois un caractère exceptionnel, ont alors conduit Madame HUNTER-HENIN à proposer une redéfinition du statut personnel, constatant que la « jurisprudence [*française*] a déjà considérablement atténué le rôle de la nationalité en matière de statut personnel, sous les pressions du droit de l'immigration et des difficultés d'intégration des étrangers en France »<sup>1703</sup>. La démonstration de Madame HUNTER-HENIN

---

<sup>1701</sup> R. GRAVESON, Choice of Law and Choice of Jurisdiction in the English Conflict of Laws, BYBIL 1951 p. 277.

<sup>1702</sup> P. LAGARDE, Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2004 (vol. 68) p. 239. V. aussi M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, LGDJ Paris 2007, n° 9 p. 5-6.

<sup>1703</sup> M. HUNTER-HENIN, Pour une redéfinition du statut personnel, *PUAM Aix-en-Provence* 2004, n° 460 p. 346 [*ajouté par nous*]. Pour une proposition médiane, combinant le critère de la nationalité et celui de la

visée à convaincre des bienfaits d'un rattachement du statut personnel au pays de la résidence habituelle, un lieu caractérisant le milieu où se déroule la vie des personnes<sup>1704</sup>. En droit international privé comparé, il est vrai qu'une tendance générale se dégage qui consiste à abandonner le critère de rattachement de la nationalité pour lui préférer celui de la résidence habituelle<sup>1705</sup>. Au niveau international, l'émergence du rattachement à la loi de la résidence habituelle, se retrouve ainsi dans de très nombreuses conventions de La Haye<sup>1706</sup>.

**984. Conclusion.** En conclusion, le statut personnel des individus subit un fort mouvement vers l'application de la loi du for. Alors qu'en ce domaine il devrait demeurer une fréquente séparation de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable, divers procédés ont permis à la jurisprudence de rapprocher ces deux questions. Premièrement, le chef de compétence fondé sur la nationalité des parties a été sensiblement restreint. Deuxièmement, le critère de rattachement de la nationalité est tombé en déclin. On constate donc une tendance générale à lier la compétence du juge du domicile ou de la résidence habituelle à la loi qui y correspond. Cette tendance peut aussi se retrouver en matière contractuelle où la clause attributive de juridiction sert de justification au juge pour raccrocher la situation juridique à sa propre loi (B).

---

résidence habituelle, v. A. RICHEZ-PONS, La résidence en droit international privé : conflits de juridictions et conflits de lois, th. Lyon III 2004, n° 675 p. 488-489, disponible sur le site de diffusion électronique des thèses de l'Université de Lyon III : <http://thesesbrain.univ-lyon3.fr/sdx/theses/>.

<sup>1704</sup> M. HUNTER-HENIN, *op. cit.*, spéc. p. 383.

<sup>1705</sup> M. FALLON, Le droit international privé en 2004, entre *ius commune*, codification et droit privé européen, in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen : études réunies et présentées par Alain WIJFFELS*, Bruylant Bruxelles 2005, p. 229.

<sup>1706</sup> Par exemple, en matière d'obligations alimentaires (Convention de La Haye du 24 octobre 1956 sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants et Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur la loi applicable aux obligations alimentaires) ou de tutelles (Convention de La Haye du 5 octobre 1961 concernant la compétence des autorités et la loi applicable en matière de protection des mineurs et Convention de La Haye du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants et la Convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection des adultes). Sur le glissement du critère de rattachement de la nationalité vers celui de la résidence habituelle, v. A. RICHEZ-PONS, *op. cit.*, n° 435 s. p. 292 s.

**985. Influence de la clause attributive de juridiction.** L'influence du tribunal compétent sur le droit applicable peut se manifester en matière contractuelle, spécialement lorsque les parties ont choisi le tribunal compétent sans avoir choisi le droit applicable pour leur litige. Le juge peut alors utiliser la clause attributive de juridiction comme un indice lui permettant de rattacher la situation juridique à sa propre loi. Ainsi, un auteur relève que cette clause est révélatrice car elle est « volontiers interprétée comme manifestant le choix de la loi du pays correspondant »<sup>1707</sup>. Ce phénomène d'absorption du conflit de lois par la compétence juridictionnelle a été traduit par la formule latine du « *qui eligit judicem, eligit jus* »<sup>1708</sup>.

**986.** Mais, à l'examen, la clause attributive de juridiction ne se trouve être qu'un indice parmi tant d'autres. Elle ne suffit pas à elle seule, comme le considère une partie de la doctrine française<sup>1709</sup> et comme le considère la jurisprudence. Dans l'affaire MAILLARD, par exemple, la clause attributive de compétence a été prise en compte au même titre que la nationalité commune des parties et que le lieu de conclusion du contrat. La Cour de cassation a décidé « que les juges du fond, interprétant l'intention des parties, qui, toutes deux françaises, avaient contracté en France en attribuant expressément compétence à une juridiction française pour connaître de leurs différends, ont pu estimer qu'elles avaient entendu que leurs conventions soient régies par la loi française ». Seule l'activité de l'agent était exercée en Allemagne<sup>1710</sup>.

**987.** De même, dans l'affaire STAUDENMAYER, la Cour a non seulement tenu compte de la clause attributive de juridiction mais aussi du lieu de conclusion et de la langue utilisée pour rédiger le contrat<sup>1711</sup>. Dans une autre espèce, elle s'est aussi référée à la clause

---

<sup>1707</sup> B. AUDIT, *Droit international privé*, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris, n° 819 p. 658.

<sup>1708</sup> B. ANCEL et Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la Jurisprudence française de droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris, n° 70 § 14 p. 634 ; J. GONZÁLEZ CAMPOS, *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé*, RCADI 1977-III t. 156, p. 322 ; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Le forum shopping* devant les juridictions françaises, TCFDIP 1998-1999 et 1999-2000, Pedone Paris 2001, p. 50.

<sup>1709</sup> P. MAYER et V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris, n° 719 p. 542.

<sup>1710</sup> Cass. Soc. (sect.), 1<sup>er</sup> juillet 1964, ÉTABLISSEMENTS MAILLARD, Bull. 1964 IV n° 573 p. 467.

<sup>1711</sup> « Qu'ayant relevé notamment que la convention liant la société Didot-Bottin à Staudenmayer a été conclue à Paris, rédigée en langue française, le tribunal de commerce de la Seine recevant une compétence exclusive

attributive de juridiction et au lieu de conclusion, mais en y ajoutant une référence au lieu d'exécution<sup>1712</sup>. L'arrêt SOCIÉTÉ L'ABEILLE est encore plus révélateur de la multiplicité d'indices qui sont retenus en complément de la clause attributive de juridiction pour rattacher le contrat à une loi particulière<sup>1713</sup>.

**988.** Il est frappant, en outre, de constater que la chambre sociale de la Cour de cassation française a déjà utilisé une série d'indices pour faire échec à l'application de la loi du for alors qu'une clause lui attribuait expressément compétence. Par exemple, dans l'affaire ZANARELLI, un représentant de nationalité italienne, qui résidait et travaillait en Italie, avait saisi le juge français. Malgré l'existence d'une clause du contrat attribuant juridiction au Conseil des prud'hommes de Lyon, les juges du fond ont écarté l'application de la loi française au motif qu'il n'était pas démontré que les parties avaient eu la commune intention d'adopter la loi française et que le contrat litigieux comportait deux dispositions qui auraient été frappées de nullité par la loi française. La cour d'appel, interprétant souverainement l'intention des parties au moment de la conclusion du contrat, a pu estimer que celles-ci avaient clairement entendu se soustraire à la loi française et que, par conséquent, le représentant ne pouvait prétendre à la protection instaurée par cette loi<sup>1714</sup>.

---

pour connaître de toute procédure judiciaire relative à un différend né du contrat ; le tribunal a souverainement déduit de ces constatations la volonté implicite des contractants de soumettre leur accord à la loi française », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janvier 1978, STAUDENMAYER, Bull. 1978 I n° 33 p. 27.

<sup>1712</sup> « La cour d'appel a retenu que le contrat de concession d'exclusivité de ventes de décembre 1974 avait été conclu en France et devait y recevoir exécution, et que le marché du 11 octobre 1976 contenait une clause attributive de compétence aux juridictions françaises ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision soumettant à la loi française les contrats litigieux », Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1982, SOC. EUROPACK, Inédit au bulletin, disponible sur Legifrance.

<sup>1713</sup> Cass. Com., 8 juillet 1981, SOC. L'ABEILLE, Bull. 1981 IV n° 311 p. 246, « la cour d'appel a relevé, d'une part, que le contrat de commission conclu entre la société TMF et la société Delvaux empruntait ses conditions générales à celles du contrat type de la fédération nationale des commissionnaires de transport et donnait compétence aux tribunaux de la Seine, d'autre part, que les offres de la société Delvaux avaient été acceptées en France par la société TMF dont le siège était fixé dans ce pays, que toute la correspondance relative à cette convention était rédigée en français, que le prix était stipulé en francs français et devait être payé en France et que si, enfin, la livraison du maïs devait être effectuée en Belgique, le contrat, "en tout ce qu'il avait d'essentiel", devait être exécuté en France ; que, retenant souverainement de l'ensemble de ces constatations la commune intention des parties de localiser leur convention en France, la cour d'appel a pu décider que la loi applicable au contrat était la loi française » (multiplicité d'indices).

<sup>1714</sup> Cass. Soc., 5 mars 1969, ZANARELLI, Bull. 1969 V n° 152 p. 127.

**989.** Au regard de ces différents arrêts de la Cour de cassation, il faut conclure que l'argument de l'influence de l'attribution de juridiction sur le droit applicable au fond semble prospérer dans les arguments des plaideurs mais il est diversement apprécié par la Cour de cassation. Il pourrait en aller différemment avec la nouvelle réglementation européenne du droit international privé des contrats.

**990. Projet de règlement (CE), dit « Rome I ».** Le projet de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles est particulièrement favorable à l'application de la *lex fori* lorsque les parties au contrat ont choisi le juge compétent sans avoir choisi la loi applicable au litige<sup>1715</sup>. Il confère à la clause attributive de juridiction une importance tout à fait déterminante pour la désignation de la loi applicable. En effet, en l'absence de choix par les parties du droit applicable au contrat, l'élection d'un for dans l'espace européen est présumée emporter l'application de la *lex fori*<sup>1716</sup>. Cela implique pour le plaideur un soin attentif dans le choix de la juridiction devant laquelle il portera son litige puisque celle-ci appliquera sa propre loi. Dans ce cas précis où le chef de compétence est laissé à la libre volonté des parties, ce système aboutit à l'application systématique de la *lex fori*.

---

<sup>1715</sup> Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 2005 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM/2005/0650 final - COD 2005/0261. Disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.

<sup>1716</sup> L'article 3, § 1, de la proposition de règlement précise que « sous réserve des articles 5, 6 et 7, le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Le choix peut être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrat, du comportement des parties ou des circonstances de la cause. Si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un État membre pour connaître des différends nés ou à naître relatifs au contrat, il est présumé que les parties ont également entendu choisir la loi de cet État membre ».

## CONCLUSION DU CHAPITRE II

**991.** Dans ce chapitre, nous avons étudié les attractions réciproques qui existent entre la compétence juridictionnelle (*forum*) et le droit applicable (*jus*). À la différence des coïncidences que nous avons envisagées dans le chapitre précédent, le phénomène ne concerne que les coïncidences *potentielles* entre ces deux catégories, notamment parce qu'il y a une option, laissée au demandeur à l'instance, entre plusieurs chefs de compétence internationale.

**992.** Ce type de recours potentiel à la *lex fori* peut prendre deux formes différentes. La première correspond à une influence du droit applicable sur la détermination de la compétence juridictionnelle. À l'inverse, la seconde se manifeste par une influence du juge compétent sur la détermination de la loi applicable. Quant à l'influence du *jus* sur le *forum* (première forme), la question a reçu en doctrine l'appellation de *forum legis* (tribunal de la loi applicable). Il est possible d'en trouver des exemples dans l'appréciation par le juge du caractère approprié de sa compétence juridictionnelle (*forum conveniens* ou *non conveniens*), mais il faut noter que cette approche est rejetée par les pays de *civil law*, ainsi que par le droit communautaire européen.

**993.** En dépit de cet apparent rejet, la jurisprudence européenne a néanmoins pu utiliser l'argument du critère de rattachement (*jus*) pour résoudre certaines difficultés relatives aux chefs spéciaux de compétence posés par les règles de droit international privé européen, en particulier dans le domaine des obligations. Mais il apparaît aujourd'hui que les nouveaux instruments juridiques européens viennent restreindre cette interprétation prétorienne en fixant des critères prompts à engendrer une ample séparation de la compétence juridictionnelle avec le droit applicable.

**994.** De surcroît, la Cour de justice paraît disposée à rejeter un cas d'influence du droit applicable sur la détermination de la compétence juridictionnelle, celui de l'extension de compétence fondée sur l'existence au fond du droit d'une solution particulièrement essentielle aux yeux du juge saisi (loi de police ou ordre public international). Il s'agit d'un cas de *forum legis* qui a parfois été envisagé par la jurisprudence française mais dont les manifestations restent très exceptionnelles en raison des nombreuses critiques dont elles font l'objet.

**995.** À l'examen de celles-ci, nous avons pu conclure que le critère de rattachement doit rester, pour le législateur, un élément à prendre en compte au moment de la création du chef de compétence, parce que le parallèle entre le *jus* et le *forum* est un principe directeur du droit international privé, et non pas un moyen pour le juge d'étendre abusivement sa compétence juridictionnelle. Ainsi, les exemples de *forum legis* montrent que la dissociation imposée par un choix de tribunal qui est en inadéquation avec la loi applicable devrait inciter une révision des règles de droit international privé, en l'occurrence des règles de compétence juridictionnelle.

**996.** Cette conclusion se vérifie particulièrement à l'examen de la seconde forme d'attraction qui survient entre le *forum* et le *jus* : celle qui témoigne de l'influence du tribunal compétent sur la détermination du droit applicable. Dans cette série d'hypothèses, au sein de laquelle il est d'ailleurs possible de ranger les procédés particuliers qui permettent une application subsidiaire de la *lex fori*<sup>1717</sup>, figurent les nombreuses atténuations qui ont été apportées tant aux chefs de compétence fondés sur la nationalité qu'au critère de rattachement fondé sur le même élément. Le phénomène suggère alors qu'en matière de statut personnel, les magistrats réclament implicitement l'adoption d'un critère de rattachement à la loi de la résidence habituelle ou à celle du domicile, pour mieux correspondre au chef de compétence de droit commun (*actor sequitur forum rei*). La tendance pourrait d'ailleurs partiellement gagner le domaine des contrats au vu du projet de règlement relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles.

---

<sup>1717</sup> Sur ces procédés, v. *supra* n° 196 s.

## CONCLUSION DU TITRE II

**997.** Un récapitulatif s'impose à propos des formes de rapprochement qui existent entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable. Après avoir souligné qu'à l'aide d'un élément de la situation juridique, les règles qui concernent ces deux ensembles accomplissent le même travail de localisation, il nous a été permis de dresser une nomenclature des fusions qui s'opèrent entre le *forum* et le *jus*. Cette nomenclature s'est formée en fonction du degré de coïncidence qui se produit entre les critères localisateurs dans ces deux catégories. Il y a tout d'abord la coïncidence systématique, qui constitue la forme la plus parfaite de rapprochement, puis il y a la coïncidence potentielle, qui correspond seulement à une coïncidence en puissance.

**998.** La coïncidence systématique a pour caractéristique d'être délibérée et limitative. Elle est généralement délibérée car la coïncidence fortuite ne concerne, quant à elle, que les litiges pour lesquels l'application de la *lex fori* est tellement manifeste que la fusion entre le *jus* et le *forum* ne peut guère se discuter (il s'agit en l'occurrence des situations faiblement internationales). La coïncidence systématique est aussi limitative car, si historiquement elle a pu être largement pratiquée lorsque la nationalité française des plaideurs était le seul chef de compétence des juridictions correspondantes, aujourd'hui elle ne concerne plus que les droits réels immobiliers, les successions immobilières, le prélèvement successoral, l'insolvabilité et la protection des incapables.

**999.** À l'analyse de ces différentes catégories, il nous a alors été possible de déduire que la coïncidence des chefs de compétence avec les critères de rattachement s'expliquait par une concordance de fondements juridiques : l'efficacité et la proximité de la justice. En alliant ces deux notions, nous avons pu constater que ces éléments renvoyaient à un concept réaliste, précédemment dégagé afin d'éclaircir les raisons de l'inégalité patente entre la loi étrangère et la loi du juge saisi, à savoir celui de la bonne administration de la justice. Nous avons également montré que, dans une certaine mesure, ce phénomène se propageait aux situations juridiques qui se rattachent, pour des raisons de proximité, à la loi de la résidence habituelle ou, pour des raisons d'efficacité du choix, à la loi choisie par les parties.

**1000.** Dans les autres catégories, qui sont bien plus nombreuses, la coïncidence entre le *jus* et le *forum* intervient à un moindre degré : elle n'est que potentielle. Pourtant, cette dernière

forme de coïncidence peut être accentuée pour provoquer l'application *vraisemblable* de la *lex fori*. Ce cas de figure intervient dès que le choix des critères localisateurs, effectué par les parties ou par le juge, est guidé vers cette solution pour des raisons, somme toute hétérogènes, mais qui semblent pouvoir être rassemblées sous une seule et même fonction : celle de la correction des séparations inappropriées du *jus* et du *forum*.

**1001.** Concrètement, en matière de compétence juridictionnelle, cela se traduit par une neutralisation des chefs de compétence manifestement exorbitants grâce au jeu de l'exception d'incompétence (pratique du *forum non conveniens*). À l'inverse, cela peut également se traduire par une extension de compétence lorsque aucun chef de compétence ne permet au juge saisi de connaître du litige là où, pourtant, il s'agit d'une question de fond qui lui paraît singulièrement cruciale (loi de police ou ordre public). Au demeurant, cette fonction de correction se vérifie également sur l'autre versant du droit international privé : celui de la loi applicable. En particulier, de nombreuses décisions jurisprudentielles tendent à faire plier la règle de conflit qui désigne une loi étrangère semblant inopportune à mettre en œuvre (par exemple, en matière de statut personnel).

## CONCLUSION DE LA PARTIE II

**1002.** À l'opposé des difficultés posées par la séparation du *jus* avec le *forum*, les fondements respectifs des règles de compétence juridictionnelle et des règles de désignation de la loi applicable se recoupent fort bien dans certaines catégories pour entraîner une coïncidence du *forum* et du *jus*. Cette solution, dépourvue des sophistications qui se retrouvent dans le droit international privé postmoderne, permet alors d'éviter les complications posées par l'application des lois étrangères, que nous avons précédemment exposées.

**1003.** Le rapprochement du *forum* et du *jus* doit alors se trouver dans une corrélation entre les raisonnements qui sous-tendent la compétence juridictionnelle et ceux qui servent de base à la désignation de la loi applicable. Concrètement, voici comment cette corrélation doit vraisemblablement se produire : soit que la compétence emprunte les caractères de la localisation de la loi applicable (localisation unique, neutre et bilatérale), soit que la loi applicable emprunte les caractères de la compétence (éléments composants la bonne administration de la justice).

**1004.** Le système français de droit international privé étant indéniablement attaché au caractère fondamental de la résolution du conflit de lois, indépendamment de la chronologie du procès qui veut que la compétence juridictionnelle soit préalable à cette résolution, les moyens de rapprochement se comprennent davantage dans le sens d'une influence du juge compétent sur la loi applicable plutôt que dans celui d'une influence de la loi applicable sur le juge compétent : c'est donc la localisation de la loi applicable qui emprunte généralement les fondements de la compétence juridictionnelle.

**1005.** Cette approche explique aussi que les juges qui sont soucieux de la bonne administration de leur justice peuvent souvent avoir tendance à reproduire implicitement cette justification dans le domaine de la résolution des conflits de lois afin de parvenir à l'application de la *lex fori* plutôt qu'à celle de la loi étrangère. L'étude des formes de coïncidence du *jus* avec le *forum* montre à cet égard que le concept de bonne administration de la justice peut servir de principe directeur au rapprochement général des chefs de compétence et des critères de rattachement.

**1006.** Pourtant, les critiques formulées à l'encontre de l'auteur qui a préconisé une application généralisée de la *lex fori*, via une approche juridictionnelle, indiquent qu'une coïncidence systématique entre le tribunal compétent et la loi applicable ne semble pas prête d'être adoptée en droit international privé pour des raisons de principe. Par ailleurs, une telle démarche engendre deux inconvénients majeurs, ceux de l'insécurité juridique et du risque de *forum shopping*, dont les remèdes ne correspondent pas à l'approche du droit que se font en général les auteurs de *civil law*. Il est donc possible de constater que les obstacles à la reconnaissance du rôle de la *lex fori* en droit international privé sont peut-être davantage fondés sur la culture juridique que sur le fonctionnement de la justice à proprement parler.

## CONCLUSION GÉNÉRALE

« Plus que jamais notre discipline est le droit des interrogations, voire des contestations. Son affinement contribue certes à résoudre des problèmes, mais il en fait surgir des nouveaux en révélant les faiblesses de certaines solutions apparemment acquises »<sup>1718</sup>.

**1007.** S'il paraissait acquis que la résolution des conflits de lois ne se comprenait qu'à travers le prisme de sa plus grande problématique, à savoir le recours aux lois étrangères, il s'avère en définitive que l'utilisation de la *lex fori* est bien plus caractéristique de la résolution des conflits de lois que ne l'est sa concurrente. Grâce à une démonstration qui couvre l'ensemble de la théorie générale des conflits de lois, ainsi que les fondements de la compétence juridictionnelle, il a été possible de cerner les très nombreuses manifestations de la loi du for et de dégager, par ailleurs, les conditions de son existence.

**1008.** En effet, pour exister dans la résolution des conflits de lois, la *lex fori* a besoin qu'il se produise une coïncidence du droit applicable par rapport au juge compétent ou, chose plus rare, qu'il se produise une coïncidence du juge compétent par rapport à la loi applicable. Cependant, cette coïncidence ne peut pas être mise en œuvre de façon absolue, sous peine de conduire à l'application systématique de la loi du for, ce qui serait aussi aberrant que l'application systématique de la loi étrangère. Son domaine doit donc être limité par un principe qui fixe la répartition des lois en conflit.

**1009.** Dans un premier temps, le principe d'égalité de la loi étrangère avec la loi du for peut servir de délimitation au champ d'application de ces deux lois. Pourtant, ce principe se trouve par la suite fortement relativisé parce qu'il est atteint par un certain nombre d'exceptions. Ces exceptions, qui ont pour effet d'élargir le champ d'application de la *lex fori*, interviennent à deux niveaux différents : lors de la désignation de la loi applicable et lors de la mise en œuvre de la loi préalablement désignée.

---

<sup>1718</sup> Y. LOUSSOUARN, La règle de conflit est-elle une règle neutre ?, TCFDIP 1980-1981, t. 2, éd. du CNRS Paris, p. 43.

**1010.** Tout d'abord, la désignation de la *lex fori* peut être favorisée par des règles unilatérales particularistes, des rattachements subsidiaires à finalité matérielle, des lois de police et des règles matérielles nationalistes. Ensuite, lorsque la règle de conflit bilatérale n'est pas affectée par ces règles *lex foristes*, la loi étrangère initialement désignée peut de surcroît être évincée, au bénéfice de la loi du for, par le biais de différents procédés subsidiaires tels que : la dissimulation de l'élément d'extranéité qui sert de critère de rattachement au juge, le défaut d'invocation du droit étranger ou la défaillance de preuve du contenu de ce droit, l'accord procédural en faveur de la *lex fori*, l'exception d'équivalence, l'exception de fraude à la loi, le renvoi et l'exception d'ordre public. Cela entraîne inévitablement une rupture d'égalité de la loi étrangère avec la *lex fori*, ce qui discrédite automatiquement la règle de conflit bilatérale comme principe de résolution des conflits de lois. Cette règle étant traditionnellement considérée comme la quintessence des règles de conflit, il fallait donc fournir des explications convaincantes à l'égard d'une telle description *lex foriste* du droit international privé.

**1011.** Pour éviter le reproche de nationalisme, il paraissait évident que les différentes extensions du champ d'application de la loi du for ne pouvaient se justifier par des considérations politiques liées à la souveraineté étatique. Au lieu de cela, il a été expliqué que le recours à la *lex fori* servait plutôt à fortifier la conception que les juristes se faisaient naturellement de leur droit. Cette propension spontanée des individus à raisonner autour du modèle qui leur est le plus familier, un phénomène que les sociologues nomment ethnocentrisme, conduit les juristes vers la conviction que leur système juridique est le meilleur et que, confrontés à l'extranéité, ils doivent nécessairement le préserver, voire le promouvoir.

**1012.** Après avoir exposé que, pour conserver sa crédibilité scientifique, la doctrine se devait de résister à l'ethnocentrisme, une deuxième justification a été apportée à l'élargissement du domaine de la loi du for. Cette justification repose sur des considérations pragmatiques. À ce stade du raisonnement, une mise en relation de la justice de droit international privé et de sa bonne administration a permis de montrer que les bénéfices de la loi étrangère, en particulier l'harmonie internationale des solutions, étaient relativement spéculatifs et qu'au contraire, le recours aux lois étrangères était source de complications pendant le procès. Il faut dire que la résolution des conflits de lois par la loi étrangère ne se

prête pas à une bonne administration de la justice au regard des critères du procès équitable posés par la Cour européenne des droits de l'homme.

**1013.** Dès lors, pour éviter que l'application de la loi du for ne soit le seul moyen pour le juge de remédier aux lenteurs et complications causées par sa concurrente, la formation des juristes aux méthodes du droit international privé mériterait d'être davantage encouragée. Par ailleurs, une véritable codification européenne du droit international privé, couplée de la création de pôles scientifiques de recherche en droits étrangers et droit comparé, se doit aussi d'être préconisée. Enfin, à notre sens, il convient pour les spécialistes de cette matière de s'efforcer de présenter le droit international privé de façon moins abstraite, moins dogmatique et moins éloignée des réalités sociales. En particulier, il nous semble que certaines distinctions théoriques, telles que celles qui existent entre l'ordre public et la loi de police ou entre la clause de choix de loi et l'accord procédural, devraient être reconsidérées pour éviter la multiplication artificielle de concepts qui, concrètement, se révèlent extrêmement proches.

**1014.** Parallèlement, il apparaît souhaitable que les auteurs de droit international privé cessent de dénigrer l'utilisation de la *lex fori* dans la résolution des conflits de lois. Non pas que les critiques émises à l'égard de la loi du for, notamment à l'occasion des théories développées par EHRENZWEIG, n'aient pas eu l'utilité d'établir que la *lex fori* ne pouvait pas être érigée en une méthode générale, mais, sans aller jusqu'à cet extrême, il serait indiqué de mieux rendre compte de la présence inéluctable qu'occupe la loi du for au sein des méthodes jusqu'à maintenant proposées. En tant que telle, il faut bien l'avouer, la loi du for est un élément indispensable au droit international privé, une composante invincible de la résolution des conflits de lois.

**1015.** Au lieu donc de convaincre nos lecteurs de la nécessité de faire de l'application de la loi du for le principe général de toute la résolution des conflits de lois, nous avons plutôt choisi de nous tourner vers les relations qu'entretiennent les règles de compétence juridictionnelle et les règles de conflit de lois. En posant le rapprochement du critère de rattachement par rapport au chef de compétence comme principe directeur de l'élaboration de ces deux types de règles, il est alors devenu possible de rationaliser l'utilisation de la *lex fori*. Nous en avons tiré certaines conséquences, sur lesquelles reposent nos propositions conclusives.

**1016.** Premièrement, ce principe de rapprochement du *jus* avec le *forum* donne une vision d'ensemble du processus de la résolution judiciaire du conflit de lois. Il prend ainsi pleinement en compte les applications de la loi du for résultant d'une coïncidence systématique du critère de rattachement avec le chef de compétence. Il laisse aussi ouvertes les possibilités de coïncidences dont la mise en œuvre dépend soit des parties, soit du juge (coïncidences potentielles). L'intérêt du principe de rapprochement est alors de rendre sans objet les solutions *lex foristes* qui interviennent au moment de la désignation de la loi applicable (par exemple, les rattachements subsidiaires à finalité matérielle) ou au moment de la mise en œuvre de la *lex causae* (par exemple, l'accord procédural). En même temps, cela évite les nombreuses complications qui rendent le droit international privé impénétrable.

**1017.** Deuxièmement, le principe directeur de rapprochement du *jus* avec le *forum* devrait inciter le législateur à réviser les séparations qui se révèlent inadéquates. En particulier, les multiples dérogations apportées à la mise en œuvre de la loi étrangère en matière de statut personnel nous conduisent à penser que les liens entre ces deux catégories devraient manifestement être redéfinis et dirigés vers une plus grande coïncidence. Du reste, dans l'évolution des solutions en matière de compétence juridictionnelle et de loi applicable, il semble que le critère de la nationalité soit de moins en moins utilisé au profit de celui de la résidence habituelle. Ce critère est d'ailleurs très proche de celui du domicile qui a fréquemment été employé dans l'histoire de la résolution des conflits de lois. Cette évolution marque donc un retour vers une solution plus en adéquation avec la bonne administration de la justice.

**1018.** Troisièmement, en effet, l'étude du rapprochement de la compétence juridictionnelle et de la loi applicable nous a permis de confirmer le fondement de la répartition entre la *lex fori* et la loi étrangère. Après avoir expliqué que le principe de séparation entre la compétence juridictionnelle et la loi applicable pâtissait de certaines faiblesses théoriques, il a été possible d'avancer que la bonne administration de la justice pouvait, quant à elle, justifier la coïncidence du *jus* et du *forum* dans certaines catégories limitées, telles que les immeubles, les successions, l'insolvabilité ou la protection des incapables.

**1019.** Il est, en outre, apparu que la bonne administration de la justice pouvait être invoquée pour rapprocher des critères de compétence et de rattachement dont la coïncidence est

seulement optionnelle, comme dans la catégorie des obligations. Pour autant, dans ce cas de figure, le chef de compétence et le critère de rattachement ne sont que potentiellement liés. En d'autres termes, en saisissant l'autre branche de l'option, le juge ou les parties peuvent aussi les éloigner l'un de l'autre afin de privilégier d'autres intérêts que la bonne administration de la justice.

**1020.** Pour faire la part des choses entre les lois en conflit, il faut donc nécessairement opérer une comparaison entre les fondements qui sous-tendent le chef de compétence et le critère de rattachement, car, autant qu'ils accordent une place à la *lex fori*, les cas de coïncidences potentielles laissent une place à la loi étrangère. Cette hypothèse se présente précisément lorsque les inconvénients suscités par l'application de la loi du for (disharmonie internationale de solutions, insécurité juridique, *forum shopping*) sont si conséquents qu'ils ne peuvent que susciter une altération préjudiciable de la justice de droit international privé. En dehors de ces inconvénients, qui peuvent d'ailleurs être combattus autrement que par le recours aux lois étrangères, la coïncidence du critère de rattachement avec le chef de compétence peut tout à fait guider, sans sophistication inutile, la résolution des conflits de lois en droit international privé.



## ANNEXE

### RÉFÉRENCES DES LÉGISLATIONS DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DE LEURS COMMENTAIRES

#### 1 / LÉGISLATIONS SPÉCIALES

##### ESPAGNE

- Loi organique 11/2003 du 29 septembre 2003 concernant les mesures concrètes en matière de sécurité publique, violence domestique et intégration sociale des étrangers, *Boletín Oficial del Estado*, n° 234, du 30 septembre 2003, p. 35398 ; RCDIP 2003 p. 783, commentée par Ana QUÍNONES, *ibid.*, p. 783.
- Loi 11/1990 du 15 octobre 1990 concernant la réforme du code civil, en application du principe de non discrimination à raison du sexe, *Boletín Oficial del Estado*, 18 octobre 1990, p. 30527, RCDIP 1991 p. 624
- Loi du 7 juillet 1981 modifiant la réglementation du mariage et déterminant la procédure en matière de nullité, séparation et divorce, B.O.F. du 20 juillet 1981, RCDIP 1983 p. 140.
- BORRAS Alegria, Non discrimination à raison du sexe et modification du droit international privé espagnol, RCDIP 1991 p. 626.

##### PAYS-BAS

- SUMNER Ian, WARENDORF Hans, Family Law Legislation of the Netherlands, a translation including book 1 of the Dutch Civil Code, procedural and transitional provisions and private international law legislation, Intersentia Antwerp, 2003.
- Loi du 14 mars 2002 portant règlement des conflits de lois en matière de liens de filiation, JO n° 153 ; RCDIP 2002 p. 389, commentaire Dorothee VAN ITERSON, *ibid.* p. 895.

##### ALLEMAGNE

- Loi du 21 mai 1999 sur le droit international privé des obligations extra-contractuelles et des biens, Bundesgesetzblatt, année 1999, 1<sup>re</sup> partie, n° 26, 31 mai 1999, p. 1026, RCDIP 1999 p. 870.
- SONNENBERGER Hans Jürgen, La loi allemande du 21 mai 1999 sur le droit international privé des obligations non contractuelles et des biens, RCDIP 1999 p. 647.

##### GRECE

- Loi 2447/1996 sur l'« adoption, tutelle et prise en charge de mineurs, assistance judiciaire, diligence judiciaire des affaires étrangères et dispositions relatives matérielles, procédurales et transitoires », Journal du gouvernement, fasc. 1<sup>er</sup>, 1996, p. 5365 ; RCDIP 1999 p. 617.

## **ROYAUME UNI**

- Loi du Royaume-Uni portant diverses dispositions en matière de droit international privé (1995), RCDIP 1996 p. 377.
- ANTON A.E., Loi du Royaume-Uni portant diverses dispositions en matière de droit international privé, RCDIP 1996 p. 267.
- NORTH Peter, Private international law : Change or Decay ?, ICQL 2001 (vol. 50) p. 477.

## **PORTUGAL**

- Décret-loi n° 422/83 du 3 décembre 1983, Protection de la concurrence, *Diário da República* 1<sup>re</sup> série, n° 278 p. 3953, RCDIP 1988 p. 631.
- Décret-loi n° 496-77 du 25 novembre 1977 modifiant le Code civil, *Diário da República* 1<sup>re</sup> série, n° 273 *suplemento*, 25 novembre 1977, RCDIP 1978 p. 598.
- MOURA RAMOS Rui Manuel, Aspects récents du droit international privé au Portugal, RCDIP 1988 p. 473.
- MOURA RAMOS Rui Manuel, Droit international privé vers la fin du vingtième siècle : avancement ou recul ? Rapport national, *Documentação e Direito Comparado*, n.º 73/74 , 1998.

## **FRANCE**

Code civil (disponible sur le site du Service public de l'accès au droit français, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)) :

- article 3 inséré par la loi du 5 mars 1803, promulguée le 15 mars 1803
- article 14 et 15 modifié par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain
- article 309 (ancien article 310) issu de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, changé de numérotation par l'ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation,
- articles 311-14 à 311-18 issus de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation,
- articles 370-3 à 370-5 issus de la loi n° 2001-111 du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale.

## **2/ LÉGISLATIONS GÉNÉRALES**

### **2000 – 2007**

## **JAPON**

- Loi sur les règles générales d'application des lois (*Hô no tekiyô ni kansuru tsûsokuhô*), loi n° 78 du 21 juin 2006 réformant la loi n° 10 de 1898, JDI 2007 p. 921.
- OKUDA Yasuhiro, Aspects de la réforme du droit international privé du Japon, JDI 2007 p. 899.
- DOGAUCHI Masato, Four-step analysis of private international law, RCADI 2005, t. 315, p. 9.

## **BELGIQUE**

- Loi du 16 juillet 2004 portant le Code de droit international privé, *Moniteur belge* 27 juillet 2004, p. 57344 ; RCDIP 2005 p. 154.

- Texte du Code disponible sur le site internet du Conseil francophone de la fédération du notariat belge : [www.notaire.be/info/actes/100\\_code\\_dip.htm](http://www.notaire.be/info/actes/100_code_dip.htm).
- [www.senate.be](http://www.senate.be) site internet du Sénat de Belgique, présentant l'ensemble des travaux parlementaires, n° S. 3-27.
- CARLIER Jean-Yves, Le code belge de droit international privé, RCDIP 2005 p. 1.
- CARLIER Jean-Yves, FALLON Marc, et MARTIN-BOSLY Bernadette, Code de droit international privé : textes assemblés au 1<sup>er</sup> septembre 2006, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Bruylant Bruxelles.

## **RUSSIE**

- Loi fédérale n°146 du 26 novembre 2001 mettant en vigueur la troisième partie du Code civil de la Fédération de Russie (*Rossyiskaya Gazeta*, 28 novembre 2001), RCDIP 2002 p. 182.
- BOGDANOVA Natalia, L'état actuel de la législation russe en matière de droit international privé, RCDIP 1997 p. 139.
- BOGOUSLAVSKI M., Le droit international privé en Russie et dans les autres États membres de la CEI au seuil du XXI<sup>e</sup> siècle, JDI 1999 p. 413.

## **1990 – 1999**

## **TUNISIE**

- Loi n° 98-97 du 27 novembre 1998 portant promulgation du code de droit international privé, RCDIP 1999 p. 382.
- Portail juridique de la Tunisie : [www.jurisitetunisie.com](http://www.jurisitetunisie.com).
- HACHEM Mohamed El Arbi, Le code tunisien de droit international privé, RCDIP 1999 p. 227.
- MEZGHANI Ali, Les innovations du code tunisien de droit international privé, *RabelsZ* 2001, vol. 65, p. 78.

## **VENEZUELA**

- Loi de droit international privé du 6 août 1998, *Gaceta oficial de la Republica de Venezuela* n° 36511 ; RCDIP 1999 p. 392.
- Site internet Analítica : [www.analitica.com/bitbliblioteca/congreso\\_venezuela/prive.asp](http://www.analitica.com/bitbliblioteca/congreso_venezuela/prive.asp)
- PARRA-ARANGUREN Gonzalo, The Venezuelan 1998 Act on Private International Law, *Netherlands International Law Review* 1999, vol. 46, p. 383.

## **LIECHTENSTEIN**

- Loi du 19 septembre 1996 sur le droit international privé, *Liechtensteinisches Landesgesetzblatt* n° 194 du 28 novembre 1996, RCDIP 1997 p. 858.

## **VIETNAM**

- Décret du 9 novembre 1995 adoptant le Code civil de la République socialiste du Vietnam, (spéc. art. 1 à 15,

art. 41 et art. 826 à 838 du Code civil), RCDIP 2000 p. 298.

### **ITALIE**

- Loi n° 218 du 31 mai 1995, réforme du système italien de droit international privé, *Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana*, 3 juin 1995, supplément ordinaire n. 128 – série générale, RCDIP 1996 p. 174 ; disponible sur le site *Iusreporter (il sito per la ricerca giuridica su internet)* : <http://www.iusreporter.it/Testi/legge218-1995.htm>.

- GIARDINA Andrea, Les caractères généraux de la réforme, RCDIP 1996 p. 1.

- BALLARINO Tito, Personnes, famille, régimes matrimoniaux et successions dans la loi de réforme du droit international privé italien, RCDIP 1996 p. 21

- ANCEL Bertrand, compte rendu de « *La riforma italiana del diritto internazionale privato* » par Paolo Picone, RCDIP 1999 p. 411.

### **ROUMANIE**

- Loi n° 105 du 22 septembre 1992 sur le règlement des rapports de droit international privé, *Monitorul Oficial de la Roumanie*, Partie I<sup>er</sup>, n° 245 du 1<sup>er</sup> octobre 1992, RCDIP 1994 p. 172.

- CAPATINA Octavian, La réforme du droit international privé roumain, RCDIP 1994 p. 167.

### **LOUISIANE (État de la)**

- Loi n° 923 (1991) portant amendement et nouvelle promulgation du Chapitre 3 du Titre préliminaire du Code civil, RCDIP 1992 p. 394.

- SYMEONIDES Syméon, Les grands problèmes de droit international privé et la nouvelle codification de Louisiane, RCDIP 1992 p. 223.

### **QUÉBEC**

- Loi du 18 décembre 1991 codifiant le droit international privé en un livre dixième du nouveau Code civil du Québec (art. 3076 à 3168 du Code civil), RCDIP 1992 p. 574.

- Code civil québécois disponible sur le site internet du ministère de la Justice : [www.justice.gouv.qc.ca/francais/sujets/glossaire/code-civil.htm](http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/sujets/glossaire/code-civil.htm).

- GROFFIER Ethel, La réforme du droit international privé québécois, RCDIP 1992 p. 584

### **1980 – 1989**

#### **BURKINA FASO**

- ZATU An VII 0013 du 16 novembre 1989 portant institution et application d'un code des personnes et de la famille (art. 988 à 1050 du Code des personnes de la famille), RCDIP 1991 p. 220, commentaire Pierre MEYER, *ibid.*, p. 227.

## **SUISSE**

- Loi fédérale sur le droit international privé (L.D.I.P.) du 18 décembre 1987, Feuille fédérale, 12 janvier 1988 [1988.I.5] ; RCDIP 1988 p. 409.
- Disponible sur le site internet des autorités fédérales de la Confédération suisse : [www.admin.ch/ch/fr/rs/291/](http://www.admin.ch/ch/fr/rs/291/)
- KNOEPFLER François et SCHWEIZER Philippe, La nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé (partie générale), RCDIP 1988 p. 207.
- VON OVERBECK Alfred E., Le droit des personnes, de la famille, des régimes matrimoniaux et des successions dans la nouvelle loi fédérale suisse sur le droit international privé, RCDIP 1988 p. 237.

## **MEXIQUE**

- Décret du 11 décembre 1987 par lequel le code civil est réformé et complété en droit commun pour le District fédéral et pour toute la République en droit fédéral (*Diario oficial*, 7 janvier 1988 p. 2) ; décret du 11 décembre 1987 portant réforme et addition au code de procédure civile pour le District fédéral (*Diario oficial*, 7 janvier 1988 p. 4) ; décret du 11 décembre 1987 portant réforme, adjonction et dérogation à divers articles du code fédéral de procédure civile (*Diario oficial*, 12 janvier 1988 p. 7), RCDIP 1989 p. 583.
- PEREZNIETO CASTRO Leonel, Réformes législatives en matière de droit international privé au Mexique, RCDIP 1989 p. 593.

## **ALLEMAGNE**

- Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé, *Bundesgesetzblatt*, 30 juillet 1986, n° 37 p. 1142 ; RCDIP 1987 p. 170.
- SONNENBERGER Hans-Jürgen, Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986, RCDIP 1987 p. 1.
- STURM Fritz, Personnes, famille et successions dans la Loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand, RCDIP 1987 p. 33.

## **BULGARIE**

- Code de la famille, J.O. n° 41 du 28 mai 1985, RCDIP 1989 p. 822.

## **JORDANIE**

- Code civil jordanien du 1<sup>er</sup> août 1976, J.O. n° 2645 du 1<sup>er</sup> août 1976, RCDIP 1987 p. 643.

## **ÉMIRATS ARABES UNIS**

- Code des transactions civiles des Émirats arabes unis, J.O. des Émirats arabes unis, n° 185, décembre 1985, p. 11-361 ; RCDIP 1986 p. 390.
- ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami A., Dispositions relatives au droit international privé dans le code des transactions civiles des Émirats arabes unis, RCDIP 1986 p. 393.

## **CHINE**

- Principes généraux du code civil de la République populaire de Chine, adoptés le 12 avril 1986 par la 4<sup>e</sup> session de la VI<sup>e</sup> Assemblée populaire nationale, publiés par ordre n° 37 du Président de la République populaire de Chine du 12 avril 1986, *Le quotidien du peuple*, 17 avril 1986 ; RCDIP 1987 p. 465 (art. 142 à 150).
- HUANG Danhan, Note sur les règles chinoises en matière de conflit de lois, RCDIP 1987 p. 466.
- XU Donggen, Chronique de jurisprudence chinoise, JDI 1994 p. 175.
- HONGWU Chen, problèmes de droit international privé concernant les personnes physiques étrangères en Chine, BDP t. 305, LGDJ Paris 1998.

## **PÉROU**

- LISBONNE Jean, Dispositions de droit international privé du nouveau code civil du Pérou (24 juillet 1984), RCDIP 1986 p. 192.

## **YOUGOSLAVIE (ancienne)**

- Loi du 15 juillet 1982 sur les solutions des conflits de lois avec les dispositions des autres États dans le domaine de certains rapports, J.O. de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, Sluzbeni list, 23 juillet 1982, n° 43-525/1982 ; RCDIP 1983 p. 353, note Stojan CIGOJ.

## **TURQUIE**

- Loi sur le droit international privé et la procédure internationale n° 2675 du 20 mai 1982, Gazette officielle, 22 mai 1982/17701 ; RCDIP 1983 p. 141, note Nihal ULUOCAK.

## **1970 – 1979**

### **RÉPUBLIQUE ARABE YÉMÉNITE (YEMEN DU NORD)**

- Dispositions relatives au droit international privé de la République arabe Yéménite, Loi n°10 du 21 avril 1979 portant sur le premier livre du Code civil, RCDIP 1987 p. 650.

### **REPUBLIQUE DEMOCRATIQUE DU YEMEN (YEMEN DU SUD)**

- Dispositions du Code civil relatives au droit international privé de la République démocratique populaire du Yémen, RCDIP 1987 p. 654.

## **HONGRIE**

- Décret-loi n° 13/1979 du Présidium de la République populaire hongroise sur le droit international privé, *Magyar Közlöny* 31 mai 1979 p. 495 ; RCDIP 1981 p. 161, note Ferenc MAJOROS.

## **AUTRICHE**

- Loi fédérale du 15 juin 1978 sur le droit international privé (IPR-Gesetz), *Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich*, 7 juillet 1978, n° 304 p. 1729, RCDIP 1979 p. 174, note Fritz SCHWIND.

## **ALGÉRIE**

- Ordonnance n° 75-58 du 26 septembre 1975 portant code civil, Journal Officiel de la République algérienne, 30 septembre 1975, p. 818 (art. 9 à 24 du Code civil), RCDIP 1977 p. 380.

- PEYRARD Georges, La solution des conflits de lois en Algérie, RCDIP 1977 p. 382.

## **ESPAGNE**

- IGLESIAS BUIGUES José L., Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol, RCDIP 1976 p. 397.

Code civil espagnol : site internet de l'Àrea de Dret civil de la Universitat de Girona <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.htm>.

## **SÉNÉGAL**

- Loi n° 72-61 du 12 juin 1972 portant Code de la famille, Journal officiel de la République du Sénégal, 12 août 1972, RCDIP 1973 p. 382, commentaire Pierre BOUREL.

## **1960 – 1969**

## **PORTUGAL**

- Dispositions de droit international privé du nouveau Code civil, Code civil portugais approuvé par le décret-loi n° 47-344 du 25 novembre 1966 (art. 14 à 65), RCDIP 1968 p. 369.

## **POLOGNE**

- Loi n° 46 du 12 novembre 1965 sur le droit international privé, Journal officiel de la République populaire de Pologne du 17 novembre 1965, RCDIP 1966 p. 323, note Tadeusz WYRWA.

## **RÉPUBLIQUE CENTRAFRICAINE**

- Loi du 3 juin 1965, n° 65-71, relative à la force obligatoire des lois, des actes administratifs et des traités diplomatiques, au conflit des lois dans le temps, à la condition des étrangers et à l'application des lois, Journal officiel de la République centrafricaine, 1<sup>er</sup> juillet 1965, RCDIP 1973 p. 394.

## **ALBANIE**

- Loi sur la condition des étrangers et sur l'application des lois étrangères du 21 novembre 1964, *in* L'autorité du principe de nationalité dans le droit international privé des Pays de l'Europe Centrale et Orientale par Toma RAJCEVIC, th. Paris II, 2002, p. 473.

### **TCHÉCOSLOVAQUIE (ancienne)**

- Loi n° 97 du 4 décembre 1963 sur le droit international privé et de procédure, Recueil des lois de la République socialiste tchécoslovaque 16 décembre 1963, RCDIP 1965 p. 614.

### **GUINÉE**

- Loi n° 51-62 du 14 avril 1962 relative à la théorie générale de la loi, Journal officiel de la République de Guinée 1<sup>er</sup> juillet 1962, RCDIP 1973 p. 392.

### **CORÉE DU SUD**

- Loi n° 966 du 15 janvier 1962 sur le droit international privé, RCDIP 1972 p. 347.

### **Antérieur à 1960**

### **GRÈCE**

- Dispositions de droit international privé contenues dans le Code civil hellénique de 1940-1946 (art. 4 à 33 du Code civil), RCDIP 1947 p. 214, note Ph. FRANCESKAKIS.

# BIBLIOGRAPHIE

## I. OUVRAGES GÉNÉRAUX

### A/ MANUELS ET TRAITÉS GÉNÉRAUX

- AUDIT Bernard, Droit international privé, 4<sup>e</sup> éd. 2006, Economica Paris.
- BARTIN Étienne, Études de droit international privé, éd. A. Chevalier-Marescq et C<sup>ie</sup> Paris, 1899.
- BARTIN Étienne, Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises, Domat-Montchrestien, vol. 1, 5<sup>e</sup> éd. 1930.
- BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, Traité de droit international privé, t. I, 8<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris.
- BATIFFOL Henri et LAGARDE Paul, Traité de droit international privé, t. II, 7<sup>e</sup> éd. 1983, LGDJ Paris.
- BATIFFOL Henri, Traité élémentaire de droit international privé, 3<sup>e</sup> éd. 1959, LGDJ Paris.
- BERGEL Jean-Louis, Théorie générale du droit, 4<sup>e</sup> éd. 2003, Dalloz Paris.
- BRIGGS Adrian, The Conflict of Laws, Oxford University Press Oxford 2002.
- BROCHER Charles, Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif français, t. III, Thorin Paris, 1885.
- BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, Droit international privé, t. 1, Partie générale, PUF Paris 2007.
- BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, Droit international privé, t. 2, Partie spéciale, PUF Paris 2007.
- CARBONNIER Jean, Droit civil, vol. I, Introduction, 27<sup>e</sup> éd. 2004, PUF Paris.
- CLAYTON Richard et TOMLINSON Hugh, The Law of Human Rights, Oxford University Press Oxford 2000.
- COLLINS Lawrence (dir.), Dicey and Morris on the Conflict of Laws, (vol. 1), 13<sup>th</sup> ed. 2000, Sweet & Maxwell, London.
- DERRUPÉ Jean et LABORDE Jean-Pierre, Droit international privé, 15<sup>e</sup> éd. 2005, Dalloz Paris.
- EHRENZWEIG Albert, A Treatise on the Conflict of Laws, West publishing co. ed., St Paul Minn., 1962.
- FULCHIRON Hugues et NOURISSAT Cyril (sous la dir. de), Travaux dirigés de droit international privé, 3<sup>e</sup> éd. 2007, Litec Paris.
- GÉNY François, Science et Technique en droit privé positif, t. 3, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1921.
- GUINCHARD Serge et FERRAND Frédérique, Procédure civile : droit interne et droit communautaire, 28<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris.
- HÉRON Jacques et LE BARS Thierry, Droit judiciaire privé, 3<sup>e</sup> éd. 2006, Montchrestien Paris.
- HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, Droit international privé, Masson Paris 1987.
- JEULAND Emmanuel, Droit processuel, LGDJ Paris 2007.
- KNOEPFLER François, SCHWEIZER Philippe, Droit international privé suisse, 2<sup>e</sup> éd. 1995, Stämpfli Berne.
- LABURTHE-TOLRA Philippe et WARNIER Jean-Pierre, Ethnologie, Anthropologie, 3<sup>e</sup> éd. 1997, PUF Paris.

- LAINÉ Armand, Introduction au droit international privé, t. I, Librairie Cotillon Paris 1888.
- LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre et DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, Précis de droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Dalloz Paris.
- MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, Droit international privé, 9<sup>e</sup> éd. 2007, Montchrestien Paris.
- NGUYÊN Quốc Dinh, DAILLIER Patrick et PELLET Alain, Droit international public, 7<sup>e</sup> éd. 2002, LGDJ Paris.
- NIBOYET Jean-Paulin, Traité de droit international privé français, t. I, Librairie du Recueil Sirey Paris 1938.
- NIBOYET Jean-Paulin, Traité de droit international privé français, t. III, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1944.
- NIBOYET Jean-Paulin, Traité de droit international privé français, t. VI-I, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1949.
- NIBOYET Jean-Paulin, Traité de droit international privé VI-II, Librairie du Recueil Sirey Paris 1950.
- NIBOYET Marie-Laure et DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud, Droit international privé, LGDJ Paris, 2007.
- NORTH Peter and FAWCETT James, Cheshire and North's Private International Law, 13<sup>th</sup> ed. 1999, Butterworths London/Edinburgh/Dublin.
- NUSSBAUM Arthur, Principles of private international law, Oxford University Press New York 1943.
- PERROT Roger, Institutions judiciaires, 12<sup>e</sup> éd. 2006, Montchrestien Paris.
- PETTITI Louis-Edmond (sous la dir. de), DECAUX Emmanuel et IMBERT Pierre-Henri, La Convention européenne des droits de l'homme : commentaire article par article, 2<sup>e</sup> éd. 1999, Economica Paris.
- PILLET Antoine, Traité pratique de droit international privé, t. 1<sup>er</sup>, Librairie de la société du Recueil Sirey Paris 1923.
- RIVIÈRE Claude, Introduction à l'anthropologie, Hachette Paris, 1999.
- SOLUS Henry et PERROT Roger, Droit judiciaire privé, t. II : la compétence, Sirey Paris, 1973.
- SUDRE Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, 8<sup>e</sup> éd. 2006, PUF Paris.
- SZÁSZY István, International civil procedure, A comparative study, Sitjhoff Leyden 1967.
- VIGNAL Thierry, Droit international privé, Armand Colin-Dalloz Paris, 2005.
- VON SAVIGNY Friedrich-Carl, Traité de droit romain, t. VIII, trad. Guénoux, 2<sup>e</sup> éd. 1860, éd. Firmin Didot frères Paris, rééd. Panthéon-Assas, diff. LGDJ, Paris, 2002.

## **B/ ENCYCLOPÉDIES, DICTIONNAIRES ET LEXIQUES**

- AKOUN André et ANSART Pierre (sous la dir. de), Dictionnaire de sociologie, Le Robert-Seuil Paris, 1999.
- ALPE Yves, BEITONE Alain, DOLLO Christine, LAMBERT Jean-Renaud, PAPAYRE Sandrine, Lexique de sociologie, Dalloz Paris, 2005.
- ARNAUD André-Jean (sous la dir. de), Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, 2<sup>e</sup> éd. 1993, LGDJ Paris.
- BELIART Géraldine, RIQUIER Éric et ZANG Xiao-Yan, Glossaire de droit international privé, éd. Bruylant Bruxelles, 1992.
- BOUDON Raymond et BOURRICAUD François, Dictionnaire critique de la sociologie, 7<sup>e</sup> éd. 2004, PUF

Paris.

- CARREAU Dominique, LAGARDE Paul et SYNDET Hervé (sous la dir. de), Répertoire de droit international, Dalloz Paris.
- CORNU Gérard (sous la dir. de), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, 8<sup>e</sup> éd. 2007, PUF Paris.
- FERRÉOL Gilles (sous la dir. de), Dictionnaire de sociologie, 3<sup>e</sup> éd. 2002, Armand Colin Paris.
- GARNIER Yves et VINCIGUERRA Mady, Le Petit Larousse Grand format, 102<sup>e</sup> éd. 2006, Larousse Paris.
- GOLDMAN Berthold, KAHN Philippe et VOGEL Louis (sous la dir. de), Juris-Classeur Droit International, LexisNexis Paris.
- LOÏ Odette et PICOD Fabrice (sous la dir. de), Juris-Classeur Europe Traité, LexisNexis Paris.
- PERROT Roger (sous la dir. de), Juris-Classeur de Procédure civile, LexisNexis Paris.
- REY-DEBOVE Josette (sous la dir. de) et REY Alain, Le nouveau Petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française, Le Robert Paris, 2008.
- ROLAND Henri et BOYER Laurent, Adages du droit français, 4<sup>e</sup> éd. 1999, Litec Paris.
- ROLAND Henri et BOYER Laurent, Locutions latines du droit français, 4<sup>e</sup> éd. 1998, Litec Paris.
- WEIL Alex, CATALA Pierre et SIMLER Philippe (sous la dir. de), Juris-Classeur Civil Code, LexisNexis Paris.

## II. OUVRAGES SPÉCIAUX : MONOGRAPHIES, THÈSES, COURS, TRAVAUX COLLECTIFS

- ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé, 5<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris.
- ARCHER Delphine, Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflit de lois), 2 tomes, th. Cergy-Pontoise 2006.
- ARMINJON Pierre, L'objet et la méthode du droit international privé, RCADI 1928-I t. 21, p. 429.
- ARON Gustave, Théorie générale des présomptions légales en droit privé, Pedone Paris, 1895.
- AUDIT Bernard, La fraude à la loi, Bibliothèque de droit international privé vol. 18, Dalloz Paris, 1974.
- AUDIT Bernard, Le droit international privé en quête d'universalité, RCADI 2003 t. 305, p. 9.
- BARRAINE Raymond, Théorie générale des présomptions en droit privé, LGDJ Paris, 1942.
- BARTIN Étienne, Une conception nouvelle de l'empire de la loi locale par opposition à la loi personnelle et à la loi territoriale, RCADI 1935-II t. 52, p. 583.
- BATIFFOL Henri, Aspects philosophiques du droit international privé, Dalloz Paris 1956, rééd. Dalloz Paris 2002.
- BATIFFOL Henri, Influence de la loi française sur la capacité civile des étrangers en France, Librairie du Recueil Sirey Paris, 1929.
- BATIFFOL Henri, Le pluralisme des méthodes en droit international privé, RCADI 1973-II t.139, p. 75.
- BATIFFOL Henri, Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux, RCADI 1967-I t. 120, p. 165.
- BELL Andrew, Forum Shopping and Venue in Transnational Litigation, Oxford University Press Oxford New York, 2003.
- BILLARANT Serge, Le caractère substantiel de la réglementation française des successions internationales : réflexions sur la méthode conflictuelle, NBT vol. 31, Dalloz Paris, 2004.
- BISCHOFF Jean-Marc, La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois, LGDJ Paris, 1959.
- BODEN Didier, L'ordre public : limite et condition de la tolérance, Recherches sur le pluralisme juridique, (2 vol.) th. Paris I 2002.
- BODÉNÈS-CONSTANTIN Armelle, La codification du droit international privé français, Doctorat & Notariat t. 11, éd. Defrénois Paris, 2005.
- BOGGIANO Antonio, The Contribution of The Hague Conference of Private International Law in Latin America : Universality and *genius loci*, RCADI-II 1992 t. 233, p. 99.
- BOLZE Antoine, Recherche sur les règles de procédure dans le litige privé international, (2 vol.), th. Paris II 1996.
- BOSTANJI Sami, L'évolution du traitement réservé à la loi étrangère en matière de statut personnel, th. Dijon 2000.
- BOTTIAU Annie, Faillite internationale et groupe de sociétés, th. Lille II 1989.
- BOULANGER François, Droit international des successions : nouvelles approches comparatives et jurisprudentielles, Economica Paris 2004.
- BUCHER Andreas, L'ordre public et le but social des lois en droit international privé, RCADI 1993-II t. 239,

p. 9.

- CARBONNIER Jean, Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur, 10<sup>e</sup> éd. 2001, LGDJ Paris.
- CARLIER Jean-Yves, Autonomie de la volonté et statut personnel : étude prospective de droit international privé, Bruylant Bruxelles 1992.
- CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, Le renouveau du particularisme en droit international privé, RCADI 1978-II t. 160, p. 181.
- CASSIN René, La nouvelle conception du domicile dans le règlement des conflits de lois, RCADI 1930-IV t. 34, p. 655.
- CHALAS Christelle, L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé, 2 tomes, PUAM Aix-en-Provence 2000.
- CHARRIER Jean-Loup, Code de la Convention européenne des droits de l'homme, 3<sup>e</sup> éd. 2005, Litec Paris.
- CHODKIEWICZ Christine, L'urgence en matière de conflits de juridictions, th. Paris I 2000.
- COOK Walter, The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws, Harvard University Press Cambridge Massachusetts, 1949.
- CORNUT Étienne, Théorie critique de la fraude à la loi : étude de droit international privé de la famille, coll. Doctorat & Notariat t. 12, éd. Defrénois Paris, 2006.
- CUCHE Denys, La notion de culture dans les sciences sociales, 3<sup>e</sup> éd. 2004, éd. La découverte Paris.
- D'AVOUT Louis, Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens, coll. Recherches juridiques, Economica Paris 2006.
- DE BOER Th. M., Facultative choice of law: the procedural status of choice-of-law rules and foreign law, RCADI 1996 t. 257, p. 223.
- DE MONTAIGNE Michel, Essais, t. I, Librairie Générale Française Paris, 1972.
- DEBY-GÉRARD France, Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Bibliothèque de droit international privé vol. 16, Dalloz Paris, 1973.
- DECOTTIGNIES Roger, Les présomptions en droit privé, LGDJ Paris, 1949.
- DÉPREZ Jean, Droit international privé et conflits de civilisations, aspects méthodologiques, les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel, RCADI 1988-IV t. 211, p. 9.
- DONNEDIEU DE VABRES Jacques, L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflit de lois depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, Librairie du Recueil Sirey Paris 1937.
- DROZ Georges A.L., Regards sur le droit international privé comparé (cours général de droit international privé), RCADI 1991-IV t. 229, p. 9.
- DU MARAIS Bertrand (sous la dir. de), Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques des rapports Doing Business : études du programme de recherches sur l'Attractivité économique du droit, Mission de recherche droit et justice, éd. La Documentation française Paris, 2006.
- DUBLER César, Les clauses d'exception en droit international privé, Études suisses de droit international vol. 35, Librairie Georg Genève, 1983.
- DUBOS Olivier, Les juridictions nationales, juge communautaire, NBT vol. 4, Dalloz Paris, 2001.
- DUFOUR Gwenaëlle, Sécurité juridique et règles de droit : illustration en droit des contrats, th. Lille II 2005.
- EHRENZWEIG Albert, Specific Principles of Private Transnational Law, RCADI 1968-II t. 124, p. 167.

- ELHOUEISS Jean-Luc, Personnalité et territorialité en droit international privé, (3 vol.), th. Paris II 2000.
- EVRIGENIS Dimitrios, Tendances doctrinales actuelles en droit international privé, RCADI 1966-II t. 118, p. 313.
- FARGE Michel, Le statut familial des étrangers en France : de la loi nationale à la loi de la résidence habituelle, L'Harmattan Paris 2003.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Libre disponibilité des droits et conflits de lois, BDP t. 272, LGDJ Paris 1996.
- FENTIMAN Richard, Foreign Law in English Courts: Pleading, Proof, and Choice of Law, Oxford University Press Oxford New-York, 1998.
- FOHRER Estelle, La prise en considération des normes étrangères, th. Paris II 2004.
- FRANCECAKIS Phocion, La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé, Sirey Paris, 1958.
- FRANcq Stéphanie, L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2005.
- FULCHIRON Hugues et NOURRISSAT Cyril (sous la dir. de), Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale, Dalloz Paris 2005.
- GANNAGÉ Léna, La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé : étude de droit international privé de la famille, BDP t. 353, LGDJ Paris 2001.
- GAUDEMET-TALLON Hélène, Compétence et exécution des jugements en Europe : Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano, 3<sup>e</sup> éd. 2002, LGDJ Paris.
- GEEROMS Sofie, Foreign Law in Civil Litigation : a Comparative and Functionnal Analysis, Oxford University Press Oxford, 2004.
- GIORGINI Giulio Cesare, Méthodes conflictuelles et règles matérielles dans l'application des « nouveaux instruments » de règlement de la faillite internationale, NBT vol. 53, Dalloz Paris 2006.
- GONZÁLEZ CAMPOS Julio, Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé, RCADI 1977-III t. 156, p. 227.
- GOURDET Geneviève, L'effectivité en droit international privé, th. dactyl. Nice 1978.
- GRESSOT-LEGER Séverine, Faut-il supprimer le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger lors de l'instance en *exequatur* ?, JDI 2003 p. 767.
- GÜNDÜZ-OKÇÜN Ahmet, Trans-municipal Law : a Critical Analysis of Private International Law, éd. Ankara Universitesi Basimevi Ankara, 1968.
- GUTMANN Daniel, Le sentiment d'identité, étude de droit des personnes et de la famille, BDP t. 327, LGDJ Paris 2000.
- GUTZWILLER Max, Le développement historique du droit international privé, RCADI 1929-IV t. 29, p. 287.
- HALPÉRIN Jean-Louis, Entre nationalisme juridique et communauté de droit, Collection « Les voies du droit », PUF Paris, 1999.
- HANOTIAU Bernard, L'arbitrabilité, RCADI 2002 t. 296, p. 25.
- HANOTIAU Bernard, Le droit international privé américain (du premier au second *Restatement of the law, Conflict of Laws*), LGDJ Paris, 1979.

- HAY Peter, Flexibility Versus Predictability and Uniformity of Choice of Law: Reflections on Current European and United States Conflicts law, RCADI 1991-I t. 226, p. 282.
- HEUZÉ Vincent, La réglementation française des contrats internationaux : étude critique des méthodes, GLN Éditions Paris, 1990.
- HEUZÉ Vincent, La vente internationale de marchandises : droit uniforme, Traité des contrats sous la dir. de Jacques Ghestin, LGDJ Paris 2000.
- HUNTER - HENIN Myriam, Pour une redéfinition du statut personnel, PUAM Aix-en-Provence, 2004.
- JACQUET Jean-Michel, La fonction supranationale de la règle de conflit de lois, RCADI 2001-III t. 292, p. 147.
- JÄNTERÄ-JAREBORG Maarit, Foreign law in national courts, a comparative perspective, RCADI 2003 t. 304, p. 181.
- JAYME Erik, Identité culturelle et intégration : le droit international privé postmoderne, RCADI 1995 t. 251, p. 9.
- JAYME Erik, Le droit international privé du nouveau millénaire : la protection de la personne humaine face à la globalisation, RCADI 2000 t. 282, p. 9.
- JESSURUN D'OLIVEIRA Hans Ulrich, De Antikiesregel een paar aspekten van de behandeling van buitenlands rechts in het burgerlijk proces, Kluwer Deventer 1971.
- JESTAZ Philippe, L'urgence et les principes classiques du droit civil, LGDJ Paris 1968.
- JOUBERT Nathalie, La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (*inlandsbeziehung*) en droit international privé, th. Paris I 2002.
- KADNER GRAZIANO Thomas, La responsabilité délictuelle en droit international privé européen, Helbing & Lichtenhahn Bâle Genève Munich / Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris 2004.
- KASSIR Walid, Réflexions sur le renvoi en droit international privé comparé : contribution au dialogue des cultures juridiques nationales à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, Bruylant Delta Bruxelles / LGDJ Paris, 2002.
- KAUFMANN-KOHLER Gabrielle and SCHULTZ Thomas, Online dispute resolution: challenges for contemporary justice, Kluwer law international The Hague, 2004.
- KEGEL Gerhard, The crisis of Conflict of Laws, RCADI 1964-II t. 112, p. 91.
- KERCKHOVE Éric, Particularisme et universalisme dans les conflits de lois, th. Lille II 1988.
- KROKHALEV Sergey, L'ordre public en droit international privé comparé français et russe, th. Paris XII / Académie juridique de l'État de l'Oural, 2005. Version électronique disponible sur : <http://doxa.scd.univ-paris12.fr/theses/th0245648.pdf>.
- LAGARDE Paul, La réciprocité en droit international privé, RCADI 1977-I t. 154, p. 103.
- LAGARDE Paul, Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain, RCADI 1986-I t. 196, p. 9.
- LAGARDE Paul, Recherches sur l'ordre public en droit international privé, LGDJ Paris, 1959.
- LAGARDE Xavier, Réflexion critique sur le droit de la preuve, BDP t. 239, LGDJ Paris, 1994.
- LALIVE Pierre, Tendances et méthodes en droit international privé (cours général), RCADI 1977-II t. 155, p. 1
- LECLERC Frédéric, La protection de la partie faible dans les contrats internationaux (études de conflit de lois), Bruylant Bruxelles 1995.

- LEQUETTE Yves, Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales, RCADI 1994-II t. 246, p. 9.
- LEQUETTE Yves, Protection familiale et protection étatique des incapables, Bibliothèque de droit international privé vol. 20, Dalloz Paris, 1976.
- LÉVI-STRAUSS Claude, Race et histoire, (suivi de) Race et culture, Albin Michel / éd. UNESCO Paris, 2001.
- LIPSTEIN Kurt, The General principles of Private International Law, RCADI 1972-I t. 135, p. 97.
- LOBIN Yvette, Les tendances nationalistes de notre système français de droit international privé, éd. impr. de M. Leconte Marseille 1937.
- MARMISSE Anne, La libre circulation des décisions de justice en Europe, Presses Universitaires de Limoges Limoges 2000.
- MARTINEAU François, Petit traité de l'argumentation judiciaire, 2<sup>e</sup> éd. 2006, Dalloz Paris.
- MAURY Jacques, L'éviction de la loi normalement compétente : l'ordre public international et la fraude à la loi, Universidad de Valladolid / éd. Casa Martin Valladolid, 1952.
- MAURY Jacques, Règles générales des conflits de lois, RCADI 1936-III t. 57, p. 325.
- MAYER Danièle, Rapports de la compétence judiciaire et de la compétence législative dans le droit international privé de la famille, th. Paris II, 1973.
- MAYER Pierre, La distinction entre règles et décisions et le droit international privé, Bibliothèque de droit international privé vol. 17, Dalloz Paris, 1973.
- MEIJERS Eduard Maurits, Études d'histoire du droit international privé, éd. du CNRS Paris, 1967.
- MEIJERS Eduard Maurits, L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age spécialement dans l'Europe occidentale, RCADI 1934-III t. 49, p. 543.
- MÉLIN François, La faillite internationale, LGDJ Paris 2004.
- MIAJA DE LA MUELA Adolfo, Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international, RCADI 1972-I t. 135, p. 1.
- MILANO Laure, Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme, NBT vol. 57, Dalloz Paris 2006.
- MOISSINAC MASSÉNAT Véronique, Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé, BDP t. 481, LGDJ Paris 2007.
- MOREAU DEFARGES Philippe, L'ordre mondial, 3<sup>e</sup> éd. 2003, Armand Colin Paris.
- MOSCONI Franco, Exceptions to the Operation of Choice of Law Rules, RCADI 1989-V t. 217, p. 9.
- MOSK Richard, The Role of Facts in International Dispute Resolution, RCADI 2003 t. 304, p. 9.
- MOTULSKY Henri, Ecrits vol. 3 : études et notes de droit international privé, Dalloz Paris, 1978.
- MOTULSKY Henri, Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, Sirey Paris 1948, rééd. Dalloz Paris 2002.
- MOURRE Alexis, Droit judiciaire privé européen des affaires, Bruylant/FEC, Bruxelles 2003.
- MUIR WATT Horatia, 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.
- MUIR WATT Horatia, La fonction de la règle de conflit de lois, th. Paris II, 1985.
- NAJM Marie-Claude, Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations : relations

entre systèmes laïques et systèmes religieux, NBT vol. 49, Dalloz Paris, 2005.

- NORD Nicolas, Ordre public et lois de police en droit international privé, th. Strasbourg, 2003.
- NUYS Arnaut, L'exception de *forum non conveniens*, étude de droit international privé comparé, Bruylant Bruxelles / LGDJ Paris, 2003.
- OPPETIT Bruno, Le droit international privé, droit savant, RCADI 1992-III t. 234, p. 331.
- PAMBOUKIS Charalambos, L'acte public étranger en droit international privé, BDP t. 219, LGDJ Paris 1993.
- PARTSCH Philippe-Emmanuel, Le droit international privé européen : de Rome à Nice, Larcier Bruxelles, 2003.
- PATARIN Jean, Le problème de l'équivalence juridique des résultats, Lavergne Paris, 1952.
- PATAUT Étienne, Principe de souveraineté et conflits de juridictions (étude de droit international privé), BDP t. 298, LGDJ Paris, 1999.
- PERREAU-SAUSSINE Louis, L'immeuble et le droit international privé : étude des méthodes, coll. Doctorat & Notariat, t. 20, Defrénois Paris, 2006.
- PICONE Paolo, Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé : cours général de droit international privé, RCADI 1999 t. 276, p. 9.
- POTU Émile, La question du renvoi en droit international privé, th. Dijon, Jouve & Cie Paris, 1913.
- RAJCEVIC Toma, L'autorité du principe de nationalité dans le droit international privé des pays de l'Europe centrale et orientale, th. Paris II, 2002.
- RÉMY Benjamin, Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, th. Paris I 2006.
- RENOUX Thierry et ROUX André, L'administration de la Justice en France, Que sais-je ?, PUF Paris, 1994.
- REVILLARD Mariel, Droit international privé et communautaire : pratique notariale, Defrénois Paris 2006.
- RICHEZ-PONS Anne, La résidence en droit international privé : conflits de juridictions et conflits de lois, th. Lyon III 2004. Disponible sur le site de diffusion électronique des thèses de l'Université de Lyon III : <http://thesesbrain.univ-lyon3.fr/sdx/theses/>.
- SANTA-CROCE CÉALIS Muriel, La vocation subsidiaire de la loi du juge saisi dans le règlement des conflits de lois, th. Paris II 1975.
- SARTORI Giovanni, Pluralisme, multiculturalisme et étrangers : essai sur la société multiethnique, traduit de l'italien par Julien GAYRARD, éd. des Syrtès Paris, 2003.
- SINAY-CYTERMANN Anne, L'ordre public en matière de compétence judiciaire internationale, 2 tomes, th. dactyl. Strasbourg, 1980.
- SUMNER William Graham, Folkways : a study of the sociological importance of usages, manners, customs, mores, and morals, Ginn Boston, 1906.
- TOUSCOZ Jean, Le principe d'effectivité dans l'ordre international, LGDJ Paris 1964.
- VALLINDAS Petros, La structure de la règle de conflit, RCADI 1960-III t. 101, p. 327.
- VAN HECKE Georges, Principes et méthodes de solution des conflits de lois, RCADI 1969-I t. 126, p. 399.
- VASSILAKAKIS Evangelos, Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe, BDP t. CXCV, LGDJ Paris, 1987.
- VIANGALLI François, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire, PUAM Aix-en-Provence,

2004.

- VISCHER Frank, General course on private international law, RCADI 1992-I t. 232, p. 9.
- VITTA Edoardo, Cours général de droit international privé, RCADI 1979-I t. 162, p. 9.
- VON OVERBECK Alfred E., L'application par le juge interne des conventions de droit international privé, RCADI 1971-I t. 132, p. 1.
- VON OVERBECK Alfred E., La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé, RCADI 1992-II t. 233, p. 9.
- VON OVERBECK Alfred E., Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents - cours général de droit international privé, RCADI 1982-III t. 176, p. 9.
- WEIL Patrick, Qu'est-ce qu'un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la Révolution, 2<sup>e</sup> éd. (revue et augmentée) 2004, Grasset Paris.
- WOLTON Dominique, L'autre mondialisation, Flammarion Paris, 2003.

### III. ARTICLES, CHRONIQUES, COMMUNICATIONS, RAPPORTS, COMPTES

#### RENDUS

- ALEXANDRE Danièle, La loi étrangère devant les tribunaux français - Établissement du contenu de la loi étrangère, *Juris-Classeur Civil, Code*, article 3, fasc. 62 (1997).
- ALEXANDRE Danièle, La loi étrangère devant les tribunaux français - Généralités - Application d'office de la règle de conflit, *Juris-Classeur Civil, Code*, article 3, fasc. 60 (1995).
- ALFONSIN Q., Contribution à l'étude de la relation juridique en droit international privé, *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, t. 1, Dalloz Paris 1960, p. 27.
- AL-SANHOURY A.-A., Le Standard Juridique, *in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II : Les sources générales des systèmes juridiques actuels, Librairie du recueil Sirey Paris, 1934, p. 144.
- ANCEL Bertrand et MUIR WATT Horatia, À propos de deux arrêts « de concert » : l'office du juge et la loi étrangère, *in Le nouveau code de procédure civile (1975-2005)*, sous la dir. de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, *Études juridiques* n° 25, Economica Paris 2006, p. 399.
- ANCEL Bertrand et MUIR WATT Horatia, L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions : le règlement Bruxelles II *bis*, *RCDIP* 2005 p. 569.
- ANCEL Bertrand et MUIR WATT Horatia, La désunion européenne : le Règlement dit « Bruxelles II », *RCDIP* 2001 p. 403.
- ANCEL Bertrand, Compte rendu d'« *Ordinamento competente e diritto internazionale privato* » par Paolo PICONE, *RCDIP* 1988 p. 187.
- ANCEL Bertrand, Destinées de l'article 3 du Code civil, *in Le droit international privé : esprit et méthodes*, *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz Paris 2005, p. 1.
- ANCEL Jean-Pierre, Le juge français et la mise en œuvre du droit étranger, *in Rapport de la Cour de Cassation* 1997, éd. La documentation française Paris 1998, p. 33. Disponible sur le site internet de la Cour de cassation : [www.courdecassation.fr/](http://www.courdecassation.fr/).
- ATALLAH Ana, Quelques réflexions sur le développement du forum shopping, *Le Droit Maritime Français* novembre 2001 (vol. 53 / n° 620) p. 867.
- AUDIT Bernard, Flux et reflux de la crise des conflits de lois, *in Travaux du Comité français de droit international privé, Journée commémorative du cinquantenaire : problèmes actuels de méthode en droit international privé*, éd. du CNRS Paris 1988, p. 59.
- AUDIT Bernard, Fraude à la loi, *Juris-Classeur Civil, Code*, article 3, fasc. 50 (2007).
- AUDIT Bernard, Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle : progrès ou recul, *Revue internationale de droit comparé* 1998 p. 421.
- AUDIT Mathias, L'interprétation autonome du droit international privé communautaire, *JDI* 2004 p. 789.
- BARANÈS William et FRISON-ROCHE Marie-Anne, Le souci de l'effectivité du droit, *D.* 1996 Chron. p. 301.
- BARNICH Laurent, La clause d'exception dans la proposition de loi portant le Code de droit international privé, *in mélanges John KIRKPATRICK*, Bruylant Bruxelles 2004, p. 59.
- BASEDOW Jürgen, Spécificité et coordination du droit international privé communautaire, *Travaux du*

Comité français de droit international privé 2002-2004, éd. Pedone Paris 2005, p. 275.

- BATIFFOL Henri et FRANCESCAKIS Phocion, L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé, RCDIP 1959 p. 259.

- BATIFFOL Henri, Droit comparé, droit international privé et théorie générale du droit, Revue internationale de droit comparé 1970 (vol. 22 / n° 4), p. 661, disponible sur : [www.persee.fr](http://www.persee.fr).

- BATIFFOL Henri, L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest, JDI 1973 p. 22.

- BATIFFOL Henri, La règle de droit en droit international privé, *in* La règle de droit, Études publiées par Chaïm PERELMAN, Travaux du centre national de recherches de logique, Bruylant Bruxelles 1971, p. 214.

- BATIFFOL Henri, Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative, *in* De Conflictu Legum, Mélanges offerts à Roeland Duco Kollewijn et Johannes Offerhaus, Sitjhoff Leyden 1962, p. 55.

- BATIFFOL Henri, Une évolution possible de la conception du statut personnel dans l'Europe continentale, *in* Choix d'articles rassemblés par ses amis, LGDJ Paris 1976, p. 213.

- BAUDOUIN Jean-Marie, La protection du mineur étranger par le juge des enfants, RCDIP 1994 p. 483.

- BECKETT W.E., What is Private International Law?, British Year Book of International Law 1926 (vol. 7) p. 73.

- BELLET P., résumé de l'intervention de Jacques FOYER aux travaux du Comité français de droit international privé du 4 juin 1980 : « Requiem pour le renvoi ? », RCDIP 1981 p. 210.

- BÉNABENT Alain, La réception du droit communautaire en droit de la famille, *in* La réception du droit communautaire en droit privé des États membres, Colloque international du 28 janvier – 1<sup>er</sup> février 2003, sous la dir. de Jean-Sylvestre BERGÉ et de Marie-Laure NIBOYET, Université de Paris X – Nanterre, Bruylant Bruxelles 2003, p. 51.

- BERAUDO Jean-Paul, Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 – Convention de Lugano du 16 septembre 1988 – Règlement n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 – Compétence – Règles ordinaires de compétence, Juris-Classeur Procédure, fasc. 52-30 (2005).

- BERAUDO Jean-Paul et BERAUDO Marie-Josèphe, Le règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JDI 2001 p. 1033.

- BERGÉ Jean-Sylvestre, Le droit d'une « communauté de lois » : le front européen, *in* Le droit international privé : esprit *et* méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 113.

- BIDAUD-GARON Christine et TOULIEUX Fabrice, Le contentieux de l'état civil, *in* L'étranger en France, face et au regard du droit : rapport (texte imprimé), Centre de droit de la famille Université de Lyon 3, Lyon Ministère de la Justice, Mission de recherche « Droit et Justice », Paris 1999, p. 15.

- BIGOT Agnès, Le nouveau règlement communautaire du 27 novembre 2003 en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, Droit de la famille mars 2004 chron. n° 8 p. 12.

- BISCHOFF Jean-Marc, Le régime de la loi étrangère en France après les arrêts des 11 et 18 octobre 1988 – rapport introductif, Travaux du Comité français de droit international privé 1990-1991, éd. CNRS Paris, p. 19.

- BOICHÉ Alexandre, Les dispositions du règlement Bruxelles II *bis* en matière de responsabilité parentale et de droit de visite, Revue Juridique Personnes & Famille 2005-3/12 p. 6.

- BOLARD Georges, L'arbitraire du juge, *in* Mélanges offerts à Pierre Drai : le juge entre deux millénaires, Dalloz Paris 2000, p. 225.
- BOLARD Georges, Les tribulations de la loi étrangère devant le juge français, *in* Études en l'honneur de André PONSARD : la Cour de cassation, l'Université et le Droit - André Ponsard, un professeur de droit à la Cour de cassation, Litec Paris 2003, p. 103.
- BOLZE Antoine, L'application de la loi étrangère par le juge français : le point de vue d'un processualiste, D. 2001 p. 1818.
- BOTTIAU Annie, Conflit de lois et légitimation : suppression de l'article 311-16 du Code civil, Revue Lamy droit civil 2007 n° 35 (février) p. 63.
- BOURDELOIS Béatrice, La loi comme source de droit international privé, *in* La loi - bilan et perspectives, sous la dir. de Catherine PUIGELIER, Études juridiques n° 22, Economica Paris 2005, p. 89.
- BRUNEAU Chantal, Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale. Règlement Cons. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000, JCP 2001 I n° 304 p. 533.
- BRYMER T.R., Le « forum shopping » ou la course à la compétence : la réponse des tribunaux anglais, Revue française de droit aérien et spatial 1992 (vol. 181) p. 9.
- BUREAU Dominique, L'accord procédural à l'épreuve, RCDIP 1996 p. 587.
- BUREAU Dominique, L'application d'office de la loi étrangère : essai de synthèse, JDI 1990 p. 317.
- BUREAU Dominique, La codification du droit international privé, *in* La codification, Actes du colloque organisé les 27 et 28 octobre 1995 (sous la dir. de Bernard BEIGNER), Dalloz Paris 1996, p. 119.
- BUREAU Dominique, Les conflits de conventions, Travaux du Comité français de droit international privé 1998-1999 et 1999-2000, éd. Pedone Paris 2001, p. 201.
- CANIVET Guy et MOLFESSIS Nicolas, L'imagination du juge, *in* Mélanges Jean Buffet : la procédure dans tous ses états, éd. Petites affiches Paris 2004, p. 131.
- CARLIER Jean-Yves, Le Code belge de droit international privé, RCDIP 2005 p. 11.
- CARREAU Dominique, v° État, Répertoire international Dalloz (1998).
- CARRUTHERS Janeen, Substance and Procedure in the Conflict of Laws: a Continuing Debate in Relation to Damages, International and Comparative Law Quarterly 2004 (vol. 53 / n° 3) p. 691.
- CHEDLY Lotfi, L'ordre public en droit international privé, instrument de chauvinisme, d'impérialisme ou d'universalisme ?, *in* Impérialisme et chauvinisme juridiques : rapports présentés au colloque à l'occasion du 20<sup>e</sup> anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé, Lausanne, 3-4 octobre 2002, Schulthess Genève/Zurich/Bâle 2004, p. 149.
- CLERMONT Kevin M. et PALMER John R.B., French Article 14 Jurisdiction, Viewed from the United States, *in* De tous horizons, Mélanges Xavier Blanc-Jouvan, Société de législation comparée Paris 2005, p. 473.
- CORNUT Étienne et DEVERS Alain, L'annulation du mariage, *in* L'étranger en France, face et au regard du droit : rapport (texte imprimé), Centre de droit de la famille Université de Lyon 3 Lyon / Ministère de la Justice, Mission de recherche « Droit et Justice » Paris, 1999, p. 61.
- CORNUT Étienne, Forum shopping et abus du choix de for en droit international privé, JDI 2007 p. 27.
- COUR DE CASSATION, Rapport annuel 2005 : l'innovation technologique, éd. La documentation française Paris 2006.
- COUR DE CASSATION, Rapport de la Cour de cassation 1994, éd. La documentation française Paris 1995.

- COURBE Patrick, L'ordre public de proximité, *in* Le droit international privé : esprit *et* méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 227.
- CRÔNE Richard, Les règlements C.E. n<sup>os</sup> 1347/2000 du 29 mai 2000 et 2201/2003 du 27 novembre 2003 (dits Règlements « Bruxelles-II » et « Bruxelles-II bis »), Rép. Def. 2005 n° 1, art. 10009, p. 76.
- CROZE Hervé, 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, Procédures 2001 (n° 4) p. 7.
- DAMMANN Reinhard, Droit européen des procédures d'insolvabilité : problématique des conflits de juridictions et de forum shopping, D. 2005 p. 1779.
- DE BOER Th. M., Forum Preferences in Contemporary European Conflicts Law: The Myth of a 'Neutral Choice', *in* Festschrift für Erik JAYME, band 1, herausgegeben von Heinz-Peter MANSEL, Thomas PFEIFFER, Herbert KRONKE, Christian KOHLER, Rainer HAUSMANN, éd. Sellier München, 2004, p. 39.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, Glossaire de l'application judiciaire de la loi étrangère, *in* Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand, Litec Paris, 2003, p. 485.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires, RCDIP 1996 p. 397.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, Le *forum shopping* devant les juridictions françaises, Travaux du Comité français de droit international privé 1998-1999 et 1999-2000, Pedone Paris, 2001, p. 49.
- DE VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal, v° Fraude à la loi, Répertoire international Dalloz (1998).
- DE WINTER L. I., Excessive Jurisdiction in Private International Law, International and Comparative Law Quarterly 1968 (vol. 17) p. 706.
- DE YANGUAS MESSIA José, Les tendances autonomistes contemporaines en droit international privé, *in* Mélanges offerts à Jacques MAURY, t. I, Librairie Dalloz & Sirey Paris 1960, p. 563.
- DELANOY Louis-Christophe, Le contrôle de l'ordre public au fond par le juge de l'annulation : trois constats, trois propositions, Revue de l'arbitrage 2007 p. 177.
- DELAUME Georges René, L'influence de la nationalité française sur la solution des conflits de lois en matière de droit des personnes, RCDIP 1949 p. 5.
- DENIS, Rapport du conseiller près la Cour de cassation sous l'affaire SOULIÉ, Cass. Req. 1<sup>er</sup> mars 1910, *in* D. R., La théorie du renvoi devant la Cour de cassation de France, JDI 1912 p. 1009.
- DERRUPPÉ Jean et AGOSTINI Éric, Le renvoi dans la jurisprudence française, Juris-Classeur Civil, Code, article 3, fasc. 32 (1994).
- DERRUPPÉ Jean, Étude théorique du renvoi, Juris-Classeur Civil, Code, article 3, fasc. 30 (1993).
- DERRUPPÉ Jean, Plaidoyer pour le renvoi, Travaux du Comité français de droit international privé 1964-1966, Dalloz Paris 1967, p. 181.
- DEUTSCHES NOTARINSTITUT (Institut Notarial Allemand), Rapport Final du sur l'étude de droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne (18 septembre/8 novembre 2002), disponible sur : [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/news/events/document/rapport\\_synthese\\_etude\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/events/document/rapport_synthese_etude_fr.pdf).
- DEVERS Alain, Le divorce d'époux marocains ou franco-marocains : les conventions franco-marocaines face aux droits européen et communautaire, Dr. fam. n° 3 (mars 2006), étude n° 15, p. 8.

- DJEMNI-WAGNER Sonya, L'évolution du droit communautaire de la responsabilité parentale : présentation des principales dispositions du règlement dit « Bruxelles II bis » du 27 novembre 2003, Gaz. Pal. 4 septembre 2004 n° 248 p. 18.
- DROZ Georges A. L. et GAUDEMET-TALLON Hélène, 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.
- DROZ Georges et REVILLARD Mariel, Successions : conflits de lois, Juris-Classeur Droit International, fasc. 557-10 (2002).
- DROZ Georges, *Delendum est forum contractus ?* (vingt ans après les arrêts *De Bloos* et *Tessili* interprétant l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968), D. 1997 chron. p. 351.
- DROZ Georges, Variations *Pordea* (À propos de l'arrêt de la Cour de cassation, 1<sup>re</sup> chambre, du 16 mars 1999), RCDIP 2000, Doctrine et chroniques, p. 181.
- DUPICHOT Jacques, Contrats et obligations - Présomptions - Notions générales, Juris-Classeur Civil, Code, articles 1349 à 1353, fasc. 10 (1997).
- DUPICHOT Jacques, L'adage « *da mihi factum, dabo tibi jus* », in Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit, Mélanges offerts à Jean-Luc AUBERT, Dalloz Paris 2005, p. 425.
- EHRENZWEIG Albert, La loi du forum compétent : l'harmonie ultime des règles de conflit de lois et de conflit de juridictions, in Mélanges « Liber amicorum professor Baron Louis Fredericq », t. I, Story-Scienta Gent 1966, p. 399.
- EHRENZWEIG Albert, The *Lex Fori* - Basic Rule in the Conflict of Laws, Michigan Law Review 1960 (vol. 58) p. 637.
- ELHOUEISS Jean-Luc, L'élément d'extranéité préalable en Droit international privé, JDI 2003 p. 39.
- ERGEC Rusen et VELU Jacques, La notion de « délai raisonnable » dans les articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme : essai de synthèse, Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme 1991 p. 137.
- FALLON Marc, Le droit international privé en 2004, entre *ius commune*, codification et droit privé européen, in Le Code civil entre *ius commune* et droit privé européen : études réunies et présentées par Alain WIJFFELS, Bruylant Bruxelles 2005, p. 225.
- FALLON Marc, Forum shopping et impact des différences de législations nationales, in La directive 85/374/CEE relative à la responsabilité du fait des produits : dix ans après, (M. GOYENS éd.), Centre de droit de la consommation, Louvain-la-Neuve 1996, p. 213.
- FALLON Marc, Les règles d'applicabilité en droit international privé, in Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, t. 1, éd. Nemesis Bruxelles 1986, p. 285.
- FALLON Marc, Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé, in Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux, Bruylant Bruxelles 1993, p. 187.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, L'accord procédural à l'épreuve du temps : retour sur une notion française controversée, in Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 263.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, Le juge français et le droit étranger, D. 2000 Chron. p. 125.
- FAWCETT James, Forum Shopping - Some Questions Answered, Northern Ireland Legal Quarterly 1984 (vol. 35) p. 141.

- FAWCETT James, The Interrelationships of Jurisdiction and Choice of Law in Private International Law, *Current Legal Problems* 1991 (vol. 44) p. 39.
- FENTIMAN Richard, Foreign Law in English Courts, *The Law Quarterly Review* 1992 (vol. 108) p. 142.
- FERNÁNDEZ ARROYO Diego, Exorbitant and Exclusive Grounds of Jurisdiction in European Private International Law : Will They Ever Survive ?, *in Festschrift für Erik JAYME*, band 1, herausgegeben von Heinz-Peter MANSEL, Thomas PFEIFFER, Herbert KRONKE, Christian KOHLER, Rainer HAUSMANN, éd. Sellier München 2004, p. 169.
- FERRAND Frédérique et MORETEAU Olivier, L'enseignement du droit national aux étudiants étrangers en France, *Revue internationale de droit comparé* 1993 (vol. 45 / n° 1), p. 67. Disponible sur : [www.persee.fr](http://www.persee.fr).
- FERRARI Franco, *Forum shopping* et Droit matériel uniforme, *JDI* 2002 p. 383.
- FERRARI Franco, La Convention de Vienne sur la vente internationale et le droit international privé, *JDI* 2006 p. 27.
- FERRER-CORREIA Antonio, Une codification nationale du droit international privé à l'épreuve du principe d'égalité : le Code civil portugais de 1966 « revisited », *in Le droit international à l'heure de sa codification : études en l'honneur de Roberto AGO*, t. 4, A. Giuffrè Milan 1987, p. 63.
- FERRERI Silvia, The Influence of Education - in Law Schools and Law Faculties - on the Application of Uniform Law ; *in International Uniform Law in Practice – Le droit uniforme international dans la pratique*, Actes du III<sup>e</sup> congrès de droit privé organisé par l'Institut International pour l'Unification du droit privé, UNIDROIT Rome / Oceana ed. Dobs Ferry N.Y. 1988, p. 289.
- FIORINI Aude, The Codification of Private International Law: the Belgian Experience, *International and Comparative Law Quarterly* 2005 (vol. 54, n° 2), p. 499.
- FISCHER Alfred, Le « délai raisonnable » et la jurisprudence allemande, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 1991 p. 95.
- FLÉCHEUX Georges et HAUTOT Isabelle, *Le forum shopping*, Droit et pratique du commerce international 1988 (vol. 14, n° 3) p. 389.
- FOBLETS Marie-Claire et LOUKILI Mohamed, Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille : quelles implications pour les Marocains en Europe?, *RCDIP* 2006 p. 521.
- FOBLETS Marie-Claire, Le statut personnel musulman devant les tribunaux en Europe : une reconnaissance conditionnelle, *in L'étranger et le droit de la famille, pluralité ethnique, pluralisme juridique*, sous la direction de Philippe KAHN, Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La documentation française Paris 2001, p. 33.
- FOUCHARD Philippe, L'arbitrage et la mondialisation de l'économie, *in Philosophie du droit et droit économique : quel dialogue ?*, Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, éd. Frison-Roche Paris, 1999, p. 381.
- FOYER Jacques, Les vicissitudes contemporaines de la règle de conflit de lois, *in Clés pour le siècle*, Dalloz Paris, 2000, p. 149.
- FOYER Jacques, Loi française et loi étrangère, *in La loi - bilan et perspectives*, sous la dir. de Catherine PUIGELIER, Études juridiques n° 22, Economica Paris, 2005, p. 75.
- FOYER Jacques, Remarques sur l'évolution de l'exception d'ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde, *in Le droit international privé : esprit et méthodes*, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde,

Dalloz Paris, 2005, p. 285.

- FOYER Jean, Tournant et retour aux sources en droit international privé ? (l'article 310 nouveau du Code civil), JCP 1976 I 2762.
- FRANCESEKAKIS Phocion, Compte rendu d'« Observations sur les liens de la compétence et de la compétence judiciaire » par Henri BATIFFOL, RCDIP 1963 p. 869.
- FRANCESEKAKIS Phocion, La prudente élaboration par la Conférence de La Haye d'une convention sur le divorce, JDI 1965 p. 24.
- FRANCESEKAKIS Phocion, Perspectives de droit international privé français actuel : à propos de la deuxième édition du Traité de M. Henri Batiffol, Revue internationale de droit comparé 1955 (vol. 7 / n° 2), p. 349.
- FRANCESEKAKIS Phocion, Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, RCDIP 1966 p. 1.
- FRANCESEKAKIS Phocion, v° Renvoi, Répertoire de Droit international Dalloz (1969) p. 751.
- FRISON-ROCHE Marie-Anne et BARANES William, Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi, D. 2000 Chron. p. 361.
- FULCHIRON Hugues (sous la dir. de), L'étranger en France, face et au regard du droit : rapport (texte imprimé), Centre de droit de la famille Université de Lyon 3 Lyon / Ministère de la Justice, Mission de recherche « Droit et Justice » Paris, 1999.
- FULCHIRON Hugues (sous la dir. de), Conflit familial, déplacements d'enfants et coopération judiciaire internationale en Europe, Mission de recherche Droit et Justice, 2002. Synthèse disponible sur le site internet de la Mission de recherche Droit et justice : [www.gip-recherche-justice.fr/](http://www.gip-recherche-justice.fr/)
- FULCHIRON Hugues, La famille face à la mondialisation, *in* La mondialisation du droit, sous la dir. d'Éric LOQUIN et de Catherine KESSEDJIAN, Travaux du centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux, vol. 19, Litec Paris, 2000, p. 479.
- FULCHIRON Hugues, Les populations d'origine maghrébine dans les régions lyonnaise et stéphanoise, *in* L'étranger en France, face et au regard du droit, Mission de recherche Droit et justice, 1999. Synthèse disponible sur le site de la Mission de recherche Droit et justice : [www.gip-recherche-justice.fr/](http://www.gip-recherche-justice.fr/)
- GANNAGÉ Léna, La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation, *in* Études de droit de la consommation : mélanges Jean Calais-Auloy, Dalloz Paris 2004, p. 421.
- GANNAGÉ Pierre, La distinction des conflits internes et des conflits internationaux de lois, *in* Mélanges en l'honneur de Paul ROUBIER, t. 1<sup>er</sup>, Dalloz Sirey Paris, 1961, p. 229.
- GANNAGÉ Pierre, Les limites à l'application de la loi du for dans le droit international privé contemporain, *in* Mélanges offerts à Albert Chavanne : droit pénal, propriété industrielle, Litec Paris 1990, p. 3.
- GANNAGÉ Pierre, Rapport provisoire sur l'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, Annuaire de l'institut de droit international 1989 (vol. 63-I), p. 205.
- GAUDEMET-TALLON Hélène, Le « droit au juge » à l'épreuve des règles de compétence judiciaire internationale (matière civile et commerciale), *in* Le droit à la mesure de l'homme : mélanges en l'honneur de Philippe Léger, Pedone Paris 2006, p. 173.
- GAUDEMET-TALLON Hélène, De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ?, *in* Le droit international privé : esprit *et* méthodes : mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris, 2005,

p. 303.

- GAUDEMET-TALLON Hélène, Droit international privé et Code civil, *in* 1804-2004, Le code civil : un passé, un présent, un avenir, Ouvrage collectif de l'Université de Panthéon-Assas, Dalloz Paris 2004, p. 749.
- GAUDEMET-TALLON Hélène, L'introuvable « juge naturel », *in* Nonagesimo anno : mélanges en hommage à Jean Gaudemet, PUF Paris 1999, p. 591.
- GAUDEMET-TALLON Hélène, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple des Conventions de La Haye), *in* Mélanges en l'honneur d'Yvon LOUSSOUARN, Dalloz Paris 1994, p. 181.
- GAUDEMET-TALLON Hélène, La compétence judiciaire internationale directe à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle : quelques tendances ; *in* Clés pour le siècle, Dalloz Paris 2000, p. 123.
- GAUDEMET-TALLON Hélène, Le « forum non conveniens », une menace pour la convention de Bruxelles ? (A propos de trois arrêts anglais récents), RCDIP 1991 p. 491.
- GAUDEMET-TALLON Hélène, Les aspects de droit international privé du Projet ALI-UNIDROIT, *in* La procédure civile mondiale modélisée, Actes du colloque de Lyon du 12 juin 2003, sous la dir. de Frédérique FERRAND, éd. Juridiques et Techniques Paris 2004, p. 71.
- GAUDEMET-TALLON Hélène, Les sources internationales du droit international privé devant le juge français, *in* Le juge entre deux millénaires : mélanges offerts à Pierre DRAI, Dalloz Paris, 2000, p. 573.
- GAUTIER Pierre-Yves, L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, D. 2003 Chron. p. 2839.
- GIULANO Mario et LAGARDE Paul, Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit rapport « Giuliano-Lagarde », JOCE du 31/10/1980, C 282, p. 1. Disponible sur : [www.rome-convention.org/](http://www.rome-convention.org/).
- GOLDSCHMIDT Werner, Système et philosophie du droit international privé, RCDIP 1955 p. 639, RCDIP 1956 p. 21 et p. 223.
- GONZÁLEZ CAMPOS Julio, La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé, *in* Festschrift für Erik JAYME, band 1, herausgegeben von Heinz-Peter MANSEL, Thomas PFEIFFER, Herbert KRONKE, Christian KOHLER, Rainer HAUSMANN, éd. Sellier München, 2004, p. 263.
- GOTHOT Pierre, Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, RCDIP 1971 p. 1, p. 209 et p. 415.
- GRAULICH Paul, La signification actuelle de la règle de conflit, *in* Études dédiées à Alex WEILL, Dalloz-Litec Paris 1983, p. 295.
- GRAVESON Ronald, Choice of Law and Choice of Jurisdiction in the English Conflict of Laws, British Year Book of International Law 1951 p. 273.
- GRAVESON Ronald, The Inequality of the Applicable Law, British Year Book of International Law 1980, t. 51, p. 231.
- GREEN Michael, Legal Realism, Lex Fori, and the Choice-of-Law Revolution, The Yale Law Journal 1995 (vol. 104) p. 967.
- GROFFIER Ethel, La terminologie du droit international privé : langage savant ou cryptographie ?, *in* Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André CRÉPEAU, éd. Yvon Blais Inc. Cowansville, 1997, p. 355.
- GUILLEMARD Sylvette et PRUJINER Alain, La codification internationale du droit international privé : un

échec ? in Les cahiers de droit 2005 (vol. 46 / n° 1-2) p. 175. Disponible sur le site internet de la faculté de droit de l'Université de Laval : [www.fd.ulaval.ca/cahiers/indexen.html](http://www.fd.ulaval.ca/cahiers/indexen.html).

- GUINCHARD Serge, La procédure mondiale modélisée : le projet de l'*American Law Institute* et d'Unidroit de principes et règles transnationaux de procédure civile, D. 2003 p. 2183.

- HARTLEY Trevor et DOGAUCHI Masato, Rapport explicatif de la convention de La Haye du 30 juin 2005 sur les accords d'élection de for, éd. par le Bureau permanent de la Conférence, La Haye 2007, <http://www.hcch.net/upload/expl37f.pdf>.

- HARTLEY Trevor, Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared, *International and Comparative Law Quarterly* 1996 (vol. 45) p. 271.

- HARTLEY Trevor, The European Union and the Systematic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws, *International and Comparative Law Quarterly* 2005 (vol. 54, part 4) p. 813.

- HAY Peter, LANDO Ole, ROTUNDA Ronald, Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration, in *Integration through law*, vol. 1, book n° 2, dir. par M. CAPPELLETTI, M. SECCOMBE et J. WEILER, ed. W. DE GRUYTER Berlin New York 1986, p. 161.

- HAY Peter, The Interrelation of Jurisdiction and Choice-of-law in United States Conflicts law, *International and Comparative Law Quarterly* 1979 (vol. 28) p. 161.

- HÉBRAUD Pierre, De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître, *RCDIP* 1968 p. 205

- HELDRICH Andreas, Heimwärtsstreben auf neuen Wegen, in *Konflikt und Ordnung Festschrift für Murad Ferid*, éd. C.H. Beck München, 1978, p. 209.

- HEUZÉ Vincent, De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen, in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz Paris 2005, p. 394.

- HUET André, Compétence "privilégiée" des tribunaux français ou compétence fondée sur la nationalité française de l'une des parties - Code civil, articles 14 et 15 - Bénéficiaires, *Juris-Classeur Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 30* (2001).

- HUET André, Compétence "privilégiée" des tribunaux français ou compétence fondée sur la nationalité française de l'une des parties - Code civil, articles 14 et 15 - Domaine - Tribunal français spécialement compétent, *Juris-Classeur Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 31* (2001).

- HUET André, Compétence "privilégiée" des tribunaux français ou compétence fondée sur la nationalité française de l'une des parties - Code civil, articles 14 et 15 - Renonciation - Non-applicabilité d'office, *Juris-Classeur Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 40* (2001).

- HUET André, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Compétence internationale ordinaire - Règles de compétence purement internationale, *Juris-Classeur Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 21* (2001).

- HUET André, Compétence des tribunaux français à l'égard des litiges internationaux - Généralités, *Juris-Classeur Civil, Code, articles 14 et 15, fasc. 10* (2001).

- HUET André, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) - Compétence de la « lex fori » - Domaine de la « lex fori » : action en justice, *J-Cl. Procédure civile, fasc. 57-10* (2001).

- HUET André, Procédure civile et commerciale dans les rapports internationaux (DIP) - Domaine de la « lex

fori » : instance, J-Cl. Procédure civile fasc. 57-20 (2001).

- IDOT Laurence, Marché européen des services : directive « Bolkestein » ou « Frankenstein » ? Le mythe de la loi d'origine..., *Revue Europe* (n° 3) mars 2005, p. 3.

- JEAN Jean-Paul et PAULIAT Hélène, L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité, *D.* 2005 p. 598.

- JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, De la distinction nécessaire entre l'accord procédural interne et l'accord procédural international, en présence même d'éléments d'extranéité, *Gaz. Pal.* 13 décembre 2001 n° 347, p. 13.

- JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, Manque de base légale et application de la loi étrangère, *in La Cour de cassation et l'élaboration du droit*, *Economica Paris*, 2004 p. 97.

- JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, Ordre public international - Conséquences de l'exception d'ordre public - Variabilité des manifestations de l'ordre public, *Juris-Classeur Civil*, Code, article 3, fasc. 46 (1992).

- JOSSELIN-GALL Muriel, La place de l'État dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales, *in Le droit international privé : esprit et méthodes*, *Mélanges Paul Lagarde*, *Dalloz Paris*, 2005, p. 493.

- JUENGER Friedrich, La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la courtoisie internationale, réflexions d'un Américain, *RCDIP* 1983 p. 37.

- JUENGER Friedrich, What's Wrong with Forum Shopping ?, *Sydney Law Review*, March 1994 (vol. 16 / n° 1) p. 5.

- KESSEDIAN Catherine, La codification en droit international privé, *in La codification en droit international : colloque de la Société française pour le droit international*, *Pedone Paris*, 1999, p. 101.

- KIENINGER Eva-Maria, The Legal Framework of Regulatory Competition Based on Company Mobility : EU and US Compared, *German Law Journal* 2004, (n° 4 / vol. 6), p. 741. Disponible en ligne : [www.germanlawjournal.com/](http://www.germanlawjournal.com/).

- KINSCH Patrick, Principe d'égalité et conflits de lois, *Travaux du Comité français de droit international privé 2002-2004*, *Pedone Paris* 2005, p. 117.

- KNOEPFLER François, Le droit international privé : froideur mécanique ou justice casuistique, *Conférences universitaires de Neuchâtel* 1976, p. 35.

- KNOEPFLER François, Utilité et dangers d'une clause d'exception en droit international privé, *in Hommage à Raymond Jeanprêtre*, éd. *Ides et calendes Neuchâtel*, 1982, p. 113.

- KRIEGK Jean-François, Le délai raisonnable : office du juge et office de l'autorité publique, *Petites Affiches* 2003, n° 127, p. 4.

- LABBÉ Jean-Étienne, Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement à la détermination de la loi applicable à la cause, *Journal du Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparée* 1885 p. 5.

- LABRUSSE Catherine, La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère, *Travaux du Comité français de droit international privé 1975-1977*, éd. du CNRS Paris, p. 111.

- LAGARDE Paul, compte rendu de l'ouvrage « Les clauses d'exception en droit international privé » de César DUBLER, *RCDIP* 1985 p. 787.

- LAGARDE Paul, Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2004 (vol. 68) p. 225.
- LAGARDE Paul, La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux : son appréciation par le juge interne, *RCDIP* 1975 p. 25.
- LAGARDE Paul, La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et à la répudiation : l'expérience française, *in* Nouveaux itinéraires en droit : hommage à François Rigaux, Bruylant Bruxelles 1993, p. 263.
- LAGARDE Paul, Sur la non-codification du droit international privé, *Syracuse Journal of International Law and Commerce* 1998 (vol. 25) p. 45.
- LAGARDE Xavier, Pourquoi le droit est-il complexe ?, *Revue le Débat* n° 127, nov. déc. 2003, p. 146.
- LAMBERT Pierre, Les notions de « délai raisonnable » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 1991 p. 3.
- LANDO Ole, *Lex Fori in Foro Proprio*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 1995 p. 359.
- LARDEUX Gwendoline, La reconnaissance du statut de règle de droit à la règle de conflit de lois, *D. 2003 Doct.* p. 1513.
- LAVAL Nathalie, La bonne administration de la justice, *Petites Affiches* du 12 août 1999, n° 160, p. 12.
- LE BAYON Alain, Compétence territoriale, *Juris-Classeur Procédure civile*, fasc. 211 (2000).
- LEMONTEY Jacques et REMERY Jean-Pierre, La loi étrangère dans la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation, *Rapport de la Cour de Cassation* 1993, La documentation française Paris 1994, p. 81.
- LEQUETTE Yves, Code civil, les défis d'un nouveau siècle, *Rapport de synthèse du 100<sup>e</sup> congrès des notaires de France*, *Rép. Def.* 2004, art. 37991, p. 1055.
- LEQUETTE Yves, De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille, *in* L'internationalisation du droit, *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz Paris 1994, p. 245.
- LEQUETTE Yves, L'abandon de la jurisprudence *Bisbal* (à propos des arrêts de la Première chambre civile des 11 et 18 octobre 1988), *RCDIP* 1989 p. 277.
- LEQUETTE Yves, v° Renvoi, *Répertoire international Dalloz* (1998).
- LEREBOURS-PIGEONNIÈRE Paul, L'œuvre de J.-P. Niboyet, *RCDIP* 1952 p. 401.
- LEURENT Pierre, compte rendu de l'ouvrage « Trans-municipal Law : a Critical Analysis of Private International Law » par Ahmet GÜNDOZ-OKÇÜN, *RCDIP* 1973 p. 407.
- LIBCHABER Rémy, L'exception d'ordre public en droit international privé, *in* L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, colloque Avignon du 7 octobre 1994, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz Paris, 1996, p. 65.
- LOCHAK Danièle, Étrangers et citoyens au regard du droit, *in* La citoyenneté et les changements de structures sociale et nationale de la population française, Ouvrage coordonné par Catherine WIHTOL DE WENDEN, Edilig - Fondation Diderot Paris, 1988, p. 75.
- LORCERIE Françoise (sous la dir. de), BARIKI Slaheddine, BRUSCHI François, Les populations d'origine maghrébine et comorienne de Marseille, *in* L'étranger en France, face et au regard du droit, Mission de recherche Droit et justice, 1999. Synthèse disponible sur le site de la Mission de recherche Droit et justice : [www.gip-recherche-justice.fr/](http://www.gip-recherche-justice.fr/)
- LOUIS-LUCAS Pierre, Droit international privé français - Conflits de lois - Théorie générale - Formation historique et principes du système français de solution des conflits de lois, *Juris-Classeur Civil*, Code, article 3,

fasc. B et fasc. C (1959).

- LOUIS-LUCAS Pierre, Existe t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois ?, RCDIP 1959 p. 405.
- LOUIS-LUCAS Pierre, J.-P. Niboyet (1886-1952), JDI 1952 p. 6.
- LOUIS-LUCAS Pierre, L'impériuse territorialité du Droit, RCDI 1935 p. 633.
- LOUIS-LUCAS Pierre, La Fraude à la loi étrangère, RCDIP 1962 p. 1.
- LOUIS-LUCAS Pierre, Territorialisme et nationalisme dans l'œuvre de J.-P. Niboyet, Travaux du Comité français de droit international privé 1951-1954, Librairie Dalloz Paris, 1955, p. 11.
- LOUSSOUARN Yvon, L'évolution de la règle de conflit de lois, in Travaux du Comité français de droit international privé, Journée commémorative du cinquantenaire : problèmes actuels de méthode en droit international privé, éd. du CNRS Paris, 1988, p. 79.
- LOUSSOUARN Yvon, La règle de conflit est-elle une règle neutre?, Travaux du Comité français de droit international privé 1980-1981, t. 2, éd. du CNRS Paris, p. 43.
- LOUSSOUARN Yvon, Les réformes du droit international privé du divorce et de la filiation, in La terre, la famille, le juge : études offertes à Henri-Daniel Cosnard, Economica Paris, 1990, p. 135.
- MAIER Harold and Mc COY Thomas, A Unifying Theory for Judicial Jurisdiction and Choice of Law, American Journal of Comparative Law 1991 (vol. 39) p. 249.
- MALAURIE Philippe, L'équivalence en droit international privé, D. 1962, Chron. XXXVI, p. 215.
- MALAURIE Philippe, Loi uniforme et conflit de lois, Travaux du Comité français de droit international privé 1964-1966, éd. Dalloz 1967, p. 85.
- MANCINI Pascal-Stanislas, De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles, JDI 1874 p. 221 et 284.
- MARIDAKIS Georges, Considérations sur l'activité de l'État concernant l'énoncé de règles de droit international privé, in Ius et lex, Festschrift zum 70. Geburtstag von Max GUTZWILLER, éd. Helbing & Lichtenhahn, Verlag Basel 1959 p. 253.
- MARIDAKIS Georges, Rapport définitif sur le renvoi en droit international privé, Annuaire de l'Institut de Droit International 1957, vol. 47 t. II, p. 1.
- MAYER Pierre, Droit au procès équitable et conflit de juridictions, in Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la convention européenne des droits de l'homme, Bruylant Bruxelles 1996, p. 125.
- MAYER Pierre, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence, RCDIP 1979 p. 1, 349 et 537.
- MAYER Pierre, Le juge et la loi étrangère, points de similitude du droit français avec le droit suisse, Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht 1991 p. 481.
- MAYER Pierre, Les lois de police étrangères, JDI 1981 p. 277.
- MAYER Pierre, Les procédés de preuve de la loi étrangère, in Le contrat au début du XXI<sup>e</sup> siècle : études offertes à Jacques Ghestin, LGDJ Paris 2001, p. 617.
- MECARELLI Gabriele, À propos du caractère inévitable du *forum shopping* dans la vente internationale de marchandises, Revue de droit des affaires internationales 2003, (n° 8), Chronique, p. 935.
- MÉLIN François, La convention européenne dans le domaine de l'information sur le droit étranger : constat

d'un échec, Petites Affiches 27 sept. 1999, p. 9.

- MERRYMAN John Henry, Foreign Law as a Problem, Stanford Journal of International Law 1983 p. 151.

- MEYER R., Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – Suisse, *in* Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité : XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, préparé par D. KOKKINI-IATRIDOU et l'Académie internationale de droit comparé, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht Boston London 1994, p. 299.

- MEZGHANI Ali, Le juge français et les institutions du droit musulman, JDI 2003 p. 721.

- MONÉGER Françoise, Brèves remarques sur le droit international privé touché par l'ordonnance du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation, Droit de la famille 2005, n° 10, p. 7.

- MONÉGER Françoise, L'applicabilité du droit international privé de la famille, *in* L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique, Mission de recherche « Droit et Justice », éd. la Documentation Française Paris 2001, p. 11.

- MONÉGER Françoise, Les populations d'origine étrangère dans l'agglomération orléanaise, *in* L'étranger en France, face et au regard du droit, Mission de recherche Droit et justice, 1999. Synthèse disponible sur le site de la Mission de recherche Droit et justice : [www.gip-recherche-justice.fr/](http://www.gip-recherche-justice.fr/)

- MONÉGER Françoise, The *last ten* ou les derniers États des États-Unis d'Amérique fidèles à la *lex loci delicti*, *in* Le droit international privé : esprit *et* méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 575.

- MORÉTEAU Olivier, Le juriste français entre ethnocentrisme et mondialisation, 1999, Conférence prononcée à la faculté de droit de l'Université de Montréal, 8 octobre 1999, disponible sur le site du réseau Européen Droit et société : [www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/moretea1.htm](http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/moretea1.htm) ou [www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/moretea1.pdf](http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/moretea1.pdf).

- MORVAN Patrick, Le principe de sécurité juridique : l'antidote au poison de l'insécurité juridique ?, Droit social 2006, n°7/8 juillet-août, p. 707.

- MOSTERMANS P.M.M., Optional (facultative) Choice of Law? Reflections from a Dutch Perspective, Netherlands International Law Review 2004 (vol. 51) p. 393.

- MOTULSKY Henri, La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge, D. 1964, Chron. p. 235.

- MOYSAN Hervé, La consolidation des codes, lois, décrets : positions doctrinales d'éditeurs ou devoir de l'État ?, JCP 2006 I p. 196.

- MUIR WATT Horatia, Compte rendu d'« Entre nationalisme juridique et communauté de droit » par Jean-Louis HALPERIN, RCDIP 1999 p. 404.

- MUIR WATT Horatia, Compte rendu de « Foreign Law in English Courts : Pleading, Proof, and Choice of Law » par Richard FENTIMAN, RCDIP 1999 p. 199.

- MUIR WATT Horatia, Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé, *in* Le droit international privé : esprit *et* méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Dalloz Paris 2005, p. 615.

- MUIR WATT Horatia, Droit judiciaire international – Qui a peur de la compétence exorbitante ?, Justices (Revue générale de droit processuel) 1995, n° 2, Chron., p. 332.

- MUIR WATT Horatia, Droit judiciaire international – Sur l'actualité de la jurisprudence ROHO : de la licéité de l'accord procédural en matière de conflit de lois, Justices (Revue Générale de Droit Processuel) 1997, Chron. p. 264.

- MUIR WATT Horatia, L'affaire Lloyd's : globalisation des marchés et contentieux contractuel, RCDIP 2002 p. 509.
- MUIR WATT Horatia, La codification en droit international privé, Droits n° 27/3 1998 p. 149.
- MUIR WATT Horatia, La politique de la Cour de cassation en matière internationale : économie de la justice et droit international privé, huitième conférence du Cycle Droit et technique de cassation 2005-2006, 18 septembre 2006, disponible sur le site internet de la Cour de cassation [www.courdecassation.fr/formation\\_br\\_4/2006\\_55/technique\\_cassation\\_8586.html](http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2006_55/technique_cassation_8586.html).
- MUIR WATT Horatia, Le domicile dans les rapports internationaux, Juris-Classeur Civil Code, app. art. 102 à 111, fasc. unique (1994).
- MUIR WATT Horatia, Les péripéties internationales de l'article 12 NCPC ou la définition contemporaine du conflit de lois dans l'espace, in *Propos pertinents de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Christian GAVALDA, Dalloz Paris 2001, p. 235.
- MUIR WATT Horatia, Les principes généraux en droit international privé français, JDI 1997 p. 403.
- MUIR WATT Horatia, v° Loi étrangère, Répertoire International Dalloz (1998).
- NADELMANN Kurt, Wächter's Essay on the Collision of Private Laws of Different States, AJCL 1964, vol. 13, p. 414.
- NIBOYET Jean-Paulin, Existe-t-il vraiment une Nationalité des Sociétés ?, RCDIP 1927 p. 402.
- NIBOYET Marie-Laure et SINOPOLI Laurence, avec la collaboration de François de BÉRARD, L'exequatur des jugements étrangers en France : étude de 1.390 décisions inédites (1999-2001), Gazette du palais 2004, n° spécial 168 à 169.
- NIBOYET Marie-Laure, Capacité - Protection des incapables, Juris-Classeur Droit International, fasc. 545 (1998).
- NIBOYET Marie-Laure, Ébauche d'un droit judiciaire transnational, in *L'actualité de la pensée de Berthold Goldman* (journée organisée au centre de droit européen de l'Université de Paris II le 1<sup>er</sup> octobre 2003), éd. Panthéon-Assas Paris 2004, p. 47.
- NIBOYET Marie-Laure, La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000, Gaz. Pal. 2001 doct. p. 943.
- NIBOYET-HOEGY Marie-Laure, La mise en œuvre du droit international privé conventionnel (incidences du droit des traités sur les pouvoirs du juge national), in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, Mélanges en l'honneur de Roger PERROT, Dalloz Paris, 1996, p. 313.
- NICOD Marc, Un droit venu d'ailleurs : la loi étrangère désignée par la règle de conflit, in *Libres propos sur les sources du droit : mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz Paris 2006, p. 417.
- NOURISSAT Cyril, Les familles sans frontières en Europe : mythe ou réalité ? Rapport de synthèse du 101<sup>e</sup> congrès des notaires de France, Rép. Def. 2005, Doct., art. 38202, p. 1193.
- NOURISSAT Cyril et TREPPOZ Édouard, Quelques observations sur l'avant-projet de proposition de règlement du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles « Rome II », JDI 2003 p. 7.
- NUYS Arnaut, *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen, in *mélanges John KIRKPATRICK*, Bruylant Bruxelles 2004, p. 745.
- NYSSSENS Clotilde et WILLEMS Luc, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, Document législatif n° 3-27/7 du 20 avril 2004 (discussion des experts scientifiques concernant le projet de code de droit

international privé), disponible sur le site internet du Sénat de Belgique : [www.senate.be](http://www.senate.be) (rubrique « Législation »).

- OPESKIN Brian, *The Price of Forum Shopping: A Reply To Professor Juenger*, *Sydney Law Review*, March 1994 (vol. 16 / n° 1), p. 14.

- OPPETIT Bruno, *Les principes généraux en droit international privé*, *Archives de philosophie du droit*, t. 32, 1987 p. 179.

- OSMAN Filali, *Un nouveau champ d'exploration pour le droit international privé : la coopération transfrontière entre collectivités publiques infra-étatiques*, *RCDIP* 1997 p. 403.

- PAMBOUKIS Charalambos, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions*, *Revue hellénique de droit international* 1994 (vol. 47) p. 475.

- PAMBOUKIS Charalambos, *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions – Grèce*, in *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité : XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé*, préparé par D. KOKKINI-IATRIDOU et l'Académie internationale de droit comparé, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht Boston London, 1994, p. 221.

- PANSIER Frédéric-Jérôme, *Compétence judiciaire, reconnaissance et exécution des décisions en matière civile et commerciale : un règlement du 22 décembre 2000 remplace la Convention de Bruxelles*, *Petites affiches* 29 janv. 2001, p. 5.

- PATAUT Étienne, *Qu'est-ce qu'un litige « intra-communautaire » ? Réflexions autour de l'article 4 du Règlement Bruxelles I*, in *Justice et droits fondamentaux : études offertes à Jacques Normand*, Litec Paris 2003, p. 365.

- PAULIAT Hélène, *Les différents modes d'administration de la justice en Europe et au Québec et leur influence sur la qualité*, in *L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité*, sous la dir. de Marco FABRI, Jean-Paul JEAN, Philip LANGBROEK et Hélène PAULIAT, Montchrestien Paris 2005, p. 21.

- PERELMAN Chaïm, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, in *Archives de philosophie du droit* 1978, t. 23, p. 35.

- PESENTI Xavier, *L'autorité parentale*, in *L'étranger en France, face et au regard du droit : rapport* (texte imprimé), Centre de droit de la famille Université de Lyon 3 Lyon / Ministère de la Justice, Mission de recherche « Droit et Justice » Paris, 1999.

- PHILONENKO Maximilien, *L'affaire Forgo (1874-1882) : contribution à l'étude des sources du droit international privé français*, *JDI* 1932 p. 281.

- PILLET Antoine, *Contre la doctrine du renvoi*, *Revue de droit international privé et de droit pénal international* 1913 p. 5.

- PONSARD André, *L'office du juge et l'application du droit étranger*, *RCDIP* 1990 p. 607.

- PONTIER Jannet, *Review on « Johan MEEUSEN, Nationalisme en Internationalisme in het Internationaal Privaatrecht. Analyse van het Belgische Conflictrecht »*, *Netherlands International Law Review* (n° 1 / vol. XLVI) 1999, p. 117.

- PRUDHOMME André, *Le droit international privé dans son développement moderne*, *JDI* 1930 p. 920.

- PRUJINER Alain, *Le droit international privé : un droit du rattachement*, in *Études de droit international en l'honneur de Pierre LALIVE*, éd. Helbing & Lichtenhahn Bâle Francfort-sur-le-Main 1993, p. 161.

- PUIG Pascal, Hiérarchie des normes : du système au principe, RTDC 2001 p. 749.
- PUTMAN Emmanuel, Réflexions sur la question de la codification du droit international privé, *in* La codification en droit international : colloque de la Société française pour le droit international, Pedone Paris 1999, p. 111.
- RADICATI DI BROZOLO Luca, Mondialisation, juridiction, arbitrage : vers des règles d'application semi-nécessaires ?, RCDIP 2003 p. 1.
- RALSER Elise, Pluralisme juridique et droit international privé, Revue de la Recherche Juridique (Droit prospectif) 2003, n° 4, p. 2547.
- RÉMERY Jean-Pierre, v° Référé, Répertoire International Dalloz (1998).
- RÉMY-CORLAY Pauline, Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois, RCDIP 2003 p. 37.
- RHEINSTEIN Max, compte rendu de « Three Discussions on the Conflict of Laws. Theory and Comments on Fundamental Principles » par G.O.Z. SUNDSTRÖM, American Journal of Comparative Law 1973 (vol. 21) p. 174.
- RIGAUD Louis, La conception nationaliste de la compétence judiciaire en Droit international privé : sa persistance et ses origines, RCDI 1938 p. 605.
- RIGAUX François, La méthode des conflits de lois dans les codifications et projets de codification de la dernière décennie, RCDIP 1985 p. 1.
- RIGAUX François, Les réceptions des droits étrangers et des normes non étatiques dans l'ordre juridique international, Revue de la Recherche Juridique (Droit prospectif) 1993 (n° 2) p. 591.
- RIGAUX François, Une imposante synthèse allemande en droit international privé : le traité du professeur Wilhelm Wengler, RCDIP 1982 p. 245.
- RODGER Barry and VAN DOORN Juliette, Proof of Foreign Law: the Impact of the London Convention, International and Comparative Law Quarterly 1997 (vol. 46) p. 151.
- ROMANO Gian Paolo, La bilatéralité éclipsée par l'autorité : développements récents en matière d'état des personnes, RCDIP 2006 p. 457.
- ROPERS Jean-Louis, La loi étrangère et le juge national, JCP 1967 I n° 2101.
- RUDE-ANTOINE Edwige, La coexistence des systèmes juridiques différents en France : l'exemple du droit familial, *in* L'étranger et le droit de la famille, pluralité ethnique, pluralisme juridique, sous la dir. de Philippe KAHN, Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française Paris, 2001, p. 147.
- RUEDA Isabelle, Réflexions sur la notion d'internationalité en droit, Revue de la Recherche Juridique (Droit prospectif) 2003 (n° 1) p. 107.
- SAREHANE Fatna, Le nouveau Code marocain de la famille, Gaz. Pal. 2004, n° 248, Doctr. p. 2792.
- SCHNITZER Adolf Friedrich, L'égalité de la loi étrangère et de la loi interne dans les rapports internationaux, Revue Hellénique de Droit International 1969 p. 33.
- SIEHR Kurt, Ehrenzweigs Lex-Fori-Theorie und ihre Bedeutung für das amerikanische und deutsche Kollisionsrecht, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 1970 (vol. 34) p. 585.
- SIMON Pierre-Jean, « Ethnocentrisme » *in* Pluriel-recherches, vocabulaire historique et critique des relations inter-ethniques 1993, cahier n°1, p. 57.
- SIMON-DEPITRE Marthe, Les règles matérielles dans le conflit de lois, RCDIP 1974 p. 591.

- SIMONET Marion, L'étranger entre deux droits : les facteurs d'adhésion des populations étrangères aux systèmes judiciaire et juridique français, *in* L'étranger et le droit de la famille : pluralité ethnique, pluralisme juridique, KAHN Philippe (sous la dir. de), Mission de recherche « Droit et Justice », éd. La Documentation Française Paris, 2001, p. 115.
- SOULAS DE RUSSEL Dominique et RAIMBAULT Philippe, Nature et racines du principe de sécurité juridique : une mise au point, RIDC 2003 p. 85.
- SPERDUTI Giuseppe, Les lois d'application nécessaire en tant que lois d'ordre public, RCDIP 1977 p. 257.
- SPIEGEL N., Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction – France, in Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité : XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, préparé par D. KOKKINI-IATRIDOU et l'Académie internationale de droit comparé, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht Boston London, 1994, p. 197.
- SPIRO Erwin, Forum Regit Processum (Procedure is Governed by the Lex Fori), International and Comparative Law Quarterly 1969 (vol. 18) p. 949.
- STOFFEL Walter, Le rapport juridique international, *in* Conflits et harmonisation : mélanges en l'honneur d'Alfred E. VON OVERBECK, éd. Universitaires Fribourg 1990, p. 421.
- SUDRE Frédéric, Convention européenne des droits de l'homme - Droits garantis - Droit à un procès équitable, Juris-Classeur Europe, Traité, fasc. 6526 (2005).
- SUTTON Geneviève, LES ARTICLES 311-14 et suivants du CODE CIVIL à l'épreuve de la jurisprudence du Tribunal de Grande Instance de Paris, Travaux du Comité français de droit international privé 1982-1984, éd. du CNRS Paris, 1986, p. 193.
- SYMEONIDES Symeon, Exception Clauses in Conflicts Law – United States, *in* Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions - ou le principe de proximité : XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé, préparé par D. KOKKINI-IATRIDOU et l'Académie internationale de droit comparé, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht Boston London, 1994, p. 77.
- THIRLWAY Hugh, La recherche de la solution équitable en droit international privé, Travaux du Comité français de droit international privé 1981-1982, éd. du CNRS Paris, p. 79.
- VALLINDAS Petros, Le droit international privé dans le Code civil hellénique, RIDC 1949 p. 95, disponible sur [www.persee.fr](http://www.persee.fr).
- VALLINDAS Petros, Les principes de la bilatéralité et de la possibilité d'internationalisation des règles de Droit international privé, Revue Hellénique de Droit International 1948 p. 329.
- VAN DER PLAS Cathelijne, The Limits of the Judicial Function and the Conflicts of Laws, Netherlands International Law Review 2006 (vol. 53 / n° 3) p. 439.
- VAN HECKE Georges et RIGAUX François, Examen de jurisprudence (1970 à 1975) : droit international privé (conflit de lois), Revue Critique de Jurisprudence Belge 1976 p. 221.
- VAN RIJN VAN ALKEMADE Jacob, La codification du droit international privé des Pays-Bas, *in* L'unificazione del diritto internazionale privato e processuale : studi in memoria di Mario Giuliano, éd. CEDAM Padova, 1989, p. 975.
- VERHOEVEN Joe, Droit international public et droit international privé : où est la différence ?, Archive de philosophie du droit 1987 (t. 32) p. 23.
- VERKINDT Pierre-Yves, La sécurité juridique et la confection de la loi, Droit social 2006, n° 7/8 juillet-août,

p. 720.

- VILLEY Michel, Critique de l'utilitarisme juridique, Revue de la recherche juridique, droit prospectif 1981 p. 166.
- VITTA Edoardo, The Impact in Europe of the American "Conflicts Revolution", American Journal of Comparative Law 1982 (vol. 30 / n° 1) p. 1.
- VON MEHREN Arthur T., La rédaction d'une convention universellement acceptable sur la compétence judiciaire internationale et les effets des jugements étrangers : le projet de la Conférence de La Haye peut-il aboutir ?, RCDIP 2001 p. 85.
- WATTÉ Nadine et BARBÉ Candice, Le nouveau droit international privé belge : étude critique des fondements des règles de conflit de lois, JDI 2006 p. 851.
- WATTÉ Nadine et NUYTS Arnaud, Vers une interprétation uniforme et cohérente des conventions de Rome et de Bruxelles – Les relations entre compétences judiciaire et législative dans l'Union européenne », Revue de droit de l'ULB 1994 p. 21.
- WEBB P. et AUBURN F., La « présomption » d'identité de la loi étrangère et de la loi du for en l'absence de preuve, JDI 1978 p. 272.
- WEBB P.R.H., Some thoughts on the place of English law as *Lex Fori* in English Private International Law, International and Comparative Law Quarterly 1961 (vol. 10) p. 818.
- WENGLER Wilhelm, L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable, RCDIP 1990 p. 657.
- WENGLER Wilhelm, Les conflits de lois et le principe d'égalité, RCDIP 1963 p. 203 et p. 503.
- WENGLER Wilhelm, Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits, RCDIP 1952 p. 595 et RCDIP 1953 p. 37.
- WESTEN Peter, False conflicts, California Law Review 1967 (vol. 55) p. 74.
- WILLIAMS Richard and MARSH William, Forum shopping: A New Lease of Life?, International Business Lawyer n° 27/7 du 01/07/1999, p. 307.
- WYLER Eric, Henri BATIFFOL face aux conceptions classique et moderne du droit, JDI 2004 p. 109.
- YÁÑEZ Guillermo, Ethnocentrisme et relativisme culturel, disponible sur le site internet Ethnociel (anthropologie et développement) [www.ethnociel.qc.ca/ethnocentrisme.html](http://www.ethnociel.qc.ca/ethnocentrisme.html).
- YNTEMA Hessel, Les objectifs du droit international privé, RCDIP 1959 p. 1.
- ZAJTAY Imre, Le traitement du droit étranger dans le procès civil, étude de droit comparé, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1968 (n° 2) p. 233.

#### IV. NOTES, COMMENTAIRES, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS

- ALEXANDRE Danièle, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 octobre 1988, DEMOISELLE N. R. et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 octobre 1988, DAME SCHULE, JDI 1989 p. 349.
- ANCEL Bertrand et MUIR WATT Horatia, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, COMPAGNIE ROYALE BELGE, RCDIP 1999 p. 698.
- ANCEL Bertrand, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1993, CONSORTS COUCKE, RCDIP 1994 p. 78.
- BATIFFOL Henri, note sous Cass. Civ., 12 mai 1959, BISBAL, RCDIP 1960 p. 62.
- BELLET Pierre, note sous TGI Avesnes-sur-Helpe, 25 septembre 1963, DAME M., RCDIP 1965 p. 130.
- BUREAU Dominique, note sous Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 juin 2004, FONDS DE GARANTIE DES VICTIMES D'ACTES DE TERRORISME ET D'AUTRES INFRACTIONS, RCDIP 2004 p. 751.
- CARRILLO SALCEDO Juan Antonio, Observations *in* L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, Annuaire de l'institut de droit international 1989 (vol. 63-I), p. 244.
- CHALAS Christelle, note sous CJCE 1<sup>er</sup> mars 2005, C-281/02, OWUSU, RCDIP 2005 p. 698.
- CORNIL Léon, Conclusions du premier avocat général Léon CORNIL devant la Cour de cassation de Belgique, 12 juin 1941 (affaire DECHAMPS), Pasicrisis belge 1941-I p. 217.
- DE VAREILLES SOMMIÈRES Pascal, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 1996, CONSORTS DENNEY, RCDIP 1997 p. 716.
- DELPY Christophe, Application de la théorie de l'équivalence dans le cadre d'une action en curatelle, chronique de Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, BARLUSCHKE, JCP 2005 I 169 p. 1686.
- FARGE Michel, Admission de l'exception d'équivalence entre la loi appliquée et la loi applicable en matière de droits indisponibles, commentaire sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, BARLUSCHKE, Droit de la Famille n° 9 - septembre 2005, comm. 197 p. 39.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, COMPAGNIE ROYALE BELGE, JDI 2000 p. 315.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, SOCIÉTÉ HANNOVER INTERNATIONAL ET A., RCDIP 1997 p. 514.
- FERRER-CORREIA Antonio, Observations *in* L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, Annuaire de l'institut de droit international 1989 (vol. 63-I), p. 247.
- FILLION-DUFOULEUR Bernard, L'application de la loi étrangère et le contrôle de dénaturation, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, SOCIÉTÉ AFRICATOURS, JCP 1998 II 10170 p. 1867.
- GANNAGÉ Léna, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juillet 1999, PROCUREUR GÉNÉRAL PRÈS LA COUR DE CASSATION, RCDIP 2000 p. 207.
- GAUTIER Pierre-Yves, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1988, CASSAN, RCDIP 1989 p. 81.
- GODECHOT-PATRIS Sara, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, BARLUSCHKE, JDI 2006 p. 955.
- GODECHOT-PATRIS Sara, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 décembre 2005, VEUVE LOISEAU, RCDIP 2006 p. 583.
- GUEZ Philippe, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 décembre 2005, Gaz. Pal. 24-25 février 2006, n° 56, p. 14.

- HABU GROUD Thomas, L'exception d'équivalence dans la méthode des conflits de lois (à propos de Cass. 1<sup>re</sup> Civ., 3 avril 2001), Gaz. du Pal. du 12 et 13 décembre 2001, n° 346-347, Doct. p. 22.
- JESSURUN D'OLIVEIRA H. U., note sous Cour de cassation des Pays-Bas, 10 décembre 1976, CHELOUCHE, RCDIP 1978 p. 97.
- KNOEPFLER François, note sous Tribunal fédéral suisse (2<sup>e</sup> Cour civile), 28 novembre 1991, X, RCDIP 1992 p. 484.
- LAGARDE Paul, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 octobre 1992, CAMARA, RCDIP 1993 p. 41.
- LAGARDE Paul, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 1972, ROUGERON, D. 1973 Jur. p. 59.
- LAGARDE Paul, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 avril 1980, BETTAN, et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 octobre 1980, FERKANE, RCDIP 1981 p. 94.
- LAGARDE Paul, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 octobre 1989, SOCIÉTÉ DE BAAT EN ZEGWAARD, RCDIP 1990 p. 316.
- LE TALLEC, Conclusions du premier substitut sous TGI Nanterre, 18 septembre 1974, D<sup>lle</sup> L.-V., RCDIP 1975 p. 115.
- LÉGER Philippe, Conclusions de l'avocat général sous CJCE 1<sup>er</sup> mars 2005, OWUSU, aff. C-281/02, Rec. I 2005-3 (A) p. 1386 ; disponible sur : <http://eur-lex.europa.eu/>.
- LEGIER Gérard, L'équivalence entre la loi appliquée et la loi désignée par la règle de conflit, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, SA COMPAGNIE ROYALE BELGE, JCP 2000 II 10261 p. 360.
- LÉGIER Gérard, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1993, M. O. et 16 juin 1993, M. MREJEN, RCDIP 1994 p. 505.
- LÉGIER Gérard, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1984, ABED, JDI 1985 p. 444.
- LEQUETTE Yves, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 novembre 1992, A. B., JDI 1993 p. 309.
- LEQUETTE Yves, note sous TI Paris (juge des tutelles), 3 décembre 1973, DAME LAFORTUNE, RCDIP 1974 p. 653.
- LOUSSOUARN Yvon, note sous Cass. Civ., 19 juin 1963, ROUGERON (1<sup>re</sup> esp.), RCDIP 1965 p. 366.
- MAHINGA Jean-Grégoire, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, BARLUSCHKE, D. 2005 p. 2924.
- MASSIP Jacques, chronique de Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 novembre 1986, M. A., Rép. Def. 1987 I, art. 33978, arrêt n° 39, p. 773.
- MASSIP Jacques, chronique de Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 1994, M<sup>me</sup> B., Rép. Def. 1994, I, art. 35891, arrêt n° 104 p. 1099.
- MAURY Jacques, Observations sur le renvoi en droit international privé, Annuaire de l'Institut de Droit International 1957, (vol. 47), t. II, p. 76.
- MAYER Pierre, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, M. A. et Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, KARL IBOLD GmbH, RCDIP 1998 p. 60.
- MÉLIN François, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, M. A. B., JCP 1999 II 10192 p. 1983.
- MÉLIN François, Vers un alourdissement de l'office du juge à l'égard des lois étrangères ?, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 septembre 2002, D&J SPORTING L<sup>td</sup>, Petites affiches du 6 février 2003, n° 27, p. 15.
- MONÉGER Françoise, observations sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, BARLUSCHKE, Droit et patrimoine 2005 ( n° 136), arrêt n° 3665, p. 102.
- MUIR WATT Horatia, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2001, M. X, RCDIP 2001 p. 513.

- MUIR WATT Horatia, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1994, RCDIP 1994 p. 341.
- NIBOYET Marie-Laure, Une nouvelle arme contre les pourvois inutiles : l'équivalence de contenu entre la loi appliquée et celle qui est désignée par la règle de conflit, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, COMPAGNIE ROYALE BELGE, Gaz. Pal. 2 mars 2000, n° 61-62, Revue de jurisprudence, p. 24.
- PATAUT Étienne et HAMMJE Petra, note sous Cass. Soc., 10 mai 2006, MOUKARIM, RCDIP 2006 p. 856.
- PHILIP Allan, Observations *in* L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, Annuaire de l'institut de droit international 1989 (vol. 63-I), p. 265.
- RODIÈRE Pierre, note sous Cass. Ass. Plén., 10 juillet 1992, COMPAGNIE AIR AFRIQUE, JCP 1993 II 22063 (2<sup>e</sup> arrêt) p. 215.
- RUET Laurent, Prélèvement nationaliste : le conjoint survivant ne peut bénéficier de l'article 2 de la loi du 14 juillet 1819, note sous Paris, 28 novembre 1995, DE BOURBON DE PARME, JCP 1996 II 22745 p. 489.
- RUIZ-JARABO COLOMER Damaso, Conclusions présentées le 6 mars 1999 dans l'affaire C-440/97 GIE GROUPE CONCORDE, disponible sur : <http://www.curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2000/html/c44097/44097-a-fr.htm>.
- SCHERER Maxi, note sous Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, BARLUSCHKE, RCDIP 2006 p. 85.
- VAN HECKE Georges, Observations *in* L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de droit international privé, Annuaire de l'institut de droit international 1989 (vol. 63-I), p. 255.



## LISTE CHRONOLOGIQUE DES DÉCISIONS CITÉES

### I. FRANCE

#### A/ Cour de cassation

(arrêts disponibles sur le site internet Legifrance à partir de l'année 1960 pour les arrêts publiés au Bulletin et à partir de l'année 1988 pour les arrêts non publiés au Bulletin, [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr))

- Cass. Civ., 2 avril 1833, COMTE DE BLOOME, D. 1833 I p. 251.
- Cass. Civ., 16 décembre 1845, DESPRADES, S. 1846 I p. 100 note L.-M. DEVILL, D. 1846 I p. 7.
- Cass. Req., 16 janvier 1861, LIZARDI, D.P. 1861 I 193 ; S. 1861 I p. 305, note G. MASSÉ ; GADIP n° 5.
- Cass. Civ., 19 juillet 1875, DE RAMONDEC, S. 1876 I p. 289 note J.-E. LABBÉ, D. 1876 I p. 5.
- Cass. Civ., 18 mars 1878, PRINCESSE DE BAUFFREMONT, S. 1878 I p. 193, note J.-E. LABBÉ ; D. 1878 II p. 1 note B. CAZALENS ; GADIP n° 6.
- Cass. Civ., 24 juin 1878, ADMINISTRATION DES DOMAINES c. DITCHL et a. (arrêt dit "FORGO"), Journal du dr. int. priv. 1879 p. 285, S. 1878 I 429, D 1879 I p. 56 GADIP n° 7.
- Cass. Req., 22 févr. 1882, S. 1882 I 393, note J.-E. LABBÉ ; D. 1882 I p. 301, GADIP n°8.
- Cass. Req., 18 juillet 1892, S. 1892 I p. 407.
- Cass. Req., 22 juillet 1903, GUERRIER, D. 1904 I p. 197.
- Cass. Civ., 5 juin 1905, DE MUNITIZ, S. 1905 I p. 305, note Ch. LYON-CAEN.
- Cass. Req., 1<sup>er</sup> mars 1910, HUMANN c. SOULIÉ, D. 1912 I p. 262, rapport DENIS ; S. 1913 I 105, note E. AUDINET ; JDI 1910 p. 888, note Jean PERROUD ; RCIP 1910 p. 870 (2<sup>e</sup> esp.).
- Cass. Civ., 5 décembre 1910, AMERICAN TRADING COMPANY, RCDIP 1911 p. 395 ; Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée 1912 p. 1156, note Henri GALIBOURG ; S. 1911 I p. 129, note Ch. LYON-CAEN ; GADIP n° 11
- Cass. Req., 20 juillet 1911, FRENKEL, S. 1912 I p. 132.
- Cass. Civ., 6 juillet 1922, DE FERRARI, Rev. dr. int. priv. 1922, p. 444, rapport Ambroise COLIN, note Antoine PILLET ; JDI 1922 p. 545, note André MORILLOT et p. 714 ; D. 1922 I p. 137, note L. S. ; S. 1923 I p. 5, note Ch. LYON-CAEN ; GADIP n° 12.
- Cass. Req., 27 mars 1922, TERESTCHENKO, D. 1923 I p. 11, Rev. dr. int. priv. 1924 p. 401.
- Cass. Civ., 19 novembre 1923, DAME RUSCHETTA, JDI 1924 p. 163, note André MORILLOT ; RDIP 1924 p. 136.
- Cass. Civ., 14 mars 1928, FERRARI, Dalloz Hebdomadaire 1928 p. 253, S. 1929 I p. 92, Rev. dr. int. priv. 1928, p. 651 ; JDI 1928, p. 382.
- Cass. Civ., 7 mai 1928, ANTONIOTTI, RDIP 1929 p. 124 ; S. 1928 I p. 238 ; D.P. (Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine) 1929 I p. 47 ; JDI 1929 p. 431.
- Cass. Civ., 5 février 1929, MANCINI, S. 1930 I p. 81, note AUDINET.
- Cass. Civ., 5 juillet 1933, NAGALINGAMPOULLÉ et a., RCDI 1934 p. 166, note Jean-Paulin NIBOYET.

- Cass. Req., 7 novembre 1933, GUEZ c/ BEN ATTAR, S. 1934 I 321, note E. AUDINET ; JDI 1935 p. 88, note J.P. ; Rev. Crit. Dr. Int. 1934 p. 440, note Jean-Paulin NIBOYET.
- Cass. Civ., 7 mars 1938, DE MARCHI DELLA COSTA, JDI 1938, p. 784, note J. PERROUD ; Rev. crit. dr. int. 1938, p. 472, note Henri BATIFFOL ; GADIP n° 16.
- Cass. Civ., 8 mars 1938, DAME FONTAINE c/ EPOUX PULTENEY, RCDIP 1938 p. 653, note Henri BATIFFOL ; D. P. 1939 I 17, note NAST ; GADIP n° 17.
- Cass. Req. 10 mai 1939, BIRCHALL, S. 1942 I p. 73, note Jean-Paulin NIBOYET ; JDI 1940-45 p. 107 note Robert TENGER.
- Cass. Civ., 19 juin 1939, LABEDAN, S. 1940 I p. 49, note Jean-Paulin NIBOYET ; DP 1939 I p. 97, note L. P.
- Cass. Civ., 8 novembre 1943, FAYEULLE, RCDIP 1946 p. 273, note Henri BATIFFOL ; JCP 1944 II 2522, note P.L.-P. ; D. 1944 p. 65, note R. SAVATIER.
- Cass. Civ. (sect. civ.), 25 mai 1948, LAUTOUR, RCDIP 1949 p. 89, note Henri BATIFFOL ; D. 1948 p. 357, note P. L.-P. ; JCP 1948 II n° 4542, note Michel VASSEUR ; GADIP n° 19.
- Cass. Civ. (sect. civ.), 21 juin 1948, PATINO, RCDIP 1949 p. 557, note Phocion FRANCESKAKIS ; JCP 1948 II 4422, note Paul LEREBOURS-PIGEONNIÈRE ; S. 1949 I 121, note Jean-Paulin NIBOYET.
- Cass. Civ. (sect. civ.), 22 janvier 1951, ÉPOUX RUSSEL c/ WEILLER, RCDIP 1951 p. 167, note Phocion FRANCESKAKIS ; JCP 1951 II 6151, note S. et T. ; D. 1952 jur. p. 35 ; S. 1951 I p. 187 ; GADIP n° 24.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 17 avril 1953, RIVIÈRE, RCDIP 1953 p. 412, note Henri BATIFFOL ; JDI 1953 p. 860 note R. PLAISANT ; JCP 1953 II 7863, note J. BUCHET ; GADIP n° 26.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 8 décembre 1953, SOMMER, RCDIP 1955 p. 133, note Henri MOTULSKY ; D. 1954 p. 167 ; JCP 1954 II 8080, note R. SAVATIER.
- Cass. Civ. 2<sup>e</sup> sect., 1<sup>er</sup> avril 1954, BRADFORD, Bull. 1954 II, n° 140 p. 101.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 12 mai 1959, BISBAL, Bull. 1959 I n° 236 p. 199 ; RCDIP 1960 p. 62, note Henri BATIFFOL ; JDI 1960 p. 810, note J. B. SIALELLI ; D. 1960 p. 610, note Philippe MALAURIE ; JCP 1960 II 11733, note Henri MOTULSKY ; GADIP n° 32.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 19 octobre 1959, PELASSA, Bull. 1959 I n° 415 p. 344 ; D. 1960 II p. 37, note Georges HOLLEAUX (1<sup>er</sup> arrêt) ; RCDIP 1960 p. 215, note Yvon LOUSSOUARN.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 2 mars 1960, COMPAGNIE ALGÉRIENNE DE CRÉDIT ET DE BANQUE, Bull. 1960 I n° 143 p. 114 ; RCDIP 1960 p. 97, note Henri BATIFFOL ; JDI 1961 p. 408, note B. G. ; JCP 1960 II 11734, note Henri MOTULSKY ; GADIP n° 33.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 11 juillet 1961, DAME BERTONCINI, Bull. 1961 I n° 392 p. 310 ; RCDIP 1962 p. 124, note Henri BATIFFOL ; JDI 1963 p. 132, note Berthold GOLDMAN ; GADIP n° 34.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 21 novembre 1961, MONTEFIORE et a., Bull. 1961 I n° 542 p. 430 ; RCDIP 1962 p. 329, note Paul LAGARDE ; JDI 1962 p. 686, note Berthold GOLDMAN ; D. 1963 p. 37 et Chron. Ph. FRANCESKAKIS p. 7.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 30 octobre 1962, SCHEFFEL, Bull. 1962 I n° 449 p. 385 ; RCDIP 1963 p. 387, note Ph. FRANCESKAKIS ; D. 1963 II p. 109, note Georges HOLLEAUX ; GADIP n° 37.

- Cass. Com. (sect.), 4 mars 1963, HOCKE, Bull. 1963 III n° 137 p. 111 ; RCDIP 1964 p. 264, Chron. Paul LAGARDE p. 235 ; JDI 1964 p. 806, note Berthold GOLDMAN ; JCP 1963 II 13376, note P. LESCOT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 15 juillet 1963, SELLAM, Bull. 1963 I n° 392 p. 335 ; RCDIP 1964 p. 732, somm. Pierre BOUREL.
- Cass. Soc. (sect.), 1<sup>er</sup> juillet 1964, ÉTABLISSEMENTS MAILLARD, Bull. 1964 IV n° 573 p. 467.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup> sect., 27 octobre 1964, MARO, Bull. 1964 I n° 472 p. 365 ; D. 1965 p. 81 ; RCDIP 1965 p. 119 (1<sup>re</sup> esp.) ; JCP 1964 II 13911 bis.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 1966, ADMINISTRATION DES DOMAINES, Bull. 1966 I n° 216 p. 166 ; RCDIP 1967 p. 705, note Jean-Denis BREDIN.
- Cass. Soc., 5 mars 1969, ZANARELLI, Bull. 1969 V n° 152 p. 127.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mai 1970, WEISS, Bull. 1970 I n° 176 p. 141 ; RCDIP 1971 p. 113, note Henri BATIFFOL ; Gaz. Pal. 1970 II p. 298 ; GADIP n° 49.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1971, DARMOUNI, Bull. 1971 I n° 261 p. 220 ; RCDIP 1973 p. 70, note Marthe SIMON-DEPITRE ; JDI 1972 p. 828, note Maurice NISARD ; D. 1972 p. 633, note Philippe MALAURIE (2<sup>e</sup> esp.).
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> février 1972, ROUGERON, Bull. 1972 I n° 36 p. 33 ; D. 1973 p. 59, note Paul LAGARDE ; Rép. Def. 1972 p. 1179, note Philippe MALAURIE.
- Cass. Soc., 10 mai 1972, CONSORTS BASTIA, Bull. 1972 V n° 338 p. 312 ; RCDIP 1974 p. 321, note MARRAUD.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 octobre 1972, AUDOUZE, Bull. 1972 I n° 204 p. 177 ; RCDIP 1973 p. 520, note Henri BATIFFOL.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 octobre 1972, CASSAN, JDI 1973 p. 716, note Bruno OPPETIT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 1973, SEBBAN BENCHARA et a., Bull. 1973 I n° 44 p. 40 ; JDI 1975 p. 66 (1<sup>re</sup> esp.), note Bernard AUDIT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 mai 1974, BONNEFOI, Bull. 1974 I n° 123 p. 106, JDI 1974 p. 850, note André PONSARD.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 mai 1974, CONSORTS MARTINELLI, Bull. 1974 I n° 145 p. 78 ; RCDIP 1975 p. 260, note Maurice NISARD.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 novembre 1976, MARRET, RCDIP 1977 p. 746, note Jacques FOYER ; JDI 1977 p. 504, obs. Ph. K. ; GADIP n° 57.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 1977, SOC. VETROCEMENTO ARMATO, Bull. 1977 I n° 267 p. 211 ; RCDIP 1978 p. 119, note Henri BATIFFOL ; D. 1978, I.R. p. 103, obs. Bernard AUDIT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1977, GIROUX, Bull. 1977 I n° 320 p. 253 ; JDI 1977 p. 880, note A. H. ; RCDIP 1978 p. 151, note Bernard AUDIT.
- Cass. Ass. plén., 14 octobre 1977, BLOCH, Bull. Ass. plén. n° 6 p. 9 ; RCDIP 1978 p. 166, note Henri BATIFFOL ; JDI 1978 p. 304, note Gérard LYON-CAEN ; D. 1978 Jur. p. 417, note Paul LAGARDE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janvier 1978, STAUDENMAYER, Bull. 1978 I n° 33 p. 27.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 1978, LAVIE, Bull. 1978 I n° 73 p. 62 ; RCDIP 1979 p. 593, note Gérard COUCHEZ.

- Cass. Soc., 29 novembre 1978, PERNIN, Bull. 1978 V n° 804 p. 607.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 janvier 1979, DAME BERGER, Bull. 1979 I n° 2 p. 2.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 janvier 1979, DAME THEOFILAKIS, Bull. 1979 I n° 22 p. 18, JDI 1981 p. 66, note Jacques FOYER.
- Cass. Soc., 20 juin 1979, CASTELAIN, Bull. 1979 V n° 551 p. 405, JDI 1979 p. 852, note A. LYON-CAEN.
- Cass. Civ. 3<sup>e</sup>, 10 octobre 1979, LEMAIRE, Bull. 1979 III n° 175 p. 136.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1980, MOUCHEL, Gaz. Pal. 1980 I Pan. Jur. p. 244.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 octobre 1980, SCHMIDT ET A., Bull. 1980 I n° 246 p. 197.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juin 1981, SCPI, Bull. 1981 I n° 216 p. 177.
- Cass. Com., 8 juillet 1981, SOCIÉTÉ L'ABEILLE, Bull. 1981 IV n° 311 p. 246.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 février 1982, OLIVIER, Bull. 1982 I n° 57 p. 49 ; RCDIP 1982 p. 706, note Pierre MAYER ; JDI 1982, p. 690, note Horatia MUIR WATT ; JCP 1982 II 19749, concl. GULPHE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 15 juin 1982, ZAGHA, Bull. 1982 I n° 224 p. 192 ; RCDIP 1983, p. 300, note Jean-Marc BISCHOFF ; JDI 1983 p. 595, note Robert LEHMANN ; D. 1983 som. com. p. 151, obs. Bernard AUDIT ; D. 1983 p. 431, note Éric AGOSTINI.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 octobre 1982, BANQUE SEDERAT IRAN, Bull. 1982 I n° 300 p. 256.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1982, SOCIÉTÉ EUROPACK, Inédit au bulletin, disponible sur Legifrance.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 mai 1983, SOCIÉTÉ LAFARGE, Bull. 1983 I n° 147 p. 128 ; RCDIP 1985, p. 346, note ANCEL.
- Cass. Soc., 2 juin 1983, DAWSON, Bull. 1983 V n° 301 p. 213, JDI 1984 p. 337 (1<sup>re</sup> esp.), note Pierre RODIÈRE ; D. 1984, IR p. 368, obs. A. LYON-CAEN,
- Cass. Com., 14 juin 1983, SOCIÉTÉ MAN, Bull. 1983 IV n° 170 p. 147 ; RCDIP 1984 p. 119, note Henri BATIFFOL.
- Cass. Soc., 20 octobre 1983, BANK SADERAT IRAN, RCDIP 1985 p. 99, note Hélène GAUDEMET-TALLON ; JDI 1984 p. 337 (2<sup>e</sup> esp.), note Pierre RODIÈRE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 janvier 1984, SOCIÉTÉS THINET et DUMEZ, Bull. 1984 I n° 33 p. 26 ; RCDIP 1985 p. 89, note Paul LAGARDE ; JDI 1984 p. 874, note Jean-Marc BISCHOFF.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1984, ABED, Bull. 1984 I n° 39 p. 32 ; JDI 1985, p. 444, note Gérard LÉGIER ; Rép. Def. 1984 p. 925, note Alain PIÉDELIÈVRE ; JCP 1985 20362, note François BOULANGER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 1984, M. K., Bull. 1984 I n° 85 p. 69.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 octobre 1984, FAVREAU, RCDIP 1986 p. 91, note Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER ; JDI 1985 p. 495, note Bernard AUDIT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 mars 1985, CONSORTS CARON, Bull. 1985 I n° 103 p. 93 ; JCP 1986 II 20630, note F. BOULANGER ; RCDIP 1986 p. 66, note Yves LEQUETTE ; JDI 1987 p. 80 (1<sup>re</sup> esp.), note NIBOYET-HOEGY.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 novembre 1985, SOCIÉTÉ COGNACS AND BRANDIES FROM FRANCE, Bull. 1985 I n° 306 p. 271 ; RCDIP 1986, p. 712, note Yves LEQUETTE ; JDI 1986, p. 719, note André HUET ; D. 1986, jur. p. 362, note PREVAULT et IR p. 268, obs. Bernard AUDIT ; JCP 1987 II 20810, note Patrick COURBE ;

GADIP n° 71.

- Cass. Soc., 6 février 1986, SOC. ANONYME AIR ALGÉRIE, Bull. 1986 V n° 5 p. 4, JCP 1986 IV p. 100 ; D. 1986 IR. p. 266, obs. Bernard AUDIT.
- Cass. Ch. mixte, 28 février 1986, NOIREAUX et a., Bull. ch. mixte n° 3 p. 4 ; RCDIP 1986 p. 501, note Paul LAGARDE ; JDI 1986 p. 699, obs. A. LYON-CAEN ; Dr. Soc. 1986 p. 406, obs. Hélène GAUDEMET-TALLON.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, DJENANGI, Bull. 1986 I n° 98 p. 98 ; JDI 1986 p. 1025, note Anne SINAY-CYTERMANN ; RCDIP 1988 p. 302, note Jean-Marc BISCHOFF ; JCP 1987 II 20878, note Éric AGOSTINI.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 avril 1986, LEMAIRE, RCDIP 1989 p. 89, note Hélène GAUDEMET-TALLON.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 février 1987, SFIBB, Bull. 1987 I n° 42 p. 30, RCDIP 1987 p. 617, note Pierre-Yves GAUTIER.
- Cass. Soc., 16 février 1987, SOCIÉTÉ ANONYME INTER-RELAIS, Bull. 1987 V n° 77 p. 50, JCP 1987 IV p. 139.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 mai 1987, M<sup>me</sup> X., Bull. 1987 I n° 168 p. 127.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juillet 1987, SFEZ, Bull. 1987 I n° 240 p. 175 ; RCDIP 1988 p. 329, note Bertrand ANCEL.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1987, SOCIÉTÉ EUROPE AÉRO SERVICE c/ SOCIÉTÉ GARETT, Bull. 1987 I n° 304 p. 218 ; RCDIP 1988 p. 364, note Georges DROZ ; JDI 1988 p. 793, note Étienne LOQUIN ; JCP 1989 II 21201, note Philippe BLONDEL et Loïc CADIET ; RTDC 1988 p. 544, obs. Jacques MESTRE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1988, n° 86-16490, Legifrance.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 avril 1988, ROHO, Bull. 1988 I n° 104 p. 71 ; RCDIP 1989 p. 68, note Henri BATIFFOL, D. 1988 Somm. Comm. p. 345, obs. Bernard AUDIT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 juin 1988, PANAYOTAKIS, Bull. 1988 I n° 198 p. 138 ; JCP 1988 IV, p. 307 ; D. 1988 IR p. 196.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, LEMAIRE ET A., RCDIP 1989 p. 89 (2<sup>e</sup> esp.), note Hélène GAUDEMET-TALLON.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1988, VEUVE BAAZIZ, RCDIP 1989 p. 71, note Yves LEQUETTE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juillet 1988, CASSAN, RCDIP 1989 p. 81, note Pierre-Yves GAUTIER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 octobre 1988, MARTY ET A., Bull. 1988 I n° 292 p. 198 ; RCDIP 1989 p. 537, note Paul LAGARDE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 octobre 1989, SOCIÉTÉ PROMOCOMEX ; RCDIP 1990 p. 732, note Patrick COURBE ; JDI 1992 p. 113, note Claude FERRY.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 janvier 1990, SOCIÉTÉ HDW, Bull. 1990 I n° 2 p. 1.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 1990, M. X ET A., Bull. 1990 I n° 29 p. 20.
- Cass. Crim., 26 avril 1990, ALLAMAND, Bull. 1990 Crim. n° 162 p. 418 ;
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juin 1990, COMPAGNIE L'UNION ET LE PHÉNIX ESPAGNOL ET A., Bull. 1990 I n° 135 p. 96.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 novembre 1990, M. X, Bull. 1990 I n° 249 p. 176.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 décembre 1990, SOCIÉTÉ COVECO ET A., Bull. 1990 I n° 272 p. 193 ; JDI 1991 p. 371,

- note Dominique BUREAU ; RCDIP 1991 p. 558, note Marie-Laure NIBOYET-HOEGY.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 décembre 1990, SOCIÉTÉ INTERCOMI ET A., Bull. 1990 I n° 294 p. 206 ; RCDIP 1991 p. 759, note Bertrand ANCEL.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 janvier 1991, UAP, Bull. 1991 I n° 8 p. 5 ; RCDIP 1991 p. 569, note Horatia MUIR WATT.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 mars 1991, BUZYN, Bull. 1991 I n° 93 p. 61 ; RCDIP 1992, p. 88, note Horatia MUIR WATT.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 1991, COMPAGNIE LE GAN ET A., Bull. 1991 I n° 113 p. 76.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 avril 1991, M<sup>me</sup> WIDMAIER, Bull. 1991 I n° 115 p. 77.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 novembre 1991, SOCIÉTÉ MASSON, RCDIP 1992 p. 314 (1<sup>re</sup> esp.), note Horatia MUIR WATT ; JDI 1992 p. 357, note Marie-Ange MOREAU.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 février 1992, M<sup>me</sup> SOULIÉ, Bull. 1992 I n° 39 p. 29.
  - Cass. Ass. Plén., 10 juillet 1992, C<sup>ie</sup> AIR AFRIQUE c/ M<sup>lle</sup> JONCHERAY, pourvoi n° 88-40674, Bull. 1992 A.P. n° 8 p. 15 ; JCP 1993 II 22063, note Pierre RODIÈRE ; RCDIP 1994 p. 69, note Bernard AUDIT.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juillet 1992, M<sup>me</sup> X, Bull. 1992 I n° 229 p. 152 ; RCDIP 1993 p. 269, note Patrick COURBE ; JCP 1993 II 22138, note Jean DÉPREZ ; Rép. Def. 1993 p. 292, note Jacques MASSIP.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1992, M. X, Bull. 1992 I n° 261 p. 171.
  - Cass. Crim., 4 novembre 1992, M<sup>me</sup> X, Bull. Crim. n° 355 p. 986, D. 1994 II p. 11, note François BOULANGER ; R. 1992 p. 430.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 novembre 1992, BENALI, Bull. 1992 I n° 282 p. 185 ; JDI 1993 p. 309, note Yves LEQUETTE ; RCDIP 1993 p. 276, note Bertrand ANCEL ; Rép. Def. 1993 p. 999, obs. Jacques MASSIP ; D. 1993 p. 213, note Patrick COURBE.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 2 décembre 1992, OFFICE CANTONAL DE JEUNESSE DE L'ENZKREIS, Bull. 1992 I n° 296 p. 194 ;
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 janvier 1993, CONSORTS COUCKE, Bull. 1993 I n° 14 p. 10, RCDIP 1994 p. 78, note Bertrand ANCEL.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1993, M. X, Bull. 1993 I n° 33 p. 21, D. 1993 p. 602, obs. Jacques MASSIP.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 février 1993, M. X, Bull. 1993 I n° 64 p. 42.
  - Cass. Com., 2 mars 1993, SOCIÉTÉ ALKHALAF et SOCIÉTÉ STALCO, Bull. 1993 IV n° 82 p. 56 ; RCDIP 1993 p. 632, note Horatia MUIR WATT.
  - Cass. Crim., 16 juin 1993, VEUVE ELFLEIN, Bull. Crim. 1993 n° 214 p. 537.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 octobre 1993, n° 92-10225, Legifrance.
  - Cass. Com. 16 novembre 1993, SOCIÉTÉ AMERFORD ET A., Bull. 1993 IV n° 405 p. 294 ; RCDIP 1994 p. 332, note Paul LAGARDE ; JDI 1994 p. 98, note Jean-Baptiste DONNIER ; GADIP n° 82.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1993, M<sup>me</sup> X, Bull. 1993 I n° 338 p. 234 ; Rép. Def. 1994 p. 323, note Jacques MASSIP.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 décembre 1993, COMITÉ POPULAIRE DE LA MUNICIPALITÉ DE KHOMS, Bull. 1993 I n° 372 p. 258 ; RCDIP 1994 p. 663, note Pierre MAYER.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1994, AMMACHE, n° 92-14205, Legifrance ; RCDIP 1994 p. 341, note Horatia

MUIR WATT.

- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 février 1994, ORDRE DES AVOCATS À LA COUR D'APPEL DE PARIS, Bull. 1994 I n° 65 p. 50.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 avril 1994, M<sup>me</sup> X, Bull. 1994 I n° 139 p. 101 ; Rép. Def. 1994 p. 1099, obs. Jacques MASSIP ; D. 1995, Somm. 137, obs. Annie BOTTIAU.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 4 mai 1994, CONSORTS ARPELS, Bull. 1994 I n° 161 p. 118.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juin 1994, n° 92-11236, Legifrance.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 octobre 1994, SOCIÉTÉ DÉMART, Bull. 1994 I n° 267 p. 195 ; RCDIP 1995 p. 60, note Dominique BUREAU.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 octobre 1994, n° 92-16117, Legifrance.
- Cass. Com., 31 janvier 1995, n° 92-21711, Legifrance.
- Cass. Cass. Com., 11 avril 1995, M. WIGHT ET A., Bull. 1995 IV n° 126 p. 111.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 novembre 1995, M<sup>me</sup> X, Bull. 1995 I n° 391 p. 273 ; D. 1996 Somm. p. 170, obs. Bernard AUDIT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 avril 1996, CONSORTS DENNEY, Bull. 1996 I n° 183 p. 127 ; RCDIP 1997 p. 716, note Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 juin 1996, SOCIÉTÉ AGORA SOPHA, Bull. 1996 I n° 243 p. 171 ; RCDIP 1997 p. 65, note Paul LAGARDE ; JDI 1996 p. 941, note Dominique BUREAU.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 5 novembre 1996, M<sup>me</sup> X, Bull. 1996 I n° 374 p. 262.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 janvier 1997, SOCIÉTÉ GORDON AND BREACH SCIENCE PUBLISHERS, Bull. 1997 I n° 14 p. 8 ; RCDIP 1997 p. 504, note Jean-Marc BISCHOFF ; D. 1997 p. 177, note Muriel SANTA-CROCE ; JCP 1997 II 22903, note Horatia MUIR WATT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mai 1997, SOC. HANNOVER INTERNATIONAL ET A., Bull. 1997 I n° 140 p. 94 ; RCDIP 1997, p. 514, note Bénédicte FAUVARQUE-COSSON ; JDI 1997, p. 804, note Dominique BUREAU ; GADIP n° 84.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, SOCIÉTÉ AFRICATOIRS, Bull. 1997 I n° 221 p. 148, RCDIP 1998 p. 292, note Horatia MUIR WATT ; JDI 1998, p. 98, note Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE ; JCP 1998 II 10170 p. 1867, note Bernard FILLION-DUFOULEUR ; D. 1998 Jur. p. 104, note Michel MENJUCQ.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 1<sup>er</sup> juillet 1997, SOCIÉTÉ KARL IBOLD, n° 95-15557 ; RCDIP 1998 p. 60 (2<sup>e</sup> esp.), note Pierre MAYER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 octobre 1997, n° 95-19429, Legifrance.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 janvier 1998, ABABOU, Bull. 1998 I n° 27 p. 18 ; JCP 1998 II 10098, note Horatia MUIR WATT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 février 1998, CONSORTS VIALARON, Bull. 1998 I n° 71 p. 47 ; RCDIP 1998 p. 637 note Georges DROZ ; D. 1999 Somm. Comm. p. 290, obs. Bernard AUDIT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 juillet 1998, M<sup>me</sup> X, Bull. 1998 I n° 250 p. 175.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 24 novembre 1998, SOCIÉTÉ LAVAZZA FRANCE, Bull. 1998 I n° 327 p. 226, RCDIP 1999 p. 88 (1<sup>re</sup> esp.), note Bernard AUDIT ; D. 1999 p. 337, note Michel MENJUCQ.

- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 8 décembre 1998, SOCIÉTÉ CALBERSON BELGIUM, Bull. 1998 I n° 344 p. 237.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 janvier 1999, SOCIÉTÉ L'ALLIANCE AFRICAINE, n° 96-17428, Legifrance.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 mars 1999, SOC. DE LOISY ET GELET, Bull. 1999 I n° 94 p. 62.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 13 avril 1999, COMPAGNIE ROYALE BELGE, Bull. n° 130 p. 85 ; RCDIP 1999 p. 698 note Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT ; JDI 2000 p. 315, note Bénédicte FAUVARQUE-COSSON ; D. 2000 p. 268, note Éric AGOSTINI ; JCP 2000 II n° 10261 p. 360, note Gérard LEGIER ; Gaz. Pal. 2000 n° 61-62 p. 24, revue de jurisprudence par Marie-Laure NIBOYET.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 mai 1999, MOBIL NORTH SEA ET A., Bull. 1999 I n° 153 p. 101 ; JDI 1999 p. 1048, note Gérard LÉGIER ; D. 1999, somm. comm. p. 295, obs. Bernard AUDIT ; JCP 1999 II 10183, note Horatia MUIR WATT ; RCDIP 2000 p. 199, note Jean-Marc BISCHOFF.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, SOCIÉTÉ MUTUELLE DU MANS IARD, Bull. 1999 I n° 172 p. 113 ; RCDIP 1999 p. 707 (1<sup>re</sup> esp.), note Horatia MUIR WATT ; Gaz. Pal. 2 mars 2000 n° 62 Somm. p. 39 (2<sup>e</sup> esp.), obs. Marie-Laure NIBOYET ; GADIP n° 77.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, M. A. c/ M<sup>me</sup> E., Bull. 1999 I n° 174 p. 114 ; JCP 1999 II 10192, note François MÉLIN ; Rép. Def. 1999 p. 1261, obs. Jacques MASSIP ; Dr. fam. 2000, Chron. n° 5 par Hugues FULCHIRON ; RCDIP 1999 p. 707, note Horatia MUIR WATT (2<sup>e</sup> esp.).
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 mai 1999, SOCIÉTÉ DELTA DRAHT GMBH, n° 96-21333, Legifrance.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 juillet 1999, M. X, Bull. 1999 I n° 225 p. 146.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 octobre 1999, ÉPOUX X, Bull. 1999 I n° 282 p. 183 ;
- Cass. Com., 26 octobre 1999, SANDUR HOLIDAYS LIMITED, n° 96-12946, Legifrance.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 2000, SOCIÉTÉ TRANSITAS, Bull. 2000 I n° 51 p. 35 ; RCDIP 2000 p. 778, note Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000, MOUSSARD, Bull. 2000 I n° 96, p. 64 ; RCDIP 2000, p. 399, note Bertrand ANCEL ; JCP 2000 II 10443, note Thierry VIGNAL ; JCP N 2001 p. 92, note Gérard LÉGIER ; JDI 2001 p. 509, note Mariel REVILLARD ; Dr. Fam. 2000, comm. 70, obs. Éric FONGERO ; D. 2000, p. 539, obs. François BOULANGER ; Rép. Def. 2000, art. 37240, note Mariel REVILLARD ; Gaz. Pal. juil.-août 2000 p. 1467, note Sandrine DRAPIER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 avril 2000, M. DUCLAIROIRE, Bull. 2000 I n° 110 p. 75 ; JCP 2000 IV n° 1903 ; D. 2000 IR p. 140.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mai 2000, n° 98-22883, Legifrance.
- Cass. Com. 19 décembre 2000, M. BERNARD, n° 97-19890, Legifrance.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 mars 2001, SOCIÉTÉ THE ARAB INVESTMENT COMPANY, RCDIP 2001 p. 335, note Horatia MUIR WATT ; JDI 2002 p. 171, note Michaël RAIMON (2<sup>e</sup> esp.).
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 avril 2001, X c/ WHITE et a. ; RCDIP 2001 p. 513, note Horatia MUIR WATT ; Gaz. Pal. 2001 n° 346 à 347 Doct. p. 21, note Thomas HABU GROUD.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 26 juin 2001, SOCIÉTÉ MULLER ÉCOLE et BUREAU, Bull. 2001 I n° 189 p. 120.
- Cass. Com., 12 juin 2001, SOCIÉTÉ MAGLIFICIO PRATESI LUIGI AND SONS et a. c. SOCIÉTÉ CORA, n° 98-12218, Legifrance.

- Cass. Com, 5 février 2002, SOC. SEB, Bull. 2002 IV n° 25 p. 25.
- Cass. Com., 5 février 2002, JACOB, n° 97-20193, Legifrance.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mai 2002, n° 99-19247, Legifrance.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 septembre 2002, D & J SPORTING LTD, Bull. 2002 I n° 202 p. 156 ; RCDIP 2003 p. 86 (2<sup>e</sup> arrêt) note Horatia MUIR WATT; JDI 2003 p. 107, note PÉROZ.
- Cass. Com., 1<sup>er</sup> octobre 2002, CRCAM QUERCY-ROUERGUE, n° 99-11858, Legifrance.
- Cass. Civ 1<sup>re</sup>, 28 janvier 2003, COLIN, n° 00-12976, Legifrance ; Petites Affiches 30 octobre 2003 p. 9, note H. C. ; RCDIP 2003 p. 462, note Bertrand ANCEL.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 juin 2003, SOC. NATIONALE DE RECOUVREMENT, Bull. 2003 I n° 133 p. 105.
- Cass. Com., 4 mars 2003, SOC. HAPAG, Bull. 2003 IV n° 33 p. 39
- Cass. Com., 11 mars 2003, BANQUE WORMS, n° 00-15982, Legifrance ; Gaz. Pal. 25-26 juin 2003 p. 3, comm. Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 septembre 2003, M<sup>me</sup> SURRIBAS, Bull. 2003 I n° 192 p. 150.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 novembre 2003, M<sup>me</sup> BESNARD, Bull. 2003 I n° 225 p. 178 ; RCDIP 2004 p. 95, note Bernard ANCEL (1<sup>er</sup> arrêt).
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 février 2004 (2 arrêts), Bull. 2004 I n° 47 p. 38 (M. X) et n° 48 p. 39 (M. X) ; Rapport annuel 2004 de la Cour de cassation, p. 431, disponible sur le site internet de la Cour de cassation [www.courdecassation.fr/](http://www.courdecassation.fr/) ; D. 2004 p. 824 concl. Francis CAVARROC ; RCDIP 2004 p. 423, note Petra HAMMJE ; JCP 2004 II 10128, note Hugues FULCHIRON ; Dr. fam. 2004, Chron. 9, obs. Stéphane PRIGENT ; D. 2004 p. 815, obs. Patrick COURBE ; D. 2005 p. 1266, obs. Hélène CHANTELOUP ; Rép. Def. 2004, p. 812, note Jacques MASSIP ; Gaz. Pal. 2004 p. 567, note Marie-Laure NIBOYET ; Dr. et patrimoine avr. 2004 p. 124, note Françoise MONÉGER ; RTDC 2004 p. 367, obs. Jean-Pierre MARGUÉNAUD ; Petites affiches 5 août 2004 n° 156 p. 14, note Hélène PÉROZ.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 mars 2004, M. X, Bull. 2004 I n° 100 p. 81 ; RCDIP 2005 p. 89, note Laurence SINOPOLI ; JCP 2004 II 10097, note Vincent ÉGÉA ; Gaz. Pal. 25-26 juin 2004 p. 1970, note Kenneth WEISSBERG ; Rép. Def. 2004 p. 1235, chron. Jacques MASSIP ; AJ fam. 2004 p. 364, obs. Stéphane DAVID ; Revue Juridique Personnes & Famille 2004-6/14, obs. Emmanuel PUTMAN ; Petites affiches 23 févr. 2005, n° 38, p. 8, note Fabienne JAULT.
- Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 3 juin 2004, FGVAT, Bull. 2004 II n° 265 p. 224 ; RCDIP 2004 p. 750, note Dominique BUREAU.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 16 novembre 2004, M<sup>lle</sup> AMOUSSOU, Bull. 2004 I n° 269 p. 225.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 11 janvier 2005, BARLUSCHKE, Bull. 2005 I n° 21 p. 15 ; RCDIP 2006 p. 85 note Maxi SCHERER ; JDI 2006 p. 955, note Sara GODECHOT-PATRIS ; D. 2005 p. 2924, note Jean-Grégoire MAHINGA ; Droit de la Famille n° 9 - septembre 2005, comm. 197 p. 39, Michel FARGE ; Gaz. Pal., 25 février 2006 n° 56 p. 21, note Marie-Laure NIBOYET ; Droit et patrimoine 2005 n° 136 p. 3102, obs. Françoise MONÉGER ; JCP 2005 I 169 p. 1686, note Christophe DELPY.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 janvier 2005, M. HERMANN X, Bull. 2005 I n° 33 p. 26.
- Cass. Soc. 8 février 2005, n° 02-46959, Legifrance.

- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 février 2005, MAIF, Bull. 2005 I n° 90 p. 79.
- Cass. Soc. 23 mars 2005, n° 03-42609, Legifrance.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 18 mai 2005, CONSORTS BENTCHIKOU, Bull. 2005 I n° 209 p. 177 ; RCDIP 2005 p. 639, note Bertrand ANCEL ; RTDC 2005 p. 813, obs. Michel GRIMALDI.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, M<sup>me</sup> CARLA X, Bull. 2005 I n° 243 p. 206 ; Rép. Def. 2005 p. 1851, obs. Jacques MASSIP.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 juin 2005, M<sup>me</sup> KARAKA ÉPOUSE KAYIKCI, Bull. 2005 I, n° 244 p. 206 ; D. 2006 Pan. 1496, obs. Patrick COURBE.
- Cass. Com. 28 juin 2005, SOCIÉTÉ ITRACO, Bull. 2005 IV, n° 138 p. 148 ; R. p. 406 et 410 ; BICC 15 octobre 2005, n° 1941, et la note ; D. 2005. Pan. 2755, obs. Hugues KENFACK ; D. 2006. Pan. 1495, obs. Patrick COURBE ; Petites Affiches 28 déc. 2005, note Jean-Grégoire MAHINGA ; RCDIP 2005 p. 645, note Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT ; Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, À propos de deux arrêts « de concert » : l'office du juge et la loi étrangère, *in* Le nouveau code de procédure civile (1975-2005), sous la direction de Jean FOYER et de Catherine PUIGELIER, Economica Paris 2006, p. 410.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 juin 2005, AUBIN, Bull. 2005 I n° 289 p. 240 ; R. p. 406 ; BICC 15 oct. 2005 n° 1997 et la note ; D. 2005 p. 2853, note Nicolas BOUCHE ; D. 2006. Pan. 1495 et 1498, obs. Patrick COURBE et Fabienne JAULT-SESEKE ; Gaz. Pal. du 25 février 2006, n° 56 p. 2, étude Thomas HABU GROUD ; Petites Affiches 28 déc. 2005, n° 258 p. 16, note Jean-Grégoire MAHINGA ; RCDIP 2005 p. 645, note Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, 1<sup>er</sup> arrêt ; GADIP n° 83.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 juillet 2005, PLINERT, Bull. 2005 I n° 322 p. 267 ; RCDIP 2005 p. 94, note Paul LAGARDE.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 septembre 2005, KENNY, Bull. 2005 I n° 336 p. 279 ; RCDIP 2006 p. 100, note Horatia MUIR WATT ; Dr. fam. 2005 n° 12 comm. 282, note Michel FARGE ; D. 2006 p. 1726, note François-Xavier MORISSET.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 octobre 2005, M<sup>me</sup> X, Bull. 2005 I n° 379 p. 316 ; Gaz. Pal. 2006, n° 56 p. 16, obs. Marie-Laure NIBOYET ; Dr. fam. 2006, n° 103 (1<sup>re</sup> esp.), note Michel FARGE ; D. 2006. Pan. 1503, obs. Fabienne JAULT-SESEKE ; Revue Juridique Personnes & Famille 2006-1/18, note Thierry GARÉ.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, M<sup>me</sup> SPENCE, Bull. 2005 I n° 425 p. 355.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, M. BOUGHIDACHE, Bull. 2005 I n° 429 p. 359.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, M. ABDOUL X, Bull. 2005 I n° 430 p. 360.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, M<sup>me</sup> STAFI, Bull. 2005 I n° 432 p. 361.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 novembre 2005, M. PERINEAU, Bull. 2005 I n° 433 p. 362.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 décembre 2005, SOC. DYNARGIE FRANCE ET A., Bull. 2005 I n° 461 p. 389.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 décembre 2005, M. ERIK X, Bull. 2005 I n° 468 p. 395.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 décembre 2005, SOC. COMPTOIR COMMERCIAL D'ORIENT, Bull. 2005 I n° 469 p. 395.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 décembre 2005, M<sup>me</sup> ANNE LOISEAU ET A., Bull. 2005 I, n° 484 p. 406 ; RCDIP 2006 p. 583, note Sara GODECHOT-PATRIS ; Dr. fam. mai 2006, n° 117, comm. Michel FARGE ; D. 2006 p. 1217, note Jean-Grégoire MAHINGA ; *ibid.* IR p. 15-16, obs. Inès GALLMEISTER ; JCP 2006 II 10050,

- note François BOULANGER ; Rép. Def. 2006 p. 562, note Mariel REVILLARD.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 décembre 2005, M. DONALD X, Bull. 2005 I n° 506 p. 425 ; Gaz. Pal. 24-25 février 2006, n° 56, p. 14, note Philippe GUEZ ; Dr. Fam. mars 2006, p. 19, n° 17 comm. Michel FARGE ; AJ Famille 2006 p. 161, note Stéphane DAVID ; D. 2006. Pan. p. 1503, obs. Fabienne JAULT-SESEKE ; Droit et procédures mars-avril 2006, suppl. 11, obs. Gabriele MECARELLI ; Revue Lamy de Droit Civil 2006 n° 30 p. 31, jur. n° 2193, étude Cathy POMART ; R. 2005, p. 412.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 3 janvier 2006, M<sup>me</sup> X, Bull. 2006 I n° 2 p. 2 ; RCDIP 2006 p. 627, note Marie-Claude NAJM ; Dr. fam. 2006, n° 103 (2<sup>e</sup> esp.), note Michel FARGE.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 17 janvier 2006, n° 03-11601, Legifrance.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 31 janvier 2006, SOC. D'ASSURANCES WINTERTHUR, Bull. 2006 I n° 40 p. 40.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 février 2006, BRIANTI, Bull. 2006 I n° 67 p. 65, RCDIP 2006 p. 833, note Sylvain BOLLÉE.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 février 2006, SOC. ORCHAPE, Bull. 2006 I n° 68 p. 66.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 février 2006, SOCIÉTÉS BARBAUD et DEBEAUX, Bull. 2006 I n° 110 p. 102.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 mars 2006, n° de pourvoi : 05-13921, Legifrance.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 mars 2006, M<sup>me</sup> X, VEUVE Y, ET A., Bull. 2006 I n° 178 p. 156 ;
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, M<sup>me</sup> TEULET, Bull. 2006 I n° 224 p. 196 ; JCP 2006 II 10165, note Tristan AZZI (2<sup>e</sup> esp.) ; Rép. Def. 2006 p. 1777, obs. Jacques MASSIP ; AJ fam. 2006 p. 374, obs. Alexandre BOICHÉ (1<sup>re</sup> esp.) ; D. 2006 IR 1481.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 10 mai 2006, M. SANSON, Bull. 2006 I n° 226 p. 198 ; Dr. fam. Sept. 2006, Comm. n° 177, note Michel FARGE ; AJ fam. 2006 p. 290, note Alexandre BOICHÉ ; D. 2006 IR p. 1481, obs. Inès GALLMEISTER.
  - Cass. Soc., 10 mai 2006, ÉPOUX MOUKARIM, Bull. 2006 V n° 168 p. 163 ; RCDIP 2006 p. 856, note Étienne PATAUT et Petra HAMMJE ; JDI 2007 p. 531, note Jean-Michel JACQUET ; JCP 2006 II 10121, note Sylvain BOLLÉE ; D. 2006 IR p. 1400, obs. P. GUIOMARD.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, PRIEUR, Bull. 2006 I n° 254 p. 223 ; Rapport de la Cour de cassation 2006, p. 463 ; RCDIP 2006 p. 870, note Hélène GAUDEMET-TALLON ; JDI 2006 p. 1377, obs. Christelle CHALAS ; JCP 2006 II 10134, note Pierre CALLÉ ; Revue Droit de la famille-octobre 2006, comm. n° 199, obs. Michel FARGE ; D. 2006 IR p. 1561, obs. Inès GALLMEISTER ; D. 2007 Panorama p. 1758, obs. Fabienne JAULT-SESEKE ; Gaz. Pal. 29 avr.-3 mai 2007, n° 123 p. 21, obs. Marie-Laure NIBOYET ; AJ fam. 2006 p. 324, obs. Alexandre BOICHÉ ; GADIP n° 87.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 mai 2006, M<sup>me</sup> RICHT, Bull. 2006 I n° 258 p. 226.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 7 juin 2006, n° de pourvoi : 04-17219 Legifrance.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, M. X, Bull. 2006 I n° 316 p. 273, Dr. Fam. n° 9 sept. 2006 comm. 176 note Michel FARGE.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 juin 2006, WILDENSTEIN, Bull. 2006 I, n° 321 p. 277 ; RCDIP 2007 p. 383, note Bertrand ANCEL ; JDI 2007 p. 125, note Hélène GAUDEMET-TALLON.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 30 octobre 2006, OFFICE DES POURSUITES ET DES FAILLITES DE NYON, Bull. 2006 I,

- n° 449 p. 385 ; RTDC 2007 p. 180, obs. Roger PERROT.
- Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 14 novembre 2006, SOC. L'AGENCE DE L'AVENUE, Bull. 2006 I n° 481 p. 413 ; Actualité juridique famille 2007 p. 39, obs. Laurence PÉCAUT-RIVOLIER ; Dr. fam. n° 3, mars 2007, comm. n° 70, note Thierry FOSSIER ; Revue juridique personnes et famille 2007 n° 3/15 p. 15, obs. Jérôme CASEY.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 novembre 2006, M. X, Bull. 2006 I n° 500 p. 445 ; RCDIP 2007 p. 575, note Horatia MUIR WATT ; JCP 2006 IV 3511.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 novembre 2006, ÉPOUX WÖRTHER, Bull. 2006 I n° 522 p. 462.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 28 novembre 2006, M. X, Bull. 2006 I n° 524 p. 463 ; RCDIP 2007 p. 584, note Nathalie JOUBERT ; D. 2007 p. 280 note Alain DEVERS ; AJ fam. 2007 p. 86, obs. Alexandre BOICHÉ.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 12 décembre 2006, M. X, Bull. 2006 I n° 540 p. 481.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 23 janvier 2007, SOCIÉTÉ CAMPENON BERNARD MÉDITERRANÉE, Bull. 2007 I n° 33 p. 29.
  - Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 25 janvier 2007, CASANOVA, Bull. 2007 II n° 18 p. 14 ; JDI 2007 p. 943, note Gérard LÉGIER.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 6 février 2007, CONSORTS SEZER, Bull. 2007 I n° 50 p. 44.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 20 février 2007, CORNELISSEN, Bull. n° 68 p. 60 ; RCDIP 2007 p. 420, note Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT ; JDI 2007 p. 1195, note François-Xavier TRAIN ; D. 2007 p. 1115, note Louis D'AVOUT et Sylvain BOLLÉE ; Gaz. Pal. 29 avril - 3 mai 2007, n° 119-123 p. 2, note Marie-Laure NIBOYET.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 27 mars 2007, SOCIÉTÉ BUREAU VERITAS, Bull. 2007 I n° 132 p. 114 ; RCDIP 2007 p. 405, note Dominique BUREAU ; JDI 2007 p. 949, note Gérard LÉGIER.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 25 avril 2007, M. X, Bull. 2007 I n° 158 p. 141 ; Petites affiches 10 décembre 2007, n° 246, p. 6, chron. Annie BOTTIAU.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2007, BANQUE DE DÉVELOPPEMENT LOCAL, Bull. 2007 I n° 195 p. 172 ; Gaz. Pal. du 2 juin 2007, n° 15 p. 11, obs. Marie-Laure NIBOYET ; D. 2007 AJ p. 1596, obs. Inès GALLMEISTER.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 22 mai 2007, n° de pourvoi : 06-10433, Legifrance.
  - Cass. Civ. 1<sup>re</sup>, 19 septembre 2007, M. X, Bull. 2007 I n° 280 p. 248.

## **B/ Juridictions du fond**

- Paris, 13 juin 1814, BUSQUETA, S. 1814 II 393 ; GADIP n° 1.
- Trib. Civ. Lyon, 13 août 1856, reproduit *in* Lyon, 25 février 1857, RACHEL, S. 1857 II p. 625.
- Lyon, 25 février 1857, RACHEL, S. 1857 II p. 625.
- Trib. Civ. Tours, 10 janvier 1896, LETTS ET A., confirmé par Orléans, 18 novembre 1896, JDI 1897 p. 329.
- Rennes, 3 février 1905, CAPITAINE MARCUSSEN, Revue de dr. int. priv. et de dr. pén. int. 1908 p. 245.
- Trib. Civ. de la Seine, 26 avril 1910, MELGAREJO, JDI 1911 p. 254, concl. MORNET.
- Cour d'appel de l'Afrique équatoriale, 22 février 1921, COMPAGNIE DEMPSTER, Rev. Dr. Int. Priv. 1924

p. 384.

- Trib. civ. de la Seine, 24 décembre 1921, DAME BERMANN, RCDIP 1922 p. 431.
- Paris, 22 mars 1924, VEUVE BOUVIER c. EPOUX FLEURY, RCDIP 1924 p. 558.
- Tribunal de commerce de la Seine, 29 juill. 1927, JOHN BATT AND C°, RCDIP 1928 p. 308.
- Rabat, 24 octobre 1950, MACHET, RCDIP 1952 p. 89, note Ph. FRANCESCOAKIS ; JDI 1951 p. 898, note Bertold GOLDMAN ; GADIP n° 23.
- TGI Seine (1<sup>re</sup> ch.), 12 juin 1963, SOC. JEAN DESSÈS c. PRINCE FAROUK ET DAME SADEK, RCDIP 1964 p. 689 note H.B. ; JDI 1964 p. 285 note André PONSARD.
- TGI Avesnes-sur-Helpe 25 septembre 1963, DAME M., RCDIP 1965 p. 130, note Pierre BELLET.
- Paris, 15 mars 1964, BANQUE OTTOMANE, RCDIP 1967, p. 85, note Paul LAGARDE ; JDI 1966 p. 118, note Berthold GOLDMAN.
- TGI Seine, réf., 13 avril 1967, SOCIÉTÉ INTRABANK, RCDIP 1969 p. 68.
- TGI Paris, 25 novembre 1971, ZIKMAN, RCDIP 1973 p. 499, note Géraud DE LA PRADELLE.
- TGI Nanterre, 18 septembre 1974, D<sup>lle</sup> L.-V., RCDIP 1975 p. 115, concl. M. LE TALLEC, note Paul LAGARDE.
- Paris, 5 mars 1976, GIROUX, RCDIP 1978 p. 149, note Bernard AUDIT.
- TGI Paris, ord., 12 juillet 1976, DAME L., Gaz. Pal. 1976, Jur. p. 717.
- Paris, 25 février 1988, BANQUE TEJARAT, D. 1989 somm. p. 150, obs. Michel VASSEUR.
- Versailles, 6 février 1991, BLOCH, RCDIP 1991 p. 745, note Paul LAGARDE ; JDI 1992 p. 125, note Jacques FOYER ; D. 1992 II p. 174, note Jean-Dominique MONDOLINI.
- Paris, 14 juin 1994, OSMAR B., RCDIP 1995 p. 308 note Yves LEQUETTE.
- Paris, 1<sup>er</sup> décembre 1995, DAME ANNE-LAURE R., JDI 1997 p. 793, note Henri-Jacques LUCAS.
- Paris, 2 avril 1998, PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA COUR D'APPEL DE PARIS, D. 1998 IR p. 137.
- Aix-en-Provence, 10 mai 1998, SIEUR SHAMS MOLKARA CHAHROKH, JDI 1999, p. 136, note Ali BENCHENEB.
- Lyon, 29 juin 2004, n° 2004/00094, Publié par le Service de documentation et d'études de la Cour de cassation, Legifrance.
- Aix-en-Provence, 18 novembre 2004, MOORE, Gaz. Pal. 14-15 janvier 2005 p. 64, note Philippe GUEZ ; JDI 2005 p. 801, note Anne RICHEZ-PONS.
- Paris, 18 novembre 2004, THALÈS, JDI 2005 p. 357, note Alexis MOURRE ; RCDIP 2006 p. 104, note Sylvain BOLLÉE ; JCP 2005 II 10038, note Gérard CHABOT ; RTD Com. 2005 p. 263, obs. Éric LOQUIN ; JCP 2005 I 134, obs. Christophe SERAGLINI ; Revue de l'arbitrage 2005 p. 529, note Luca RADICATI DI BROZOLO ; Gaz. Pal. 22 octobre 2005, n° 295, p. 5, note Christophe SERAGLINI.
- Paris, 19 mai 2005, Dr. fam. 2006, comm. n° 40 (2<sup>e</sup> esp.), note Michel FARGE.

## II. COUR DE JUSTICE ET TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

(jurisprudence disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/>).

- CJCE, 6 octobre 1976, TESSILI c/ DUNLOP, aff. 12/76, Rec. p. 1473 ; RCDIP 1977 p. 751 (1<sup>re</sup> esp.), note Pierre GOTHOT et Dominique HOLLEAUX ; JDI 1977 p. 714, chron. André HUET ; D. 1977 p. 616 (1<sup>re</sup> esp.), note Georges DROZ.
- CJCE, 6 octobre 1976, ÉTABLISSEMENTS DE BLOOS c/ BOUYER, aff. 14/76, Rec. p. 1497 ; RCDIP 1977 p. 751 (2<sup>e</sup> esp.), note Pierre GOTHOT et Dominique HOLLEAUX ; JDI 1977 p. 719, chron. Jean-Marc BISCHOFF ; D. 1977 p. 616 (2<sup>e</sup> esp.), note Georges DROZ et D. 1977 Chron. p. 287, Georges DROZ.
- CJCE, 30 novembre 1976, HANDELSKWEKERIJ G. J. BIER BV c/ MINES DE POTASSE D'ALSACE SA, aff. 21/76, Rec. 1976 p. 1735 ; RCDIP 1977 p. 563, note Pierre BOUREL ; JDI 1977. 728, chron. André HUET ; D. 1977 p. 613, note Georges A.-L. DROZ.
- CJCE, 14 décembre 1977, SANDERS c/ VAN DER PUTTE, aff. 73/77, Rec. 1977 p. 2383 ; JDI 1978 p. 388, chron. Jean-Marc BISCHOFF ; RTD Com. 1978 p. 657, chron. Yvon LOUSSOUARN et Pierre BOUREL.
- CJCE, 22 novembre 1978, SOMAFER c/ SAAR-FERNGAS, aff. 33/78, Rec. 1978 p. 2183 ; JDI 1979, p. 672, note André HUET ; D. 1979 IR p. 458, note Bernard AUDIT.
- CJCE, 20 février 1979, CASSIS DE DIJON, aff. 120/78 Rec. p. 649 . JDI 1981 p. 106, obs. Robert KOVAR ; RTD Eur. 1980 p. 765 et p. 611, note Jean-Claude MASCLLET ; Revue du Marché Commun 1980 p. 505, note A. MATTERA.
- CJCE, 26 mai 1982, IVENEL, aff. 133/81 Rec. 1982 p. 1891 ; RCDIP 1983 p. 116, note Hélène GAUDEMET-TALLON ; Gaz. Pal. 1982 II Somm. p. 437, obs. Roger L. CATRICE ; JDI 1982. 948, chron. Jean-Marc BISCHOFF et André HUET.
- CJCE, 4 juillet 1985, A.S. AUTOTEILE, aff. 220/84, Rec. p. 2267 ; RCDIP 1986 p. 142, note E. MEZGER ; JDI 1986 p. 449, chron. André HUET ; Gaz. Pal. 1985 I jur. p. 549, note Jacques MAURO.
- CJCE, 15 janvier 1987, SHENAVAI, aff. 266/85 Rec. 1987 p. 239, JDI 1987 p. 465, chron. Jean-Marc BISCHOFF et André HUET ; RCDIP 1987 p. 793, note Georges DROZ.
- CJCE, 27 septembre 1988, aff. 189/87, KALFELIS, Rec. 1988 p. 5565.
- CJCE, 10 janvier 1990, REICHERT et a., aff. C-115/88, Rec. 1990 p. 1 ; RCDIP 1991 p. 151, note Bertrand ANCEL ; JDI 1990 p. 503, chron. Jean-Marc BISCHOFF ; Cahiers de droit européen 1990 p. 681, chron. H. TAGARAS.
- TPICE, 10 juillet 1990, TETRA PAK RAUSING c/ COMMISSION, aff. T-51/89, Rec. p. II-309.
- CJCE, 15 mai 1990, KONGRESS AGENTUR HAGEN, aff. C-365/88, Rec. 1990 p. I-1860, RCDIP 1990 p. 564, note Hélène GAUDEMET-TALLON ; JDI 1991 p. 499, chron. André HUET.
- CJCE, 1<sup>er</sup> juillet 1993, HUBBARD, RCDIP 1994 p. 633, note Georges DROZ.
- CJCE, 13 juillet 1993, MULOX IBC Ltd, aff. 125/92, Rec. 1993 p. I-4075, JDI 1994 p. 539, note HUET ; RCDIP 1994 p. 574, note LAGARDE.
- CJCE, 26 septembre 1996, DATA DELECTA ACTIEBOLAG, RCDIP 1997 p. 33, note Georges DROZ.

- CJCE, 9 janvier 1997, RUTTEN, aff. C-383/95, Rec. 1997 p. I-57, RCDIP 1997 p. 336, note Hélène GAUDEMET-TALLON ; JDI 1997 p. 635, chron. Jean-Marc BISCHOFF.
- CJCE, 20 février 1997, MSG, aff. C-106/95, Rec. p. I-911, RCDIP 1997 p. 563, note Hélène GAUDEMET-TALLON ; JDI 1997 p. 625, chron. André HUET.
- CJCE, 20 mars 1997, HAYES, RCDIP 1997 p. 475, note Georges DROZ.
- CJCE, 2 octobre 1997, SALDANHA, RCDIP 1998 p. 283, note Georges DROZ.
- CJCE, 28 septembre 1999, GIE GROUPE CONCORDE, aff. C-440-97 ; RCDIP 2000 p. 253, note Bertrand ANCEL ; JCP 2000 II 10354 (2<sup>e</sup> esp.), note Chantal BRUNEAU.
- CJCE, 27 février 2002, WEBER, aff. C-37/00, Rec. 2002 p. I-2013, JCP éd. Entreprise 2002 jur. 1203, n<sup>o</sup> 4, p. 1329, obs. Ph. COURSIER.
- CJCE, 10 avril 2003, PUGLIESE, aff. C-437/00, Rec. 2003 p. I - 3573, RTD Eur. 2003 p. 535, note Pierre RODIÈRE ; Petites Affiches 15 oct. 2003, n<sup>o</sup> 206, p. 11, chron. Fabienne JAULT ; JDI 2004 p. 632, chron. André HUET.
- CJCE, 1<sup>er</sup> mars 2005, OWUSU, aff. C-281/02 ; RCDIP 2005 p. 698, note Christelle CHALAS ; Rev. Europe 2005 n<sup>o</sup> 189, obs. Laurence IDOT ; Gaz. Pal. 2005 somm. p. 2237, note Marie-Laure NIBOYET.
- CJCE, 2 mai 2006, EUROFOOD, aff. C-341/04, Rec I p. 3813, RCDIP 2006 p. 882 (1<sup>er</sup> arrêt) ; JDI 2007 p. ;151, note Georges KHAIRALLAH ; D. 2006, AJ, p. 1286, obs. A. LIENHARD ; JCP 2006 II 10089 p. 1124, note Michel MENJUCQ ; JCP éd. Entreprise 2006 p. 2071, étude Jean-Luc VALLENS ; D. 2006 p. 1752, note Reinhard DAMMANN ; Bull. Joly Sociétés 2006 p. 907, note Daniel FASQUELLE.

### **III. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME**

(jurisprudence disponible sur : [www.echr.coe.int/echr/](http://www.echr.coe.int/echr/)).

- CEDH, 8 décembre 1983, aff. PRETTO et a. c/ ITALIE, A 71.
- CEDH, 24 octobre 1989, aff. H. c/ FRANCE, A n<sup>o</sup> 162-A.
- CEDH, 23 octobre 1990, aff. MOREIRA DE AZEVEDO, A n<sup>o</sup> 189.
- CEDH, 31 mars 1991, aff. X c. FRANCE, A n<sup>o</sup> 234-C.
- CEDH, 27 février 1992, aff. RIDI c/ ITALIE, série A n<sup>o</sup> 229-B.
- CEDH, 12 octobre 1992, aff. BODDAERT c/ BELGIQUE, série A, n<sup>o</sup> 235-D.
- CEDH, 22 juin 2000, aff. COËME c/ BELGIQUE, Recueil des arrêts et décisions 2000-VII.

### **IV. ANGLETERRE**

- *Boys v. Chaplin* [1971] AC 356, 401.
- *Atlantic Star* [1972] Court of Appeal 2 Lloyd's Rep. 446, (Lord Denning).
- *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd* [1987] AC 460 ; [1986] 3 WLR 972 ; [1986] 3 All ER 843.

## **V. BELGIQUE**

- Cour de cassation de Belgique, Cass. Civ. 12 juin 1941, affaire DECHAMPS c/ MATKOWSKY, PROCUREUR GÉNÉRAL DE LIÈGE ET PROCUREUR DU ROI D'ARLON, Pasirisie belge 1941-I p. 222.

## **VI. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE**

- GULF OIL CORPORATION v. GILBERT, 330 U.S. 501 (1947), p. 509.
- PIPER AIRCRAFT v. REYNO, 454 U.S. 235 (1981), p. 251.

## **IV. ITALIE**

- Tribunale di Rimini 26 novembre 2002, AL PALAZZO S.R.L. c. BERNARDAUD DI LIMOGES S.A., (juge CORTESI), disponible sur : <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/021126i3.html>.

## **VII. PAYS BAS**

- Cour de cassation des Pays-Bas, 10 décembre 1976, CHELOUCHE c. VAN LEER, RCDIP 1978 p. 97, note H. U. JESSURUN D'OLIVEIRA.

## **VIII. SUISSE**

(jurisprudence disponible sur le site internet du Tribunal fédéral suisse : [www.bger.ch](http://www.bger.ch)).

- Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour civile, 27 janvier 1992, ATF 118 II 79 ; RCDIP 1992 p. 484, commentaire François KNOEPFLER.
- Tribunal fédéral, II<sup>e</sup> Cour civile, 7 avril 1995 ATF 121 III 246.
- Tribunal fédéral, I<sup>er</sup> Cour civile, 7 mai 2004, Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral (ATF) 2004 (130) vol. III p. 620.
- Tribunal fédéral, III<sup>e</sup> Cour civile, 11 février 2005, ATF 131 III 289.

## INDEX ALPHABÉTIQUE

(les chiffres renvoient aux numéros de pages,

les chiffres en caractères gras indiquent les passages les plus importants,

les chiffres en caractères italiques indiquent que le mot indexé se trouve en note de bas de page)

### A

Accès à la justice..... 25, 329, 466, 521  
Accord procédural..... **171**  
Action dénégatoire ..... 440  
*Actor sequitur forum rei*..... 408, 484  
Admission à domicile ..... 203, 538  
Amerford (affaire)..... 157, *161*, 194  
American Trading Company (affaire)..... *361*, 605  
Antériorité historique de l'ordre interne (théorie de l') ..... 288  
Antichoix (théorie de l') ..... **193**  
Arbitrabilité..... 26, *174*, 519  
Arbitrage international ..... 26, 65, 110, 298  
Arbitraire..... 154, 165, **250**  
Arbitre international..... 20, 265  
Assignation ..... 131  
Assistance éducative ..... 473, 518  
Atlantic star (affaire)..... 428  
Aubin (affaire) ..... *161*  
Autonomie de la volonté ..... 173, 430, 489  
- règle de conflit ..... 175

### B

Balduini..... 35  
Bartholo (affaire) ..... 341  
Bartin ..... 287  
Batiffol  
- antériorité historique de l'ordre interne ..... 288  
- approche sociologique ..... 231  
- coordination des systèmes juridiques..... 392  
- loi nationale et statut personnel..... 544  
- renvoi ..... 201  
Bauffremont (de) (affaire)..... 208

Benali (affaire)..... *130*, 610  
Bertoncini (affaire)..... 129  
Bilatéralisation ..... 76  
Bilatéralité..... 49  
Billarant ..... 480  
Bisbal (affaire) ..... 126, *136*, 247, 339  
Bischoff..... 119  
Bloch (affaire)..... 516  
Bloos (de) (affaire)..... 508  
Bolard ..... 175  
Boll (affaire) ..... 289  
Bonne administration de la justice ..... **296**, 410  
- coût du procès ..... **328**  
- durée du procès ..... **307**  
- et coïncidence entre le *forum* et le *jus* ..... 481  
Brocher..... 495  
Busqueta (affaire)..... *76*, 536, 543

### C

Capacité ..... *Voir* Incapacité  
Cassan (affaire) ..... 192  
Caution *judicatum solvi* ..... 328, 467  
Centre des principaux intérêts..... 470  
Certificat de coutume ..... 168  
Chauvinisme ..... 240  
Chef de compétence  
- influence sur le critère de rattachement ..... **525**  
Chelouche (affaire) ..... **247**  
Clause attributive de juridiction ..... *Voir* Contrat  
Clause d'exception..... **251**  
Clause spéciale d'ordre public ..... 91  
Code civil ..... 322  
Code civil français  
- art. 3...76, 100, 132, 177, 195, 260, 322, 469,

495, 520, 536, 546	- multiplicité des chefs de compétence.....	403
- art. 6.....	- procédure .....	402
- art. 11.....	Conflit de civilisations .....	395
- art. 13 (ancien).....	Conflit de juridictions (expression).....	453
- art. 14.....	Consommateur .....	486
- art. 15.....	Contrat	
- art. 16 (ancien).....	- accord procédural.....	172
- art. 17 à 33-2.....	- clause attributive de juridiction.....	550
- art. 47 et 48.....	- coïncidence entre le <i>forum</i> le <i>jus</i> .....	488
- art. 171-1 à 171-8.....	- compétence juridictionnelle .....	508
- art. 309.....	Contrat de travail	
- art. 311-14.....	- loi applicable et compétence juridictionnelle	
- art. 311-14 à 311-18.....	.....	511
- art. 311-15.....	Convention internationale	
- art. 311-16.....	Convention de Bruxelles concernant la	
- art. 311-17.....	compétence judiciaire et l'exécution des	
- art. 370-3 à 370-5.....	décisions en matière civile et commerciale	
- art. 375.....	.....	501, 502, 504, 511, 539, 540
- art. 515-3.....	Convention de La Haye concernant la	
- art. 999 et 1000 .....	compétence des autorités et la loi applicable	
- art. 1134.....	en matière de protection des mineurs .....	
- art. 1349.....	.....	309, 473, 518, 549
- art. 1397-2 à 1397-6.....	Convention de La Haye concernant la	
Codification .....	compétence, la loi applicable, la	
Colin (affaire) .....	reconnaissance, l'exécution et la coopération	
<i>Comitas</i> .....	en matière de responsabilité parentale et de	
Communauté de droit.....	mesures de protection des enfants .....	
Compagnie Air Afrique (affaire) .....	.....	472, 549
Compagnie Algérienne de Crédit et de Banque	Convention de La Haye relative à la loi	
(affaire).....	applicable au trust et à sa reconnaissance.....	
Compagnie Royale Belge (affaire) .....	.....	106
Compétence juridictionnelle	Convention de La Haye relative à la procédure	
- caractère unilatéral.....	civile.....	328, 467
- compétence exclusive .....	Convention de La Haye sur la loi applicable à la	
- compétence exorbitante.....	responsabilité du fait des produits .....	95
218, 407, 409, 411,	Convention de La Haye sur la loi applicable aux	
521, 537	contrats d'intermédiaires et à la	
- fonction.....	représentation .....	106
- loi de police.....		

Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires.....	95, 549	.....	28, 142, 144, 488
Convention de La Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires envers les enfants .....	549	Convention franco-algérienne sur la sécurité sociale.....	286
Convention de La Haye sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux .....	95	Convention franco-camerounaise du 21 févr. 1974.....	539
Convention de La Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels .....	142, 262, 286	Convention franco-italienne du 3 juin 1930.	360
Convention de La Haye sur la loi applicable en matière d'accidents de la circulation routière .....	95, 98, 193	Convention franco-marocaine relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire .....	213, 404, 539
Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes .....	474, 549	Convention franco-polonaise relative à la loi applicable, la compétence et l'exequatur dans le droit des personnes et de la famille .....	388
Convention de La Haye sur les accords d'élection de for.....	444	Cook.....	421, 532
Convention de La Haye sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires .....	95	Coordination des systèmes juridiques .....	392
Convention de La Haye tendant à faciliter l'accès international à la justice.....	328	Coucke (affaire) .....	341
Convention de Londres dans le domaine de l'information sur le droit étranger .....	170	Cour de cassation	
Convention de Lugano concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale .....	540	- application de la loi étrangère .....	73
Convention de Rome sur la légitimation par mariage .....	95	Critère de rattachement	
Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles .....	95, 106, 252, 469, 487, 489, 512, 548	- influence sur le chef de compétence .....	<b>494</b>
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales .....	215, 313	- rattachement bilatéral.....	<b>50</b>
Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises.....		- rattachement unilatéral.....	<b>75</b>
		- rattachements alternatifs .....	89
		- rattachements cumulatifs .....	87
		<b>D</b>	
		Dechamps (affaire).....	246
		Délai raisonnable .....	<b>313</b>
		Délit .....	<i>Voir</i> Obligation délictuelle
		Dénaturation de la loi étrangère	
		- contrôle de la Cour de cassation .....	166
		- et administration de la justice .....	299
		Déni de justice .....	148, 521
		Divorce	
		- chefs de compétence .....	404
		- en droit anglais.....	547
		- fraude .....	207, 437
		- interdiction.....	92, 126, 210, 246
		- intervention du juge .....	423

- litige entre étrangers.....	466	- fait adventice.....	129
- loi applicable.....	77	- obligation.....	130
- recherche commune d'un résultat.....	145	- pertinence.....	134
- secours pécuniaire (ordre public).....	213	Équité.....	243
- séparation de la compétence et de la loi applicable.....	359, 363	Équivalence	
Domicile		- exception d'équivalence.....	<b>186</b>
- chef de compétence.....	404	- présomption d'équivalence (preuve).....	<b>157</b>
- chef de compétence (consommateur).....	486	État et capacité des personnes.....	
- coïncidence entre le <i>forum</i> et le <i>jus</i> .....	484	.....	<i>Voir</i> Statut personnel
- conflit de rattachements (renvoi).....	195	Ethnocentrisme.....	<b>236</b>
- critère de rattachement (divorce).....	77	Éviction de la loi étrangère.....	
- élection de domicile.....	132	.....	<i>Voir</i> Vocation subsidiaire de la <i>lex fori</i>
- intégration des étrangers.....	482	Exception d'incompétence	
- interprétation fonctionnelle.....	485	- <i>forum non conveniens</i> .....	443
- obligation de mention dans l'assignation ...	131	- litiges entre étrangers.....	464
Droit comparé.....	384	- sanction du <i>forum shopping</i> .....	438
Droit de prélèvement successoral		Exception d'ordre public.....	<i>Voir</i> Ordre public
- chef de compétence.....	470	Exception de dénaturation.....	
- règle matérielle de source interne.....	110	.....	<i>Voir</i> Dénaturation de la loi étrangère
Droit international privé		<b>F</b>	
- abstraction.....	342	Faillite.....	<i>Voir</i> Insolvabilité
- complexité.....	315	Fauvarque-Cosson.....	<b>173</b>
- méconnaissance.....	335	Faux conflit.....	188
- théorique.....	340	Ferrari (de) (affaire).....	210, 247, 605
Droit uniforme.....	21, 441	Fontaine (affaire).....	260
<b>E</b>		Forgo (affaire).....	199
Échelle de Kegel.....	87, 249	<i>Forum non conveniens</i>	
Effectivité		- et clause d'exception (compétence).....	254
- application de la loi étrangère.....	333	- et <i>forum shopping</i> .....	443
- et efficacité.....	476	- et loi applicable.....	<b>497</b>
Égalité.....	24, <b>50</b>	<i>Forum shopping</i> .....	303, <b>427</b>
Ehrenzweig		- application indirecte de la <i>lex fori</i> .....	80
- pseudo conflit.....	189	Fraude.....	<b>207</b>
- théorie de l'application généralisée de la <i>lex fori</i> .....	<b>526</b>	Fraude à la compétence.....	<i>Voir</i> <i>Forum shopping</i>
Élément d'extranéité		<b>G</b>	
- et critère de rattachement.....	<b>133, 460</b>	GIE Groupe Concorde (affaire).....	508, 619
		<i>Gleichlauftheorie</i> .....	493

Goldschmidt.....	382	Juenger .....	431
Gothot .....	81	Juge	
Graveson .....	58, 61	- office (preuve de la loi étrangère).....	163
<b>H</b>		- pouvoir décisionnel.....	245
Hannover International (affaire) .....		- rôle du juge .....	422
.....	179, 262, 286, 611	Justice de droit international privé.....	300
Harmonie internationale des solutions.....	389	<b>L</b>	
- effectivité .....	304	Labedan (affaire).....	203, 606
- et efficacité de la justice.....	520	Lagarde	
- et exception d'ordre public.....	220	- accord procédural.....	172
- et <i>lex fori</i> .....	302	- principe de proximité.....	249, 254
- et loi de police.....	105	- réciprocité .....	388
- et renvoi .....	201	Lautour (affaire).....	155, 503
- inconvénient de l'application de la <i>lex fori</i> .	533	<i>Lex causae</i> .....	37
- limites pratiques.....	394	<i>Lex fori</i>	
- loi étrangère .....	391	- avantages pratiques .....	298
<i>Homeward trend</i> .....	242	- coïncidence entre le critère de rattachement et le chef de compétence .....	<b>457</b>
<b>I</b>		- définition.....	17
Ignorance excusable de la loi étrangère .....	545	- délai raisonnable .....	307
Immeuble		- domaine.....	31
- coïncidence entre le <i>jus</i> et le <i>forum</i> .....	468	- inconvénients .....	302, <b>415</b>
- territorialité des lois .....	376	- loi de police.....	<b>96</b>
Incapacité .....	472	- plénitude de compétence (expression) .....	123
Insolvabilité		- principe d'égalité.....	50
- coïncidence entre le <i>jus</i> et le <i>forum</i> .....	470	- procédure .....	33
- extension de compétence .....	406	- rapprochement entre le <i>forum</i> et le <i>jus</i> .....	<b>351</b>
Intégration		- règle de conflit à finalité matérielle .....	<b>84</b>
- domicile .....	482	- règle matérielle de source interne .....	<b>109</b>
- et ethnocentrisme .....	277	- règle unilatérale.....	<b>75</b>
Intérêt d'un national .....	260	- statistiques jurisprudentielles (application)	63
Intérêt politique de l'État .....	282	- théorie de l'application généralisée .....	<b>526</b>
Invocation de la loi étrangère.....	143	- Union européenne .....	29
Itraco (affaire).....	180	- vocation subsidiaire .....	23, <b>118</b>
Ivenel (affaire) .....	512, 618	<i>Lex forisme</i> .....	18
<b>J</b>		<i>Lex loci damni</i> .....	505
Jacob (affaire) .....	143	<i>Lex loci delicti</i> .....	503
		<i>Lex rei sitae</i> .....	468

Libre disponibilité des droits.....	141
Litiges entre étrangers.....	464, 538
Lizardi (affaire).....	260, 545
<i>Local law theory</i> .....	421
Loi d'application nécessaire.....	<i>Voir</i> Loi de police
Loi de police .....	<b>96</b>
- chef de compétence.....	<b>514</b>
Loi de police étrangère.....	105
Loi étrangère	
- charge de la preuve (critère de la prétention)	
.....	155
- charge de la preuve (critère de l'intérêt).....	157
- charge de la preuve (parties).....	152
- charge de la preuve (rejet de la prétention)	151
- conflit entre deux lois étrangères .....	24
- contrôle des motifs.....	165
- coût excessif.....	328
- et délai raisonnable .....	307
- ineffectivité d'application.....	333
- interprétation souveraine.....	<b>166</b> , 205, 334
- invocation .....	<b>140</b>
- invocation circonstanciée.....	162
- moyens de preuve .....	167
- présomption d'équivalence (preuve) .....	<b>157</b>
- preuve (impossibilité objective).....	147, <b>148</b>
- preuve (manquement du juge) .....	163
- preuve du contenu .....	<b>146</b>
- principe de séparation entre <i>jus et forum</i> ...	<b>357</b>
- principe d'égalité.....	<b>50</b>
- recherche d'un fondement .....	<b>371</b>
- statistiques jurisprudentielles (application)..	<b>63</b>

## M

Machet (affaire) .....	274
Mancini .....	240
Marchi della Costa (de) (affaire).....	205
Marret (affaire) .....	217
Meijers .....	376
Mesure provisoire .....	311

Mines de potasse d'Alsace (affaire).....	504, 618
Montefiore (affaire) .....	167
Motulsky .....	153
Moukarim (affaire).....	520

## N

Nationalisme .....	18, <b>240</b>
- caution <i>judicatum solvi</i> .....	467
- codification .....	324
- droit de prélèvement successoral .....	110
- ordre public de proximité.....	219
- privilège de nationalité (compétence).....	540
- privilège de nationalité (loi applicable).....	259
- unilatéralisme.....	80
Nationalité.....	18, 21, 50, 75, 85
- caution <i>judicatum solvi</i> .....	467
- chef de compétence.....	<b>538</b>
- critère de rattachement.....	<b>543</b>
- effective .....	476
- élément d'extranéité .....	129
- et ordre public de proximité.....	218
- et prélèvement successoral.....	111
- fraude .....	208
- obligation de mention dans l'assignation ...	131
- privilège de juridiction.....	464, 538
- renvoi .....	195
Niboyet .....	277, 282, 515
- nationalisme .....	259
Nussbaum	
- <i>homeward trend</i> .....	242

## O

### Obligation délictuelle ou quasi-délictuelle

- chef de compétence.....	503
- critère de rattachement.....	505
- lien entre le <i>jus</i> et le <i>forum</i> .....	504
Ordre public .....	<b>212</b>
- actualité.....	217
- caractère non impératif .....	219



- égalité.....	197	- exception d'incompétence (litiges entre étrangers).....	465
- justification pragmatique .....	202	- <i>forum legis</i> .....	496
- justification théorique .....	201	- influence du juge compétent sur la loi applicable .....	537
Répudiation.....	220	- ordre public.....	380
Résidence habituelle		- rattachement du domicile.....	482
- critère de rattachement.....	549	Successions	
- définition jurisprudentielle.....	488	- coïncidence entre le <i>jus</i> et le <i>forum</i> .....	469
- divorce .....	80	- <i>Gleichlauf</i> (droit allemand).....	494
- et domicile .....	486	<b>T</b>	
Respect de l'élément étranger.....	382	Tessili (affaire).....	508
Rivière (affaire).....	218	Traité.....	<i>Voir</i> Convention internationale
<b>S</b>		<b>U</b>	
Savigny (von)		Unilatéralisme .....	<b>75</b>
- <i>forum shopping</i> .....	428	Universalisme .....	53
- harmonie internationale des solutions.....	389	Urgence.....	<b>309</b>
- lien entre le <i>forum</i> et le <i>jus</i> .....	41	<b>V</b>	
- ordre public et loi de police .....	100	Vassilakakis .....	119, 247
Scheffel (affaire).....	406, 466, 606	Vocation subsidiaire de la <i>lex fori</i> .....	<b>118</b>
Sécurité juridique.....	<b>416</b>	- caractère exceptionnel.....	122
- codification .....	323	- droit comparé .....	149
- convention de Bruxelles.....	501	- fond.....	<b>183</b>
- et antichoix.....	194	- procédure .....	<b>128</b>
- et juge naturel.....	407	<b>W</b>	
- et règle <i>actor sequitur forum rei</i> .....	408	Wächter (von) .....	526
- et règles de conflit à finalité matérielle .....	94	Weiller (affaire) .....	437
- loi de police (chef de compétence) .....	523	Weiss (affaire).....	539, 607
- pour le juge .....	264	Wengler	
Société Cognacs and Brandies from France (affaire).....	539, 608	- ethnocentrisme .....	238
Société Coveco (affaire) .....	34, 609	- intérêt politique de l'État .....	282
Société Mutuelle du Mans IARD (affaire) .....	142, 612	- principe d'égalité.....	59
Sociétés Thinet et Dumez (affaire) .....	151		
Soulié (affaire) .....	200, 202, 237		
Statut personnel			
- et loi étrangère .....	132		

## TABLE DES MATIÈRES

(les chiffres indiquent les numéros de pages)

<b>REMERCIEMENTS.....</b>	<b>7</b>
<b>TABLE DES ABRÉVIATIONS.....</b>	<b>9</b>
<b>PLAN SOMMAIRE .....</b>	<b>12</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>15</b>
<b>PARTIE I L'INÉGALITÉ ENTRE LA LOI ETRANGÈRE ET LA LEX FORI.....</b>	<b>45</b>
<b>TITRE I LES FORMES MÉTHODOLOGIQUES D'INÉGALITÉ ENTRE LA LOI ÉTRANGÈRE ET LA LEX FORI .....</b>	<b>47</b>
<b>CHAPITRE I LA SUPÉRIORITÉ DE LA LEX FORI LORS DE LA DÉSIGNATION DE LA LOI APPLICABLE .....</b>	<b>49</b>
Section 1 La mise à l'épreuve du principe de bilatéralité.....	49
§ 1 L'égalité de principe entre la <i>lex fori</i> et la loi étrangère.....	50
A/ Un principe général du droit international privé.....	51
B/ Le principe d'égalité chez les défenseurs de la loi étrangère .....	53
C/ Le principe d'égalité chez VON SAVIGNY .....	56
D/ Le principe d'égalité et le droit international public.....	58
E/ Le principe d'égalité chez les auteurs réalistes.....	61
§ 2 L'inégalité de fait entre <i>lex fori</i> et loi étrangère .....	63
A/ L'étude de la proportion entre la loi étrangère et la <i>lex fori</i> dans les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé.....	66
B/ L'étude de la proportion entre la loi étrangère et la <i>lex fori</i> dans les arrêts diffusés sur le site internet Legifrance .....	68
Section 2 L'insertion des intérêts du for dans le règlement des conflits de lois .....	74
§ 1 Le rattachement unilatéral à la loi du for.....	75
§ 2 Les règles de conflit à finalité matérielle.....	84
§ 3 Les lois de police.....	96
§ 4 Les normes matérielles étatiques.....	109
<b>CHAPITRE II LA SUPÉRIORITÉ DE LA LEX FORI LORS DE LA MISE EN ŒUVRE DE LA LOI APPLICABLE.....</b>	<b>117</b>
Section 1 La notion de vocation subsidiaire de la <i>lex fori</i> .....	118
Section 2 La vocation subsidiaire de la <i>lex fori</i> au cours de la procédure .....	128
§ 1 La dissimulation des éléments d'extranéité.....	128

§ 2	L'absence d'invocation du droit étranger.....	140
§ 3	Le défaut d'établissement du droit étranger .....	146
A/	La <i>lex fori</i> et l'impossibilité objective d'établir le contenu de la loi étrangère .....	148
B/	La <i>lex fori</i> et la défaillance des parties .....	150
1/	La question du rejet-sanction.....	151
2/	Les facteurs de défaillance des parties.....	152
a/	Les effets du monopole des parties sur la preuve du droit étranger .....	152
b/	La fluctuation du critère de répartition de la charge de la preuve.....	154
c/	La présomption d'équivalence de la loi étrangère avec la loi du for .....	157
C/	La <i>lex fori</i> et la défaillance du juge .....	163
1/	Les fautes sanctionnées.....	163
a/	Le manquement à l'obligation de rechercher le contenu du droit étranger.....	163
b/	La mauvaise exécution de l'obligation de motivation .....	165
2/	Les fautes non sanctionnées.....	166
a/	La libre interprétation du droit étranger.....	166
b/	Le libre choix des moyens de preuve .....	167
§ 4	L'accord en cours d'instance sur l'application de la <i>lex fori</i> (« accord procédural »).....	171
A/	Un accord proche de l'accord sur la loi applicable.....	172
B/	L'invraisemblance du choix en faveur de la loi étrangère.....	176
Section 3	La vocation subsidiaire de la <i>lex fori</i> lors de l'examen au fond.....	183
§ 1	L'exception d'équivalence .....	186
§ 2	Le renvoi au premier degré.....	195
§ 3	L'exception de fraude à la loi du for .....	207
§ 4	La protection de l'ordre public .....	212

**TITRE II LES FONDEMENTS SOCIO-ÉCONOMIQUES DE L'INÉGALITÉ ENTRE LA LOI ÉTRANGÈRE ET LA *LEX FORI*..... 231**

**CHAPITRE I L'ETHNOCENTRISME EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ..... 235**

Section 1	La nature de l'ethnocentrisme en droit international privé .....	235
§ 1	La définition du concept.....	236
A/	Un concept emprunté à la sociologie.....	236
B/	La distinction entre l'ethnocentrisme et le nationalisme ou le chauvinisme .....	240
§ 2	Les manifestations de l'ethnocentrisme en jurisprudence .....	243
A/	Le recours à la <i>lex fori</i> facilité par le pouvoir décisionnel du juge.....	245
B/	L'accroissement du domaine de la <i>lex fori</i> sous l'effet de la clause d'exception.....	251
C/	L'accroissement du recours à la <i>lex fori</i> lorsque les intérêts d'un national sont en jeu .....	259
§ 3	Les influences renforçant l'ethnocentrisme.....	263
A/	Les influences internes .....	263
B/	Les influences externes .....	267

Section 2	Les effets de l’ethnocentrisme en droit international privé.....	270
§ 1	La vanité du juriste à l’égard de son propre système juridique .....	270
§ 2	L’utilitarisme de la <i>lex fori</i> pour l’intégration de la population immigrée dans l’État du for.....	276
§ 3	La préservation de la cohérence au sein de l’ordre juridique interne .....	279
A/	La préservation horizontale : la résistance aux ordres juridiques étatiques concurrents .....	280
B/	La préservation verticale : la résistance aux ordres juridiques supranationaux .....	285

## **CHAPITRE II L’INFLUENCE DE LA BONNE ADMINISTRATION DE LA JUSTICE..... 295**

Section 1	La justice de droit international privé à l’épreuve de son administration .....	295
§ 1	La notion de bonne administration de la justice .....	296
§ 2	La justice de droit international privé.....	300
Section 2	Les caractères fondamentaux de la bonne administration de la justice en droit international privé .....	306
§ 1	L’équilibre entre le délai raisonnable et la complexité de l’affaire .....	307
A/	Le rôle de la <i>lex fori</i> sur la réduction de la durée du procès .....	307
B/	L’exemple de l’urgence.....	309
C/	La contrainte du délai raisonnable posée par la Cour européenne des droits de l’homme ...	313
D/	L’exception de complexité .....	315
E/	Les pistes de simplification .....	318
F/	La codification du droit international privé.....	321
§ 2	L’équilibre entre le coût raisonnable et le besoin d’expertise .....	327
A/	Le coût de la mise en œuvre de la loi étrangère .....	328
B/	Les symptômes de l’ineffectivité d’application de la loi étrangère .....	333
C/	Les causes de l’ineffectivité d’application de la loi étrangère.....	338
1/	La méconnaissance du droit international privé par l’opinion publique.....	338
2/	Le penchant des experts pour l’abstraction et le dogmatisme .....	340

## **PARTIE II VERS UN RAPPROCHEMENT DE LA COMPÉTENCE JURIDICTIONNELLE ET DE LA LOI APPLICABLE..... 351**

### **TITRE I LES FAIBLESSES DU PRINCIPE DE SÉPARATION DU *FORUM* ET DU *JUS* ..... 355**

#### **CHAPITRE I L’INTENSITÉ DU PRINCIPE DE SÉPARATION DANS LES SOURCES ET AUTORITÉS DU DROIT ..... 357**

Section 1	L’absence de consécration législative du principe de séparation.....	357
Section 2	La reconnaissance jurisprudentielle du principe de séparation.....	358
§ 1	L’indépendance du <i>jus</i> par rapport au <i>forum</i> .....	358
A/	L’affirmation explicite du principe d’indépendance du <i>jus</i> par rapport au <i>forum</i> .....	359
B/	L’utilisation implicite du principe d’indépendance du <i>jus</i> par rapport au <i>forum</i> .....	360

§ 2	L'indépendance du <i>forum</i> par rapport au <i>jus</i> .....	361
A/	Les exemples jurisprudentiels français en matière contractuelle.....	361
B/	Les exemples jurisprudentiels français en matière de divorce et de séparation de corps .....	363
Section 3	La reconnaissance doctrinale du principe de séparation.....	365
<b>CHAPITRE II LA RECHERCHE D'UN FONDEMENT AU PRINCIPE DE SÉPARATION.....</b>		<b>371</b>
Section 1	La théorie de la territorialité et de la personnalité du droit.....	374
Section 2	La théorie sociologique du respect de l'élément étranger axée sur le relativisme .....	381
Section 3	La théorie de l'harmonie internationale des solutions .....	389
§ 1	L'objectif de l'harmonie internationale des solutions .....	389
§ 2	L'harmonie des solutions par le biais de la coordination des systèmes juridiques.....	392
§ 3	Les défauts de la théorie de l'harmonie internationale des solutions .....	393
A/	Une limite pratique : la disparité internationale des règles de conflit de lois .....	393
B/	Une limite objective : la protection de l'ordre public.....	395
C/	Une limite du champ matériel : la méthode de référence à l'ordre juridique compétent.....	396
Section 4	La différence de nature et de fonction des deux types de normes .....	397
§ 1	Le caractère unilatéral des règles de compétence juridictionnelle.....	397
§ 2	Le caractère multiple des chefs de compétence juridictionnelle .....	403
<b>CHAPITRE III L'IMPUISSANCE DU PRINCIPE DE SÉPARATION FACE AUX INCONVÉNIENTS DE LA <i>LEX FORI</i>.....</b>		<b>415</b>
Section 1	L'insécurité juridique .....	415
§ 1	La <i>lex fori</i> et la prévisibilité du droit .....	416
§ 2	La <i>lex fori</i> et l'arbitraire judiciaire .....	418
A/	La question de la flexibilité de la résolution des conflits de lois .....	419
B/	L'accroissement du rôle du juge.....	422
Section 2	Le risque de <i>forum shopping</i> .....	427
§ 1	La définition du <i>forum shopping</i> .....	427
§ 2	Le caractère néfaste du <i>forum shopping</i> en droit international privé.....	431
§ 3	La qualification de fraude à la compétence .....	436
§ 4	Les sanctions de la fraude à la compétence .....	439
1/	L'aspect préventif : la solution de l'uniformisation du droit .....	440
2/	L'aspect répressif : l'exception d'incompétence .....	443
<b>TITRE II LES FORMES DE COÏNCIDENCE DU <i>JUS</i> AVEC LE <i>FORUM</i> .....</b>		<b>453</b>
<b>CHAPITRE I LA COÏNCIDENCE SYSTÉMATIQUE DU CRITÈRE DE RATTACHEMENT AVEC LE CHEF DE COMPÉTENCE .....</b>		<b>457</b>
Section 1	Le mythe de la coïncidence naturelle du critère de rattachement avec le chef de compétence .....	458

Section 2	Les coïncidences délibérées du critère de rattachement avec le chef de compétence.....	461
§ 1	De véritables coïncidences délibérées du critère de rattachement avec le chef de compétence .	
	.....	461
A/	La typologie des coïncidences délibérées entre le chef de compétence et le critère de rattachement.....	463
1/	Un exemple historique de coïncidence du critère de rattachement avec le chef de compétence.....	464
2/	Des exemples actuels de coïncidence du critère de rattachement avec le chef de compétence.....	468
B/	Les fondements de la coïncidence délibérée du critère de rattachement avec le chef de compétence .....	474
§ 2	De fausses séparations du critère de rattachement par rapport au chef de compétence.....	484
A/	Les interprétations variables d'un même critère : l'exemple du domicile et de la résidence habituelle.....	484
B/	L'apparente imprévisibilité des critères : l'exemple du choix laissé à la libre volonté des parties.....	488

## **CHAPITRE II LA COÏNCIDENCE POTENTIELLE DU CRITÈRE DE RATTACHEMENT AVEC LE CHEF DE COMPÉTENCE..... 493**

Section 1	L'influence du droit applicable sur la détermination du juge compétent.....	494
§ 1	La théorie du <i>forum legis</i> .....	495
§ 2	Les applications de la théorie du <i>forum legis</i> .....	496
A/	L'influence du droit applicable sur l'appréciation du <i>forum conveniens</i> .....	497
B/	L'influence du droit applicable sur les chefs spéciaux de compétence .....	502
1/	Les obligations délictuelles et quasi-délictuelles.....	503
2/	Les obligations contractuelles.....	507
a/	Les contrats en général .....	508
b/	Le contrat de travail en particulier.....	511
C/	L'influence de la loi de police du for sur le juge compétent .....	514
§ 3	L'appréciation critique de la théorie du <i>forum legis</i> .....	521
Section 2	L'influence du juge compétent sur la détermination du droit applicable.....	525
§ 1	L'approche juridictionnelle .....	526
A/	La théorie de l'application généralisée de la <i>lex fori</i> .....	526
B/	La faiblesse des objections doctrinales.....	529
C/	Les thèses postérieures .....	534
§ 2	L'influence du juge compétent dans les domaines de prédilection de la loi étrangère.....	536
A/	En matière de statut personnel.....	536
1/	Déclin du chef de compétence fondé sur la nationalité .....	537

2/ Déclin du critère de rattachement à la nationalité.....	542
a/ L'exception de l'ignorance excusable de la loi étrangère .....	545
b/ La requalification du statut personnel en questions procédurales.....	546
c/ L'assaut de la résidence habituelle comme critère de rattachement .....	548
B/ En matière contractuelle.....	549
<b>CONCLUSION GÉNÉRALE .....</b>	<b>559</b>
<b>ANNEXE .....</b>	<b>565</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE .....</b>	<b>573</b>
<b>Liste Chronologique des Décisions Citées.....</b>	<b>605</b>
<b>INDEX ALPHABÉTIQUE.....</b>	<b>621</b>
<b>TABLE DES MATIÈRES .....</b>	<b>629</b>

## RÉSUMÉ

### L'UTILISATION DE LA *LEX FORI* DANS LA RÉOLUTION DES CONFLITS DE LOIS

**Fr.** À trop vouloir poser la loi étrangère en parfait symbole de la résolution des conflits de lois, les auteurs dressent une présentation manichéenne du droit international privé où la *lex fori* (loi du juge saisi) incarne l'indésirable. C'est oublier qu'elle est davantage utilisée que la loi étrangère en matière de litiges internationaux puisque de nombreux procédés lui octroient pleinement ou subsidiairement une position privilégiée.

Prenant acte de ce constat, qu'il fonde sur des considérations sociologiques (ethnocentrisme) et pragmatiques (bonne administration de la justice), l'auteur entend réhabiliter la loi du for. Sans aller jusqu'à un *legeforismo*, dont la traduction pratique serait l'application systématique de la *lex fori*, un équilibre réaliste est proposé à partir d'un rapprochement des critères de rattachement et des chefs de compétence. Le *vade-mecum* de ce rapprochement offre alors les clés de la complémentarité qui doit exister entre la *lex fori* et la loi étrangère.

### *HOW TO USE THE LEX FORI IN THE CONFLICT OF LAWS PROCESS*

**En.** By overemphasising the benefits of foreign law as the mean of the resolution of conflicts of laws, the literature on private international law presents a manichean vision of the discipline in which the *lex fori* (the law of the court to which the international dispute is referred) is demonised. However, such a presentation fails to recognise that the *lex fori* is more commonly used in international litigation, either directly or through a large number of derogations.

Given this observation, which can be explained by sociological (ethnocentrism) and pragmatic (the reasonable administration of justice) reasons, the present author seeks to restore the *lex fori* to favour. At the same time, the present author rejects the extreme of *legeforismo*, which in practice would mean a systematic application of the *lex fori*, preferring instead a more realistic and balanced approach based on bringing together the factors indicating the applicable law and the criteria founding the jurisdiction. The resulting *vade-mecum* offers the key to the complementarity which ought to exist between the *lex fori* and the foreign law.

**Mots-clés :**

droit international privé (théorie générale) ; conflit de lois ; litige international ; règle de conflit ; juridiction ; *lex fori* ; loi du for ; loi du juge saisi ; loi étrangère ; loi applicable ; *lex causae* ; inégalité des lois ; bilatéralisme ; unilatéralisme ; règle de conflit à finalité matérielle ; loi de police ; vocation subsidiaire ; élément d'extranéité ; invocation de la loi étrangère ; preuve de la loi étrangère ; accord procédural ; équivalence des lois ; fraude ; renvoi ; ordre public ; ethnocentrisme ; bonne administration de la justice ; justice de droit international privé ; urgence ; délai raisonnable ; coût raisonnable ; codification ; chef de compétence ; critère de rattachement ; compétence juridictionnelle ; *forum legis* ; approche juridictionnelle ; coïncidence du *jus* et du *forum* ; sécurité juridique ; *forum shopping* ; exception d'incompétence ; *forum non conveniens*.

## **L'UTILISATION DE LA *LEX FORI* DANS LA RÉOLUTION DES CONFLITS DE LOIS**

**Fr.** À trop vouloir poser la loi étrangère en parfait symbole de la résolution des conflits de lois, les auteurs dressent une présentation manichéenne du droit international privé où la *lex fori* (loi du juge saisi) incarne l'indésirable. C'est oublier qu'elle est davantage utilisée que la loi étrangère en matière de litiges internationaux puisque de nombreux procédés lui octroient pleinement ou subsidiairement une position privilégiée.

Prenant acte de ce constat, qu'il fonde sur des considérations sociologiques (ethnocentrisme) et pragmatiques (bonne administration de la justice), l'auteur entend réhabiliter la loi du for. Sans aller jusqu'à un *legeforismo*, dont la traduction pratique serait l'application systématique de la *lex fori*, un équilibre réaliste est proposé à partir d'un rapprochement des critères de rattachement et des chefs de compétence. Le *vade-mecum* de ce rapprochement offre alors les clés de la complémentarité qui doit exister entre la *lex fori* et la loi étrangère.

### ***HOW TO USE THE LEX FORI IN THE CONFLICT OF LAWS PROCESS***

**En.** By overemphasising the benefits of foreign law as the mean of the resolution of conflicts of laws, the literature on private international law presents a manichean vision of the discipline in which the *lex fori* (the law of the court to which the international dispute is referred) is demonised. However, such a presentation fails to recognise that the *lex fori* is more commonly used in international litigation, either directly or through a large number of derogations.

Given this observation, which can be explained by sociological (ethnocentrism) and pragmatic (the reasonable administration of justice) reasons, the present author seeks to restore the *lex fori* to favour. At the same time, the present author rejects the extreme of *legeforismo*, which in practice would mean a systematic application of the *lex fori*, preferring instead a more realistic and balanced approach based on bringing together the factors indicating the applicable law and the criteria founding the jurisdiction. The resulting *vade-mecum* offers the key to the complementarity which ought to exist between the *lex fori* and the foreign law.